

PERSPECTIVAS

de las Ciencias Económicas y Jurídicas

> Volumen 10 - N° 2 - Año 2020



PERSPECTIVAS

de las Ciencias Económicas y Jurídicas

> Volumen 10 - N° 2 - Año 2020



Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa

Coronel Gil N° 353 (6300) Santa Rosa (La Pampa, Argentina)

investigacionyposgrado@eco.unlpam.edu.ar

Cuerpo editorial de la Revista

Dirección de la Revista

Dra. Helga María Lell (*Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, CONICET, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas Universidad Nacional de La Pampa*)

Comité Editorial

Dr. Juan José Gilli (*Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de La Plata*)

Dra. Alicia Rey (*Universidad Nacional de Luján y Universidad Nacional de La Matanza*)

Dra. Olga Luisa Salanueva (*Universidad Nacional de La Plata*)

Dra. Patricia Kent (*Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco*)

Dra. Nancy Cardinaux (*Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de La Plata*)

Dr. José Orler (*Universidad Nacional de La Plata y Universidad de Buenos Aires*)

Dra. Stéphanie de Moerloose (*Universidad Austral y Universidad de Ginebra*)

Mg. Hernán Alonso Bafico (*Universidad Nacional de La Plata*)

Mg. José Pérez Corti (*Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba*)

Mg. Marta Paz (*Universidad Nacional de La Pampa*)

Mg. Silvia Rampello (*Universidad Nacional de La Matanza*)

Esp. Marcelo Lamoglia (*Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional de La Pampa*)

Esp. Tomás Chahín (*Universidad de Buenos Aires*)

Mg. Yamila Magiorano (*Universidad Nacional de La Pampa*)

CPN Abg. Claudio Casadío Martínez (*Universidad Nacional de La Pampa*)

ISSN 2250-4087

e-ISSN 2545-8566

Esta publicación se realizó con la asistencia editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a través de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

La colaboración se realizó a partir del Convenio Marco de Asistencia y Cooperación Recíproca entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Universidad Nacional de La Pampa y la Red Federal de Revistas Jurídicas.

Coordinación del proceso editorial

Abg. Andrea Diharce (*Universidad Nacional de La Pampa*)

Colaboradores del proceso editorial

Dra. Gina Paola Rodríguez (*Universidad Nacional de La Pampa*)

Dra. Paola Druille (*Conicet, Universidad Nacional de La Pampa*)

Dra. Laura Pérez (*Conicet, Universidad Nacional de La Pampa*)

Dr. Agustín Carlevaro (*Conicet, Universidad Nacional del Nordeste*)

Mg. Edith Esther Alvarellos (*Universidad Nacional de La Pampa*)

Mg. Ezequiel Stordeur (*Universidad del Norte de Santo Tomás de Aquino*)

Mg. Lucía Colombato (*Universidad Nacional de La Pampa*)

Abg. Julieta Duedra (*Universidad Nacional de La Plata*)

Abg. Gonzalo Ana Dobratinich (*Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de José C. Paz*)

Abg. Yamila Juri (*Conicet, Universidad del Norte de Santo Tomás de Aquino y Universidad Nacional de Cuyo*)

Abg. Guadalupe Martín Dasso (*Universidad Nacional de La Pampa*)

Lic. Camila Stimbaum (*Universidad Nacional de La Plata*)

Lic. José Luis de Piero (*Conicet, Universidad Nacional de Tucumán*)

Lic. Melina Denise Corrado (*Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional de Río Cuarto*)

Lic. Soledad Ortega (*Universidad Nacional de Buenos Aires*)

Prof. Carolina Lelia Schewe (*Conicet, Universidad Nacional de Misiones*)

Prof. Giselle Alejandra Lapalma (*Conicet, Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y Universidad de Buenos Aires*)

Prof. Pamela Mapelli (*Universidad Nacional de Córdoba y Griffin High, Georgia*)

Camila Bustamante Yánes (*Universidad Nacional de La Pampa*)

Ezequiel Puhl (*Universidad Nacional de La Pampa*)

Responsabilidad por contenidos y pautas éticas

La revista adhiere a las normas COPE sobre ética de la investigación y las publicaciones científicas.

Los autores de los artículos publicados en esta revista son los responsables exclusivos de sus contenidos, con cuyos juicios no necesariamente se identifican las instituciones editoras. Asimismo, declaran haber cumplido con las normas internacionales en materia de conflicto de intereses y normas éticas para la investigación y publicación de material académico y científico.

En caso de detectarse plagio, se rechazará automáticamente el artículo. La revista cuenta con el software iThenticate de detección de plagio.

Evaluadores científicos de los trabajos publicados en este número

Los artículos de *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas* son evaluados por evaluadores externos del Programa Nacional de Incentivos de la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Nación.

Indizada en:

Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas

ERIH Plus

DOAJ

REDIB

Elektronische Zeitschriftenbibliothek

Latindex-Directorio

vLex (Portal de Información Jurídica)

BINPAR (CAICYT/CONICET)

MIAR

Latinoamericana

LatinRev

CIRC

Repositorio Digital de Acceso Abierto UNLPam

BASE

I2OR

Autoridades de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Decano

Mg. Francisco Gabriel Marull

Vicedecana

CPN María Ignacia Monasterio

Secretaria de Investigación y Posgrado

Mg. Lucía Carolina Colombato

Secretario Académico

CPN Fernando Colli

Secretario Administrativo

CPN Mauricio Norberto Ferretti

Secretario de Extensión Universitaria y Vinculación con los Graduados

Abog. Rodrigo Torroba

Secretaria del Consejo Directivo

Sra. Alejandra Angélica Bauman

Consejo Directivo (Titulares)

Subclaustró de Profesores:

Miguel Ángel Gette, Jorge Horacio Payeras, Beatriz Isabel Lucero,
Gustavo Arballo, Norma Beatriz Martínez, Mario José Diván

Subclaustró de Docentes Auxiliares:

Hugo Roberto Rodríguez y Roxana Valeria Reinaudi

Claustró de Graduados:

Ramiro Andrés Gambarte, Anavelia Marisa Álvarez y María Cecilia Molinari

Claustró de Estudiantes:

Franco Herrero Fernández, Florencia Díaz, Valentina Erramouspe
y Sofía Trucco Aimar

Claustró de No Docentes:

Pamela Daibert

Palabras del Decano y la Vicedecana

Estimada comunidad académica de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas:

Nos acercamos a Uds. en esta oportunidad para acompañarles dos importantes resoluciones dictadas por el Consejo Superior de la Universidad con relación a la continuidad del Calendario Académico.

Somos conscientes de que la situación epidemiológica mundial nos está poniendo a prueba en distintos sentidos: sanitarios, comunitarios, económicos, vinculares, entre otros. En el ámbito universitario no estamos exentos de esta realidad que nos enfrenta a importantes obstáculos y problemas.

En este contexto, el gran desafío es poder asegurar el derecho a la educación bajo la condición de aislamiento social, lo que resulta prioritario para la Facultad. Estamos trabajando con resultados favorables en tal sentido y por ello queremos agradecer a la comunidad académica toda por la seriedad y el sacrificio con que se ha enfrentado la situación. Sin su acompañamiento, sin el compromiso de docentes, estudiantes y no docentes, continuar con las actividades académicas para poder garantizar el derecho a la educación pública, gratuita, laica y de calidad de los y las estudiantes sería imposible.

Para lograr tal objetivo, nos hemos visto obligados/as a implementar el uso de herramientas virtuales, lo que requiere de cambios sustanciales en nuestro modelo educativo. El desarrollo de habilidades en el uso de las TIC para la educación no es nuevo en nuestra Facultad. Desde la creación del Área de Educación a Distancia, hace cinco años, se han concretado diferentes propuestas y programas que han permitido un significativo crecimiento de recursos para la enseñanza en esta área, como capacitaciones, asistencia y acompañamiento a docentes en el uso de la plataforma “Moodle”, entre otras. La coyuntura actual nos obliga a acelerar ese proceso y convertirlo, dentro de nuestras posibilidades, en una realidad para todas las asignaturas, para lo cual estamos poniendo nuestros mayores esfuerzos.

Con un fuerte acompañamiento del Área de Educación a Distancia, hemos logrado que 52 asignaturas de las carreras que se dictan en nuestra Facultad hayan virtualizado los procesos de enseñanza-aprendizaje.

Para ello, nuestra Unidad Académica posee cinco licencias para el uso de la plataforma “Zoom”, una herramienta que permite realizar videoconferencias y donde se pueden concertar clases y reuniones por tiempo ilimitado y para un número de hasta 300 participantes. Con dichas licencias –una adquirida por la Facultad a mediados del año 2019, dos incorporadas al inicio de la presente crisis sanitaria también por la Facultad y dos brindadas por el Rectorado de la Universidad en los últimos días– pudimos crear cinco aulas virtuales, que cubren sin problemas la totalidad de la demanda de clases de todas nuestras cátedras.

Además, hemos asumido la tarea de grabar cada clase y subirla al canal de YouTube de la Facultad, para luego anexarla en el Campus Virtual, con la finalidad de asegurar el acceso a las clases a quienes, por distintos motivos, no hayan podido participar de las mismas.

En el transcurso de este tiempo –desde que se adoptaron las primeras medidas de prevención sanitarias hasta el día de hoy– llevamos registrada la circulación por el Campus Virtual de la Facultad de más de 4000 estudiantes y docentes, como también se han concretado más de 100 encuentros virtuales que suman más de 200 horas de clase, habiéndose garantizando la continuidad de las actividades académicas.

No obstante ello, somos conscientes de que la realidad socioeconómica de los y las estudiantes no es homogénea, y de que no todas las personas que estudian una carrera universitaria tienen acceso a una computadora o a una conectividad de calidad que les permitan participar de las actividades propuestas. Es por ello que llevamos a cabo un relevamiento de aquellas personas que tienen dificultades de este tipo, procurando facilitarles el soporte técnico de la Facultad para acceder a las plataformas virtuales. Con el mismo objetivo, se ha gestionado exitosamente junto al Rectorado que todas las compañías telefónicas liberen los datos móviles de los dominios educativos de la UNLPam para que nuestros y nuestras estudiantes puedan navegar gratuitamente por los mismos. Asimismo, atendemos todas las inquietudes planteadas y buscamos solución para los problemas que van surgiendo.

En fin, no solo hemos asumido el compromiso de garantizar el derecho a la educación a la comunidad estudiantil, sino que estamos trabajando y destinando nuestros mayores esfuerzos para que ello sea de manera inclusiva y que contemple las distintas realidades socioeconómicas de los y las estudiantes, todo lo cual podremos lograr gracias al compromiso de toda la comunidad académica.

Por ello, queremos agradecerles por los esfuerzos comunes, por la solidaridad, por la comprensión ante los obstáculos que enfrentamos y, sobre todo, queremos alentarles para continuar afrontando este proceso con responsabilidad, para ayudarnos entre todos/as a superar la gravísima crisis que enfrentamos preservando lo más importante: la salud de los integrantes de nuestra comunidad.

Francisco G. Marull
Decano

María I. Monasterio
Vice Decana

Presentación

Este año se edita el volumen 10 de la revista *Perspectivas* y, por lo tanto, desde el equipo editorial estamos festejando el aniversario. El primer número fue publicado en el año 2011 y fue un gran acontecimiento para nuestra Facultad, ya que en casi 50 años de historia esta era la primera revista científica. Desde el inicio, quienes han estado a cargo, han estado comprometidos con la calidad académica y la seriedad de los estudios que se encuentran detrás de cada artículo.

En la última década la revista ha crecido mucho. En primer lugar, se publica en una versión impresa y también en una electrónica que incluye, a su vez, dos formatos: HTML y PDF. Para ello, cuenta con un ISBN y un e-ISSN, licencias creative commons y una página web que permite hacer el trámite de postulación y edición de manera completamente virtual. En segundo término, hay que destacar que se ha incorporado un software antiplagio (iThenticate) que nos ayuda a velar por la originalidad de los contenidos y por la autoría de los artículos. En tercer lugar, es importante destacar que la revista ya cuenta con contenidos en español, inglés y portugués; ello implicó traducir pautas y adaptar la página web. En cuarto término, la edición de la revista se ha profesionalizado gracias a la colaboración del SAIJ, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que efectúa la corrección de estilo y ortotipográfica y el diseño de cada número desde 2019. En quinto lugar, es relevante mencionar el camino logrado en clave de indexaciones, por ejemplo, la aprobación del ingreso de *Perspectivas* al Núcleo Básico de Revistas Argentinas (CAICyT), a ERIHPlus y a Latindex Catálogo. Finalmente, no se puede dejar de mencionar que se ha logrado dejar de ser una revista con mayoría de trabajos propios de nuestra unidad académica; afortunadamente, hoy también podemos contribuir a la difusión del conocimiento científico creado en otras universidades del país y del extranjero.

La revista se debe a la colaboración de los autores que confían sus trabajos para ser publicados aquí. También a los revisores externos que, de manera ad honorem, nos ayudan a corroborar la calidad de los trabajos. El cuerpo editorial tiene un rol muy importante en el procesamiento de los trabajos y su difusión.

La Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas y la Universidad Nacional de La Pampa colaboran financieramente para que el andamiaje editorial sea posible. A todos estos actores les cabe un gran reconocimiento.

Por último, deseo recordar que la convocatoria a presentar artículos es permanente, por lo que todos los interesados pueden presentar sus trabajos. Las pautas para los autores pueden encontrarse al final de este número. También invitamos a los lectores a visitar nuestra página web: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas>. Allí podrán ver el historial de números publicados y acceder a nuestros perfiles en las redes.

Helga María Lell
Directora de la Revista Perspectivas

Índice

página

Palabras del Decano y la Vicedecana. Francisco G. Marull
y María I. Monasterio IX

Presentación. Helga Lell XIII

Sección 1

Artículos de investigación científica y académica

La violación de los principios de reserva de ley y de razonabilidad en materia tributaria en la reglamentación de la Ley 27.260 sobre Régimen de Sinceramiento Fiscal y su pretendida declaración de inconstitucionalidad. *The violation of the principles of the law reservation and the reasonability of tax issues on ruling Law 27.260 about Sincere Fiscal Regime and its pretended unconstitutional declaration. Violação dos princípios de reserva de direito e de razoabilidade em matéria fiscal no regulamento da Lei 27.260, relativa ao Regime de Sinceração Fiscal e à declaração de inconstitucionalidade.* Autores: Micaela Soledad Figueredo y Agustín Tupac Cifre Puig3

La situación jurídica de los prisioneros en Guantánamo y el excepcionalismo norteamericano. *The legal situation of the Guantanamo prisoners and the north american exceptionalism. A situação jurídica dos prisioneiros em guantánamo e o excepcionismo norte-americano.* Autor: Julián Ariel Madrid Moreno25

Estudiantes, escuela e inserción laboral. Perspectivas y realidades. *Students, school and labor insertion. Perspectives and realities. Alunos, escola e inserção de trabalho. Perspectivas e realidades.* Autores: Laura Noemí Lora, María Laura Ochoa, Santiago Andriuolo, Jéssica Fonzo Bolañez, Rosario Martínez Sobrino y Natalia Panizza43

La prosodia como estrategia retórica: *hypókrisis* en el ámbito legal.
Prosody as rhetorical strategy: Hypókrisis in the legal area. A prosódia como estratégia retórica: Hypókrisis no âmbito jurídico Autora: Maria Flávia Figueiredo.....67

Reflexiones en torno a la responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0. Desafíos de la normativa sobre prevención y reparación del daño en la Argentina digital 4.0. *Thoughts on civil liability in the Industrial Revolution 4.0. Challenges from the rules on damage preventing and repairing in digital Argentina 4.0. Reflexões relativas à responsabilidade civil na Revolução Industrial 4.0. Desafios do regulamento de prevenção e reparo de danos na Argentina digital 4.0.* Autor: Emiliano Lamanna Guiñazú.....87

El cumplimiento normativo y los delitos económico-financieros: perspectiva desde los códigos éticos de Argentina, Colombia y España.
Regulatory compliance and economic-financial crimes: perspective from the code of ethics of Argentina, Colombia and Spain. Conformidade regulamentar e crimes econômico-financeiros: perspectiva dos códigos éticos da Argentina, Colômbia e Espanha. Autor: Luis Rodríguez Domínguez.....125

Más allá del derecho penal: el derecho al acceso a la justicia y el principio de doble instancia judicial. *Beyond Criminal Law: the right of access to justice and the principle of two-instance court proceedings. Além do Direito Penal: o direito de acesso à justiça e o princípio da dupla instância judicial.* Autor: Luciano D. Laise.....145

Los servicios públicos como derechos humanos. *Public services as human rights. Serviços públicos como direitos humanos.* Autor: Diego Dal Santo169

Las competencias del Tribunal de Cuentas de La Pampa bajo la lupa del Superior Tribunal de Justicia y la revisión judicial de sus sentencias.
The competences of the Court of Auditors of The Pampa under the magnifying glass of the Superior Court of Justice and the judicial review of its sentences. As competências do Tribunal de Contas do La Pampa sob o vidro magnificador do Tribunal Superior de Justiça e a revisão judicial de seus julgamentos. Autor: José Carlos Moslares181

Ensayo sobre filosofía de la ciencia aplicada a un caso de investigación sobre diseño de puestos de trabajo. *Essay on philosophy of science applied to a research case on job design. Ensaio sobre filosofia da ciência aplicada a um caso de pesquisa sobre design de trabalho.* Autor: Hernán Augusto Parajón195

Tecnología versus evasión fiscal: análisis del impacto de las herramientas tecnológicas utilizadas por la administración tributaria con respecto a su recaudación, simplicidad impositiva y evasión fiscal. *Technology versus tax evasion: analysis of the impact caused by de technological tools used by the tax administration with regard of collection, tax simplicity and evasion. Tecnologia versus evasão fiscal: análise do impacto das ferramentas tecnológicas usadas pela administração fiscal no que diz respeito à sua cobrança, simplicidade fiscal e evasão fiscal.* Autor: Nicolás Cabanettes207

Sección 2

Reseñas, entrevistas y comentarios críticos

Reseña del libro. *Justicia juvenil: de las cicatrices de la Conquista a la imaginación no punitiva (en perspectivas postcoloniales)*
Autor: Alejandro Osio223

Reseña del libro. *La articulación necesaria. Docencia e investigación en las Facultades de Derecho.* Autor: Daniela Zaikoski231

Sección 3

Información institucional

Noticias institucionales (desde el 01/10/2019 al 30/04/2020).....239

Guía para la presentación de artículos247

Guidelines for authors251

Guia de publicação para a revista *Perspectivas*255

SECCIÓN 1

**Artículos de investigación
científica y académica**

La violación de los principios de reserva de ley y de razonabilidad en materia tributaria en la reglamentación de la Ley 27.260 sobre Régimen de Sinceramiento Fiscal y su pretendida declaración de inconstitucionalidad

Micaela Soledad Figueredo


*Universidad de Flores, CABA, Argentina;
Escuela de Abogados del Estado (PTN), CABA, Argentina*

✉ micafig@yahoo.com.ar

Agustín Tupac Cifre Puig

*Universidad Nacional de Moreno, Moreno, Argentina;
Universidad Nacional de Avellaneda, Avellaneda, Argentina;
Escuela Judicial, Consejo de la Magistratura, CABA, Argentina*

✉ atupac@gmail.com

 Fecha de recepción: 23/10/2019 - Fecha de aceptación: 19/03/2020

Cómo citar este artículo: Figueredo, M. y Cifre Puig, A. (2020). La violación de los principios de reserva de ley y de razonabilidad en materia tributaria en la reglamentación de la Ley N° 27.260 sobre Régimen de Sinceramiento Fiscal y su pretendida declaración de inconstitucionalidad. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 3-23. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566 DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a01>



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar, desde el punto de vista del derecho constitucional y, más precisamente, a la luz de los principios de legalidad o reserva de ley tributaria y de razonabilidad, el sistema de exclusión de sujetos del Régimen de Sinceramiento Fiscal establecido en la ley 27.260, y su reglamentación por decreto 1206/2016, modificadorio del decreto 895/2016.

Asimismo, se reflexionará respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuando el ejercicio del poder reglamentario por parte del Poder Ejecutivo se exhibe al margen de la atribución conferida por el artículo 99, inciso 2° de la Constitución Nacional y se verifica el avasallamiento de los límites constitucionales establecidos en materia tributaria; ello, con particular comentario a la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Solá, Felipe Carlos c/ EN s/ amparo Ley 16.986”, del 23 de noviembre de 2017.

Palabras clave: sinceramiento fiscal; inconstitucionalidad; derecho tributario; razonabilidad.

The violation of the principles of the law reservation and the reasonability of tax issues on ruling Law 27.260 about Sincere Fiscal Regime and its pretended unconstitutional declaration

Abstract: The aim of this paper is to analyze, from a constitutional law perspective, and, more precisely, according to the legality, reasonability and reservation of tax law principles, the system of exclusion of subjects from the Sincere Fiscal Regime established by law n27.260 and its ruling by decree 1206/2016.

In addition, we will think about the unconstitutionality declaration of the rules when the use of the ruling power by the Executive Power that is exhibited on the side of what the Constitution allows. It also verifies how it breaks the constitutional limits that are established for tax issues. This, according to the “Sola” case of the 23th November 2017.

Key words: tax law; unconstitutionality; reasonability; legality.

Violação dos princípios de reserva de direito e de razoabilidade em matéria fiscal no regulamento da Lei ° 27.260, relativa ao Regime de Sinceração Fiscal e à declaração de inconstitucionalidade

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar, do ponto de vista do direito constitucional e, mais precisamente, à luz dos princípios da legalidade ou reserva do direito tributário e da razoabilidade, o sistema de exclusão de sujeitos do Regime Sincero de Imposto estabelecido, na Lei 27.260 e seus regulamentos pelo Decreto nº 1206/2016, que altera o Decreto 895/2016.

Da mesma forma, refletirá sobre a declaração de inconstitucionalidade das regras quando o exercício do poder regulador pelo Poder Executivo for exibido fora da atribuição conferida pelo artigo 99, subseção 2 da Constituição Nacional e pela subjugação de os limites constitucionais estabelecidos em matéria tributária; Isso, com especial comentário ao julgamento da Câmara V da Câmara Nacional no Contencioso Administrativo Federal, no caso “Solá, Felipe Carlos c / EN s / amparo Lei 16.986”, de 23 de novembro de 2017.

Palavras chave: honestidade fiscal; inconstitucionalidade; direito Tributário; razoabilidade.

1. El Régimen de Sinceramiento Fiscal de la ley 27.260 y su reglamentación por parte del Poder Ejecutivo Nacional en lo referente a las personas excluidas del régimen

Comenzaremos el análisis por señalar, en primer término, que la ley 27.260 previó un Régimen de Sinceramiento Fiscal, que consistía en que los sujetos incluidos (personas humanas, sucesiones indivisas y los sujetos comprendidos en el art. 49 de la Ley de Impuesto a las Ganancias) podían declarar de manera voluntaria y excepcional ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, la tenencia de bienes en el país y en el exterior, dentro de un plazo determinado.⁽¹⁾

De una lectura con más detalle surge que los bienes que podían ser objeto de la declaración voluntaria y excepcional eran la tenencia de moneda nacional o extranjera; inmuebles; muebles, acciones, participaciones en sociedades, derechos inherentes al carácter de beneficiarios de fideicomisos, toda clase de instrumentos financieros o títulos valores; y todo otro tipo de derechos susceptible de valor económico. Tales bienes debían ser preexistentes a la fecha de promulgación de la ley.⁽²⁾

Asimismo, la norma establecía el modo en que debía realizarse la declaración; la forma o criterio de valuación de los bienes a declarar; la alícuota del impuesto especial a aplicar sobre el valor de los bienes que se declaren; las excepciones; la forma de determinar e ingresar el impuesto; los beneficios alcanzados por la declaración, entre ellos, en particular, respecto de las consecuencias de las infracciones y de los delitos penales tributarios, cambiarios y aduaneros en los términos previstos en el art. 46 de esa ley; el plazo para acogerse al beneficio (comprendido desde la vigencia de la ley y hasta el 31 de marzo de 2017); las condiciones para acceder al beneficio; los sujetos excluidos del régimen.

En lo que respecta a los sujetos excluidos del régimen, la ley describe quiénes se hubieran desempeñado o ejercido funciones públicas entre el 1 de enero de 2010, inclusive, y la vigencia de la presente ley. Entre muchos otros funcionarios, enumera desde los incs. a) al w) del art. 82 al presidente y vicepresidente de la Nación; gobernador, vicegobernador, jefe o vicejefe de gobierno de la CABA; senador o diputado nacional, provincial o de la CABA, o concejal municipal, o parlamentario del Mercosur; magistrados de todos los poderes judiciales y ministerios públicos del país; Defensor del Pueblo; Jefe de Gabinete de Ministros, ministro, secretario o subsecretario del Poder Ejecutivo nacional, provincial, municipal o de la CABA; miembro del Consejo de la Magistratura o del jurado de enjuiciamiento.

(1) Conf. art. 36 de la ley 27.260, sancionada el 27/07/2016.

(2) Conf. art. 37 de la ley 27.260.

En el mismo universo de personas excluidas del beneficio fiscal se encuentran el cónyuge, los padres y los hijos menores emancipados de los sujetos excluidos en el art. 82 antes citado de la ley.⁽³⁾

Los sujetos excluidos, en consecuencia, no podían ampararse en el Régimen de Sinceramiento Fiscal, ni gozar de sus beneficios.

En efecto, en el diseño de la ley, la calidad de funcionario público encuadrado en los incs. a) a w) del art. 82, entre el 1 de enero de 2010 y la vigencia de la ley, constituye un factor subjetivo que determina su exclusión del beneficio impositivo.

En función de este factor, las personas enumeradas taxativamente no resultan alcanzadas por el beneficio de sinceramiento fiscal o “blanqueo”. Cabe enfatizar que este beneficio –como se mencionó– tampoco alcanza a quienes resulten ser cónyuges, padres e hijos menores emancipados de tales sujetos.

Luego del dictado de la ley, el Poder Ejecutivo Nacional, en uso de las facultades previstas en el art. 99, inc. 2 CN, reglamentó el citado régimen mediante el dictado del decreto 895/2016.

Con posterioridad, y a los fines de este trabajo, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1206/2016, modificando el decreto reglamentario antes reseñado, y por el cual dispuso en su art. 6 que:

los sujetos comprendidos en el Artículo 83 de la Ley N° 27.260 podrán efectuar la declaración voluntaria y excepcional, dispuesta en el Título I del Libro II de la ley, exclusivamente respecto de los bienes que acrediten se encontraban incorporados en su patrimonio con anterioridad a la fecha en que los sujetos enumerados en los incisos a) al w) del Artículo 82 de la Ley N° 27.260, hubieran asumido los respectivos cargos.

En otras palabras, la nueva reglamentación, al modificar el alcance de la exclusión de sujetos en lo atinente a un aspecto temporal de los bienes incorporados a su patrimonio que la norma legal no distinguía, efectuó una justificación en el tiempo no receptada en la ley y amplió, en consecuencia, el universo de sujetos beneficiados por el régimen, en clara contradicción con la expresa voluntad del legislador y espíritu de la ley.

De esta manera, por medio de una reglamentación se añadió un supuesto temporal del hecho imponible en la incorporación de los bienes al patrimonio de los familiares excluidos sujetos a exteriorización, que no se expresaba en la ley, permitiendo de ese modo el acogimiento al régimen a quienes la propia ley había excluido.

(3) Conf. art. 83 de la ley 27.260.

2. Las bases constitucionales de la tributación. Principio de legalidad y de reserva de ley en materia tributaria. Aspecto temporal del hecho imponible. Avasallamiento de los límites constitucionales por parte del Poder Ejecutivo

Los antecedentes de la reglamentación en estudio hacen necesario examinar la compatibilidad de las disposiciones citadas con las que la Constitución Nacional ha fijado para el establecimiento de los tributos con todos sus elementos; y especialmente, en lo que aquí nos interesa analizar, para el establecimiento, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás beneficios y bonificaciones tributarias, supuestos que se asimilan a los beneficios de un régimen de sinceramiento fiscal.

En ese sentido, en nuestro derecho las bases constitucionales de la tributación se sustentan en el respeto de varios postulados fundamentales que engendran los correlativos derechos frente al Estado, a saber: principio de legalidad tributaria, según el cual todo tributo debe ser creado por ley del Congreso; igualdad tributaria, incluida como garantía del art. 16 CN; razonabilidad tributaria, que en esta materia permite asegurar la no confiscatoriedad y la igualdad al evitar la arbitrariedad de las distinciones (Quiroga Lavié, 1995), principio que, asimismo, permite verificar los límites constitucionales impuestas a las reglamentaciones infralegales.

En efecto, nuestra Constitución Nacional prescribe como regla primordial, en los arts. 17, 52 y 75, incs. 1 y 2, que únicamente el Congreso está habilitado para imponer las contribuciones referidas en el artículo 4º.

Específicamente, el art. 4º CN establece que:

el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.

La cláusula transcripta precedentemente se complementa -como se ha expresado- con el art.17 en tanto prescribe que solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4; en conjunción también con el art. 75, incs. 1 y 2 CN, por cuanto corresponde al Congreso legislar en materia aduanera e imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias.

Conforme a los términos descriptos, el Tesoro Nacional se compone, desde el punto de vista de la potestad tributaria, de los recursos de impuestos, tasas y demás contribuciones, que solo pueden ser impuestas por el Congreso.

Por su parte, el art. 52 CN asegura el principio de representatividad democrática en el establecimiento de los tributos, en cabeza de la Cámara de Diputados

como cámara de origen; también enunciada por el derecho público anglosajón en la fórmula “*no taxation without representation*”.

Reseñadas las normas constitucionales, el estudio de la potestad tributaria y su correlato en términos de establecer un régimen de sinceramiento fiscal nos conduce así al análisis de los límites constitucionales en términos de **principios**, previstos para su ejercicio por el poder estatal.

Respecto de uno de los principios cardinales y formales establecidos en la Constitución, Casás (1994) nos enseña que el principio de legalidad excede lo fiscal, y reconoce un alcance amplio, en tanto se exhibe como una de las características propias del Estado de derecho, importa la subordinación del obrar de la administración a la ley y resume en el constitucionalismo contemporáneo la concreción del ideario que despertó con las revoluciones francesa y americana.

El citado autor cita a Eugenio Simón Acosta agregando que “desde antiguo viene discutiendo la doctrina administrativa sobre si la administración está facultada para hacer todo lo que la ley no prohíbe (...) o si, por el contrario, la administración sólo puede hacer aquello para lo que cuenta con expresa o genérica atribución legal”, definiendo su opinión por esta última tesis, que categóricamente Casás (1994, pp. 16-117) y nosotros compartimos.

La lógica estricta que sigue la materia tributaria en cuanto a la forma de reserva absoluta de ley conduce a que cualquier régimen vinculado con los tributos estén regidos por el *numerus clausus* y el exclusivismo del Congreso.

Este fenómeno, al marcar esta vinculación positiva, en cuyo mérito el Poder Ejecutivo solo puede desempeñarse en las materias para las que cuenta con autorización en forma inmediata o incluso mediata por habilitación de la ley, se denomina en la actualidad principio de legalidad (Casás, 1994, p. 116).

Casás (1994) enfatiza que “en los orígenes del constitucionalismo el principio de reserva de ley se confunde con el de legalidad, pues la rígida separación de poderes impide al Ejecutivo dictar normas generales, pero la cada vez mayor asunción de competencias normativas por el Ejecutivo obliga a plantear el problema de las relaciones entre la norma administrativa y la norma legal, a cuyo efecto el principio de reserva de ley se diferencia netamente y cobra plena autonomía en relación con el principio de legalidad, cuyo significado actual es el de que todo acto administrativo debe fundarse en una norma general autorizante”; para agregar seguidamente que “el significado primario de la reserva de ley es, por el contrario, que una materia, en nuestro caso la tributaria, tiene que regularse por ley, y no por reglamento” (p. 117).

Otra importante consecuencia del diseño constitucional es que la reserva de ley no es disponible por el legislador. La reserva de ley convierte, por mandato constitucional, una parcela dentro del universo del ordenamiento jurídico –en nuestro caso la correspondiente a la creación, modificación, exención, derogación de

tributos y la relativa a la definición de sus elementos fundamentales- en un ámbito en el cual solamente puede actuar la ley formal material, esto es, en nuestro ordenamiento constitucional, la sancionada por el Congreso federal (Casás, 1994).

En esta inteligencia, se regula por ley: la determinación del hecho imponible, el sujeto obligado, la base imponible, el tipo de gravamen, la alícuota, los demás elementos directamente determinantes de la deuda tributaria; el establecimiento, la supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias; el régimen de sanciones y sus modificaciones; las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones tributarias pueden significar respecto a la eficacia de los actos o negocios jurídicos; la concesión de perdones, condonaciones, rebajas, amnistías y moratorias; entre otras.

En efecto, la doctrina ha logrado consenso respecto de que:

- 1) el principio de legalidad, recogido en las constituciones latinoamericanas como principio fundamental del derecho público, tiene especial gravitación en materia tributaria;
- 2) la función legislativa debe ejercerse dentro de los límites establecidos por las normas constitucionales y con sujeción a los principios recogidos en ellas;
- 3) la ley debe establecer todos los aspectos relativos a la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria (presupuesto de hecho, base de cálculo, exoneraciones, alícuotas), así como los relativos a la responsabilidad tributaria, a la tipificación de infracciones, imposición de sanciones y establecimiento de limitaciones a los derechos y garantías individuales;
- 4) las excepciones a este principio deben limitarse al mínimo, estar consagradas explícitamente en los textos constitucionales y, en tales casos, ser temporarios, condicionadas y detalladamente circunstanciadas, exigiéndose en todos los casos la ratificación parlamentaria;
- 5) la función administrativa en las materias referidas en el numeral 3 es una actividad reglada que excluye la posibilidad de aplicación analógica y de actuación discrecional.⁽⁴⁾

Por su parte, Juan Carlos Luqui (citado en Casás, 1994, pp. 123-124) ha coincidido en su obra que el principio constitucional de legalidad solo puede quedar satisfecho en tanto la ley formal-material contenga todos los elementos esenciales para

(4) Esta postura ha sido adoptada en las conclusiones del simposio "El Principio de Legalidad en el derecho tributario", organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo y el Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, que tuvo lugar los días 15 y 16 de 1986. Las deliberaciones se realizaron tomando en cuenta los trabajos presentados por los profesores Geraldo Ataliba, Sergio de la Garza, Ernesto Flores Zabala, Horacio García Belsunce, Juan Carlos Luqui, Juan Carlos Peirano Facio, Ramón Valdés Costa y Alberto Xavier.

crear de manera cierta la obligación, es decir: a) el hecho imponible, definido de manera cierta; b) los presupuestos de hecho a los que se atribuirá la producción del hecho imponible; c) los sujetos obligados al pago; d) el método o sistema para determinar la base imponible, en sus lineamientos esenciales; e) las alícuotas que se aplicarán para fijar el monto del tributo; f) los casos de exenciones; g) los supuestos de infracciones; h) las sanciones correspondientes; i) el órgano administrativo con competencia para recibir el pago; y j) el tiempo por el que se paga el tributo; con lo cual las competencias del Poder Ejecutivo en la materia quedan totalmente circunscriptas a hacer recaudar las rentas de la Nación; añadiendo luego que “el decreto no puede ser jamás fuente lícita de obligaciones tributarias...” ya que, incluso, “tampoco podría hacerlo al reglamentar las leyes tributarias, porque su atribución de reglamentación le prohíbe alterar el espíritu de las leyes con excepciones reglamentarias, con lo cual le fija un límite a la atribución reglamentaria”.

Asimismo, un corolario del antedicho principio constitucional ha permitido afirmar al profesor Dino Jarach (1969, p. 112) que su adopción significa “que las situaciones jurídicas de los contribuyentes deben ser regidas por la ley, pero no por una ley cualquiera, sino por una ley anterior a los hechos que caen bajo su imperio”.

Así entendemos que el régimen establecido por la ley 27.260 como potestad de carga tributaria permitió a los sujetos alcanzados por la norma en los términos del art. 36 de esa ley, declarar voluntaria y excepcionalmente la tenencia de moneda nacional y extranjera y demás bienes en el país y en el exterior, ingresar un impuesto especial, conforme la alícuota establecida en el art. 41 y, al mismo tiempo, mediante esa declaración gozar de ciertos beneficios en la medida de los bienes declarados, en tanto permite excluirse o exceptuarse de las consecuencias de las infracciones y de los delitos penales tributarios, cambiarios y aduaneros en los términos previstos en el art. 46 de la misma ley.

Sentado el marco teórico, el decreto reglamentario que comentamos ha avanzado en contravención con el alegado principio de legalidad, es decir, contra la primera garantía formal establecida en la Constitución en favor de los derechos de los contribuyentes, y partida de nacimiento del derecho tributario, toda vez que no surge de la ley una habilitación expresa inmediata o mediata atributiva de competencia a favor del Ejecutivo en el sentido de reglamentar que los sujetos comprendidos en el art. 83 de la ley 27.260 podían efectuar la declaración voluntaria y excepcional “exclusivamente respecto de los bienes que acrediten se encontraban incorporados en su patrimonio con anterioridad a la fecha en que los sujetos enumerados en los incisos a) al w) del Artículo 82 de la Ley 27.260, hubieran asumido los respectivos cargos”.⁽⁵⁾

(5) Art. 6º del decreto 1206/2016 (sic).

Con esa reglamentación el Poder Ejecutivo Nacional amplió el universo de sujetos beneficiados por el régimen, en tanto que añadió un supuesto temporal del hecho imponible de incorporación de los bienes al patrimonio de los familiares excluidos, sujeto a exteriorización bajo el amparo de tal régimen, que no se encontraba establecida en la ley.

En otras palabras, al incorporar una fecha de alta de bienes al patrimonio (esto es: bienes incorporados con anterioridad al 1 de enero de 2010) hace una distinción que la ley no recogía, permitiendo, en consecuencia, que esos familiares excluidos puedan declarar los bienes ocultos, y gozar de los beneficios de la ley, en su caso, eximirse de las consecuencias de las infracciones y de los delitos penales tributarios, cambiarios y aduaneros. Eso, precisamente, que la ley no lo permitía.

Con esa lógica Giuliani Fonrouge (1976, p. 291) afirmó que “la relación existente entre el poder tributario y el poder de eximición (...) explica que el mismo gobierno que tiene la potestad de aplicar gravámenes tenga correlativamente la de dispensar de su pago”.

Cabe recordar también que la exención tributaria, como instituto jurídico, debe considerarse como una situación atípica, por constituir una excepción al principio de “igualdad” (y, consecuentemente, “generalidad”) de la obligación tributaria, debiéndose interpretar con criterio restrictivo (Rosatti, 2001, p. 126).

Este criterio restrictivo que pregona la doctrina respecto de la potestad tributaria es la que debió aplicar el Poder Ejecutivo Nacional durante el ejercicio de sus atribuciones constitucionales de reglamentar las leyes.

En esa tesitura, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sido concordante en que: la interpretación de las leyes impositivas debe ser restrictiva en cuanto a las exenciones y privilegios establecidos por las mismas (Fallos: 198:18); en caso de duda la interpretación de la exención de impuestos ha de ser restrictiva y resuelta en forma adversa a quien la invoca (Fallos: 204:110); las excepciones a las leyes impositivas no pueden crearse por implicancia o por inferencia, sino que deben aparecer fuera de razonable duda (Fallos: 210:1088); las excepciones a las leyes impositivas deben ser interpretadas con criterio restrictivo y aparecer fuera de razonable duda (Fallos: 211:864); la facultad de acordar exenciones al régimen impositivo no es omnimoda. Ella debe asentarse en razones ajenas al mero discrecionalismo de las autoridades y practicarse con la debida competencia (Fallos: 258:208).

Asimismo, en el fallo “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/amparo”, de 15 de abril de 2014, la CSJN ha expresado categóricamente que “los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas”. En la misma lógica debe entenderse el supuesto de normación respecto de los sujetos comprendidos o excluidos en un beneficio fiscal.

La razón de ser de esa limitación se funda en que la atribución de crear los tributos es la más elemental a la naturaleza del régimen representativo y republicano de gobierno (Fallos: 182:411).

La Corte dijo que “al tratar la creación, el manejo y la inversión del tesoro público, el constituyente confió al órgano más íntimo del país –según las palabras de Alberdi– la potestad de crear los tributos y votar los gastos públicos, en tanto que le confirió al Poder Ejecutivo la de recaudar y emplear aquellos recursos en los gastos designados”, agregando, también en conceptos del ilustre jurista citado que “ese modo de distribuir el poder rentístico fue tomado de Inglaterra y adoptado por Estados Unidos a fin de evitar que en la formación del tesoro sea ‘saqueado el país, desconocida la propiedad privada y hollada la seguridad personal’ e impedir, además, que en la elección y cantidad de los gastos se dilapide la riqueza pública” (Fallos 321:2683).

Asimismo, el máximo tribunal ha señalado:

... el principio de legalidad o de reserva de la ley no es sólo una expresión jurídica formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes. En tal sentido, este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones especiales como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir, el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones (Fallos 329:1554).

Estas consolidadas doctrinas han sido sostenidas en el fallo “Camaronera Patagónica S.A.” donde se había cuestionado el establecimiento de un tributo, o su modificación o ampliación, mediante un decreto de necesidad y urgencia; las que también se aplican frente a un decreto reglamentario –como la norma que estamos analizando– puesto que la materia tributaria supone una limitación constitucional infranqueable para el Poder Ejecutivo, un valladar que no cede ni aún mediante decretos de la naturaleza señalada (Fallos 318:1154; 319:3400 y 323:3770, entre otros).

Debe enfatizarse, de manera correlativa, que este valladar inconstitucional que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se trate de un régimen de sinceramiento fiscal y su reglamentación por parte del Poder Ejecutivo.

Si el legislador hubiese querido introducir la pauta temporal de incorporación de bienes al patrimonio de los familiares de los funcionarios públicos excluidos del régimen, y disponer en consecuencia “que los sujetos comprendidos en el artículo 83 de la Ley Nº 27.260 puedan efectuar la declaración voluntaria y excepcional, exclusivamente respecto de los bienes que acrediten se encontraban incorporados en su patrimonio con anterioridad a la fecha en que los sujetos enumerados en los incisos a) al w) del artículo 82 de la Ley Nº 27.260, hubieran asumido los respectivos cargos”, lo hubiese señalado expresamente.

Por ello, es que sostenemos que el decreto reglamentario innovó en el universo de sujetos excluidos, extendiendo el beneficio a las personas que el legislador expresamente quiso excluir.

En tales condiciones cualquier extensión analógica, innovación, ampliación de beneficiarios, y reducción de la exclusión, aun por vía reglamentaria, de los supuestos taxativamente previstos en la ley se exhibe en pugna con el principio de legalidad del tributo.⁽⁶⁾

3. Afectación al Principio de Razonabilidad

Sostenemos, por tanto, que el supuesto temporal incorporado mediante vía reglamentaria (art. 6° del decreto 1206/2016) introduce una variación insalvable en los sujetos enumerados en los incs. a) al w) del art. 82 de la ley 27.260 produciendo, inevitablemente, la nulidad de la norma en cuestión. La afectación a los principios fundantes de nuestra Constitución como el de razonabilidad, de legalidad y de reserva de ley en materia tributaria conducen indefectiblemente a la nulidad de dicha norma.

Entendemos que la razonabilidad no debe ser entendida en forma restringida, sino que, más bien, dicho principio alude al sistema jurídico todo y lo hace lógico, proporcionado y justo. Por ello en el análisis se hace necesaria una mención sobre dicho imperativo. Es que la razonabilidad como principio inserto en nuestro derecho constitucional puede considerarse como parte de una característica inmanente del iusnaturalismo. Así, podemos encontrar su influencia en otros sistemas jurídicos como Italia (*"ragionevolezza"*), Francia, España y Alemania (entendida como **"proporcionalidad"**) donde opera como control de la actividad discrecional estatal (Guariglia, 2017) y en los sistemas anglosajones donde se desprende del instituto genérico del *due process of law*.

Según Maraniello (2005) la razonabilidad la debemos buscar en el aspecto sustantivo de debido proceso legal. En este sentido, entiende que a pesar de los antecedentes que pueden encontrarse sobre *due process of law* incluidos en la Carta Magna de 1215 (*law of land*) o en los *charters* otorgados a los colonos por la Corona Británica, la primera mención manifiesta dentro de un plexo constitucional se halla en la Enmienda 5^{o(7)} de la Constitución Americana de 1791.

En este sentido, nuestra Constitución Nacional contempla las dos dimensiones del debido proceso legal: por un lado, la adjetiva, la cual se observa en los arts. 18 y el 19; por otro, la sustantiva, expresada en los arts. 14, 28 y el 99.2. De esta manera, la dimensión adjetiva ha sido entendida como legalidad, mientras la segunda como razonabilidad.

(6) Esto se expresó en un antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que aborda la limitación del poder reglamentario del Poder Ejecutivo Nacional, a saber, en el fallo "Eves Argentina S.A. s/ recurso de apelación - I.V.A.", del 14/10/1993.

(7) "... ninguna persona se la privara de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal...".

El aspecto sustantivo abarca, entonces, los principios, garantías y derechos constitucionales que, como establecen los arts. 14 y 28, deberán ser conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, pero no podrán ser alterados por ellas. De la misma forma, el 99.2 determina que el Poder Ejecutivo no podrá mediante su atribución reglamentaria alterar el espíritu de las leyes de la nación. Así, se configura una lógica procedimental en la producción normativa formal que compete al legislativo y el ejecutivo y, donde, la función reglamentaria de los derechos constitucionales no puede alterar su contenido.

Antes de ingresar al análisis concreto de la actividad administrativa en la reglamentación de las leyes se hace necesario establecer el contenido de esta manda constitucional, es decir, determinar en qué medida la atribución reglamentaria es afectada por el principio de razonabilidad y, por antítesis, cuándo esta es irracional y los supuestos en los que esta afectación determina la invalidez de la norma.

La palabra razonabilidad se encuentra definida por la Real Academia Española como “calidad de razonable, por su parte, razonable es entendido como adecuado, conforme a razón, proporcionado o no exagerado o racional”. En esta línea, entre las varias definiciones que nos arroja el concepto razón encontramos la de “justicia, rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas”. Por otro lado cuando buscamos la definición de irracionalidad encontramos que se trata de aquel “comportamiento o expresión descabellados, faltos de racionalidad”, es decir, por oposición, sería la falta de rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas.

No obstante, el concepto razonabilidad es de uso extendido en la literatura jurídica y, además de incluir estas definiciones anteriores las desborda, expresando la doctrina una máxima o principio que da coherencia sustantiva al sistema jurídico y que se encuentra contenida en el proceso de validación formal de la norma, por ello Linares (2002) la definió como “garantía innominada de la Constitución”. Para este autor, en el derecho se utiliza el término razonabilidad en tres sentidos: a) Técnico: se habla de los medios que son razonables para obtener determinados fines; b) Axiológico: se alude a la razonabilidad jurídica cuando se busca el fundamento valorativo. Asimismo, estos valores serán razonables solo si se fundan en la justicia y; c) Ciencia del derecho: aquí se busca la razón suficiente de una conducta compartida. Esa razón puede ser de esencia, cuando se funda en una norma jurídica, de existencia, cuando se funda en el mero hecho jurídico y de verdad, cuando tiene por fundamento la justicia.

En este marco, se entiende que el criterio de valoración de la razonabilidad de las normas está íntimamente relacionado con un criterio subjetivo, que se desprende de la interpretación de la comunidad jurídica y que decide cuáles son los parámetros tolerables en la reglamentación de los principios, garantías y derechos constitucionales. Muy a pesar de este entendimiento, existen ciertas variables intrínsecas que modelan este principio y que tienen su apoyo en la piedra angular de los sistemas jurídicos occidentales: el Estado de derecho.

El Estado de derecho involucra, entre otros principios, el de separación de poderes, la legalidad, los derechos humanos y el respeto a las personas que lo integran (y que no), el fuero a la personalidad jurídica, el control de constitucionalidad etc. Es decir, admitir el Estado de derecho significa la asimilación de ciertos principios que hacen condiciones sine qua non de su existencia, ya que son estos los que le dan sentido a aquel. Así, la valoración de la razonabilidad es una variable condicionada a estas premisas pero que debe ajustarse a su evolución histórica.⁽⁸⁾

Efectivamente, por ejemplo, en lo referido a la protección del derecho de propiedad y libertad contractual en EEUU podemos observar dos claras etapas: la primera se la conoce como la era “Lochner”, el antecedente que le da nombre sucede en 1905 cuando la Corte Suprema de aquel país declara la inconstitucionalidad de una ley emitida por el Estado de New York, la cual limitaba a un máximo de diez horas diarias o sesenta horas semanales la jornada laboral en las panaderías.⁽⁹⁾ Los argumentos, se basaban en que el principio de libertad individual no debe ser desvirtuado por leyes que afectan el derecho de las personas a contratar y regular sus relaciones laborales libremente; en una segunda etapa, más entrado el siglo XX, la Corte va a propugnar la intervención del Estado en las relaciones contractuales y en la economía repudiando fuertemente el antecedente “Lochner”.

También, en 1958, el Tribunal Constitucional Federal Alemán encontrará la razonabilidad en un antecedente que se convertirá un *leading case*. En el caso conocido como *Apothekenurteil*,⁽¹⁰⁾ donde se discute la admisión limitada de farmacias en Baviera, se explica dogmáticamente el significado de este principio, llamado de “Proporcionalidad”. El *fairen verfahren* se trata de un contenido similar al *due of law* y su contenido sustantivo se traduce como “Proporcionalidad”. Asimismo, la proporcionalidad se encuentra dividida en tres subprincipios: a) Adecuación: se refiere al ajuste de los medios a los fines; b) Necesidad: es decir, que el derecho reglamentado debe ostentar la menor restricción posible para el derecho del ciudadano; y c) Proporcionalidad: en este caso se exige que la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención (Rainer, Martínez Estay y Zúñiga Urbina, 2012).

Asimismo, en nuestro país, podemos consignar los fallos “Ecolano c/ Lanteri de Renshaw” (Fallos 136:161), “Avico c/ De la Pesa” (Fallo 172:29), “Inchaspes Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes” (Fallo 199:483), y “Cine Callao” (Fallo 247:121), entre otros: es en esta línea de ideas en las que el Máximo Tribunal irá delineando

(8) En el fallo “Repetto” (Fallos: 311:2272), el ministro Fayt manifiesta: “La adecuación de los principios a la realidad humana debe respetar la índole mutable de esta, bajo riesgo en caso contrario de no ser en realidad tal adecuación sino acartonada imposición que contradice el espíritu de los tiempos”.

(9) Cfr. “Lochner v. New York”, 198 U.S. 45.

(10) BVerfGE7, 377.

la potestad regulatoria de los derechos. En este último caso, la CSJN manifestó que, las normas “cuya constitucionalidad estaría condicionada, por una parte, a la circunstancia de que los derechos afectados fueran respetados en su sustancia y, por la otra, a la adecuación de las restricciones que se les impone, a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, esto es, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas...”.

Asimismo, la Corte agrega en “Cine Callao” que la cuestión de mérito o conveniencia y la elección de los recursos con los que se plantea hacer frente a determinadas circunstancias no es una decisión sobre la cual pueda definirse, pero si debe evaluar si estos medios se adaptan al criterio de razonabilidad contenido en los arts. 28 y 31.

Como quedó dicho, y por aplicación de la doctrina sentada en Fallos, t. 199, p. 483, el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues, como se afirmó en Fallos, t. 171, p. 348 y se recordó en Fallos, t. 199, p. 483, el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes, sea de las que regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía, sea de las que establecen impuestos o tasas (Fallos, t. 98, p. 20; t. 147, p. 402; t. 150, p. 89; t. 160, p. 247). El examen y el pronunciamiento judicial, deben radicar sin duda en la conformidad que, de acuerdo con los arts. 28 y 31 de la Constitución Nacional, deben guardar con ella las leyes de la Nación.

De este análisis, se desprende la necesidad de validación, no solo formal, de las normas creadas por el sistema jurídico, sino también la evaluación de su contenido sustantivo, de modo que su coherencia establezca una cohesión lógica y congruente con todo el sistema que le da sustento. Como expresa Guariglia (2017) respecto del principio de razonabilidad,

... el ordenamiento permite la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación, dicha elección se encuentra limitada por el propio ordenamiento jurídico, por cuanto no se trata de la existencia de una libertad restringida por aplicación de un principio que sobrevuela tal ordenamiento, sino que, por el contrario, proviene de él, aunque -insistimos- ello no le priva de su calidad de principio general de derecho (p. 5).

En este sentido, toda actividad ejercida por cualquier órgano estatal que no sea ajustada al principio de razonabilidad tornaría aquella norma (ley, decreto, resolución o sentencia) irrazonable o inválida, es decir, arbitraria. La Constitución federal, por su parte, establece en el amparo un remedio idóneo para estas situaciones cuando establece en su art. 43 que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, contra todo acto u omisión de autoridades

públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”, y, en dicho contexto, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma.⁽¹¹⁾

En un viejo trabajo, antes de la última reforma constitucional, Cayuso (1962) se planteaba que era el control de constitucionalidad el instrumento que posee el Poder Judicial para fijar los alcances de la razonabilidad. En este punto agrega, entonces, que es necesario identificar los estándares que utiliza la Corte para este cometido. Así, selecciona entre ellos dos fallos que delimitan aún más lo hasta aquí dicho y, suponen –en sus palabras– un análisis intensivo de razonabilidad. Se trata de los fallos “Portillo” y “Repetto” y, en ellos, la Corte requiere el interés esgrimido por el Estado para justificar la restricción u obligación que establece la norma, ya que, el mero interés legítimo proporcionado como motivación por el Estado e, invocado en forma genérica, no es suficiente para aceptar la validez de la norma.

Profundizando esta línea, en “Repetto”, de los votos de los ministros Petracchi y Baque se desprende que, en el caso de una norma con indicios de inconstitucionalidad, el Estado

... debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea “razonable”. La demandada no ha cumplido con el requisito arriba mencionado, toda vez que no ha probado cuál es el “interés estatal insoslayable” que se ha visto protegido en el caso al privársele a la actora, por la sola circunstancia de ser extranjera, la posibilidad de trabajar en un jardín de infantes (CSJN, “Repetto, Inés María c/ Bs. As. Prov. de s/ inconstitucionalidad de normas legales”, 08/11/1988).

En este punto, vale preguntarnos, como lo hizo el Procurador Fiscal en el caso arriba citado: “... el meollo de la cuestión: decidir si estamos ante una razonable reglamentación de un derecho de modo expreso constitucionalmente reconocido, o bien frente a su alteración sustancial, ante su violación o supresión lisa y llana”.⁽¹²⁾

Creemos que el artículo 6° del decreto 1206/2016 no satisface el análisis de razonabilidad, por cuanto introduce modificaciones sobre las cuales el Poder Ejecutivo no está facultado en virtud de la división de poderes y los principios de legalidad y de reserva de ley en materia tributaria. Dichos límites funcionan como condicionantes de la discrecionalidad administrativa. Es

(11) Marianello (2005) dice: “Entendemos como arbitrario todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho. He aquí una cadena ininterrumpida, donde todo lo arbitrario es irrazonable, y todo lo irrazonable es inconstitucional, porque altera o destruye un derecho constitucional, con la consecuencia lógica de la declaración de inconstitucionalidad” (p. 9).

(12) Dictamen del Procurador Fiscal José Osvaldo Casas de 21 de octubre de 1987, caso “Repetto”.

que la razonabilidad se revela como un límite a la discrecionalidad y obliga a seguir ciertos límites técnicos y concretos (Dromi, 1996).

Asimismo, no se detecta ningún interés estatal que sostenga la legitimidad del decreto en cuestión. Por el contrario, la norma altera la voluntad del legislador y, en su motivación, no se divisa ninguna situación excepcional⁽¹³⁾ sino que, más bien, su modificación se debe a cierta “experiencia recogida” desde la sanción de la ley y la necesidad de “aclarar” el alcance de la misma, es decir, se realiza una invocación genérica de motivos. Entendemos que dicha alteración en la norma reglamentaria la torna irracional –en otras palabras, arbitraria–, por contraponerse al debido proceso sustantivo y susceptible de ser declarada inconstitucional.

4. La declaración de inconstitucionalidad de la norma y la legitimación procesal para solicitarla judicialmente como presupuestos para la existencia de un caso o causa judicial

El Poder Judicial de la Nación tiene que asumir el rol garantizador de los principios jurídicos fundamentales que conforman el estado de derecho.

Para ello, el Poder Judicial de la Nación, con sus obligaciones de conocer y decidir en “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución” (art. 100) y mantener por consiguiente el principio de supremacía constitucional (art. 31), cuenta con la declaración de inconstitucionalidad de los excesos o desvíos de los restantes poderes como herramienta.

González Calderón (1956) dice:

el más notable acierto de los constituyentes del '53 consiste en que, sobre la base sólida del principio de la separación e independencia de los poderes gubernamentales, crearon todo un Poder Judicial a la manera y con la robustez del modelo norteamericano (...) El aspecto más sobresaliente de la concepción norteamericana que adoptaron los constituyentes del '53 es la facultad privativa del Poder Judicial para verificar la conformidad de las leyes y decretos de los otros poderes con la Constitución Nacional (p. 36).

El efecto de la declaración de inconstitucionalidad importa “detener o frenar” la voluntad del otro poder. Es así como la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial, asume un poder activo en la distribución y equilibrio de los poderes.

En materia fiscal se agrega la particularidad de que la inconstitucionalidad a una norma, además de la natural afectación al orden jurídico establecido, puede

(13) En los considerando del decreto puede leerse “Que la experiencia recogida desde la sanción de la Ley N° 27.260 y el dictado de su Decreto Reglamentario N° 895 de fecha 27 de julio de 2016, aconseja efectuar ciertas precisiones que, respetando el espíritu de la normativa en cuestión, garanticen su mejor aplicación y la concurrencia de aquellos contribuyentes que deseen dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo, posibilitando la adecuada utilización de los beneficios acordados por dicho régimen.

Que para ello resulta imprescindible aclarar el alcance del aludido cuerpo normativo a los efectos de evitar interpretaciones que afecten la finalidad perseguida con su dictado”.

acarrear consecuencias económicas graves para el propio Estado, como la no recaudación de sumas importantes por ciertos contribuyentes.

Siendo el propio Estado una de las partes afectadas por la declaración de inconstitucionalidad de la ley fiscal, es obligación señalar que, a la protección de los valores amparados en la presunción de constitucionalidad –es decir, al orden jurídico establecido–, se le opone con igual fuerza el principio ético político de garantizar los derechos fundamentales de las personas (Asorey, 1988, p. 908).

En esa línea, la obligación del Poder Judicial de conocer y decidir en “todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución” presupone examinar la cuestión relativa a la legitimación procesal de las personas que acudan al sistema judicial en búsqueda de la pretendida declaración de inconstitucionalidad de una norma que viola el principio de legalidad y razonabilidad en materia tributaria.

El examen de dicha cuestión referente a la legitimación constituye un presupuesto para la configuración de un “caso”, “causa” o “controversia” en los términos del art. 116 CN, lo cual se erige en un recaudo insoslayable para el acceso a la justicia.

En torno a la legitimación procesal en materia tributaria debe recordarse que no es extraño que el derecho fiscal vaya a la vanguardia en la búsqueda de soluciones, inicialmente iconoclastas, pero que en última instancia terminan siendo receptadas luego de un lento proceso de asimilación. Así, el derecho fiscal origina la creación de nuevas figuras en otras ramas del derecho o da nacimiento a mecanismos procesales sin precedentes, como ha ocurrido en el derecho francés (Asorey, 1988, p. 908).

En ese marco es que nos resulta muy relevante destacar la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Solá, Felipe Carlos c/ EN s/ amparo Ley 16.986”, del 23 de noviembre de 2017, especialmente los votos de la mayoría.

El interés de este fallo radica en la trascendencia de la decisión, en cuanto reconoce la legitimación procesal a los legisladores nacionales para accionar judicialmente ante la flagrante violación de los principios constitucionales antes referidos a través de la reglamentación de la ley dictada por el Congreso.

En el caso que comentamos, el diputado nacional Felipe Solá interpuso una demanda de amparo a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 6° del decreto 1206/2016 por considerar que el Poder Ejecutivo Nacional ejerció de manera indebida las atribuciones reglamentarias que se le reconocen en el art. 99, inc. 2 CN, al extender los beneficios del régimen de sinceramiento fiscal a los cónyuges, padres e hijos emancipados de los sujetos enumerados en el art. 82 de la ley 27.260, en contra de lo expresamente establecido al respecto en el art. 83 de esa ley.

El legislador sostuvo que el precepto impugnado es inválido debido a que incurre en un exceso reglamentario e invade las atribuciones exclusivas del Congreso de la Nación y, por ello, debe ser declarado inconstitucional.

El Sr. Solá invocó su mera condición de ciudadano, porque todos y cada uno de ellos están igualmente habilitados para defender la Constitución ante la amenaza cierta de que sea vulnerado el sistema republicano de gobierno; también sostuvo su legitimación en su condición de diputado, porque los legisladores están en condiciones de defender las atribuciones del Congreso, ya que son directamente afectados cuando se desconocen las leyes que sancionan y se carece de otro medio legal efectivo para hacer valer la ley en cuestión.

El Dr. Guillermo F. Treacy dijo que el caso de autos planteaba diferencias con los precedentes del Alto Tribunal que negaban la legitimación de los legisladores.⁽¹⁴⁾

Expresó que la diferencia con aquellos precedentes es que este no era un caso donde el diputado ha sido vencido en el proceso de formación de una ley y pretende impugnarla judicialmente, sino que invoca una afectación en su función de legislador, viéndose imposibilitado de ejercer un posterior control sobre dichas disposiciones de carácter legislativo que alteran expresamente el espíritu de la ley. En tal sentido, la inclusión de la disposición dentro de un decreto reglamentario –y no en un decreto de otra naturaleza, que posibilite el control parlamentario posterior– impide al legislador cumplir el cometido para el que fue elegido (lo que representa una afectación al interés público, en este caso cualificado) ya que se trataría de un caso en el Poder Ejecutivo estaría ejerciendo funciones legislativas que le estarían vedadas.

En efecto, consideró que el caso se encontraba comprendido dentro del tercer supuesto identificado por el constitucionalista estadounidense Laurence Tribe,⁽¹⁵⁾ en los que un legislador podía solicitar la actuación de la justicia. Más precisamente, el supuesto en que invocan su condición para cuestionar conductas del Poder Ejecutivo que afectan su desempeño, al considerar que sus votos han sido privados de efectos por una conducta ilegal, en el sentido de que sus votos eran suficientes para rechazar (o sancionar) un proyecto de ley determinado, y no obstante ello, la norma entró igualmente en vigencia (o no entró en vigor, pese a estar debidamente sancionada).

Añadió que este supuesto incluye la hipótesis en que los votos de los legisladores fueron “nulificados”, ya que la conducta de otro órgano estatal los privó de efectos al reglamentar la ley en un sentido que es contrario a lo que ella

(14) Cuyos hitos son los casos “Thomas” (Fallos: 333:1023), “Dromi” (Fallos: 322:528), “Polino” (Fallos: 317:335), “Gómez Díez” (Fallos: 322:528), “Garré” (Fallos: 323:1432) y “Raimbault” (Fallos: 324:2381).

(15) El Dr. Treacy cita en el fallo la obra: Tribe, L. (1988). *American Constitutional Law* (2nd ed.). New York: The Foundation Press, p. 150; y su edición posterior: Tribe, L. (2000). *American Constitutional Law* (3rd ed.), vol. 1. New York: Foundation Press, pp. 456/463).

dispone. Ciertamente así, pues según sostiene Solá, fue su parte quien propuso agregar el art. 83 a la ley 27.260, mediante el cual expresamente se excluyó de las disposiciones del Título I del Libro II a los cónyuges, los padres y los hijos menores emancipados de los sujetos alcanzados en los incs. a) al w) del art. 82 de dicho cuerpo normativo.

A esas razones, el Dr. Treacy agregó el hecho de que no existen en el caso alternativas institucionales que permitan debatir la cuestión planteada, en que se alega una ilegalidad manifiesta, como lo es el caso de los decretos de necesidad y urgencia (art. 99.2) y los decretos delegados (art. 76). Nos permitimos agregar a esta lista el caso del veto parcial (art. 80). Tampoco existirían otros sujetos legitimados en condiciones de plantear la cuestión, en la medida en que no existen órganos independientes en condiciones de actuar judicialmente en resguardo de la ética en el ejercicio de la función pública: no podría hacerlo la AFIP como órgano encargado de la recaudación de la renta pública, ni el Defensor del Pueblo, cuyo cargo está vacante, estaría en condiciones reales de asumir la representación de los intereses que invoca.

Finalmente, advierte que se halla en juego un bien jurídico colectivo, como lo es la debida recaudación de la renta pública y la prevención de prácticas corruptas, en consonancia con normas constitucionales y tratados internacionales sobre la materia.

Por su parte, el Dr. Pablo Gallegos Fedriani también encontró legitimado al Sr. Felipe Solá para interponer la acción habida cuenta su condición de ciudadano, ya que se encuentra en juego la percepción de la renta pública y la transparencia en la gestión de los fondos públicos; en ese sentido, en dicha condición podría invocar y justificar un agravio diferenciado y un interés particular de que los tribunales de justicia actúen en resguardo de sus derechos.

Esta cuestión de la legitimación es central, pues el Poder Judicial, dentro de la ontología del sistema de división de poderes, es la única rama de gobierno que no tiene autonomía de actuación: necesita un presupuesto externo a él para intervenir. La clave es que si el Poder Judicial no tiene un caso contencioso promovido entre partes legitimadas en orden al agravio constitucional, no puede intervenir. Es decir, estamos frente a una inconstitucionalidad grave y, sin embargo, si no se verifican las partes legitimadas, no se puede intervenir. Este será el supuesto que debe resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El fallo comentado se inscribe así como un destacado pronunciamiento que va a la vanguardia en la búsqueda de soluciones para resguardar la supremacía constitucional y la adecuada protección de las garantías constitucionales mencionadas cuando se percibe que no existen otras alternativas institucionales que permitan debatir la cuestión constitucional planteada, y basa su fundamento en tres cuestiones fundamentales: el principio de razonabilidad, la división de poderes y la ampliación de legitimación activa en los casos donde los derechos colectivos transgredidos se cuentan imposibilitados de protección.

5. Reflexiones finales

La reglamentación del Poder Ejecutivo no resulta susceptible de compatibilizar con el texto legal, en tanto que la unidad, armonía y espíritu de la ley sancionada estaban conformadas por la exclusión del régimen a los sujetos enumerados en los arts. 82 y 83, sin distingo temporal de incorporación patrimonial de ninguna clase respecto de los bienes de esos sujetos.

En efecto, el aspecto temporal que incorporó la reglamentación no se encontraba descripta en la norma legal. De allí la innovación del decreto reglamentario que, en flagrante contradicción con el espíritu de la ley, invadió atribuciones exclusivas del Congreso violando los principios de legalidad o reserva de ley y de razonabilidad en materia tributaria, permitiendo a los familiares de los funcionarios taxativamente enumerados beneficiarse de un régimen que los excluía.

Finalmente, consideramos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene una oportunidad de oro de “dialogar” con un tribunal inferior, a saber, la Sala V de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en “Solá, Felipe Carlos c/ EN s/ amparo Ley 16.986” y reconocer que esta causa tiene elementos, fundamentos y argumentos nuevos para apartarse, sin arbitrariedad, de la doctrina de los casos “Thomas” (Fallos: 333:1023), “Dromi” (Fallos: 322:528), “Polino” (Fallos: 317:335), “Gómez Diez” (Fallos: 322:528), “Garré” (Fallos: 323:1432) y “Raimbault” (Fallos: 324:2381). Y así sostener la inconveniencia o inaplicabilidad de seguir el criterio adoptado en esos fallos (conf. doctrina del fallo “Cerámica San Lorenzo” del 4/07/1985, Fallos 307:1094).

6. Referencias bibliográficas

- Asorey, R.** (1988). *Legalidad, certeza e irretroactividad fiscal*. Buenos Aires: La Ley.
- Casás, J. O.** (1994). *Estudio preliminar sobre los aspectos introductorios al principio de reserva de ley en materia tributaria*. Estudios de Derecho Constitucional Tributario. Buenos Aires: Depalma.
- Cayuso, S.** (1992). El Control de Razonabilidad. Pautas de Revisión. *Revista Lecciones y Ensayos*, 57.
- Dromi, J.** (1996). *Derecho Administrativo* (5ta edición). Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina..
- Giuliani Fonrouge, C.** (1976). *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Depalma.
- González Calderón, J. A.** (1956). *No hay justicia sin libertad*. Buenos Aires: Zavalía.
- Guariglia, C.** (2017). Razonabilidad y legalidad en el derecho administrativo. *El Derecho*, año LV Ed. 273.
- Jarach, D.** (1969). *Curso Superior de Derecho Tributario. Tomo I*. Lima: Liceo Profesional Lima.
- Linares, J. F.** (2002). *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Astrea.

Marianello, P. A. (2005). El principio de razonabilidad y su regulación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. En *A una década de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar.

Quiroga Lavié, H. (1995). *Derecho Constitucional Argentino. Tomo II (2da ed actualizada)*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Rainer, A.; Martínez Estay, J. I y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 1, año 10, pp. 65-116. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003

Rosatti, H. (2011). *Tratado de derecho constitucional. Tomo II*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.

La situación jurídica de los prisioneros en Guantánamo y el excepcionalismo norteamericano⁽¹⁾

Julián Ariel Madrid Moreno

*Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Mendoza, Argentina*

✉ j.madrid@alumno.um.edu.ar

📅 Fecha de recepción: 29/01/2020 – Fecha de aceptación: 19/03/2020

Cómo citar este artículo: Madrid Moreno, J. (2020). La situación jurídica de los prisioneros en Guantánamo y el excepcionalismo norteamericano. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam.; pp. 25-41. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566.

DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a02>

Resumen: En el presente trabajo se analizan las normas convencionales del derecho internacional humanitario (DIH) y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) aplicadas al caso de los prisioneros acusados de terrorismo internacional que se encuentran en la base naval estadounidense ubicada en la bahía de Guantánamo (Cuba). Sus instalaciones se utilizan como centro de detención de prisioneros capturados en diversas operaciones de las Fuerzas Armadas estadounidenses, a quienes se les señala como partícipes en diversos grados de implicancia en redes globales de terrorismo.

En la actualidad, una gran cantidad de prisioneros se encuentran detenidos de manera indeterminada, sin tener acceso a las garantías mínimas legales reconocidas por el DIDH, amparándose en la doctrina de la guerra preventiva o “pre-emptive war” como estrategia de seguridad nacional. De allí que se presente un conflicto de normas convencionales entre las que se reconocen en el Convenio IV para los prisioneros de la base naval y las normas convencionales del DIDH. Ello



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

(1) Este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación “Convergencia y Divergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (resolución del HCA 17/18).

conlleva a los siguientes interrogantes: uno sobre la norma aplicable el estatus jurídico que les correspondería a los prisioneros de la base naval en Guantánamo, y otro sobre la postura adoptada por Estados Unidos a una circunstancia transgresora de los derechos humanos.

The legal situation of the guantanamo prisoners and the north american exceptionalism

Palabras clave: Guantánamo; prisioneros de guerra; derecho internacional humanitario; derechos humanos; guerra preventiva.

Abstract: This paper analyzes the specific norms of international humanitarian law (IHL) and international human rights law (IHRL) applied to the case of prisoners accused of international terrorism that are located in the US naval base located in the bay from Guantánamo (Cuba). Its facilities are used as a detention center for prisoners captured in various operations of the US Armed Forces, who are indicated as participants in varying degrees of involvement in global terrorism networks.

Currently, a large number of prisoners are being held indefinitely, without having access to the minimum legal guarantees recognized by the IHRL, based on the doctrine of preventive war or “preventive war” as a national security strategy. Hence, there is a conflict of standard norms between those recognized in Convention IV for prisoners of the naval base and the specific norms of the IHRL. This leads to the following questions: one on the applicable norm the legal status that corresponds to the prisoners of the naval base in Guantánamo, and another on the position adopted by the United States in the face of a transgressive circumstance of human rights.

Keywords: Guantánamo; prisoners of war; international humanitarian law; human rights; preventive war.

A situação jurídica dos prisioneiros em guantánamo e o excepcionismo norte-americano

Resumo: Este artigo analisa as normas convencionais do direito internacional humanitário (DIH) e do direito internacional dos direitos humanos (DIHI) aplicadas ao caso de prisioneiros acusados de terrorismo internacional que estão na base naval dos EUA, localizada na Baía de Guantánamo (Cuba). Suas instalações são usadas como um centro de detenção para prisioneiros capturados em várias operações das Forças Armadas dos Estados Unidos, que dizem estar envolvidas em diferentes graus de envolvimento em redes terroristas globais.

Atualmente, um grande número de prisioneiros é detido indefinidamente, sem acesso às garantias legais mínimas reconhecidas pelo IHRL, usando a doutrina da guerra preventiva ou “Preemptive War” como estratégia de segurança nacional. Portanto, existe um conflito de normas convencionais entre as reconhecidas na Convenção IV para prisioneiros na base naval e as normas convencionais do IHRL. Isso leva às seguintes perguntas: uma sobre a regra aplicável, o status legal que corresponderia aos prisioneiros na base naval de Guantánamo e outra sobre a posição adotada pelos Estados Unidos em uma circunstância que viola os direitos humanos.

Palavras chave: Guantánamo; prisioneiros de guerra; direito humano internacional; direitos humanos; guerra preventiva.

De su unión, nace la fuerza que, para miles y miles
de personas ha sido, en las más graves circunstancias
de calamidad: salvación, alivio, consuelo

Henry Dunant (1828-1910)⁽²⁾

1. Introducción

Con el inicio del siglo XXI hubo un mayor énfasis en la promoción y protección de los derechos humanos en varios países del mundo. La implementación de estos derechos en los programas de estudio de las instituciones educativas, el desarrollo de políticas para fomentar la difusión del derecho internacional humanitario (DIH), la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la incorporación de mecanismos de control sobre dichos tratados son algunos ejemplos.

Estos casos permiten concientizar a la ciudadanía sobre la importancia de respetar las normas fundamentales que hacen a la convivencia en paz con toda la comunidad internacional. Sin embargo, las dificultades que presentan los conflictos armados contemporáneos y la presencia de un terrorismo internacional que pone en peligro la seguridad integral de los Estados hacen oscurecer hoy en día la finalidad tuitiva de los derechos humanos.

De esta manera, se prioriza el desarrollo de políticas denominadas “de defensa del régimen democrático” por sobre el respeto de las atribuciones más elementales que tiene la persona humana.

Resulta trascendental la educación institucional sobre materia de derechos humanos que ayude no solo a los simples individuos, sino también a los altos funcionarios estatales a comprender las consecuencias de desconocer dichas normas y principios. Este desconocimiento puede llevar a una responsabilidad internacional de los involucrados por las medidas políticas tomadas.

2. Marco histórico

A finales del siglo XIX, producto de enormes tensiones y diferencias que se generaban entre los Estados de la comunidad internacional, Estados Unidos toma la decisión de instalar una base naval en la Bahía de Guantánamo, ocupada desde la Guerra entre Estados Unidos y España.

(2) Henry Dunant fue un banquero suizo del siglo XIX, fundador de una asociación civil que tenía el objetivo de asistir a las víctimas en los conflictos armados. En el año 1901 fue ganador del Primer Premio Nobel de la Paz por su compromiso con la protección de la dignidad humana en las guerras a través de la creación de dicha asociación. Con el paso del tiempo y hasta la actualidad, esa organización internacional es el Comité Internacional de la Cruz Roja que en agosto del año 2019 cumplió 70 años desde su creación.

Según informes oficiales de la Commander Navy Instalations Command (CNIC), es la base más antigua de Estados Unidos fuera del territorio estadounidense y la única ubicada en un Estado con el que no se mantienen relaciones diplomáticas.

Sobre los primeros conflictos entre Cuba y Estados Unidos, Palacios Martínez (2014) sostiene que:

Con la amenaza latente por parte de EEUU de desconocer la independencia de los cubanos y acaparar la totalidad del territorio de la isla, en 1901 a Cuba no le queda más salida que acceder y permitir la instalación de la base mediante la firma un acuerdo bilateral, denominado la “Enmienda Platt”, donde se admitió por parte de los EEUU que “no retiraría sus fuerzas armadas del territorio cubano a menos que Cuba incorporara en su Constitución el derecho de intervención Estadounidense a fin de salvaguardar el “buen gobierno” (p. 5).⁽³⁾

Originariamente, la base de Guantánamo se utilizaba como estación de abastecimiento de las fuerzas navales estadounidenses. En 1934, se celebró entre Estados Unidos y Cuba un tratado que otorgaba la instalación en dicho territorio bajo la figura de “arriendo”; la finalización del mismo debía ser realizada de manera consensuada entre ambos Estados (Palacios Martínez, 2014, p. 4). Si bien la Enmienda Platt se derogó el 29 de mayo de 1934, la base naval se encontraba en funcionamiento en la Bahía de Guantánamo bajo la órbita de Estados Unidos.

En 1961 Estados Unidos y Cuba rompen relaciones diplomáticas –según las autoridades estadounidenses– con motivo de las medidas de “encarcelamiento y ejecuciones masivas al pueblo cubano”. Tales medidas fueron efectuadas por el gobierno surgido de la revolución cubana de 1959 (Palacios Martínez, 2014, p. 4). Aun en dichas circunstancias, la URSS y el referente político de la isla Fidel Castro no tomaron acciones contra la base durante la ruptura de las relaciones diplomáticas.

No obstante los acontecimientos históricos descritos, la importancia actual de la mencionada base naval comienza a partir de lo que algunos autores denominan “el inicio del siglo XXI”, refiriéndose al acontecimiento más importante que repercutió a nivel mundial, ocurrido en la Ciudad de Nueva York el día 11 de septiembre de 2001: la caída de las torres gemelas (Palacios Martínez, 2014, p. 5).

Este acontecimiento marcó un antes y después no solo para Estados Unidos, sino también para la comunidad internacional ante la aparición de una nueva amenaza: el terrorismo.

3. La guerra preventiva

A partir de ese momento, Estados Unidos declara la guerra sin tregua al terrorismo internacional. Como primera medida, el presidente de aquel momento,

(3) A pesar de ello, los cubanos se niegan a la ocupación ilegal de su territorio por parte de los EEUU, por lo cual reclaman una retirada de las tropas extranjeras de su territorio.

George W. Bush, le permite a la Agencia Central de Inteligencia efectuar detenciones fuera del territorio estadounidense.

Luego de haber llevado a cabo la orden de operaciones militares en territorio afgano, el presidente Bush firma una orden ejecutiva sobre detención, tratamiento y enjuiciamiento de ciertos extranjeros en la lucha contra el terrorismo. De tal forma, utiliza finalmente la base naval ubicada en Guantánamo como sede para albergar detenidos por dichos actos.

Los argumentos jurídicos en los cuales se basó la administración Bush para impulsar este tipo de medidas se conoce como la “teoría de la guerra preventiva”, que consiste en la posibilidad, por parte del Estado, de emplear la fuerza con la existencia de datos de un potencial ataque inminente, aun sin que medie agresión.

Esta teoría implica un claro contrasentido a los preceptos internacionales contenidos en la Carta de las Naciones Unidas (1945), en tanto sostiene que los Estados partes en principio se obligan a adoptar todas las medidas pacíficas, en todas las circunstancias, para el cumplimiento de los objetivos a los cuales se han obligado con miras a la paz y la seguridad internacional. Solo se admite el uso de la fuerza para casos excepcionales como la legítima defensa o el estado de necesidad, entre otros.

Dicha Carta expresa en su art. 33 que:

Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Además, la “teoría de la guerra preventiva” contraviene con lo dispuesto en el art. 51 de la misma Carta, donde se describe que el empleo de la legítima defensa en el derecho internacional tiene condiciones que cumplir antes de realizar un ataque. Ellos son las siguientes: la necesidad, la proporcionalidad de los ataques (CIJ, OC 104/1996, Rep. 30, p. 18), la existencia de un ataque armado (o inminente), el aviso de su empleo al Consejo de Seguridad de la ONU (CIJ, OC 104/1996, Rep. 44, p. 22) –que debe ser temporal hasta que el Consejo de Seguridad actúe– y que se respeten las leyes de los conflictos armados (DIH).

El art. 51 de la Carta expresa:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado, contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Es importante mencionar que el derecho inmanente de la legítima defensa es una de las dos excepciones al principio de prohibición del uso de la fuerza

armada. La CIJ en distintos asuntos y opiniones consultivas ha reiterado su naturaleza de norma *jus cogens*.

Sobre lo mencionado, el art. 51 cobra mayor relevancia en la actualidad en razón de que suele ser interpretado desde distintos enfoques. Para algunos juristas, desde una perspectiva restrictiva, debe existir la agresión de un Estado. En cambio, otros, desde un carácter extensivo y de inmediatez, sostienen que se debe defender al Estado incluso antes de que se produzca un ataque militar.⁽⁴⁾

Dicha norma se ha convertido en un enclave de teorías y presupuestos para determinar cuándo es legal su aplicación por los Estados. Lo que resulta ser un problema para la seguridad y estabilidad jurídica de las normas. En tal sentido, Mariano Aguirre señala en su obra *La estrategia de seguridad en la nueva época Bush* (2003), que la postura sostenida para esta teoría:

... radica en la existencia de un enemigo principal de las democracias y la libertad, lo cual es el terrorismo, ya que no posee una base estatal, de allí su carácter de internacional, aunque en algunas situaciones puede estar amparado por ciertos Estados a quienes la administración Bush señaló como el "eje del mal" que dan apoyo armamentístico e infraestructura a los grupos terroristas (p. 239).

Sicherman (2002) resalta, en concordancia, que:

Asimismo, atento que se puede atacar en cualquier parte, se obliga a tomar medidas frente a los inmigrantes e incluso restringir libertades por la razón de que los terroristas usan el sistema democrático para destruirlo. Por estas razones los Estados deben elegir, según Estados Unidos, si están "con él" en la lucha contra el terrorismo o adoptan una posición pasiva (pp. 219-220).

Lo explicado anteriormente trajo como consecuencia múltiples detenciones de personas que fueron trasladadas a la base naval y permanecen allí hasta la actualidad. Desde allí, diversos reportes han señalado graves violaciones hacia los derechos humanos de las personas que se encuentran sometidas en la base naval y en deshacer el acceso a los derechos mínimos amparados por el derecho internacional.

En algunos de los casos, las detenciones son indeterminadas, sin juicios ni cargos imputados contra los prisioneros, con prohibición de visitas familiares y sin tener posibilidades de acudir a instancias legales en tribunales estadounidenses para objetar la legitimidad y legalidad de sus detenciones.

A pesar de que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos declaró que los sospechosos detenidos en la base naval de Guantánamo pueden llevar sus casos ante la justicia civil para cuestionar la legalidad de sus detenciones (Corte Suprema de EEUU, *Rasul c. Bush*, 2004), hasta el día de hoy no se ha logrado garantizar el derecho de defensa en juicio por parte de Estados Unidos.

(4) Cabe destacar que la postura amplia del concepto del art. 51 es discutible por el fundamento de que en ningún lugar del articulado se estipula dicha excepción. Más aún, la doctrina internacional mayoritaria rechaza el uso preventivo o adelantado de la agresión como condición o presupuesto para el uso de la fuerza sin ataque previo.

4. Problemática actual

La posición de Estados Unidos sobre el estatus jurídico de los prisioneros de Guantánamo, en relación al conflicto de normas internacionales que se presenta, requiere de un análisis crítico sobre cuál debe ser su aplicación correcta.

El primer punto es determinar la posición jurídica que sustenta a los prisioneros de la base naval en Guantánamo. Esto permitirá esclarecer sobre los derechos que deben gozar los prisioneros y las obligaciones que Estados Unidos debe cumplir a la hora de garantizar un trato digno y justo para los presos.

La primera postura que se debate es sobre si los prisioneros en Guantánamo poseen el estatus de “prisioneros de guerra”. En concepto, los prisioneros de guerra se encuentran amparados por el Convenio III de Ginebra (en adelante, CG III) del año 1949, que es uno de los convenios que conforman el marco jurídico del derecho internacional humanitario.

Reconocerlos con carácter de tal implica que las potencias que tienen prisioneros bajo esas circunstancias deben someterse a un conjunto de derechos y deberes en favor de los privados de la libertad en contexto de conflicto armado. El conjunto de disposiciones bajo dicha temática conforma lo que se conoce como “Estatuto de prisioneros de guerra”. Dicho estatuto plantea, desde un primer momento, que el prisionero tiene derecho a que se les respete en su persona y honor bajo toda circunstancia (art. 14 CG III).

Esto significa que los prisioneros de guerra deben ser respetados con dignidad, garantizarles todos sus derechos fundamentales y ser tratados humanamente en todo momento. Están protegidos contra todo acto de violencia, así como contra las intimidaciones, insultos y la curiosidad pública. El DIH también define condiciones mínimas de detención que se refieren a alojamiento, alimentación, vestimenta, higiene y atención médica gratuita (art. 15 CG III).

En la mayoría de los casos, los prisioneros de guerra son miembros de las fuerzas armadas de una de las partes en conflicto que caen en poder del adversario. Esto es así porque el tercer Convenio de Ginebra de 1949 también determina otras categorías de personas que tienen derecho a recibir el estatuto de prisionero de guerra y ser tratadas como tales. A modo de ejemplo, pueden ser beneficiarios del estatuto de los prisioneros de guerra las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares (nota 4, art. 4°, inc 4 CG III).

Los prisioneros de guerra no pueden ser enjuiciados por participar en las hostilidades. Su detención no es una forma de castigo, sino que su fundamento es evitar que sigan participando del conflicto. Al finalizar las hostilidades, los prisioneros deben ser liberados y repatriados sin demora.

Pero lo más interesante de este convenio es que los prisioneros de guerra continúan beneficiándose de sus derechos civiles según la ley de sus respectivos países de origen, ya que gozan de tal capacidad (nota 4, art. 4º, inc 4, último párrafo CG III). De esta manera, los prisioneros logran poder ampararse en las mencionadas normas y, consecuentemente, tener garantizadas todas las instancias judiciales del país de origen sobre la legitimidad de su detención.⁽⁵⁾

Estados Unidos niega reconocer a los prisioneros de Guantánamo el carácter de “prisioneros de guerra” desde el principio. Los juristas Gutiérrez, DeCristofaro y Woods (2011) explican que:

... la postura de Estados Unidos sobre el tema se fundamenta en que dichas personas no encuadran en el estatus mencionado porque no cumplen los requisitos que debe reunirse para ser considerados prisioneros de guerra según el artículo 4 del convenio III de Ginebra tales como: (...) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas deben (...) a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra (p. 1013).

Esto trae como consecuencia que Estados Unidos, por medio de su Departamento de Defensa, desconozca esa situación jurídica. Bajo dicho criterio los prisioneros no tienen la posibilidad de acudir a instancias legales para objetar sus condiciones de detención por la jurisdicción territorial de su país de origen. Tampoco puede hacerlo la base naval de Guantánamo en la que se encuentran, ni la del propio gobierno de EEUU.

Esta situación fáctica y jurídica que plantea Estados Unidos, en concordancia con las normas del derecho internacional humanitario, ha creado un limbo jurídico que desvirtúa de sobremana el derecho Internacional humanitario y la protección de los derechos universales. Lo interesante se presenta en el momento en que, del estudio profundizado de las normas del derecho humanitario, nos encontramos con una figura en particular que es desconocida u obviada por Estados Unidos.

Si se acepta la posición de que los detenidos en la bahía de Guantánamo no cumplen los recaudos necesarios para encuadrarlos en el estatus de prisioneros de guerra, ello no impide que puedan recibir igualmente protección de las normas del derecho humanitario. Los prisioneros pueden recibir protección en base al DIH, ya no como prisioneros de guerra, sino como ciudadanos extranjeros que se encuentran presentes en el territorio de una parte en el conflicto.

Dicha protección se puede recibir bajo la luz del Convenio IV de Ginebra (CG IV), que prevé el beneficio para las personas civiles y las personas eliminadas del conflicto por enfermedad, lesiones o detención. Su aplicación es viable

(5) No obstante, las personas detenidas por haber participado en las hostilidades no son inmutables a los procesos penales conforme al derecho interno aplicable de su detención.

debido a que, si se analiza minuciosamente el alcance que tiene el Cuarto Convenio de Ginebra para su protección, los prisioneros ostentan las características suficientes para ampararse del citado convenio.

El CG IV, de 1949, al que Estados Unidos se encuentra suscripto, dice en su art. 4° que:

El presente Convenio protege a las personas que, **en un momento cualquiera y de cualquier manera que sea, se encuentren**, en caso de conflicto u ocupación, **en poder de la parte contendiente o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas.**⁽⁶⁾

Rosas Castañeda, en el artículo “Derecho internacional y enfrentamiento al terrorismo: caso de los prisioneros de Guantánamo” (2006), sostiene:

Con una interpretación textual del Convenio solo puede llegar a la conclusión de que todas las personas que no están protegidas por los Convenios de Ginebra (CG) I-III tienen derecho a la protección que asigna el CG IV, siempre y cuando no sean: a) súbditos de un Estado que no es Parte en el Convenio; b) súbditos de la parte o Potencia en cuyo poder están; o c) súbditos de un Estado neutral (solo si están en el territorio de un Estado beligerante) o de un Estado co-beligerante con representación diplomática normal.

Knut Dörmann (2003), por su parte, concluye lo siguiente:

El hecho de que una persona haya participado ilícitamente en las hostilidades no es un criterio para excluir la aplicación del CG IV. Por el contrario, en el artículo 5 del CG IV, donde se estipulan algunas derogaciones, bajo condiciones estrictas, de las protecciones previstas por el CG IV, se utiliza la expresión “personas protegidas” con respecto a personas capturadas por espías o saboteadoras, así como a personas fundadamente sospechosas de dedicarse, o de las que se ha demostrado que se dedican, a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante. Los conceptos de “actividad perjudicial para la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante” y de “sabotaje” implican, por cierto, la participación directa (sin autorización) en las hostilidades. Así pues, este artículo se aplicaría en particular a personas que no llenan los criterios previstos en los CG I-III y que participan directamente en las hostilidades, es decir a las personas calificadas como “combatientes ilegales”.

La norma, entonces, es clara cuando define el alcance de su protección.

Las razones por la cual se encuentre en poder de la otra parte es irrelevante a los fines de identificar las causas por las cuales las personas se encuentran detenidas.

Otra de las razones para sostener la aplicación del CG IV a los prisioneros en Guantánamo puede encontrarse en el inc. 3 del art. 45 del Protocolo Adicional I (PA I), de 1977, el cual estipula que:

La persona que haya tomado parte en las hostilidades y no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra ni disfrute de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el IV Convenio, tendrá derecho en todo momento a la protección del artículo 75 del presente Protocolo. Tal persona, cuando se encuentre en territorio

(6) El resaltado me pertenece.

ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio.

Esto quiere decir que existe una afirmación implícita en cuanto a la interpretación del CG IV, según el cual los prisioneros de Guantánamo son personas protegidas en virtud del Convenio IV de Ginebra (CG V).

Rosas Castañeda (2006) demuestra esta afirmación implícita cuando señala que en la segunda frase del párrafo dice: “Tal persona, cuando se encuentre en territorio ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación previstos en ese Convenio”. En esta frase se reconoce implícitamente que, en particular, los combatientes ilegales que estén en territorios ocupados (es decir, personas protegidas que participan directamente en las hostilidades en un territorio ocupado sin tener derecho al estatuto de prisionero de guerra) están protegidas por el CG IV. Si los combatientes ilegales que se encuentran en territorios ocupados no estuvieran protegidos por el CG IV, no habría justificación alguna para restringir el ámbito del art. 5° de dicho instrumento (Bothe, Partsch y Solf, 2003, p. 261 y ss.).

Asimismo, el hecho de estar bajo el poder de una potencia ocupante, de cuyo país no son ciudadanos, es otro punto clave para encuadrarlos en esta norma. De esto se desprende consecuencias jurídicas importantes, a saber:

- 1) El art. 25 del CG IV permite la transmisión de noticias y comunicaciones de carácter estrictamente personal hacia y desde los miembros de la familia.
- 2) El art. 116 del mismo convenio permite específicamente que los detenidos reciban visitas familiares, especialmente de parientes cercanos, a intervalos regulares.

Tanto el CG IV, de 1949, como así también el Protocolo Adicional I brindan protección amplia a los internados civiles durante el conflicto armado. Si lo justifican razones imperiosas de seguridad, una parte en conflicto puede someter a los civiles a residencia forzosa o a internamiento, siempre y en la ocasión de que se respete sus derechos fundamentales.

Es importante aclarar que el internamiento es una medida de seguridad y no se lo puede utilizar como una forma de castigo. En consecuencia, significa que cada persona internada debe ser liberada cuando dejen de existir las razones que exigieron su internamiento de forma inmediata.

Las normas relativas al trato y a las condiciones de detención de los internados civiles que establece el CG IV son, en definitiva, muy similares a las aplicables a los prisioneros de guerra (CG III). Esto lleva a pensar que ante la existencia de una norma convencional que logra encuadrar con los hechos descriptos para los prisioneros en Guantánamo, Estados Unidos ha quebrantado el cumplimiento

de sus obligaciones de protección hacia las personas que se encuentran en la base naval y a su compromiso por el respeto de las normas convencionales del derecho internacional humanitario.

Por consiguiente, Estados Unidos debe ser responsable por los daños que produzca en Guantánamo bajo su jurisdicción en detrimento de los prisioneros. Esto dio lugar a múltiples denuncias que, a partir del año de su reestructuración como prisión, empezaron a tener un real impacto tanto a nivel mediático como jurídico. Uno de los casos es el denominado “Caso Rasul vs. Bush” en el que por sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos se declaró que: “... los sospechosos detenidos en la base naval estadounidense en la bahía de Guantánamo, Cuba, pueden llevar sus casos ante la justicia civil para cuestionar la legalidad de sus detenciones” (BBC Mundo, 2004).

De esta forma, quedo falseado el argumento sostenido por el gobierno de los Estados Unidos de la no aplicación de la ley y jurisdicción de los tribunales de EEUU en la bahía de Guantánamo: “En base a esta sentencia el gobierno de los EUA dispuso la conformación de Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatiente” (Rosas Castañeda, 2006).

Pero el problema en cuestión se agrava con las demás medidas adoptadas por Estados Unidos. Se puede afirmar que este país se ha resguardado en las normas establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Al escudarse en dichas normas, que conforman unas de las principales fuentes convencionales del derecho internacional de derechos humanos (DIDH), Estados Unidos justificó su accionar en la suspensión de derechos y garantías de los prisioneros de manera “temporal”. Esto se debe a que, de conformidad con algunos tratados de DIDH, los gobiernos pueden derogar algunas normas en situaciones de emergencia pública que pongan en peligro la vida de la nación (art. 4º, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Para que pueda operar esta “cláusula suspensiva” de manera temporal y sin cometer actos que puedan transgredir las obligaciones internacionales, se exige la condición de que las derogaciones sean proporcionales a la crisis y que su aplicación no sea indiscriminada o que infrinja otra norma del derecho internacional, incluido el DIH. Sin embargo, aun en la existencia de dichas facultades por parte de los Estados que se encuentran suscriptos a los tratados internacionales de derechos humanos, hay normas que no permiten ninguna derogación. Algunas de esas normas son las relativas al derecho a la vida, las demás normas que prohíben la tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud, la servidumbre y la retroactividad de las leyes penales (nota 7, art. 14, inc. 2 CG III).

Con lo anterior se manifiesta la presencia de divergencias entre las normas convencionales del DIDH y las del derecho internacional humanitario. La gran divergencia que se presenta es que algunas disposiciones que enmarcan los derechos y garantías de las personas del DIDH pueden ser materia de suspensión. En el DIH, en cambio, sus derechos y garantías no están permitidas la suspensión de sus disposiciones, bajo ninguna circunstancia, dado el carácter excepcional en el que se enmarcan dichas normas al caso concreto. De esta aclaración resulta la colisión principal que existe entre normas convencionales de derecho internacional de derechos humanos con las del derecho internacional humanitario.

Las existencias de estas situaciones jurídicas no son de solución pacífica entre muchos autores y juristas del derecho internacional, pues si bien ambas se aplican en tenor de la protección de los derechos fundamentales del hombre, sus aplicaciones son muy distintas.

Por ese motivo se plantea el interrogante sobre cuál norma convencional de derechos humanos se debe aplicar para el caso de los prisioneros en Guantánamo. Además, saber si les corresponde un estatus jurídico que los ayude a ampararse en los derechos reconocidos por las normas o que las mismas le sean suspendidas.

Para la respuesta a tal interrogante debemos enfocarnos en un tratado internacional que nos permita orientar cuál es el método de interpretación y aplicación de las normas internacionales que se debe utilizar para todos los casos en general.

Es así como debemos enfocar su análisis a la luz de las reglas de interpretación de los tratados que enuncia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en su art. 31.1 que exige: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Ricardo Arredondo (2012) afirma que:

... el principio fundamental de dicha interpretación es el **empleo útil**, que significa que la interpretación ha de dar sentido y ha de efectuar a todos los términos de un tratado. Entonces no se podría adoptar una interpretación que reduzca cláusulas o párrafos enteros a la redundancia o inutilidad. Se debe respetar el principio que implica escoger, de entre varias interpretaciones de distintos tratados, aquella que aparezca más conforme a las exigencias de justicia en las circunstancias del caso (pp. 56-57).

Igualmente, todo tratado debe ser interpretado teniendo en cuenta su factor temporal. Es tan relevante el tiempo al punto que determina la aplicación del principio de contemporaneidad y la denominada “interpretación dinámica y evolutiva”. Esto último consiste en considerar nuevas normas o situaciones surgidas con posterioridad a la situación. Tal criterio es el adoptado por la Corte Internacional de Justicia a partir del asunto “Proyecto Gabcikovo-Nagymaros” (*Hungría c. Eslovaquia*) del año 1997.

Cabe destacar la importancia de considerar este punto, ya que interpretar las normas internacionales de forma estática y anacrónica resultaría ir en contra de los principios de equidad y justicia del derecho internacional.

Se debe tener en cuenta que los nuevos paradigmas de los conflictos armados contemporáneos no fueron previstos en su momento por razones lógicas, pues no existían conflictos durante la celebración de los Convenios de Ginebra en el año 1949, ni tampoco en sus protocolos adicionales en el año 1977. Por lo que es un deber adaptar su interpretación al presente.

Es por esta razón que al acudir a las reglas de interpretación antes dicha y aplicándolas al ámbito personal que posee el CG IV, los prisioneros de Guantánamo deben ser encuadrados dentro del alcance previsto para el art. 4° del CG IV y tener plena vigencia las normas del derecho internacional humanitario.

5. Conclusión

En conclusión, se demuestra claramente el incumplimiento de la protección de los derechos humanos que implica la posición adoptada por los Estados Unidos por no reconocerle a los prisioneros en Guantánamo sus derechos a un debido proceso judicial, entre otros derechos que les corresponden en virtud del derecho internacional humanitario, específicamente del CG IV. También a lo largo del trabajo se demuestra que los argumentos de Estados Unidos por medio de su “teoría de la guerra preventiva” resulta ser inaplicable por su falta de sustento jurídico para sostener la postura tomada frente al caso. Y, por lo tanto, se demuestra la violación a los derechos humanos en perjuicio de los prisioneros y la falta de Estados Unidos al derecho internacional.

Como dato histórico, Estados Unidos fue el país que en el año 1863⁽⁷⁾ redactó el Código que originó el concepto de “derecho internacional humanitario” durante la guerra civil americana, para ser posteriormente la fuente más directa para la codificación del DIH por medio del Convenio de Ginebra.

A pesar de lo señalado anteriormente, durante estos últimos tiempos se ha puesto de manifiesto el doble baremo que aplica los Estados Unidos. Por un lado, exhorta en el ámbito internacional el estricto respeto de los derechos humanos, mientras que por otro lado desestima sus propias obligaciones al actuar bajo una política que incentiva el miedo por el terrorismo internacional para justificarse de sus propios actos violatorios.

La política que plantea Estados Unidos para declarar la guerra antiterrorista trae como consecuencia un plano jurídico de supresión de derechos y garantías reconocidos en diversos instrumentos internacionales.

(7) La fuente más inmediata a la codificación del DIH fue el Código de Lieber, dictado en el año 1863 durante la guerra civil estadounidense.

El Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos criticó el 13 de febrero del 2003 “la estrategia antiterrorista” estadounidense, alertando que esta no debe ir en detrimento de los derechos humanos. Por tanto, notificó mediante comunicado que:

Un país como Estados Unidos que es una democracia que se quiere ejemplarizar, tiene que elegir entre una política en la que los seres justifican los medios, todos los medios, y la política de la verdadera democracia, en lo que a pesar de la amenaza, a pesar del peligro, a pesar del trauma del 11 de septiembre, el fin no justifica todos los medios, la democracia comienza a erosionarse (D’Estefano Pisani, 2004).

En demostración, Estados Unidos no está suscripto al Protocolo Adicional I y II de los cuatro Convenios de Ginebra, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al Estatuto de la Corte Penal Internacional, al protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ni a muchos otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

En tal sentido, es dable también señalar el retiro de Estados Unidos en el mes de octubre del año 2018 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con el fundamento de que dicha Comisión apoya a terroristas y a dictadores. Además Estados Unidos es uno de los países con menos ratificaciones en tratados internacionales sobre derechos humanos en el mundo (Naciones Unidas, Oficina del Comisionado, 2019).

En tal contexto surge la imperiosa necesidad de señalar la importancia de las normas del derecho internacional humanitario y de su armonización con las demás normas del derecho Internacional, porque de esta manera se logra evitar violaciones hacia los derechos humanos por medio de actos sustentados en “principios democráticos” de un Estado.

Esto lleva a reflexionar sobre cómo algunos Estados pretenden justificar su accionar al emplear complejas y oscuras teorías por la amenaza del terrorismo internacional. Esto impulsa a reafirmar que no amerita, bajo ningún argumento, dejar de cumplir nuestras obligaciones en el ámbito de los derechos humanos con respecto a los demás porque hace a la promoción de la paz y seguridad internacional. Si por amenaza justificáramos las torturas y tratos crueles que puedan llegar a realizarse, seríamos tan amenazadores de los derechos humanos como los mismos terroristas.

Por lo tanto, se puede determinar que, en virtud del derecho internacional humanitario y las normas internacionales de protección a los derechos humanos, el gobierno estadounidense debe adoptar de manera inmediata medidas necesarias para poner fin la vulneración de los prisioneros detenidos en la base naval de Guantánamo. También Estados Unidos debe reconocer todos los daños sufridos al negarles un debido proceso a sus prisioneros en la bahía y la

carencia de un tratamiento humanitario (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

Por último, deben abstenerse en el futuro de realizar encarcelamientos que vulneren los derechos humanos, sujetando todo procedimiento a los postulados vigentes reconocidos por la comunidad internacional en los diversos instrumentos jurídicos sancionados.

En todo lo señalado, cabe decir que el Comité Internacional de la Cruz Roja (2004) expresa lo siguiente:

... la decisión de desviarse en forma unilateral de esas normas establecidas universalmente no debería tomarse a la ligera. Hasta el presente, pocas han sido las pruebas de que la aplicación plena del derecho existente sea un impedimento para enjuiciar a quienes violan ese derecho.

Además, la norma de reciprocidad no puede aplicarse a protecciones fundamentales, como la prohibición de la tortura, sin aceptar el riesgo de socavar no solo el principio de derecho, sino también los valores en que este se fundamenta.

6. Referencias bibliográficas

Aguirre, M. (2003). La estrategia de seguridad en la nueva época Bush: la guerra preventiva y la ideología del imperio, pp. 236-242. Recuperado de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2003-21-0010&dsID=Pdf>

Arredondo, R. (2012). *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: La Ley.

BBC Mundo. (28 de junio de 2004). Guantánamo: presos pueden usar tribunales. *BBC Mundo*. com. Recuperado el 23 de octubre de 2019 de: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3847000/3847673.stm

Bothe, M., Partsch, K. y Solf, W. (1982). *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*. La Haya: Martinus Nijhoff.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). (2012). Estados Unidos: Presos de Guantánamo. Recuperado el 5 de diciembre de 2019 de: <http://cejil.org/casos/presos-de-guantanamo>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2004). Las reacciones del CICR ante el Informe Schlesinger. Recuperado el 10 de octubre de 2019 de: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/64pp78.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2010). Prisioneros de guerra y otras personas privadas de libertad. Recuperado el 23 de diciembre de 2019 de: <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/protected-persons/prisoners-war/overview-detainees-protected-persons.htm>

-----, (2016). Voces sobre la guerra. Recuperado el 26 de abril de 2019 de: <https://www.icrc.org/es/document/voces-sobre-la-guerra>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2015). *XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja: el Derecho Internacional Humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (pp. 21-25). Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/el-derecho-internacional-humanitario-y-los-desafios-de-los-conflictos-armados>

----- (2016). Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales. Recuperado de: <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

D'Estefano Pisani, M. A. (2004). Guantánamo: lo ilegal en la ilegalidad. Recuperado el 25 de diciembre de 2019 de: <https://www.yumpu.com/es/document/read/14145844/23-guantanamo-lo-ilegal-en-la-ilegalidad-centro-de-estudios-del->

Dörmann, K. (2003). La situación jurídica de los combatientes ilegales/ no privilegiados. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (849), p. 552.

Farinella, F. (s.f.). Guantánamo o la aceptación del terrorismo de Estado democrático. Recuperado de: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/derechoalapaz/articulos/faviofarinella.pdf>

Gutiérrez Posse, H. (2014). *Elementos de derecho internacional humanitario*. Buenos Aires: Eudeba.

Gutiérrez, B A., DeCristofaro, S. y Woods, M. (2011). What Americans think of international humanitarian law. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 93(884), pp. 1009-1034.

Knut, D. (2003). La situación jurídica de los combatientes ilegales/no privilegiados. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (849), pp. 549-552.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2007). Informe de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados. Documento de las Naciones Unidas A/62/228.

Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. (2019). Indicators OHCHR. Status of ratification interactive dashboard. Recuperado de: <https://indicators.ohchr.org/>.

Palacios Martínez, M. L. (2014). Derecho Internacional Humanitario y medidas antiterroristas: caso prisioneros de Guantánamo. Bogotá. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11925/DERECHO%20INTERNACIONAL%20HUMANITARIO%20Y%20MEDIDAS%20ANTI-TERRORISTAS%20CASO%20DE%20LOS%20PRISIONEROS%20DE%20GUANTANAMO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rosas Castañeda, J. A. (2006). Derecho internacional y enfrentamiento al terrorismo: caso de los prisioneros de Guantánamo. Recuperado de: <https://derechopenalonline.com/derecho-internacional-y-enfrentamiento-al-terrorismo-caso-de-los-prisioneros-de-guantanamo/>

Salmón, E. (2012). *Introducción al Derecho internacional humanitario*. (3ª ed.). Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos/Comité Internacional de la Cruz Roja.

Saltrón Negretti, G. (2018). Tratados sobre DDHH no firmados o ratificados por EEUU. *Aporrea.org*. Recuperado el 14 de marzo de 2019 de: <https://www.aporrea.org/ddhh/a267000.html>

Sicherman, H. (2002). Finding a foreign policy. *Orbis*, 46(2), pp. 215-227.

7. Referencias normativas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Medidas cautelares otorgadas por la CIDH.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (1985). Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1945). Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

8. Referencias jurisprudenciales

Corte Suprema de Estados Unidos. (2004). *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466.

Corte Internacional de Justicia. (1997). "Caso relativo al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría-Eslovaquia)".

Corte Internacional de Justicia, OC 104/1996, "Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares", 08/07/1996.

Estudiantes, escuela e inserción laboral. Perspectivas y realidades

Laura Noemí Lora

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CABA, Argentina

✉ lauraloraadopcion@yahoo.com.ar

María Laura Ochoa

Universidad Adolfo Ibañez, Santiago de Chile, Chile

✉ ochoalaura@hotmail.com

Santiago Andriuolo

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales, CABA, Argentina

✉ sandriuolo@hotmail.com

Jéssica Fonzo Bolañez

*Universidad Católica de Santiago del Estero, Facultad de Ciencias Políticas,
Sociales y Jurídicas, CABA, Argentina; CLACSO, FLACSO.*

✉ jessica_bzp@hotmail.com

Rosario Martínez Sobrino

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, CABA, Argentina

✉ rosario.martinez.sobrino@gmail.com

Natalia Panizza

*Universidad Católica de Santiago del Estero, Facultad de Ciencias Políticas,
Sociales y Jurídicas, Santiago del Estero, Argentina*

✉ npanizza.ranzuglia@gmail.com



Fecha de recepción: 6/10/2019 - Fecha de aceptación: 29/10/2019



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Cómo citar este artículo: Lora, L.; Ochoa, M.; Andriuolo, S.; Fonzo Bolañez, J.; Martínez Sobrino, R.; Panizza, N. (2020). Estudiantes, escuela e inserción laboral. Perspectivas y realidades. Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 43-66. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566 DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a03>

Resumen: Este trabajo pretende difundir parte de los resultados del Proyecto SECyT UCSE “Educación, participación e inserción laboral de alumnos de escuelas secundarias. Zona Metropolitana Norte Buenos Aires y Centro de Santiago del Estero, Argentina. Análisis de dos realidades”.⁽¹⁾ El proyecto aborda los principios rectores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) y su aplicación en el ámbito escolar. La investigación toma como unidad de análisis a dos escuelas secundarias para observar de qué manera se transmiten los principios de la CIDN a los estudiantes del último año, y cómo se los prepara para su ingreso al mundo académico y del trabajo. Para ello recurrimos a una serie de conceptos del campo de la sociología y de las ciencias sociales. La metodología que se utiliza es cualitativa- cuantitativa, bajo la modalidad estudio de caso. Se utilizaron las técnicas de entrevista, encuesta auto-administrada, y observación participante. A partir de lo mencionado queremos en este trabajo compartir los resultados relativos a la futura inserción laboral de los estudiantes.

Palabras clave: estudiante; escuela secundaria; derechos del niño; trabajo.

Students, school and labor insertion. Perspectives and realities

Abstract: This work aims to show part of the results of the “Proyecto SECyT UCSE Educación, participación e inserción laboral de alumnos de escuelas secundarias. Zona Metropolitana Norte Buenos Aires y Centro de Santiago del Estero, Argentina. Análisis de dos realidades”. The project addresses the guiding principles of the International Convention on the Rights of the Child (CIDN) and its application in the school environment. The research uses two secondary schools as a unit of analysis to observe how the CIDN principles are transmitted to the final year students, and how they are prepared for their entry into the academic and work world. For this we resort to a series of concepts from the field of sociology and social sciences. The methodology used is qualitative-quantitative, under the case study modality. Interview techniques, self-administered survey, and participant observation were used. Based on the aforementioned, in this work we want to share the results related to the future employment of students.

Keywords: student; high school; children’s rights; job.

Alunos, escola e inserção de trabalho. Perspectivas e realidades

Resumo: Este trabalho tem como objetivo divulgar parte dos resultados do Projeto SECyT UCSE Educação, participação e inserção trabalhista de alunos do ensino médio. Área Metropolitana Norte Buenos Aires e Centro de Santiago del Estero, Argentina. Análise de duas realidades. O projeto aborda os princípios orientadores da Convenção Internacional dos Direitos

(1) La investigación fue acreditada y financiada por la UCSE SECyT Proyecto de la Programación Científica Convocatoria 2016. Periodo de ejecución 2017-2019: <https://orcid.org/0000-0002-1723-3594>

da Criança (CIDN) e sua aplicação no ambiente escolar. A pesquisa utiliza duas escolas secundárias como uma unidade de análise para observar como os princípios do CIDN são transmitidos aos alunos do último ano e como eles os preparam para ingressar no mundo acadêmico e do trabalho. Para fazer isso, recorreremos a uma série de conceitos do campo da sociologia e das ciências sociais. A metodologia utilizada é qualitativa-quantitativa, na modalidade de estudo de caso. Foram utilizadas técnicas de entrevista, pesquisa auto-administrada e observação participante. Com base no exposto, neste trabalho queremos compartilhar os resultados relacionados ao futuro emprego dos estudantes.

Palavras chave: aluna; escola secundária; os direitos das crianças; trabalho.

1. Introducción

Este trabajo se constituye con el Proyecto de investigación titulado “Educación, participación e inserción laboral de alumnos de escuelas secundarias. Zona Metropolitana Norte Buenos Aires y Centro de Santiago del Estero, Argentina. Análisis de dos realidades”, mediante el cual se obtuvo financiamiento de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Católica de Santiago del Estero (SECyT UCSE). Parte del equipo se desempeña como docente del Departamento Académico de Buenos Aires (DABA) y en la sede central de Santiago del Estero, además de estar integrado por un sociólogo, Santiago, como consultor externo y una becaria, que revistió el rol en su calidad de alumna y ahora ya es abogada. La experiencia de la investigación, recientemente culminada, tuvo como inquietud inicial: estudiar, describir y analizar cómo dos escuelas de gestión estatal del nivel secundario –la primera de ellas en la zona metropolitana de la Provincia de Buenos Aires, y la restante en la zona capital de la Provincia de Santiago del Estero– transmiten en sus contenidos y prácticas los principios rectores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) a los estudiantes a egresar en el año 2019. El trabajo aborda también la inserción en el mundo académico, del trabajo y la participación estudiantil en el diseño de las pautas de convivencia escolar. El objetivo de las presentes líneas es compartir algunas reflexiones y perspectivas teóricas sobre el contexto estudiado, el diseño de investigación escogido y los resultados obtenidos sobre un punto de interés en específico: la formación de los estudiantes para el mercado laboral.

2. El contexto de la escuela actual

Estudiar nuestra escuela secundaria, poner la mirada sobre los diversos actores que dan vida a sus espacios (directivos, docentes, equipos interdisciplinarios, no docentes, estudiantes y su contexto familiar) y los múltiples vínculos que allí emergen, nos permitió conocer un escenario interesante y complejo, en el cual fue necesario delimitar y construir un marco teórico con la pretensión de avanzar sobre nuestros objetivos y preguntas, cuyas respuestas alcanzaremos considerando también la dimensión empírica del trabajo. En particular, a partir

de los casos abordados entramos en contacto con dos instituciones donde las viejas formas y quehaceres burocráticos de una institución tan tradicional como la escuela conviven con los cambios sociales, culturales y económicos actuales, encarnados, cada uno a su forma, en los múltiples actores que configuran dicho espacio, en particular en los estudiantes que habitan sus aulas. En este sentido, a partir de nuestras inquietudes, focalizamos, más allá de la unicidad y riqueza de los casos seleccionados, en el abordaje de la escuela como objeto de estudio, situándola en la problemática económica y social de nuestra región, lo que a su vez requirió poner el foco sobre los cambios culturales y sociales que atraviesan nuestras sociedades, y el consecuente declive de las instituciones que solían ampararnos y otorgarnos identidad.

Para analizar este proceso nos valimos de lo postulado por Tenti Fanfani (2007; 2010), entendiendo que todo aquello que sucede en la sociedad influye en la escuela, desde los cambios en la estructura de la familia a las fluctuaciones en el sistema productivo, la distribución del ingreso y la estructura social. En dicho contexto, en el plano económico América Latina resulta ser el continente más desigual del mundo,⁽²⁾ lo que afecta los recursos que las familias invierten para educar a sus hijos. Estas afirmaciones sostenidas por CEPAL se ponen en evidencia en nuestro trabajo de campo cuando se describen las actividades socio-comunitarias que desarrollan los estudiantes de una de las escuelas que analizamos. La directora nos relataba que:

las actividades socio-comunitarias en la escuela se desarrollan hace más de 25 años como proyecto titulado padrino de escuelitas de frontera. Son 3 escuelas albergue de Mendoza, San Juan y La Rioja. Los estudiantes que cursan la materia asistencia comunitaria del Bachillerato Internacional preparan las cajas para las familias de los chicos de la escuela. Se cuenta con una lista de necesidades que incluye ropa, libros, juguetes, calzado.⁽³⁾

A ello debe agregarse que el sistema educativo argentino posee una particularidad: la obligatoriedad que establecieron las Ley 26.206 de Educación Nacional,⁽⁴⁾ la Ley 13.688 de Educación de la Provincia de Buenos Aires⁽⁵⁾ y la Ley 6876 de Educación de la Provincia de Santiago del Estero 6876.⁽⁶⁾ Esto produjo un cambio radical en su sentido mismo, pues ya no se trata de seleccionar a los mejores, sino de que todos accedan y terminen sus estudios. Bajo tales preceptos, como pudimos observar de primera mano y luego se analizará, dicha masificación evidenció una serie de problemáticas: déficit presupuestario, abandono escolar, conflictos de convivencia y experiencias pedagógicas deficientes, sumado al hecho de que diariamente se exigen más cosas a la escuela, muchas

(2) Según información disponible en la web www.cepal.org

(3) Entrevista personal a directivo de escuela realizada el 16 de agosto de 2017.

(4) BO, 28/12/2006.

(5) BO 25.692, 10/07/2007.

(6) Sancionada el 27 de diciembre de 2007.

de las cuales exceden su marco (Dussel y Southwell, 2008). Respecto de estas dos últimas dimensiones del fenómeno y desde la mirada de los directivos de escuelas se resaltan las siguientes afirmaciones:

Las decisiones y las políticas públicas hacen prevalecer las razones de los progenitores por sobre la de los profesionales de la escuela y aun sobre el interés superior del niño. Muchos de los conflictos en los que se advierte esta puja de poderes se presentan ante situaciones que involucran la supervivencia y desarrollo del adolescente y están íntimamente vinculadas a su inclusión/integración en la escuela. Algunos conflictos se resuelven ante los Consejos consultivos informando a los padres, que lo allí acordado se debe respetar. No obstante esto, cuando la decisión es negativa respecto de la inclusión de sus hijos, ellos, los padres presentan demandas ante el INADI o judicializan el conflicto por discriminación. La escuela no cuenta con asesores jurídicos.⁽⁷⁾

Respecto de lo que se le demanda a la escuela uno de nuestros informantes clave nos relataba “las familias exigen que la escuela les dé de comer a sus hijos, les pague el transporte al campo de deporte, les gestione el boleto estudiantil, e incluso el trámite de documento nacional de identidad a los estudiantes”.⁽⁸⁾

Desde la perspectiva de los estudiantes las demandas son otras. Del análisis de los cuestionarios auto-administrado surge un pensamiento muy crítico hacia la institución, autoridades y docentes. Reclaman más apertura mental en relación a las exigencias de las autoridades, con referencias tales como: “ser arcaico” y de “mente cerrada”, y respecto de las pautas que deben seguirse dentro del colegio, desde el uso del uniforme hasta el largo del pelo, uñas pintadas, usos de zapatillas, falta de libertad de expresión en particular en relación a ciertos temas que en algunos casos les hacen experimentar vergüenza y miedo. Todo esto conduce a decir que el espacio escolar es vivido como una cárcel.

De esta forma, para comprender la función que nuestra escuela parece estar llamada a cumplir hoy día, también nos resultó útil apelar a la noción de “institución cascarón” de Giddens (2000, p. 30), en los términos expuestos por Dussel y Southwell (2005). Desde esta perspectiva la escuela aparece como una entidad que mantiene su apariencia externa, pero inadecuada para las funciones que debe cumplir actualmente. Según lo expresado por informantes clave en el proceso de investigación surge que “tenemos escuelas del siglo XVIII, docentes del siglo XIX y alumnos del siglo XXI”.⁽⁹⁾ Este fenómeno, señalan las autoras, debe comprenderse a la luz del proceso de modernidad líquida (Bauman, 2003) que atraviesan nuestras sociedades, noción que pone el foco en la velocidad de los vínculos e intercambios actuales, donde la fluidez y la flexibilidad se han convertido en valores, y lo duradero y estable en sinónimo de estancamiento y retraso. O como sostienen Dutchasky y Corea (2011)

(7) Según lo expresado por un directivo de escuela en las jornadas *Derecho, Interacción Social e Infancia*, UCSE DABA, celebradas 4 y 5 de abril 2019.

(8) Entrevista personal a directivo de escuela realizada el 16 de agosto de 2017.

(9) Según lo expresado por un directivo de escuela en las jornadas *Derecho, Interacción Social e Infancia*, UCSE DABA, celebradas 4 y 5 de abril 2019.

refiriéndose a una investigación realizada acerca de las condiciones actuales de las escuelas de la Ciudad de Córdoba: “... La escuela sabe -mejor dicho, supo- mucho de los tiempos estables, regulares y de progreso. Supo de ello porque fue creada en tiempos estables, en condiciones regulares, y para asegurar el progreso. Pero no se trata de eso ahora...” (p. 9).

Desde otras miradas se sostiene que, el lugar referencial que solían ocupar las instituciones que nos otorgaban identidad fue reemplazado por otras esferas como el consumo y el mercado, escenario en el cual la escuela no modificó su estructura formal y organizativa en los últimos cincuenta años. Por ello, como señalan Tedesco y López (2002), la escuela perdió importancia como eslabón clave de la cultura juvenil.

En palabras de Dutchasky y Corea (2011):

... la escuela que gira en los tiempos del mercado se monta en las profecías de la innovación, se hace garante de éxito y sume al docente en una búsqueda frenética de actualización. Una búsqueda a menudo infructuosa, dado que la innovación no genera necesariamente formas inéditas de experiencia. Por último, la escuela pensada en cada situación intenta movilizar una posición de invención, una posición de creación singular entendida como la producción de formas nuevas de habilitar el tiempo vivido (p. 92).

3. Cultura juvenil y escuela secundaria

Dada la caracterización hecha previamente, teniendo en cuenta que nuestra investigación se apoyó en particular en la mirada de los adolescentes cursando el último año del secundario, nuestro esfuerzo se focaliza en comprender y definir a este colectivo, debiendo además prestar atención a sus implicancias dentro del contexto escolar. Respecto de la noción adolescente consideramos el concepto jurídico que incorpora el Código Civil y Comercial argentino (en adelante, CCyC) en su art. 25 al definir al menor de edad y adolescente en los siguientes términos: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y el adolescente es la persona menor de edad que cumplió trece años”. Asimismo nos valimos de la diferenciación efectuada por Obiols y Di Segni de Obiols (1993), señalando que un adolescente es una persona que traspasó la pubertad y todavía se encuentra en etapa formativa en lo profesional, en la estructuración de su personalidad o la identidad sexual, mientras que joven refiere al adulto joven como alguien que “ya ha adquirido responsabilidades y cierta cuota de poder, madurado su personalidad y establecida su identidad sexual, más allá de que no tenga una pareja estable o no sea totalmente autosuficiente en lo económico” (p. 7). A los efectos del presente artículo nos referimos a “adolescentes”, “jóvenes” o “estudiantes” como sinónimos, aclarando que el término “joven” excluye al adulto joven. Por otro lado, dada la diversidad, y los consecuentes inconvenientes, que supone delimitar a un colectivo tan heterogéneo como la cultura juvenil, apelamos a la noción de juventud de Urresti y Margulis (1996),

una construcción histórica articulada sobre recursos materiales y simbólicos cuya distribución social es asimétrica: “se es joven de diferentes maneras, en función de la diferenciación social, de parámetros como el dinero, el trabajo, la educación, el barrio, el tiempo libre” (p. 133).

Bajo tales parámetros, comprendemos que hablar de juventud refiere a un conjunto heterogéneo que engloba a diversas personas bajo un elemento común, más aun en el contexto de masificación del secundario, donde en la escuela pública convergen jóvenes provenientes de diversos medios y realidades. En uno de los dos casos estudiados, un directivo relataba “vienen chicos de capital, en general luego de haber repetido y rebotado en otras escuelas, también chicos que vienen en tren desde otras localidades como Grand Bourg, José C. Paz, Malvinas Argentinas (...) Respecto del turno tarde, se caracteriza a los estudiantes en relación al mayor índice de edad con dos o más años de repitencia”.⁽¹⁰⁾ En otro de los casos, y en palabras de los estudiantes, hay discriminación entre pares motivada por razones de nacionalidad, dado que en la escuela se reciben alumnos de intercambios internacionales.

En esta línea, también nos ayudamos de la concepción de Mayer (2009), considerando a la juventud como un colectivo siempre complejo que aglutina subjetividades y situaciones disímiles bajo una misma categoría, diferencias que, además, dificultan la configuración de un actor plural consciente de sí y de sus posibilidades. Asimismo, habida cuenta de los cambios sociales y culturales que la posmodernidad promueve y que afectan a nuestra juventud, para analizar las implicancias de los jóvenes y la escuela secundaria apelamos a la caracterización de Dubet y Martucelli (1998), según la cual el secundario presenta una morfología opuesta a la educación elemental, un nuevo universo normativo donde la autoridad no basta para legitimar las reglas, donde los contenidos dictados pierden su evidencia natural, y donde las calificaciones marcarán el futuro social de los estudiantes. En una de las escuelas las calificaciones permiten a los estudiantes elegir las orientaciones a seguir.⁽¹¹⁾ En las dos escuelas objeto de estudio, y desde la perspectiva de docentes, directores y estudiantes “los estudiantes le tienen un poco de miedo”⁽¹²⁾ a las autoridades de la escuela y vergüenza y miedo a los docentes al quedar expuestos con sus opiniones. A su vez, en dicho espacio se consolida una cultura adolescente opuesta o paralela a la escolar, la cual configura una zona de conflicto entre docentes y alumnos. En palabras de Tenti Fanfani (2010), “el aula configura el encuentro entre dos culturas, una tradicional y otra emergente” (p. 34).

(10) Entrevista a directivo de escuela realizada el 16 de agosto de 2017.

(11) Información obtenida de los cuestionarios de encuesta auto administrada a estudiantes de la ESC.

(12) Información obtenida de las entrevistas realizadas a docentes y directivos de ambas instituciones período 2018/2019.

4. La preocupación por el trabajo. Preparación escolar para el mercado laboral

Considerando los parámetros establecidos en los apartados anteriores, en el marco de las transformaciones culturales, sociales y económicas fruto del proceso de modernidad líquida señalado, el rol de la sociedad del trabajo parece haber perdido su papel central, a la par del declive de otras instituciones tradicionales como la escuela. Desde esta línea, aquel rol fundamental que la sociología clásica le atribuyera en su análisis de las sociedades industriales, en cuanto integrador, transformador y dinamizador social y, en suma, legítimo dador de identidad (Durkheim, 1993), ha dado paso a una concepción en la cual, según múltiples autores (Gorz, 1997, Offe, 1992 y Méda, 1998), el trabajo ha perdido su relevancia medular y ha sido reemplazado por nuevos sistemas de creencias y valores, correspondientes a su órbita y a la vida en general. Sin embargo, como sostiene Gallardo Góngora (2011) siguiendo a Vasilachis (2000), un análisis que pretende reflexionar sobre el mundo del trabajo, más en el caso presente donde se indaga la perspectiva estudiantil, no puede obviar las opiniones y representaciones de aquellos sometidos a las fluctuaciones del mercado laboral actual. Conforme tales lineamientos, compartimos lo postulado por Gallardo Góngora (2011) en tanto que el rol laboral aún se constituye como un eslabón clave durante la etapa juvenil, siendo que para la gran mayoría de los jóvenes la incorporación al mundo del trabajo representa un momento esencial para lograr autonomía, reconocimiento y legitimación de su identidad social, una de las principales vías de acceso para la adquisición de nuevos roles-identidades según la manera propuesta, señala el autor, por Mead (1972), Berger y Luckman (1966), Stryker (1980), entre otros.

A partir de lo dicho, dado que la designación de joven, como también se refirió, remite a un constructo heterogéneo orientado al desarrollo personal y a la adquisición de derechos y capacidades relacionados con la adultez, entendimos útil incorporar a este análisis la acumulación diferencial de capitales en los términos expuestos por Bourdieu (2011). Desde esta óptica, visto que la importancia del trabajo está determinada por los significados y las funciones que desempeña para el grupo social, entendemos que para los jóvenes la preparación escolar para el mundo laboral sigue siendo clave. En estos términos, las acreditaciones obtenidas a través del sistema educativo suponen un capital cultural que garantiza a la sociedad que los egresados poseen un conocimiento, es decir, una prueba institucional que legitima su ser. Conforme ello, qué se incluye y qué se excluye del contenido curricular constituye un amplio abanico de posibilidades y también de exclusiones, resultando decisivo en la vida de los estudiantes porque favorece o entorpece su entrada al trabajo. En este orden, el desfase entre las aspiraciones que el sistema educativo produce y las que realmente ofrece, puede derivar en una desilusión colectiva que repercute en la identidad de los jóvenes (Bourdieu, 2011).

5. Objetivos de la investigación

Bajo las pretensiones ya señaladas, nuestra investigación se basó en los siguientes objetivos generales:

- 1) Transferir conocimientos científicos en materia de niñez y adolescencia a fin de promover la formación de profesionales competentes para intervenir e investigar en dicho campo.
- 2) Identificar el conocimiento que poseen los niños relativos a los principios rectores de la CIDN: interés superior del Niño, no discriminación, participación y derecho a ser oído, supervivencia y desarrollo.
- 3) Conocer las políticas educativas de las escuelas públicas orientadas a la inserción laboral de sus alumnos.
- 4) Indagar la participación de los adolescentes en los proyectos interinstitucionales formulados y/o ejecutados por alumnos de la escuela.

Los objetivos específicos formulados fueron los siguientes:

- 1) Intercambiar saberes con profesionales para abordar los principios generales de la CIDN.
- 2) Brindar herramientas teóricas y prácticas a docentes y directivos que se desempeñan en los establecimientos educativos relativas a acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNYA).
- 3) Conocer la participación de los NNYA en la construcción de las pautas de convivencia en las instituciones educativas.
- 4) Indagar si el contenido de las reglas de convivencia de las instituciones educativas se adecuan a los principios rectores de la CIDN.
- 5) Identificar si las prácticas institucionales se adecuan a los principios rectores de la CIDN.
- 6) Conocer si la capacitación brindada en el trayecto escolar para el desempeño en el mundo del trabajo y en la organización comunitaria es efectiva.
- 7) Identificar si la formación escolar desarrolla habilidades para la realización de tareas específicas que le permitan al alumno su inserción en la vida laboral y/ profesional.

6. Diseño de la investigación

Teniendo cuenta los recursos materiales y humanos que teníamos a disposición, la extensa labor que implicaba la observación y el trabajo de campo en dos escuelas secundarias, y el considerable número de estudiantes a indagar, decidimos realizar nuestra investigación bajo la metodología del estudio de caso (en adelante, EC). Como señala Yin (1993), si bien el EC no inquiriere muestras re-

representativas de población, posee un gran potencial descriptivo y holístico, resultando un insumo valioso para analizar ciclos de vida individuales e institucionales. Asimismo, dado que trabajamos con dos casos en concreto, tipificamos dicha elección como un EC colectivo (Stake, 1994), un análisis comparativo que, como tal, refiere a más de una unidad de análisis y donde los casos seleccionados no remiten a una muestra estadística de una población, sino que cada uno es abordado en su especificidad para proceder a la comparación entre ellos, búsqueda que no se orienta solo a los elementos en común, sino también a sus diferencias (Archenti, en Marradi, Archenti y Piovani, 2018). Por último, visto que nuestros intereses podrían ayudar a comprender la vigencia en la escuela de los principios de la CIDN y la preparación estudiantil para la vida académica y del trabajo en un marco que trascienda a los dos casos en estudio, otorgamos al presente EC el carácter de instrumental, conforme la forma propuesta por Stake (1994), ya que está orientado a aportar elementos conceptuales y de sentido para echar luz sobre un fenómeno mayor.

7. Las herramientas de recolección de datos

Consideramos que los EC son de tipo multimétodo, teniendo como fin abordar un fenómeno en forma holística, mediante diferentes métodos de investigación o triangulación metodológica, sin delimitarse a ninguna estrategia de recolección en particular (Archenti, en Marradi, Archenti y Piovani, 2018). Bajo tal consideración, para alcanzar los objetivos de este trabajo optamos por realizar una triangulación metodológica, utilizando métodos cualitativos y cuantitativos de recolección de datos. En este orden, mientras que la medición cuantitativa eleva la credibilidad de la evaluación por ser independiente al estado subjetivo de las personas, permitiendo la medición y el análisis de relaciones causales entre variables, la metodología cualitativa fomenta la participación de los actores involucrados, a la vez que acentúa la naturaleza socialmente construida de la realidad, observando procesos y cualidades. De esta forma, la triangulación permite recolectar información de un rango de diversos individuos y contextos, usando una variedad de métodos que permiten alcanzar mayor validez en el análisis (Denzin, 1970).

Teniendo en consideración estas herramientas, y respecto de sus dimensiones temporales, podemos decir que el presente estudio fue realizado durante el período comprendido entre julio de 2017 y julio de 2019, durante el cual tuvimos la oportunidad de realizar distintas actividades, tales como: inmersión en el campo; observación de los entornos escolares: toma de fotografías de los establecimientos y de las actividades realizadas en ambas escuelas; y desarrollo de actividades con los alumnos del último año. A su vez, efectuamos entrevistas en profundidad a directivos y docentes de ambas instituciones, debiendo además señalar que la vicedirectora de una de las escuelas concurrió a las jornadas de intercambio disciplinar realizadas en la UCSE-DABA en el mes de abril de 2019, donde se debatieron los tópicos de nuestra investigación,

compartiendo reflexiones y puntos de vista al respecto.⁽¹³⁾ Por otro lado, a partir de la información recabada en dicha etapa, a comienzos del año 2019 se realizó un formulario de encuesta auto administrado y semi-estructurado de carácter anónimo y voluntario a los alumnos del último año de ambas escuelas. El sondeo tuvo como fin recoger la opinión del alumnado respecto de nuestros objetivos específicos, habiéndose delimitado previamente ciertos puntos de interés conforme la información que pudimos extraer de directivos y docentes. Las mismas fueron llevadas a cabo de manera grupal y en sesiones previamente acordadas, con presencia de los integrantes del equipo de investigación para orientar dudas e inquietudes, y los resultados fueron procesados en la pertinente matriz de datos. Por último, con posterioridad a la encuesta, los estudiantes fueron invitados a realizar un debate con nuestro equipo de investigación para profundizar sobre algunos tópicos de interés.

8. Los casos seleccionados

En cuanto a la selección de los casos, nuestros criterios obedecieron a una decisión práctica en la que ponderamos la viabilidad y accesibilidad. En este sentido, ambas escuelas fueron seleccionadas conforme a los contactos e informantes a disposición, habiendo tenido intercambios profesionales previos con directivos de ambas instituciones. A su vez, dado que nuestro proyecto fue financiado por la Universidad Católica de Santiago del Estero, en la que nos desempeñamos como integrantes y docentes de su sede en la zona metropolitana norte de la provincia de Buenos Aires, consideramos la posibilidad de trabajar con una escuela de cada región, siendo que además ambas instituciones, de gestión estatal, se sitúan en puntos urbanos nodales con gran concurrencia del estudiantado y de referencia educativa en la zona. Asimismo, dadas las características de cada región, en principio con realidades y rendimientos escolares disímiles, nos pareció interesante efectuar un análisis que contraste ambos escenarios, ya sea para confirmar nociones pre-establecidas y/o derribar prejuicios, además de los derivados de la riqueza mismas de los casos en particular. En suma, creemos que la selección efectuada se correspondió con las recomendaciones de Stake (1994), visto que desde un punto de vista pragmático se orientó a potenciar lo que podíamos extraer de cada caso, enfocándose en aquellos que nos ofrecían más posibilidades, eran más accesibles y tenían buena receptividad.

Por cuestiones de anonimato, confidencialidad y ética no apelaremos a las denominaciones exactas de los casos seleccionados. Hecha esta aclaración, nombraremos al primero de ellos como Escuela Metropolitana Norte Buenos Aires (en adelante, EMN) y al segundo como Escuela Centro Santiago del Estero (en adelante, ECS). A modo general, comenzaremos por señalar que la EMN se ubica en el Partido de Vicente López, provincia de Buenos Aires, municipio que

(13) Imágenes e información disponibles en <http://www.sasju.org.ar/jornadas/debate/jornada-interdisciplinaria-derecho-interaccion-social-y-adolescencia> y en <http://www.ucse.edu.ar/notiucse/?p=3517>

aloja a casi 270.000 habitantes y cuenta con 155 escuelas privadas, 52 escuelas públicas de educación inicial, primaria y secundaria, y 6 establecimientos de nivel terciario.⁽¹⁴⁾ Asimismo, conforme datos extraídos del Observatorio Argentino por la Educación, para el año 2017 registraba una matrícula de 21.015 estudiantes secundarios, con una tasa de repitencia del 6,5% en el año 2016 (sobre el 10,4% del total provincial); y de acuerdo a los resultados Aprender, con un 67,2% de nivel satisfactorio y avanzado en matemáticas, y un 70,2% en lengua. Por otro lado, conforme señala el Censo 2010, la ECS se localiza en la capital de Santiago del Estero, la zona urbana más poblada de la provincia, con casi 252.000 habitantes. En 2016, la provincia de Santiago del Estero arrojó un total de 96.293 estudiantes, con una tasa de repitencia del 10,2%, un 12,7% de nivel satisfactorio en matemáticas, y un 36.7% en lengua satisfactoria.⁽¹⁵⁾

9. Los resultados

Los resultados que se analizan a continuación corresponden al apartado sobre inserción laboral incluido en el cuestionario aplicado a los estudiantes. En el sondeo se indaga sobre la valoración de los alumnos acerca de la cuestión del trabajo y de las herramientas que les otorga la escuela para la inserción laboral futura. Para ello tuvimos en cuenta la información brindada previamente por directivos y docentes en base a las observaciones, las entrevistas y encuestas que realizamos con ellos. Asimismo, solicitamos a los estudiantes que brinden su punto de vista respecto de ideas y elementos a mejorar en este aspecto. En total encuestamos a 52 alumnos en la EMN (22 de ellos varones y 30 mujeres). En cuanto al rango etario, 3 de ellos tenían 16 años de edad; 26 de ellos, 17; 10 de ellos, 18 años; y 15 de ellos, 19. En la ECS encuestamos a 75 alumnos, 30 varones y 45 mujeres, 71 de ellos de 17 años de edad, solo 3 con 18 años y uno con 19. La información obtenida fue complementada y triangulada con los datos recogidos mediante los otros métodos de recolección, las observaciones realizadas en ambas escuelas, las entrevistas en profundidad con los directivos y docentes, y las actividades realizadas con los estudiantes.

A partir de lo dicho, y teniendo en cuenta los objetivos generales de nuestra investigación, de los cuales se desprenden los objetivos específicos sobre los que versa el presente –1) Conocer si la capacitación brindada en el trayecto escolar para el desempeño en el mundo del trabajo y en la organización comunitaria es efectiva; 2) Identificar si la formación escolar desarrolla habilidades para la realización de tareas específicas que le permitan al alumno su inserción en la vida

(14) Fuente: Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. "Establecimientos de la DGCyE distrito: Vicente López". Disponible en: <http://servicios2.abc.gov.ar/escuelas/consultas/establecimiento/>

(15) Fuente: Elaboración de Argentinos por la Educación en base datos de la Secretaría de Evaluación Educativa y Dirección de Información y Estadística Educativa/ Dirección Nacional de Planeamiento de Políticas Educativas/Secretaría de Innovación y Calidad Educativa del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación. Disponible en: <https://argentinosporlaeducacion.org/ficha/Santiago%20del%20Estero>

laboral y/o profesional-, para el siguiente análisis, conforme el marco teórico ya señalado, delimitamos los siguientes ejes temáticos:

- La valoración del trabajo desde la mirada estudiantil.
- La preparación escolar para el mundo del trabajo.
- La relevancia escolar desde la perspectiva de los jóvenes.

10. La valoración del trabajo

Como se dijo en los apartados anteriores, una de las preocupaciones de nuestra investigación fue indagar sobre la capacitación que brindan las dos escuelas seleccionadas para la formación laboral de los estudiantes, haciendo énfasis en las habilidades que estos desarrollan para su inserción en el mundo del trabajo. En este sentido, teniendo en consideración los principios jurídicos que estudiamos y la importancia de la formación laboral de los estudiantes, antes de indagar sobre la capacitación en sí, nos preguntamos sobre la valoración que ellos hacían respecto del trabajo. Por ello, en base a lo discutido, a partir de aquellas posturas que afirman que el trabajo en la actualidad ha perdido su rol clave en tanto integrador y dinamizador social, nos pareció indispensable indagar, más allá de cualquier teoría, es decir, en la opinión misma de los jóvenes.

Siguiendo estos lineamientos detectamos que en ambos EC los estudiantes a egresar en el año 2019 otorgan al trabajo una valoración importante para su futuro. A modo general, sus expresiones giran en torno a una dimensión instrumental, las ganas o la necesidad de trabajar para cubrir cuestiones materiales. Asimismo, la valoración respecto del trabajo adquiere un sentido expresivo que trasciende la frontera de lo económico, las ganas de trabajar como herramienta para el reconocimiento social y la conformación de la identidad. Si bien en el desarrollo del trabajo habíamos adelantado algunas opiniones brindadas por los estudiantes, en este apartado las complementaremos con las siguientes respuestas, diferenciando las procedentes de cada institución para permitir la comparación de los casos.

En la EMN obtuvimos las siguientes respuestas: “Me gustaría tener mi propia casa y trabajar de lo que me gusta sería muy satisfactorio para mí”; “Sí, me gustaría trabajar para comenzar a tener experiencia laboral mientras continuo con mis estudios”; “Tener mi dinero y no depender más de mi padre”. Por su parte, en el caso de la ECS las respuestas fueron: “Me gustaría, en mi tiempo libre, tener un trabajo para aumentar mis ingresos y ayudar a pagar mis estudios”; “Me gustaría estudiar y trabajar de mi profesión al recibirme, pero si es necesario un trabajo para sustentar mis estudios con mi situación económica lo haría”; “Me gustaría ganar dinero por lo tanto, creo que debería trabajar. Y si logro hacerlo sin trabajar, ¡muy bien!”; “Me gustaría, para poder pagar mis cosas sola y manejar mi propio dinero”; “Me gustaría recibirme primero y luego buscar trabajo respecto a lo que haya estudiado”.

En particular, el sondeo realizado a los alumnos que cursan el último año del secundario en la EMN arrojó que el 78,8% de ellos desea trabajar, mientras que el 54,7% de los estudiantes de la ECS se manifestaron en el mismo sentido. En este último caso, si bien muchos se expresaron por no hacerlo en lo inmediato (30%), dicha opinión se afincó en las ganas de trabajar recién una vez terminados los estudios universitarios o terciarios, valorando en consecuencia la herramienta del trabajo, en particular en relación a la carrera universitaria escogida. Asimismo, en las charlas mantenidas y en las actividades realizadas con los estudiantes pudimos constatar y ratificar esta cuestión. En el caso de la EMN, a través de la proyección de un corto⁽¹⁶⁾ en un aula y su debate posterior, pudimos observar que los estudiantes valoran al trabajo conforme los parámetros ya señalados, y que además entienden que, en tanto sujetos de derecho, existen normas que regulan la cuestión laboral y los amparan.

Por otro lado, en cuanto a las dimensiones señaladas anteriormente, en la EMN pudimos apreciar que, en algunos casos, el aspecto instrumental atribuido al trabajo se relaciona con una necesidad económica de primera mano, donde algunos jóvenes ya se encuentran trabajando y otros buscan hacerlo. Asimismo, la realidad económica del país aparece en escena, también cuestiones específicas como la necesidad de costear los estudios, traslados y demás aspectos a los que se enfrentarán terminado el secundario: “Claramente esta difícil la situación a la hora de buscar trabajo, pero sí, me gustaría, más que nada para poder bancar mis estudios, lo que me cuesta viajar y demás cuestiones”.⁽¹⁷⁾ Respecto a la ECS, la finalidad del trabajo apareció ligada a este último aspecto: la necesidad de solventar gastos próximos, en particular los estudios futuros, así también para ayudar en la economía familiar que los sustenta: “Tengo la suerte de contar con el apoyo de mis padres para esto, y espero poder colaborar en poco tiempo con la economía familiar”. Por otro lado, no pudimos constatar la existencia de alumnos que trabajen en esta escuela.

A partir de lo dicho, si bien la dimensión instrumental fue una dimensión generada mediante las encuestas, entrevistas y actividades realizadas, como ya se desprende de las respuestas citadas, ello no se explica en la mera cobertura de ciertas necesidades materiales, sino que la valoración que los estudiantes hacen del trabajo adquiere connotaciones más amplias. En ambas instituciones la mayoría de los discursos estuvieron orientados a la importancia del trabajo para conseguir autonomía y sustento propio: “Tener mi dinero y no depender más de mi padre” (EMN); “Me gustaría trabajar para poder ser independiente, saber lo que es el sacrificio (ECS), suponiendo más que un ingreso, una fuente de identidad y reconocimiento social”; “Sí, quiero estudiar y trabajar para ser alguien en la vida” (ECS). Dicha cuestión, como pudimos evidenciar tanto en las encuestas

(16) Cortometraje *Alike* sobre el sistema educativo y cómo la sociedad limita la creatividad. Directores y guionistas: Rafael Cano Méndez y Daniel Martínez Lara. Fecha de estreno: 8 de julio de 2015.

(17) Respuestas brindadas por los estudiantes en los cuestionarios.

como en las interacciones con los estudiantes, se relaciona particularmente con la obtención de trabajos relacionados con aquello que piensan estudiar, tanto para la asunción de nuevos roles relacionados con la adultez como en el entendimiento que los títulos educativos allanarían el camino a mejores trabajos y, por ende, a una mejor posición en la escala social. En la EMN se refirieron a empleos relacionados al deporte, periodismo, programación y ciencias humanas, mientras que en la ECS a nutrición, programación y biotecnología; asimismo, empleos más tradicionales relacionados al mundo del derecho y a la medicina aparecieron en ambos casos.

11. La preparación escolar

Con carácter previo a elaborar la encuesta para los estudiantes, recurrimos a directivos y docentes de ambas instituciones a fin de indagar sobre la capacitación que brinda la escuela para la inserción de los alumnos al mundo laboral. En la EMN, la vicedirectora de la institución refirió al proyecto *Junior Achievement*, por el cual los estudiantes participan en la conformación de una PyME con financiación de una empresa externa a la escuela. También mencionó que los estudiantes de sexto año son llevados a cursos de orientación vocacional en universidades, y que se les ofrecen charlas en el gabinete de la escuela. Por otro lado, si bien la rectora de la ECS nos manifestó que la escuela no promovía la inserción laboral de los alumnos, ofreciendo una formación propedéutica donde aproximadamente el 90% de los alumnos continúa sus estudios, de la consulta realizada a la asesora pedagógica, y como se desprenderá luego del discurso de los estudiantes, la escuela brinda información sobre cursos de orientación vocacional y visitas a universidades locales para que los alumnos se informen sobre las carreras a realizar y las futuras profesiones que pretenden desempeñar.

Así las cosas, del sondeo realizado a los estudiantes respecto de las herramientas brindadas por la escuela para la formación laboral, en la EMN, el 46% consideró que la escuela no brinda orientación; el 38% sí lo hizo. Dentro de los que manifestaron recibir formación, el 30% mencionó los cursos de orientación vocacional, aunque de carácter optativo, y dos de ellos mencionaron a la materia Trabajo y Ciudadanía. Solo el 11% mencionó haber recibido talleres y charlas, en particular el referido proyecto *Junior Achievement*, aunque se realizó de manera parcial: “íbamos a crear nuestra propia empresa con el proyecto junior, pero no conseguimos proveedor y solo nos brindaron un curso de 6 horas”. Por otro lado, en la ECS, el 55% de los encuestados dijo que la institución brinda herramientas para la inserción laboral; el 32% consideró que no, y el 13% dijo no saberlo. De los que dijeron recibir formación, el 37% mencionó la orientación vocacional, aunque expresó que dicha experiencia no era extendida a todos, sino que dependía de la iniciativa de algunos profesores, en particular del tutor, y también de las clases de psicología. Asimismo, los alumnos destacaron que comenzó a llevarse a cabo una experiencia donde las universidades locales ofrecen la orientación de manera gratuita. A su vez, un 33% manifestó haber participado de charlas y

talleres, destacándose una vez más las visitas a las universidades para conocer cuestiones en torno a las carreras que ofrecen. También se mencionó la existencia de talleres en oficios como carpintería, tejido y bordado.

Bajo estos parámetros se les preguntó acerca de la calificación que otorgaban a estas experiencias: solo un estudiante de la EMN las consideró muy satisfactorias; el 19,2%, satisfactorias; y el 11,5%, poco satisfactorias. La extensa mayoría, sin embargo, optó por no referirse o dijo no saber del tema, un 67,3% de total encuestado. Nuevamente, se destacó el carácter aislado de estas experiencias. En cuanto a la ECS, el 12% de los encuestados calificó las herramientas brindadas como muy satisfactorias; el 33% como satisfactorias; mientras que el 44% optó por no expedirse al respecto. Una vez más se señaló la importancia de los cursos de orientación vocacional y las actividades con las universidades, aunque también se advirtió que estas son escasas, las visitas poco frecuentes, y que los servicios de orientación vocacional no son gratuitos ni debidamente publicitados, dependiendo de la iniciativa personal de algunos profesores.

Por último, preguntados los estudiantes de la ENM acerca de si existen aspectos a mejorar en la formación sobre la temática, el 36% consideró que sí, aunque el 61% optó por no expedirse al respecto o manifestar no saber sobre el tema. Entre las regularidades observadas, los estudiantes insistieron en la necesidad de mayor orientación vocacional -una preocupación ligada a conocer la realidad laboral que les espera-, y la necesidad de participar en charlas y talleres al respecto. Los estudiantes refieren: “Talleres, charlas, aspectos esenciales para tener en cuenta en una entrevista de trabajo. Debería haber charlas del ámbito laboral para poder saber a qué nos enfrentamos en un trabajo”. Todas estas inquietudes van de la mano a encontrarse con una realidad laboral que, desde su mirada, aparece como difícil y hostil: “Afuera está difícil la cosa, nos podrían engañar fácilmente al no tener experiencia. En la escuela nos podrían preparar para no sufrir. Ir con la verdad que nos espera al trabajar. Salidas a una fábrica, que nos cuenten su propio trabajo al ser profesor”.

Respecto a la ECS, un 36% manifestó que existen aspectos a mejorar sobre la formación laboral, mismo porcentaje que en la EMN, mientras que también un alto porcentaje (60%) no se manifestó al respecto. Nuevamente se evidenció la necesidad de mejorar los servicios existentes, profundizar la orientación vocacional, las actividades con las universidades y ofrecer pasantías. “Sería una experiencia muy linda que se ofrezcan tests vocacionales con los cuales los alumnos se sientan seguros de seguir las carreras para las cuales quieren ingresar o que estos pueden ayudarlos a encaminarse si no tienen pensado nada”. También se insistió en la necesidad de promover actividades para conocer la realidad laboral en la que ingresarán: “Enseñar la realidad del mundo laboral, dar consejos para superar los problemas del mismo. Brindar actividades relacionados con áreas específicas de trabajo”.

En suma, a partir de técnicas utilizadas pudimos cotejar que aunque el trabajo es una experiencia valorada por los jóvenes, en particular en relación a los estudios que piensan cursar en el futuro próximo, las herramientas brindadas por ambas escuelas resultan ser escasas. Reparamos que en ambos casos las demandas de los jóvenes apuntan en un mismo sentido: la necesidad de conocer más acerca de la realidad laboral, la que algunas veces les aparece como hostil o amenazante. De esta forma, los alumnos de las dos instituciones valoran y enfatizan en la necesidad de cursos de orientación vocacional, más charlas, talleres y actividades con universidades, entre las actividades más mencionadas, para saldar sus inquietudes y preocupaciones.

Asimismo, en el caso de la EMN, donde la valoración positiva sobre la formación fue menor (30,7% contra un 45% en la ECS), de las charlas que mantuvimos con los estudiantes pudimos extraer que la preparación otorgada por la escuela muchas veces recae en la iniciativa personal de algunos docentes y que ello depende, a su vez, de la empatía generada entre cada alumno y estos. Por otro lado, los esfuerzos promovidos por los directivos de la institución en articulación con otros actores, tal como el caso del proyecto *junior achievement*, muchas veces impacta con una realidad que excede a la escuela: la falta de presupuesto necesario para encarar actividades de esta índole. Por otro lado, en la ECS constatamos que la mayor valoración que hacen los estudiantes, pese a que la escuela dice no formar en este aspecto, se corresponde con una oferta apenas más articulada, destacándose las visitas a las universidades locales. A su vez el rol de los docentes también cobra relevancia, nuevamente en la forma de iniciativas personales o, en este caso, en las clases de tutoría. En ambos casos, no hubo mención a materias específicas que preparen para el mundo laboral.

Por último, desde la perspectiva docente, en la EMN pudimos recabar a través de la orientadora social que la articulación para la orientación laboral no es integral, sino que se delega al criterio de cada profesor. Consultados ellos, las opiniones fueron dispares entre quienes consideraban que la escuela no prepara en ese aspecto y entre quienes igual lo intentaban.

No hay una articulación efectiva, hay espacios para la orientación que queda a criterio de cada docente. La situación económica y social condiciona el tránsito a los estudios universitarios. En el turno tarde se advierte gran cantidad de alumnos que actualmente trabajan.⁽¹⁸⁾

En la ECS observamos una actitud similar: Es lo que intento, enseñarles contenidos que les sirvan, que el día de mañana (...) que continúen con sus estudios, obtengan un título y así puedan trabajar de ello.⁽¹⁹⁾ (Tecnología. ECS. Encuesta. 13/11/18).

(18) Entrevista realizada el 21 de diciembre de 2018.

(19) Tecnología. ECS. Encuesta realizada el 13 de noviembre de 2018.

12. La relevancia escolar

Conforme surge del apartado anterior, queremos destacar que cuando se les pidió a los estudiantes calificar las experiencias educativas recibidas, como así también cuando se indagó aspectos a mejorar, se evidenció un alto porcentaje de indiferencia al respecto. En relación a la primera pregunta, el 67,3% de los alumnos de la EMN dijo no saber o eligió no calificar a la información brindada, mientras que el 44% de la ECS se manifestó en el mismo sentido. Respecto del segundo interrogante, el 61% de los encuestados en la EMN y el 60% en la ECS dijeron no saber u optaron por no expedirse sobre aspectos a mejorar por sus escuelas. A partir de las reflexiones teóricas realizadas en los apartados anteriores, vinculamos esta apatía o indiferencia respecto del rol escolar con los resultados de la última pregunta del cuestionario. En este sentido, como desarrollaremos, consideramos que los estudiantes se muestran apáticos en relación a la formación escolar porque aquella ya no ocupa el lugar referencial que solía ejercer en el pasado: su lugar fue ocupado por otras esferas, grupos, vínculos y personas, resultado de los cambios culturales, económicos y sociales que erosionaron el modelo de nuestra escuela secundaria tradicional, aún vigente.

Cuando se solicitó a los estudiantes que respondan y desarrollen -esto último a modo opcional- si consideraban a la formación escolar como una herramienta útil para convertirse en seres valiosos para la comunidad, el 23% de los alumnos de la EMN consideró que la formación brindada por la escuela les resulta efectiva, mientras que el 40,4% la consideró innecesaria, y el 36,5% dijo no saberlo. En la ECS, un 62% se repartió entre el 23% que consideró que la capacitación escolar no sirve y el 39% que dijo no saberlo. El restante 38% -porcentaje elevado en comparación a la EMN- consideró útil la formación escolar. En cuanto a las respuestas afirmativas, en la EMN las opiniones estuvieron orientadas hacia los valores que promueve la institución: "Sí, gracias a la escuela pude obtener valores y aprender a ser responsable. De algunos profesores recibimos muy buenos consejos para nuestro futuro". Por su parte, en la ECS, a dichos valores se suma la idea de que el secundario brinda las primeras herramientas, una "base" para desenvolverse en sociedad y continuar con los proyectos propios. "Nos brinda las primeras herramientas. Nos da herramientas básicas para poder desarrollarnos de una buena manera dentro de la sociedad. Es bastante útil ya que es una base para la continuación de los estudios".

Ahora bien, en cuanto aquellos que optaron por la negativa o expresaron su desconocimiento, en la EMN se advierte una distancia entre la formación de carácter que otorga el secundario y la necesaria para la vida. Por un lado, existe una crítica por parte de los alumnos sobre los contenidos de las materias y, sumado a ello, un afuera que se supone más relevante para su desarrollo personal. "Al colegio lo único que le interesa es que tengamos los conceptos técnicos de cada materia y no todo pasa por eso. La verdad no lo sé, porque la escuela solo nos da la información pero no la práctica de cómo actuar al momento en que tenga que 'salir' a la 'vida real'. No enseñan a afrontar los problemas reales, nos

enseñan cosas que en lo académico son óptimas pero para la vida son inútiles”. Asimismo, en la ECS, los estudiantes también manifestaron que existe un “afuera” que puede servir y comprenderlos mejor, sumado a otras fuentes y formas de aprender. “No, porque existen materias que no son para nada útiles en mi carrera o futuro, y la enseñanza tampoco es primordial porque se puede aprender más desde fuera de la escuela misma, igualmente es relativa así en tanto no le quite su importancia para la formación. Hay otras fuentes, libros, internet, personas, que nos ayudan a convertirnos en alguien mejor”.

Teniendo en cuenta lo señalado, como pudimos complementar mediante la técnica de la observación, las entrevistas informales y actividades realizadas con los estudiantes, más las entrevistas a directivos de ambas instituciones, observamos la aparición de ese “afuera” de diferentes maneras. Ello nos permitió orientar nuestras inquietudes en dos sentidos. En primer lugar, como se dijo, la escuela dejó de ser un lugar referencial para la cultura juvenil. A su vez, relacionado a este proceso, la institución ya no es un ámbito aislado y protegido del exterior; por lo contrario, todo lo que sucede fuera de las aulas repercute en ellas, influyendo en consecuencia en el proceso de enseñanza. Respecto del primer punto, como pudimos apreciar a través del sondeo, los estudiantes ponderan otros lugares, fuentes y vínculos por sobre el escolar. Además de los señalados, o en relación a ellos, de las actividades que realizamos, en particular de la proyección y discusión del corto *Alike* y del debate posterior a la encuesta en la EMN, pudimos detectar que para los jóvenes las rutinas actuales, tanto escolares como laborales, resultan lentas, aburridas y tediosas.

En cuanto a la proyección del corto, en el que se exhibía cómo un asalariado veía pasar las horas y los años en una oficina, los estudiantes asociaron dicha imagen al contexto del aula, relatando que las clases de literatura eran aburridas y que la profesora leía en clase textos que ellos no elegían: un escenario que, según Dussel (2011), se muestra rígido y disciplinado, estructurado y con tiempos establecidos *a priori*, es decir, contrario a la fluidez, involucramiento personal, emoción y seducción que suponen los vínculos actuales y las nuevas tecnologías, de las cuales los estudiantes, como pudimos presenciar, son activos consumidores. Estas cuestiones muchas veces entorpecen la relación entre los estudiantes y sus docentes, quienes aluden a los problemas de atención y a la dispersión de los estudiantes. En esta línea, la importancia de los avances tecnológicos también se presentó como un elemento recurrente en el discurso de los estudiantes, haciendo énfasis en su uso como parte de la enseñanza. Al ser preguntada sobre la inserción laboral, una estudiante respondió: “todo el sistema educativo nos prepara para trabajos futuros que van a ser reemplazados por máquinas. El paradigma debe cambiar y adaptarse a la realidad actual”.

Asimismo, otra de las cuestiones que el trabajo de campo nos permitió observar fue la emergencia en el discurso de los estudiantes de un espacio en particular en contraposición al de la escuela: la calle. En la discusión posterior a la encuesta realizada en la EMN, prolongando el interrogante sobre la última pregunta

del cuestionario, la calle apareció como un espacio de encuentro. Al surgir el tema, un estudiante nos dijo lo siguiente: “La calle... no sé, ‘la calle’, no te puedo decir...”.⁽²⁰⁾

A partir de dicho disparador, y como indagamos luego, la calle remite al espacio público, las plazas, los parques, a situaciones de ocio ligadas al deporte, y también, aunque surgió limitadamente en los discursos, a situaciones y lugares ligados a la noche. En particular, como discutimos luego entre los miembros de nuestro equipo de investigación, contemplamos que la frase citada no expresaba resistencia: era la respuesta de un joven a un grupo de adultos, y la expresión de su dificultad en explicarnos lo que para él aparecía como natural y cotidiano. En este orden, más allá del lugar en particular –y conforme pudimos constatar en la EMN y, con posterioridad, en la ECS–, la calle define a un espacio exterior tanto a la escuela como al hogar: “define un territorio sin medidas ni reglas que obliguen a aprender, a producir o a obedecer, apareciendo como un sitio liberado en el que eventualmente se da la aventura” (Urresti, 2000, p. 10). Dicho espacio funciona como lugar de encuentro entre pares y contribuye a conformar la subjetividad de los jóvenes bajo la influencia de las tecnologías, el mercado y el consumo; es un lugar de disputa y, como tal, se halla por fuera del mundo adulto. De las encuestas a los estudiantes de la EMN surge que incluso los mecanismos de participación escolar a través de los centros de estudiantes no encontraban en la escuela un espacio para llevar a cabo las asambleas.

13. El contexto social influye en la escuela

Como pudimos observar mediante el discurso y las prácticas de las estudiantes, la escuela de hoy refleja un espacio de muros porosos, donde lo que sucede en su exterior influye en su funcionamiento interno. En ambos casos, desde la opinión y las vivencias de los directivos, pudimos constatar dicha cuestión. De tal manera, los conflictos personales, las realidades económicas y los hábitos propios de esta época, ingresan a las aulas con las personas que le dan vida. En la entrevista que mantuvimos con la Rectora de la ECS el 23 de agosto de 2018 nos dijo: “**Ser directivo hoy es muy complejo**, excede a las normas, a la vida interna de una institución”. Durante la entrevista también emergieron situaciones ligadas a la desatención familiar y a los hábitos de los estudiantes por fuera de la escuela, “el padre delega a la institución obligaciones propias de la familia. Hay que citar a los padres por problema de sueño, alimentación, o exceso de actividades de los alumnos donde no descansan”.

En la misma dirección, a partir de la entrevista a la vicedirectora de la EMN,⁽²¹⁾ pudimos constatar una serie de aspectos que recaen en una sobre demanda al contexto escolar. Convergen problemas de cupo, familias que escogen la institución por proximidad, aunque no sea la institución más adecuada para sus

(20) Nota de campo realizada en la EMN el 6 de mayo de 2019.

(21) Realizada el día 16 de agosto de 2017.

hijos (“a veces el capricho es por la orientación estratégica que tiene esta escuela que le queda bien a mano a todo el mundo, pero no se ve la necesidad del chico”), o estudiantes que repiten de año en CABA y acuden a cursar a provincia. También exigencias familiares que traspasan la función de la escuela, como fue ya referido, las que a su vez se explican en conflictos que arrastran desde el hogar: “El padre llega y pregunta ¿aquí hay gabinete?, ¿lo puede atender a mi hijo? No, el gabinete no está para hacer sesiones particulares ni cuestiones familiares, está para atender cuestiones educacionales”. A ello deben agregarse problemas de convivencia, por tratarse de una escuela grande: “Las familias se conocen. La escuela que está en la esquina, otra que está a cuatro cuadras, otra que está en La Lucila. Son 4 o 5 colegios que ya vienen por ahí arrastrando un problemita desde la primaria. Y se agudiza acá, a veces no”. En lo atinente a nuestras observaciones, además pudimos apreciar que la EMN padece ciertos problemas de estructura, en particular la reparación de la parte frontal del edificio, postergada por falta de presupuesto. A su vez, en invierno las clases debieron suspenderse durante unos días por una falla en la caldera central. Por último, el gimnasio escolar, reducido para los 900 estudiantes actuales, se encuentra habilitado primordialmente a las clases de los alumnos de primer año.⁽²²⁾

En suma, aunque en ambas instituciones pudimos constatar el empeño de directivos y docentes, en particular ante el cambio de paradigma que supone poner el foco en Niños, Niñas y Adolescentes, en diversas ocasiones las intenciones escolares se enfrentan con realidades que exceden su marco, sin contar con los suficientes recursos materiales, humanos y económicos –pudimos presenciar ello más que nada, como se describió, en el caso de la EMN– para cumplir con las demandas actuales que recaen sobre la escuela y su personal, algunas de las cuales, como también exhibimos, exceden su marco. En este sentido, toda vez que la escuela no varió su estructura formal y organizativa en los últimos sesenta años, el papel central que solía ocupar resulta erosionado y, más que nada, cuestionado.

14. Conclusiones

El análisis comparativo de los casos seleccionados nos permitió observar que los jóvenes a egresar de la escuela secundaria en el año 2019 valoran la herramienta del trabajo como un instrumento importante para su futuro, aún en el contexto actual, donde los cambios culturales, sociales y económicos llevan a cuestionar el rol social del trabajo. En este sentido, ambos casos nos ayudaron a evidenciar que para los estudiantes –jóvenes en etapa de transición a la adultez, con los conflictos que ello supone– la posibilidad de un empleo adquiere un tamiz instrumental para saldar necesidades económicas y necesidades futuras, y también actuales. Más aún, el trabajo adquiere una connotación simbólica y

(22) Información obtenida en la entrevista realizada el 16 de agosto a la vicedirectora de la EMN.

social, relacionado a los gustos y al rol que los jóvenes quieren desempeñar en el conjunto de la sociedad, con un fuerte impacto identitario y ligado a los estudios que desean cursar en el futuro inmediato.

Por otro lado, a partir de las técnicas de recolección utilizadas, nos fue posible constatar que la preparación que brindan ambas escuelas para la inserción laboral de los estudiantes a egresar resultan ser escasas, aunque valoran las mismas y exigen más oferta al respecto, en particular cursos de orientación vocacional y actividades articuladas con otros actores, como es el caso de las universidades. En la ECS, presenciamos que las estrategias abordadas resultan ser más exitosas, porque existe una articulación mayor entre el interior y el exterior de la escuela, aunque éstas aún resultan ser aisladas, al igual que en la EMN. Respecto de esta última, pudimos presenciar que acontece de mayores problemáticas estructurales y presupuestarias, lo que excede la función de directivos y docentes. Estas cuestiones influyen en la calidad de las estrategias pedagógicas brindadas.

Asimismo, como observamos a partir del sondeo y de las experiencias vivenciadas, desde la mirada joven la función escolar aparece relegada frente a otras esferas, vínculos y espacios, que los estudiantes consideran más relevantes en el despliegue de sus vidas. En este sentido, pese a que el rol escolar aún es valorado, en el contexto social y cultural del cual los jóvenes son participes activos, y en una etapa de por sí conflictiva como es la adolescencia y la escuela secundaria, los contenidos brindados y el papel adulto son cuestionados y el contexto escolar pierde referencia. A partir de ello pudimos observar que la relación de los adolescentes con la función de la escuela secundaria no es de rechazo pero sí de apatía hacia aquello que las instituciones puedan llegar a ofrecerles.

Por último, son muchas las cuestiones ajenas a la escuela que repercuten en su interior, y por ende tanto en la formación brindada como en la mirada que de ella hacen sus estudiantes. Desde esta óptica pudimos constatar que antes de ocuparse de temas de por sí relevantes como la formación laboral, los directivos y los docentes deben lidiar con situaciones más acuciantes que los jóvenes trasladan desde ámbitos externos al escolar. De esta forma, a partir de los casos escogidos experimentamos una realidad escolar cuestionada y muchas veces desbordada. Coincidimos con los múltiples autores que sostienen que el contexto actual exige una profunda reflexión, una mirada hacia adentro de la institución, a la luz de los cambios culturales y sociales actuales. En este sentido, la escuela muchas veces funciona como “institución cascarón” (Giddens, 2000), incapaz de cumplir lo que hoy se le reclama. Por ello, visto que la función del trabajo resulta clave en la conformación de las subjetividades y el desarrollo de nuestros jóvenes, tal como se evidenció en los discursos recabados, y como postula el marco jurídico y teórico abordado, entendemos que su preparación no debe quedar relegada a la sobredemanda que recae sobre nuestra escuela, debiendo ocupar un lugar central en la formación media de los estudiantes.

15. Referencias bibliográficas

- Bauman, Z.** (2003). *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Beck, U.** (1996). La modernidad reflexiva. En Beriaín, J. (Comp.) *Las consecuencias perversas de la modernidad* (pp. 201-222). Barcelona: Anthropos.
- Berger, P. y Luckman, T.** (1968). *La Construcción Social de la Realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Bourdieu, P.** (2011). *Las estrategias de la reproducción social*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Denzin, N. K.** (1970). *The research act: a theoretical introduction to sociological methods*. Chicago, Aldine-Artenton
- Dubet, F.** (2006). *El declive de la institución. Profesiones, sujetos e individuos en la modernidad*. Barcelona: Gedisa.
- Dubet, F. y Martucelli** (1998). *En la escuela. Sociología de la experiencia escolar*. Buenos Aires: Losada.
- Durkheim, E.** (1993). *La división del trabajo social*. Buenos Aires: Planeta.
- Dussel, I.** (2011). *VI Foro Latinoamericano de Educación; Educación y nuevas tecnologías: los desafíos pedagógicos ante el mundo digital*. Buenos Aires: Santillana.
- Dussel, I. y Caruso, M.** (2000). *La invención del aula. Una genealogía de las formas de enseñar*. Buenos Aires: Santillana.
- Dussel, I. y Southwell M.** (2005). ¿Qué es una buena escuela? *Revista El Monitor*, pp.26-33, Ministerio de Educación de la Nación.
- (2008). Escuela Media. Los desafíos de la inclusión masiva. *Revista El Monitor*, pp. 26-27, Ministerio de Educación de la Nación.
- Dutchasky y Corea C.** (2011). *Chicos en banda. Los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones*. Buenos Aires: Paidós, Tramas sociales.
- Gallardo Gongora, J.** (2011). Juventud, trabajo, desempleo e identidad: un enfoque psicosocial. *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, 11(3), noviembre, pp. 165-182. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53721277011>
- Giddens, A.** (2000). *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus Alfaguara.
- Gorz, A.** (1997). *Metamorfosis del trabajo*. Madrid: Sistema.
- López, N. y Tedesco, J. C.** (2002). *Las condiciones de educabilidad de los niños y adolescentes de América Latina*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación.
- Marradi, A.; Archenti, N. y Piovani, J.** (2018). *Manual de Metodología de las Ciencias Sociales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Margulis, M. y Urresti, M.** (1996). La juventud es más que una palabra. En Mario, Margulis (Ed.), *La Juventud es más que una palabra. Ensayos Sobre Cultura y Juventud* (pp. 13-30). Buenos Aires: Biblos.

- Mayer, L.** (2009). *Hijos de la Democracia ¿Cómo piensan y viven los jóvenes?* Buenos Aires: Paidós.
- Mead, G.** (1972). *Espíritu, persona y sociedad*. Madrid: Paidós.
- Méda, D.** (1998). *El trabajo: Un valor en peligro de extinción*. Barcelona: Gedisa
- Obiols, A. y Di Segni de Obiols, S.** (1993). *Adolescencia, Posmodernidad y Escuela Secundaria*. Buenos Aires: Kapelusz Editorial SA.
- Offe, C.** (1992). *La sociedad del trabajo: Problemas estructurales y perspectivas de futuro*. Madrid: Alianza.
- Stake, R.** (1994). Case studies. En Denzin, N. y Lincoln, S. (Comps.). *Handbooks of cualitative research* (pp. 236-247). Thousand Oaks: Sage.
- (1995). *The art of Case Study Research*. Thousand Oaks: Sage.
- Stryker, S.** (1980). *Symbolic Interactionism: A Social Structural Version*. Menlo Park: Benjamin Cummings.
- Tenti Fanfani, E.** (2007). *La escuela y la cuestión social*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (2010). *Sociología de la educación. Aportes para el desarrollo escolar*. Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación.
- Urresti, M.** (1997). *Adolescentes, consumos culturales y usos de la ciudad*. *Revista Encrucijadas*, 2000, pp. 36-43.
- Vasilachis, I.** (2000, mayo). *Pobres, trabajo e identidad: una propuesta epistemológica y metodológica*. Comunicación presentada en el Congreso Latinoamericano de Sociología del Trabajo, mayo, Buenos Aires, Argentina.
- Yin, R.** (1993). *Applications of case study researchs*. Beverly Hills: Sage.

La prosodia como estrategia retórica: *hipókrisis* en el ámbito legal

Maria Flávia Figueiredo

*Programa de Pós-Graduação em Linguística, Universidade de Franca, Brasil
Grupo PARE (Pesquisa em Argumentação e Retórica)*

✉ mariaflaviafigueiredo@yahoo.com.br



Fecha de recepción: 26/02/2020 - Fecha de aceptación: 28/03/2020

Cómo citar este artículo: Figueiredo, M. F. (2020). La prosodia como estrategia retórica: hipókrisis en el ámbito legal. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 67-85. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566. DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a04>

Resumen: Una de las características distintivas del ser humano es la proyección vocal dotada de significado. Esta característica permite un rango infinito de posibilidades en el contexto de la interacción social; así, a través de discursos mantenemos y actualizamos nuestras relaciones. En la retórica, esta situación encuentra su contrapartida en la *hipókrisis*, el acto de pronunciar un discurso en público, valiéndose de un conjunto de técnicas que van desde la proyección de la voz hasta el movimiento del cuerpo. Basado en este concepto, este artículo tiene como objetivo discutir, desde la perspectiva de la interdisciplinariedad, cómo la prosodia puede contribuir para la retórica. Específicamente, el propósito de esta reflexión es revelar cómo un abogado puede aprovechar la unión prosodia/retórica con respecto a su práctica como orador en un discurso legal. Por lo tanto, al detallar los elementos prosódicos y sus funciones lingüísticas, demostraremos cómo un discurso puede obtener mejores posibilidades de adhesión cuando los aspectos sonoros se toman cuidadosamente en consideración.

Palabras clave: retórica; prosodia; *hipókrisis*; proceso judicial; área legal.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Prosody as rhetorical strategy: hypókrisis in the legal area

Abstract: One of the most peculiar traces of the human race is a meaningful voice projection. Such a feature allows us to interact socially in several ways updating and maintaining our relationships through discourses for instance. Regarding rhetoric, this subject finds an equivalent in *hypókrisis*, the pronunciation of a discourse in public that ponders from the vocal particularities to the physical movement of the body. Based on this concept, this paper discusses, in an interdisciplinary way, how prosody may aid rhetoric. Specifically, how an attorney can make use of the prosody/rhetoric junction in his/her speech is the objective of this investigation. Therefore, by presenting the prosodical elements and its linguistic functions, it is expected to elucidate how a speech may obtain greater chances to achieve adherence to an audience when the sound aspects are carefully taken into consideration.

Keywords: rhetoric; prosody; *hypókrisis*; judicial process; legal area.

A prosódia como estratégia retórica: hypókrisis no âmbito jurídico

Resumo: Um dos traços distintivos da humanidade é a projeção vocal dotada de sentido. Tal característica permite uma infinita gama de possibilidades no âmbito da interação social; assim, por meio de discursos, mantemos e atualizamos nossas relações. Em retórica, tal situação encontra seu correspondente na *hypókrisis*, o ato de pronunciar um discurso em público, que reflete desde as particularidades vocais até o movimento físico do corpo. Com base nesse conceito, este artigo objetiva discutir, pelo viés da interdisciplinaridade, de que maneira a prosódia pode vir a auxiliar a retórica. De forma específica, o intuito dessa reflexão é desvelar como um advogado pode tirar proveito da junção prosódia/retórica no que diz respeito à sua prática como orador de um discurso jurídico. Sendo assim, por meio do detalhamento dos elementos prosódicos e de suas funções linguísticas, demonstraremos como um discurso pode obter melhores chances de adesão, quando os aspectos sonoros são cuidadosamente levados em consideração.

Palavras-chave: retórica; prosódia; *hypókrisis*; proceso judicial; área legal.

1. Introducción

En medio de un contexto jurídico, en el que los oradores (abogados de entonces) necesitaban hacer uso de las palabras para persuadir a la asamblea en favor de sus tesis, nace la retórica a mediados del siglo V a. C. Esta puede ser considerada la cuna de esa disciplina, que tiene génesis jurídica y que dio inicio a la tradición y al estudio retórico, que perduran hasta el día de hoy. Por medio de los postulados de filósofos y maestros griegos, tenemos contacto con las herramientas y con el funcionamiento de ese arte, que se dirige a averiguar los mecanismos generadores de persuasión en los discursos. Por medio de las obras de Gorgias, Platón y, sobre todo, de Aristóteles, es posible observar el carácter oral y jurídico en que la retórica se instauró en la Era Clásica.

Como se mencionó, los *rétores*, u oradores de la antigüedad, tuvieron que postularse ante los jurados y discurrir oralmente respecto a las causas que defendían con el fin de persuadirlos a favor de sus motivaciones. Como resultado de ello,

surgieron compendios y postulados para guiar a los oradores en sus discursos para que sus exposiciones ocurrieran de forma clara, objetiva y para alentar la persuasión de quienes decidirían sobre el problema en cuestión.

Las obras fundamentales de la disciplina retórica versan sobre la construcción y estructuración de un discurso. En especial, la *Retórica* de Aristóteles discurre, de forma teórica, acerca de cómo los elementos retóricos ayudan en la elaboración de discursos persuasivos y eficientes desde el punto de vista comunicacional. En resumen, la obra del maestro griego está dividida en tres libros que tratan, básicamente, de la finalidad retórica, de los medios de persuasión y de los moldes retóricos para el discurso. Adentrándose en este último aspecto, encontramos el punto de partida de nuestro estudio: la enunciación (*hypókrisis, actio o pronuntiatio*).

Podemos definir como *hypókrisis* el acto de pronunciar un discurso en público, valiéndose de un conjunto de técnicas que van desde la proyección de la voz hasta el movimiento del cuerpo. Aristóteles, aunque discrimina las características esenciales para la enunciación eficaz de un discurso, poco profundiza en el Libro III sobre las modulaciones prosódicas, que creemos que son muy pertinentes para el conocimiento y el éxito de cualquier orador. El maestro estagirita, sobre todo, apunta directamente a la importancia de prestar atención al acto de pronunciar un discurso cuando afirma que, dado que todo el ámbito retórico está vinculado a la esfera pública y social, reflexionar y dar atención a la pronunciación es imprescindible para cualquier orador (Aristóteles, 2015, p. 242).

Con base en la importancia que la *hypókrisis* tiene en cualquier discurso incluido en la modalidad oral, surge la siguiente pregunta: ¿en la estructura jurídica actual, en la que un abogado argumenta y defiende a su parte ante un juez o un jurado, no sería provechoso prestar atención a las modulaciones vocales, ya que la pronunciación oral es el soporte de su discurso que apunta a la persuasión?

Por lo tanto, presentamos el área lingüística de la prosodia como una herramienta fértil para los estudios retóricos, en particular aquellos que necesariamente transfieren la instancia de la pronunciación a su existencia. El objetivo, de modo general, de este artículo, es mostrar de qué forma la retórica se puede beneficiar de la prosodia, ya que ambas lidian con la enunciación. En relación con nuestros objetivos específicos, podemos delinearlos mencionando que, en el contexto jurídico, el uso de la retórica es imprescindible para el éxito del abogado como orador y, como bien señaló Aristóteles, la atención a la *hypókrisis* es esencial para que un discurso logre la ansiada persuasión.

Pasemos a la presentación de las secciones de nuestro texto, para que la lectura se realice de forma guiada y objetiva. En primer lugar, definiremos el término prosodia, con base en un análisis de estudios modernos y contemporáneos sobre el tema. Una vez que definamos y presentemos dicho término, nos adentraremos en los elementos prosódicos, describiéndolos e ilustrándolos con

ejemplos. Finalmente, se propondrán algunas estrategias para valorar la porción prosódica en la retórica, teniendo como base los postulados de los maestros griegos y latinos de la Antigüedad.

2. El término “prosodia”⁽¹⁾

De acuerdo con Scarpa (1999, pp. 7-9), el conjunto de fenómenos que recibe el nombre de “prosodia” es extenso y las discusiones sobre este tema son bastante antiguas. No es, por lo tanto, casual el hecho de que la confusión terminológica en esta área de investigación sea tan grande (Couper-Kuhlen, 1986). El término “**prosodia**” era utilizado por los griegos para designar los rasgos del habla no representados ortográficamente, es decir, el acento del tono o melódico, los cuales, posteriormente, fueron introducidos en la escritura mediante símbolos ortográficos. A partir de entonces, los acentos tonales o melódicos del griego clásico dieron paso al carácter de acento dinámico y, en consecuencia, el término “prosodia” sufrió una reducción de significado, pasando a denotar diferencias de duración y de acento. Debido a este vínculo con el acento y la duración vocálica, en la tradición de la métrica greco-latina, el término adquirió el significado de “versificación” alrededor del siglo XV.

El término **prosodia** también pasó a ser utilizado por los teóricos y críticos literarios en lo que respecta a las teorías de la métrica poética y el ritmo de la poesía y de la prosa.

Tradicionalmente, las gramáticas normativas, preocupadas en resaltar las características evaluativas del buen uso de la lengua, atribuyen al término **prosodia** la acepción marginal de ortoepía que se refiere al “buen decir” o “acento”. Esta visión ha sido descartada por los especialistas en fonética y fonología.

Para la lingüística actual, el término **prosodia** se refiere al conjunto de fenómenos fónicos que se encuentra más allá o “por encima” (jerárquicamente) de la representación segmental lineal de los fonemas. Como resultado podemos utilizar, indiscriminadamente, la expresión **elementos prosódicos** o **elementos suprasegmentales**. Sin embargo, dado que los hechos fónicos segmentales y los prosódicos son interdependientes, se ha privilegiado el uso del término **prosodia** en detrimento del **suprasegmento**.

De acuerdo con Scarpa (1999, p. 8): El término recupera, en los estudios lingüísticos, una gama variada de fenómenos que abarcan los parámetros de altura, intensidad, duración, pausa, velocidad de habla, así como el estudio de los sistemas de tono, entonación, acento y ritmo de los lenguajes naturales.⁽²⁾

(1) El contenido teórico de este capítulo en lo que concierne a los estudios prosódicos fue originalmente publicado en Figueiredo (2006), y posteriormente revisado en Figueiredo y Radi (2017).

(2) “O termo recobre, nos estudos linguísticos, uma gama variada de fenômenos que abarcam os parâmetros de altura, intensidade, duração, pausa, velocidade de fala, bem como o estudo

Esta gama de fenómenos multifacéticos ha hecho de los estudios prosódicos un campo fascinante, ya que lo coloca “en la encrucijada entre prosa y poesía, entre lingüística e ingeniería de sonido, entre sintaxis y semántica, entre fonética y fonología, entre lenguaje y discurso” (Scarpa, 1999, p. 8).⁽³⁾ Y es precisamente en esta brecha –en la intersección entre lenguaje y discurso– que pretendemos desarrollar nuestra investigación.

Presentaremos, a continuación, una clasificación pormenorizada de los elementos prosódicos relevantes para las lenguas romances, con énfasis en el castellano y el portugués.

3. Elementos prosódicos

En el habla, además de las vocales y las consonantes (segmentos), encontramos los **elementos prosódicos**. Para Cagliari (1992), **elementos prosódicos** (o suprasegmentales) son los diferentes elementos de los segmentos en naturaleza fonética y que caracterizan las unidades más grandes que los segmentos, siendo al menos de la extensión de una sílaba. Estos elementos (Cagliari, 1999, p. 7) varían constantemente y de muchas maneras y el resultado que producen hace que el habla se parezca al perfil de una cadena montañosa con valles y picos.⁽⁴⁾ A este perfil del habla, Cagliari dio el nombre de *arsis* y *tesis*, siendo que *arsis* corresponde a “picos” y *tesis*, a “valles”. De acuerdo con el autor, *arsis* y *tesis* son el efecto final de la modulación de las protuberancias fónicas en el habla, teniendo así su propia función prosódica, independiente de las funciones de los elementos prosódicos constitutivos.

Para comprender mejor este concepto, pensemos en una poesía métrica con rima al final de los versos. El pico de *arsis* sería acentuado por la rima, mientras que los valles de las *tesis* serían definidos por las sílabas átonas del verso.

Como pudimos observar, *arsis* y *tesis* son una suma de los elementos prosódicos, sin embargo, nos interesa descomponerlos para comprenderlos mejor y visualizar este perfil sonoro. Los elementos derivados de esta descomposición pueden ser reunidos en tres grupos (Cagliari, 1999, p. 9). A continuación

dos sistemas de tom, entoação, acento e ritmo das línguas naturais” (Scarpa, 1999, p. 8). La traducción me pertenece.

(3) “Na encruzilhada entre prosa e poesia, entre linguística e engenharia do som, entre sintaxe e semântica, entre fonética e fonologia, entre língua e discurso” (Scarpa, 1999, p. 8). La traducción me pertenece.

(4) Esta visión sobre los picos y valles ya aparece hace bastante tiempo en la fonética inglesa, tal como lo demuestra Cook (1991) cuando trata acerca de la caracterización del patrón acentual del inglés. En relación con el ritmo, esta misma visión es compartida por Abercrombie (1967). Y, respecto a la entonación, este tipo de enfoque fue enfatizado por Halliday (1970) en la descripción de la entonación del inglés (Figueiredo, 2002, p. 146).

desarrollaremos, brevemente, en qué consiste cada uno de estos elementos prosódicos:

1) Elementos prosódicos de variación de altura melódica:

- **tesitura:** son las variaciones que desplazan la escala melódica del habla (más alta o más baja).
- **entonación:** es la variación melódica ascendente o descendente.
- **tono (en las lenguas tonales):** es la variación melódica que, en las lenguas tonales, ocurre en el espacio de las sílabas (a diferencia de lo que sucede con las no tonales, en las que se da la variación melódica en el espacio de grupos tonales). Los tonos sirven para caracterizar los ítems lexicales (distinguir significados lexicalizados).
- **acento frasal (o sílaba tónica sobresaliente):** ocurre cuando hay un cambio de significación de la dirección del nivel melódico en determinada sílaba. Esta sílaba (**sílaba tónica destacada**) traerá consigo el **acento frasal**.

2) Elementos prosódicos de variación de duración:

- **ritmo (sílabas, pies, grupo tonal, etc.):**⁽⁵⁾ se caracteriza por la expectativa de una repetición fónica marcada por las duraciones establecidas. Depende de cómo son organizadas las unidades fonéticas de la sílaba, del pie y del grupo tonal en función de la duración que cada una debe tener. Las lenguas varían de acuerdo con el modo como organizan la forma del ritmo dentro de los grupos tonales. Algunas lenguas tienden a producir intervalos isocrónicos entre las sílabas tónicas, otras prefieren controlar la duración individual de las sílabas de las palabras, sin buscar un tipo de isocronía.
- **duración:** pronuncia, o prolación, alargada de elementos del habla (segmentos). Puede presentarse de dos maneras:
 - a) con la función de determinar el ritmo a través de las duraciones de las sílabas, de los pies y de los grupos tonales.
 - b) con la función de resaltar unidades sintácticas y semánticas por la pronunciación alargada.
- **acento:** revela las ondulaciones rítmicas del habla y se ha interpretado de tres maneras distintas:
 - a) la fonémica (Pike, 1947) interpreta el acento como un fonema (del tipo suprasegmental). Se trata de una unidad abstracta como cualquier fonema y sirve para distinguir los significados lexicales de las palabras;
 - b) la fonología generativa (Chomsky; Halle, 1968) interpreta el acento como uno de los elementos que pueden integrar la formación de una vocal, como un rasgo distintivo;

(5) Acerca de la definición de los patrones rítmicos de las lenguas, ver la excelente discusión presentada por Massini-Cagliari (1992).

c) la fonología métrica (Libermann; Prince, 1977) trata el acento como un hecho perteneciente a la sílaba.

- pausa: silencio en el habla en medio de los enunciados, con la función de segmentación del habla. Durante los momentos de silencio en el habla, el proceso respiratorio continúa con sus pulsos torácicos generando sílabas silenciosas. La falta de sonido en el habla es un elemento destacado que contribuye, de manera significativa, al movimiento de arsis y tesis.
- concatenación: es la unión de palabras que define el modo como las pausas ocurren en un enunciado.
- velocidad del habla: es la rapidez o lentitud con que un mismo enunciado puede ser pronunciado (en la música, corresponde al tempo).

3) Elemento prosódico de intensidad sonora:

- volumen: se refiere a la variación de la intensidad de la voz (alta o baja).

3.1. Los elementos prosódicos y sus funciones lingüísticas

3.1.1. De acuerdo con Cagliari (1992), los elementos prosódicos pueden ejercer, en el discurso, por lo menos once funciones lingüísticas distintas, a saber:

- 1) fonológica (fonemático);⁽⁶⁾
- 2) fonológica (generadora de procesos);⁽⁷⁾
- 3) morfológica (lexicalización);⁽⁸⁾
- 4) sintáctica (categorías y funciones);
- 5) discursiva (cohesiva);
- 6) dialógica (turnos conversacionales);
- 7) semántica (connotaciones, sobreentendidos);
- 8) pragmática (actitudes del hablante);
- 9) identificación del hablante o de la lengua;
- 10) reestructuración de la producción del habla;
- 11) fonética (aspectos físicos).

(6) Ciertos fonemas se caracterizan por medio de elementos prosódicos, tales como el tono (en lenguas tonales), la duración (en el italiano) y el acento (en la lengua portuguesa).

(7) Las alteraciones sonoras que ocurren en las formas básicas de los morfemas, al realizarse fonéticamente, son explicadas a través de reglas que caracterizan los procesos fonológicos (Cagliari, 2002, p. 99). Algunos ejemplos de procesos fonológicos generados por la prosodia son: la palatalización, la labialización, la nasalización, la asimilación, la contracción y hasta el uso de un "creaky voice" ("voz chirriante") en determinados contextos.

(8) Ocurre la "lexicalización" cuando palabras son definidas por medio de elementos prosódicos.

3.1.2. A continuación enumeraremos los elementos prosódicos descritos, seguidos de las diferentes funciones lingüísticas ejercidas por ellos en el discurso. Los casos más recurrentes serán ilustrados con ejemplos.

1) Tesitura

a) función sintáctica (categorías y funciones):

- Destaca o marca elementos que están “desplazados” (tesitura generalmente más grave).

*La profesora, **sin embargo**, ignoró lo sucedido.*

b) discursiva (cohesiva):

- Uso de tesitura grave para digresiones.
- Uso de tesitura aguda al volver al tema principal.

c) dialógica (turnos conversacionales):

- Uso de tesitura aguda para pedir el turno durante el habla del otro.
- Uso de tesitura grave al final del turno.

d) pragmática (actitudes del hablante):

- Niveles más graves indican más razón, autoridad.
- Niveles más agudos indican contestación, exaltación.
- Tesitura muy grave o muy aguda indica una estrategia para no ser interrumpido.

2) Entonación

a) sintáctica (categorías y funciones):

- Tono descendente indica una frase afirmativa.

Ella llegó.

- Tono ascendente indica una frase interrogativa:

¿Ella llegó?

- Tono ascendente + tono descendente = frase principal + frase subordinada:

Avísame, cuando llegues.

- Tono descendente + tono ascendente = frase subordinada + frase principal:

Cuando llegues, avísame.

b) semántica (connotaciones, sobreentendidos):

- Corroboración con el acento frasal para marcar fonéticamente la atención en las frases (cf. ejemplo 4 a).

c) pragmática (actitudes del hablante):

- Tono descendente en nivel alto, pasando al bajo (en el componente tónico) = frase afirmativa + significado de “pedido” por parte del hablante.
Quédate aquí.

3) Tono

- a) fonológica (fonemático): no se aplica a las lenguas romances.

4) Acento frasal

- a) semántica (connotaciones, sobreentendidos):

- Marca el foco de las frases:

*María siempre escribe **correos electrónicos**.*

*María **siempre** escribe correos electrónicos.*

***María** siempre escribe correos electrónicos.*

5) Ritmo

- a) fonológica (generadora de procesos):

- Puede ocurrir un proceso de **contracción**⁽⁹⁾ en la frontera de palabra:

*María **siempre** escribe correos electrónicos.*

- b) semántica (connotaciones, sobreentendidos):

- Habla silabada con la intención de llamar la atención sobre lo que se dice.
- Generalmente se hace una súplica o se dice una palabrota en ritmo silábico.

6) Duración

- a) fonológica (fonemático): no se aplica a las lenguas romances.

- b) fonológica (generadora de procesos):

- La duración de las sílabas tiene gran importancia en la constitución de los procesos fonológicos.

- c) morfológica (lexicalización): no se aplica a las lenguas romances.

- d) semántica (connotaciones, sobreentendidos):

- Alargamiento de la duración de la sílaba = aumento del sentido positivo de una cualidad.

¡Ana Cristina compró un coche! (coooooche)

- Alargamiento de la duración de la sílaba indicando aumento en el sentido negativo de una cualidad (ironía):

¿Eres tan bueno!? (taaaan bueno)

(Demanda una interpretación del contexto discursivo o pragmático.)

- e) reestructuración de la producción del habla.

- f) fonética (aspectos físicos):

- Uno de los elementos que marca la diferencia de las sílabas tónicas.

(9) Underhill (1994, p. 65), al explicar las **contracciones**, afirma que en la cadena del habla, una forma átona puede juntarse a otra palabra, sufriendo reducción, de forma que ambas palabras sean pronunciadas como una sola, muchas veces ocupando una única sílaba.

7) Acento

a) fonológica (fonemático):

- Distingue significados lexicales de palabras:
Ahí - Hay
Amo - Amó
Está - Ésta

8) Pausa

a) morfológica (lexicalización):

- Define las fronteras de las palabras:

b) sintáctica (categorías y funciones):

- Indica el desplazamiento de elementos sintácticos:
Ella, sin embargo, continuaba triste.

c) semántica (connotaciones, sobreentendidos):

- Cambio brusco del contenido semántico:
Yo siempre voy a misa los domingos// ¿Te acordaste de comprar el periódico?

d) pragmática (actitudes del hablante):

- El uso de pausas “fuera de lo esperado” demuestra una actitud del hablante para impresionar al interlocutor.
- Hablar destacando las palabras con pausas demuestra que el hablante desea reforzar su autoridad y/o el valor de lo que dice.
- Sirve para llamar la atención sobre lo que se va a decir en seguida.

e) reestructuración de la producción del habla:

- Uso de pausas “fuera de lo esperado” (vacilación) significa reorganización del habla.
- Segmenta el habla en sintagmas de una forma y no de otra en el habla.

f) fonética (aspectos físicos):

- La pausa tiene una función aerodinámica que permite al hablante respirar durante el habla.

9) Concatenación

a) reestructuración de la producción del habla:

- Concatena el habla en sintagmas de un modo y no de otro en el habla.

10) Velocidad

a) dialógica (turnos conversacionales):

- Aceleración indicando que un hablante quiere sobresalir a su interlocutor, dando más énfasis a lo que se dice.

b) pragmática (actitudes del hablante):

- Desaceleración indicando mayor valor a algo que se dice.
- Aceleración indicando un argumento más importante más adelante.

c) fonética (aspectos físicos)

- Aceleración indicando el inicio del enunciado.
- Desaceleración indicando el final del enunciado (frente a una pausa).

11) Volumen

a) pragmática (actitudes del hablante):

- Hablar alto puede señalar actitud autoritaria.
- Hablar bajo puede señalar actitud de persuasión, timidez o respeto.
- Volumen alto de voz también puede indicar expresiones súbitas de dolor, peligro o gran perturbación.

b) fonética (aspectos físicos):

- El volumen puede ser uno de los elementos que marca la diferencia de las sílabas tónicas.
- La variación del volumen acompaña las marcas fonéticas de diferencia o reducción.

4. La prosodia y la *hypókrisis* retórica

Aristóteles fue el primer filósofo en señalar la *hypókrisis* como un elemento retórico. En el Libro III de su *Retórica*, dice: “Son tres los aspectos concernientes al discurso que tienen que ser tratados. El primero, de dónde provienen las pruebas; **el segundo es el relativo a la expresión enunciativa**; el tercero, a la forma en que conviene forzosamente organizar las partes del discurso” (Aristóteles, 2015, p. 241).⁽¹⁰⁾

Respecto a la atención a los elementos que se refieren a la expresión enunciativa, el maestro estagirita revela que la *hypókrisis* (*actio, pronuntiatio* o enunciaci3n) “descansa en la voz; es decir, en la forma en que es necesario emplearla de acuerdo con cada emoci3n (a veces fuerte, a veces débil o media), y cómo deben ser empleados los tonos, algunas veces agudos, algunas veces graves o medios, y también los ritmos, de acuerdo con cada circunstancia” (Aristóteles, 2015, p. 242).⁽¹¹⁾ El filósofo además delimita tres puntos de atención dentro de la *hypókrisis*, a saber: volumen, armonía y ritmo.

El sistematizador de la retórica también señala la importancia que la *hypókrisis* tiene en cualquier método de ense1anza, demostraci3n o deliberaci3n una vez que, “en lo que respecta a demostrar algo con claridad, hay una cierta diferencia

(10) “S1o tr1s os aspectos concernentes ao discurso que t1m de ser tratados. O primeiro, de onde prov1m as provas; o segundo 1 relativo 1 express1o enunciativa; o terceiro, 1 forma como conv1m forçosamente organizar as partes do discurso” (Aristóteles, 2015, p. 241). El subrayado y la traducci3n me pertenecen.

(11) “Assenta na voz, ou seja, na forma como 1 necess1rio empreg1-la de acordo com cada emoci3o (por vezes forte, por vezes, débil ou m1dia) e como devem ser empregados os tons, ora agudos, ora graves ou m1dios, e tamb1m quais os ritmos de acordo com cada circunst1ncia” (Aristóteles, 2015, p. 242). La traducci3n me pertenece.

entre expresarnos de este o de aquel modo” (Aristóteles, 2015, p. 243).⁽¹²⁾ También enfatiza el valor que la forma de pronunciarse tiene en el ámbito social, al afirmar que la “verdad [es que] hay discursos escritos que obtienen mucho más efecto por lo enunciado que por las ideas” (Aristóteles, 2015, p. 243). Con esto podemos concluir que la práctica de analizar los estudios de voz es muy importante para cualquier persona que tome el lugar del orador en asambleas, jurados y auditorios y, por consiguiente, para el abogado que anhela defender su causa. De esa manera, la prosodia, y luego la *hypókrisis*, deben ocupar un lugar primordial en la atención de todo abogado.

Dando seguimiento a la reflexión realizada en su obra, Aristóteles (2015, p. 244)⁽¹³⁾ presenta la claridad como “la virtud suprema de expresión enunciativa”. Sin embargo, tal concepto poco se relaciona con las modulaciones de la voz o el empleo de cualidades vocales para generar efectos en el auditorio. La claridad en Aristóteles tiene más relación con la elección de un vocabulario adecuado, basado en el auditorio al cual el orador se va a dirigir, que con las características sonoras que permean el campo de la prosodia.

Después de hacer alusión a la *hypókrisis*, Aristóteles se adentra en el campo del estilo compositivo del discurso (tratando la elección de las palabras, el empleo de figuras y el uso adecuado de la lengua de acuerdo con cada género retórico) y brota con el propósito de este texto: lidiar con las cuestiones propias de la calidad de la voz y sus implicaciones para el discurso retórico. De hecho, el maestro griego no trata específicamente con los elementos concernientes a la pronunciación en su obra *Retórica*, como bien señala Ramírez Vidal (2018, p. 99), al afirmar: “... en la Grecia antigua puede individualizarse un arte general de la pronunciación llamada *hypokritike* o hipocrítica que Aristóteles había previsto, pero no alcanzó a desarrollarse”. De esa forma puede concluirse que el gran maestro griego, de hecho, menciona los efectos de la voz como un elemento retórico, sin embargo no desarrolla sus estudios adentrándose en el tema.

Así, vemos que la obra de Aristóteles menciona la importancia de los elementos prosódicos para la efectividad de un discurso retórico, sin embargo no expone conceptualizaciones acerca del tema. Ramírez Vidal (2018), cuando reflexiona sobre este tema, propone una explicación para la falta de descripción de la *hypókrisis* en el corpus aristotélico. Afirma que el maestro estagirita, como filósofo y pensador clásico, considera el trabajo con la materia fónica del discurso algo que habita apenas en el plano emocional, no teniendo relación con el camino ético retórico que conduciría a la verdad. Por lo tanto, para Aristóteles, la *hypókrisis* tendría su valor en el campo del pathos, es decir, sería un mecanismo que tiene por finalidad mover los ánimos, despertar pasiones, lo que sería

(12) “No que respeita a demonstrar algo com clareza, há uma certa diferença entre exprimirmo-nos deste ou daquele modo” (Aristóteles, 2015, p. 243). La traducción me pertenece.

(13) “A virtude suprema da expressão enunciativa” (Aristóteles, 2015, p. 244). La traducción me pertenece.

algo prosaico, secundario en la disciplina retórica, en la visión del estagirita. Así, aunque altamente persuasiva, la *hypókrisis* no sería considerada, por el filósofo clásico, como algo que surgiría, por ejemplo, de las demostraciones en el ámbito retórico.

Veamos, entonces, cuáles otros maestros retóricos se ocupan de las proyecciones vocales en un sentido persuasivo. Con los postulados latinos sobre retórica tenemos contacto con Cicerón y Quintiliano, dos grandes estudiosos del arte de la oratoria y la retórica. En sus obras, tenemos contacto con aspectos de gran valor para nuestra reflexión. Dos palabras clave elucidan la relación de la prosodia con la retórica en la era de estos pensadores: *actio* y *pronuntiatio*.

Cicerón concede gran importancia al *actio*, al decir que “la elocuencia no es nada sin la *actio*” (Cicerón citado por Ramírez Vidal, 2018, p. 101).⁽¹⁴⁾ En este sentido, Quintiliano refuerza lo que Aristóteles postuló, cuando afirma que “un mal discurso confiado a la fuerza de la actuación tiene más eficacia que un buen discurso probado de ella” (Quintiliano, citado por Ramírez Vidal, 2018, pp. 101-102). Al encuentro de esta afirmación viene la idea de Boothman (2012, p. 73),⁽¹⁵⁾ cuando afirma que, “para ser convincente primero se necesita parecer confiable. Cuando usted no es coherente las personas sospecharán porque usted no aparenta decir lo que realmente piensa”.

Un dato traído por Boothman (2012) puede explicar la razón detrás de “parecer antes de ser”, veamos:

En 1967, en la Universidad de California, en Los Ángeles, el Dr. Albert Mehrabian publicó un artículo titulado “Decodificación de la Comunicación Inconsciente”, en ese artículo, él relató que, en la comunicación cara a cara, 55% de todo a lo cual reaccionamos ocurre visualmente; 38% significa el sonido de la comunicación y solo el 7% realmente involucra las palabras utilizadas. En otras palabras, primeramente, las personas darán credibilidad a lo que ven –a sus gestos y lenguaje corporal-, luego a su tono de voz, y por último, a las palabras empleadas (p. 71).⁽¹⁶⁾

De esa manera, queda en evidencia la fuerza que la prosodia (“el sonido de la comunicación”, en palabras del autor) posee en el ámbito retórico. Ella es capaz de transformar, en la peor de las hipótesis, un discurso poco efectivo en un discurso capaz de generar persuasión. Además, también queda clara la importancia que la voz, junto a sus modulaciones y proyecciones, tiene en el proceso

(14) La traducción me pertenece.

(15) “Para ser convincente, primeiramente precisa parecer de confiança. Quando você não é coerente, as pessoas irão suspeitar, pois você não aparenta dizer o que realmente pensa” (Boothman, 2012, p. 73). La traducción me pertenece.

(16) “Em 1967, na Universidade da Califórnia, em Los Angeles, o Dr. Albert Mehrabian publicou um artigo intitulado ‘Decodificação da Comunicação Inconsciente’, Nesse artigo, ele relatou que, na comunicação cara a cara, 55% do todo ao qual reagimos acontece visualmente; 38% significam o som da comunicação e apenas 7% envolvem realmente as palavras usadas. Em outras palavras, primeiramente as pessoas darão credibilidade ao que elas veem –aos seus gestos e linguagem corporal-, depois ao seu tom de voz e por último às palavras usadas” (Boothman, 2012, p. 71). La traducción me pertenece.

persuasivo, ya que puede ser descrita como un factor esencial en la aceptación, o no, de un discurso, como se vio en los puntos citados anteriormente.

Al adentrarse en las concepciones romanas de la *hypókrisis*, cabe mencionar que “[l]os romanos, por su parte, al tener que traducir el término griego no encontraron una palabra correspondiente, y recurrieron a dos términos que reflejan ese *oficium* mejor que la palabra griega: *actio* y *pronuntiatio*” (Ramírez Vidal, 2018, p. 104). Así, vemos la palabra griega *hypókrisis* transformarse en los términos latinos *actio/pronuntiatio*.

Sin duda, los postulados griegos y latinos son de gran valor para los oradores contemporáneos. En especial en este capítulo, llamamos la atención a los oradores del ámbito jurídico como abogados, jueces y promotores. Veamos cómo las enseñanzas de los clásicos pueden ayudar a aquellos que necesitan modular su voz ante el jurado en particular.

En el tomo IV de *Institución Oratoria*, particularmente en el Libro XI, Quintiliano reflexiona sobre cuestiones prosódicas de forma general al tratar el discurso retórico. Un aspecto interesante a considerar con detenimiento es la importancia de adecuar la voz a la situación de enunciación retórica. Veamos:

De hecho, dado que la elegancia del discurso es variada y multiforme y debe ser aplicada de conformidad con el asunto, si no fuera ajustada a las cosas y a las personas, no solo disminuirá su brillo, sino que lo destruirá y su fuerza actuará en sentido contrario. Porque ¿qué ventaja hay en el hecho de que las palabras sean latinas, significativas y claras, incluso con figuras y cadencias rítmicas, si no conducen a lo que queremos, es decir, informar e influenciar al juez?

¿Qué relación hay, si usamos un tono sublime en pequeñas causas, un tono bajo y simple en las grandes, uno alegre en las tristes, uno suave en las agresivas, uno amenazador en las suplicantes, un tono sumiso en las tempestuosas y uno salvaje y violento en las causas agradables? (Quintiliano, 2016, p. 177).⁽¹⁷⁾

En la misma línea de raciocinio de Quintiliano, proponemos que no solo es necesario adecuar la voz a la situación, sino también modular las proyecciones vocales al auditorio, que puede estar compuesto por un juez o un jurado, por ejemplo. De forma elemental, ilustremos de diversas maneras de qué forma puede funcionar esta estrategia. Por ejemplo, al dirigirse a alguien que hable en ritmo acelerado, es inviable hacer uso de un ritmo demasiado lento, ya que, por conclusión lógica, esa persona se cansará fácilmente de la cualidad lenta en el ritmo utilizado, sin ayudar en absoluto al proceso persuasivo. Ahora, imagine a

(17) “De fato, uma vez que a elegância do discurso é variada e multiforme e deva ser aplicada de conformidade com o assunto, se não for ajustada às coisas e às pessoas, não só lhe tirará o brilho, como a destruirá e sua força agirá em sentido contrário. Pois que vantagem existe no fato de as palavras serem latinas, significativas e claras, inclusive com figuras e cadências rítmicas, se não levarem ao que queremos, isto é, informar e influenciar o juiz? Que adequação existe, caso usemos um tom sublime em pequenas causas, um tom apequenado e simples nas grandes, um alegre nas tristes, um suave nas agressivas, um ameaçador nas suplicantes, um tom submisso nas tempestuosas e um selvagem e violento nas causas agradáveis?” (Quintiliano, 2016, p. 177). La traducción me pertenece.

alguien que habla extremadamente alto y con vigor explosivo en su voz, al dirigirse a un sujeto con estas cualidades vocales, con el objetivo de persuadirlo, es absurdo hacer uso de un volumen bajo, que poco proyecte su voz en el espacio en el que el discurso tiene lugar. Del mismo modo que en el ejemplo anterior, el sujeto, muy probablemente, no será persuadido, ya que los alcances prosódicos no cumplieron con lo que se estableció, en un principio, como patrón para equipararse en sentido fónico y, así, garantizar la aceptación del discurso en el ámbito retórico.

En resumen, es importante prestar atención a las cualidades vocales empleadas por quien(es) comparte(n) el mismo espacio discursivo que nosotros, pudiendo ser el abogado de la parte contraria, los miembros de un jurado o hasta el mismo juez, con el fin de sincronizar estas cualidades, equiparándolas no solo en el mismo código (lenguaje utilizado en el discurso) o en el mismo estilo (de acuerdo con la ocasión), sino también en las mismas cualidades vocales.⁽¹⁸⁾

Otra estrategia que puede ser empleada por el orador es el trabajo con los elementos prosódicos en lo que respecta a despertar una emoción específica en su auditorio. Nicholas Boothman (2012, p. 71)⁽¹⁹⁾ bien lo señala, en su obra *Cómo convencer a alguien en 90 segundos*, al afirmar que “su tono de voz transmite sus verdaderos sentimientos”. Tal afirmación corresponde a la idea de Quintiliano (2016, p. 195),⁽²⁰⁾ cuando expone que “... el modo de hablar generalmente revela las costumbres y expone los secretos del espíritu. No sin razón, los griegos enseñaron que cada uno vive como habla”. Esta reflexión del maestro latino está en comunión con las ideas de Michel Meyer (2007) cuando afirma que, para despertar pasiones en el auditorio, es necesario, primero, conocer las que están presentes en el instigador, es decir, en el orador.

Por lo tanto, se puede deducir que para que un abogado pueda despertar una emoción valiéndose de elementos prosódicos para realzar aspectos de su discurso, él necesitará, antes que todo, tener conocimiento intrapersonal de aquella emoción; es decir, deberá conocer los efectos de aquella emoción, sentirla, para que, de ese modo, haga un uso adecuado de los elementos prosódicos que irán a “traducirla” y expresarla a través de su voz. Tener sensibilidad acerca de los efectos de una determinada emoción ayudará al orador a seleccionar con precisión los modificadores de sonido capaces de despertar las emociones deseadas en su auditorio.

(18) Esta forma de sincronización nos remite a la idea de rapport (palabra que tiene origen en el término francés “*rapporter*” que significa “traer de vuelta”). El *rapport* es un concepto del ramo de la psicología que se refiere a una técnica utilizada por alguien para crear una conexión de sintonía y empatía con otra persona (Cf. <https://www.significados.com.br/rapport/>).

(19) “*O seu tom de voz transmite seus verdadeiros sentimentos*” (Boothman, 2012, p. 71). La traducción me pertenece.

(20) “*O modo de falar geralmente revela os costumes e põe à mostra os segredos do espírito. Não sem motivo, os gregos ensinaram que cada um vive como fala*” (Quintiliano, 2016, p. 195). La traducción me pertenece.

Para concluir este razonamiento pensemos en la hipótesis contraria, ¿qué podría suceder con un orador que anula los efectos prosódicos en su discurso?

Como declara Quintiliano (2016, p. 209),⁽²¹⁾ un sujeto “... que puede suspender el dolor al trabajar en una causa, todo indica que también pueda suprimirlo”, es decir, cuando una emoción, referente a determinada causa, no es expresada por el orador, por medio de recursos prosódicos que “darán vida” a la afección en el acto retórico, la pertinencia de su existencia dentro del discurso es cuestionada por aquellos que juzgan si deben adherir o no a la posición presentada. En este caso, el propio discurso estará en riesgo porque la emoción no está presente para reforzar la importancia de la causa tratada, no es necesario lidiar con la causa o adherir al discurso, dado que este no genera una cuestión problemática a ser resuelta.

Para concluir esta proposición, vale resaltar que la afirmación anterior también se ocupa de la importancia de modular la voz, en sentido prosódico, para que el objetivo del discurso sea alcanzado, adecuando el tema tratado a la emoción que debe despertar en el auditorio, de acuerdo con las intenciones del orador. También a este respecto, Quintiliano (2016, p. 267)⁽²²⁾ afirma: “Todas las emociones necesariamente se enfrían si no son incentivadas por la voz, por la fisionomía y por la postura de casi todo el cuerpo”. Y el pensador todavía ilustra lo explicado con el siguiente ejemplo: “Una prueba de esto son quizá los actores de teatro, que agregan un gran encanto a los mejores poetas, hasta el punto que nos agradan infinitamente más cuando los oímos que cuando los leemos” (Quintiliano, 2016, p. 167).⁽²³⁾

Finalmente, consideremos esta reflexión de Quintiliano (2016, p. 289) que relaciona claramente los dos puntos tratados anteriormente acerca de la sincronización del orador con su auditorio en el ámbito prosódico y de la actuación de las proyecciones vocales en relación con la situación.

Sin embargo, el punto más importante (...) está en adaptar la voz a la naturaleza de los asuntos que estamos tratando, y a la disposición del espíritu de los presentes. Por lo tanto, evitemos aquello que los griegos denominan **monotonía**, es decir, una cierta expresión única de la respiración y del sonido; no solo no emitamos todo a gritos, lo cual sería señal de demencia, ni como si hablara hacia dentro, carente de vibración, ni por medio de un murmullo velado, lo que debilita aún más toda la emisión (Quintiliano, 2016, p. 289).⁽²⁴⁾

(21) “*Que pode suspender a dor ao trabalhar numa causa, tudo indica que possa também suprimi-la*” (Quintiliano, 2016, p. 209). La traducción me pertenece.

(22) “*Todas as emoções necessariamente arrefecem, caso não sejam incentivadas pela voz, pela fisionomia e pela postura do corpo quase todo*” (Quintiliano, 2016, p. 267). La traducción me pertenece.

(23) “*Uma comprovação disso são talvez os atores de teatro, que adicionam tão grande encanto aos melhores poetas, a ponto de nos agradarem infinitamente mais quando os ouvimos do que quando os lemos*” (Quintiliano, 2016, p. 167). La traducción me pertenece.

(24) “*Todavía, o ponto mais importante [...] está em adaptar a voz à natureza dos assuntos, de que estamos tratando, e à disposição de espírito dos presentes. Por isso, evitemos aquilo que os*

Hemos discutido sobre la importancia de llevar en consideración los elementos prosódicos en el acto retórico, pero otro asunto relevante tiene que ver con la forma en la que la voz debe trabajar simultáneamente con las otras formas de expresión involucradas en un discurso oral. Esta cuestión nos lleva a nuestro próximo tema: la unión del lenguaje corporal, la elección de palabras y la modulación prosódica en el discurso. Nos parece correcto afirmar que, para que un orador logre ante todo su propósito persuasivo, debe ser consciente de la importancia de estos tres elementos en el momento de su acto retórico. Dichos elementos deben fluir armoniosamente frente al auditorio, conquistando la confianza necesaria para que el proceso persuasivo tenga lugar. Acerca de esta proposición, Boothman (2012)⁽²⁵⁾ afirma: “Cuando su lenguaje corporal, tono de voz y palabras dicen lo mismo, usted tiene una actitud completa –esto se llama **coherencia**–. Lo que esto realmente significa es que usted es ‘creíble’, verosímil, transmite credibilidad” (p. 70).

Este razonamiento nos lleva a concluir que un orador, para tener más oportunidades de lograr la persuasión de su audiencia, debe prestar atención a todos los elementos que actúan en un acto retórico. En particular, los recursos prosódicos juegan un papel esencial en el desarrollo de un discurso oral, ya sea en el ámbito jurídico o en otro campo del conocimiento. Por tanto, es fundamental, pues, que el abogado sea capaz de comprender y utilizar los elementos prosódicos para agregar material persuasivo a su discurso, haciéndolo más dirigido a la causa que defiende.

5. Consideraciones finales

Como hemos señalado, Aristóteles no dejó los estudios de la *hypókrisis* muy bien delineados, sin embargo, con la incorporación de estudiosos latinos, se prestó más atención a este tema. Cicerón y Quintiliano se presentan como piezas fundamentales y de gran influencia para los estudios retóricos y, además, para los estudios de la prosodia dentro de la retórica.

En la actualidad, pensadores y científicos que se han centrado en las proyecciones vocales y sus efectos en quienes las escuchan, contribuyen incesantemente al desarrollo de esta rama del conocimiento humano que, a pesar de su importancia desde la Antigüedad, todavía no tiene investigaciones profundas en el sentido retórico. Por esta razón, nuestros trabajos en el campo de intersección

gregos denominam monotonia, isto é, certa expressão única da respiração e do som; não apenas não emitamos tudo aos gritos, o que seria sinal de insanidade, nem como que falando para dentro, ao que falta vibração, nem por meio de um murmúrio abafado, o que enfraquece ainda toda a emissão” (Quintiliano, 2016, p. 289). La traducción me pertenece.

(25) “Quando a sua linguagem corporal, tom de voz e palavras dizem a mesma coisa, você tem um atitude completa – isso é chamado de *coerência*–. O que isso realmente significa é que você é “acreditável”, verossímil, transmite credibilidade” (Boothman, 2012, p. 70). La traducción me pertenece.

entre prosodia y retórica (Figueiredo, 2006; Figueiredo y Radi, 2017) han sido considerados pioneros en los estudios actuales.

Finalmente, este texto tiene dos objetivos. El primero de ellos es resaltar la importancia de tratar la prosodia dentro de la retórica, destacando lo que los antiguos han señalado respecto a este tema y reflexionando sobre los estudios actuales que se ocupan del material sonoro de la comunicación humana. Por lo tanto, se espera que las proposiciones presentadas aquí sirvan como combustible para activar el motor que haga posible la discusión sobre la voz y la persuasión en el campo retórico, instigando la correlación de los aspectos de los ámbitos prosódico y retórico que se acercan en sus fronteras. El segundo es resaltar para los abogados en su práctica jurídica que, como oradores que se paran frente a un auditorio con el propósito de hacerlo adherir a su tesis, los aspectos vocales tienen una gran influencia en la aceptación de un discurso oral, pudiendo contribuir significativamente al éxito de su acto enunciativo. Con base en los conceptos discutidos y en las herramientas prosódicas descritas, se espera que tales oradores puedan encontrar en este texto los cimientos para construir sus discursos de una manera más persuasiva, tratando no solo con el estilo, con la forma o con la gestualidad, sino también con las proyecciones de sus voces en el acto retórico, ya que, como se ha explicado, ellas tienen una importancia única en el proceso retórico.

6. Referencias bibliográficas

- Abercrombie, D.** (1967). *Elements of general phonetics*. Edimburgo: Edinburgh University Press.
- Aristóteles.** (2011). *Retórica*. E. Bini (Trad.). San Pablo: Edipro.
- (2015). *Retórica*. M. Alexandre Júnior, P. Farmhouse Alberto y A. do Nascimento Pena (Trads.). San Pablo: Folha de São Paulo.
- Boothman, N.** (2012). *Cómo convencer a alguien en 90 segundos*. M. Fortin y R. D'Almeida (Trads.). San Pablo: Universo dos livros.
- Cagliari, L. C.** (1992). Prosódia: algumas funções dos suprasegmentos. *Cadernos de Estudos Linguísticos*, (23), pp. 137-151.
- (1999). *Acento em português*. Campinas, San Pablo: Autor. (Colección "Espirál", Série Linguística, v. 4).
- (2002). *Análise fonológica: introdução à teoria e à prática, com especial destaque para o modelo fonêmico*. Campinas, San Pablo: Mercado de Letras. (Colección "Idéias sobre Linguagem")
- Chomsky, N. y Halle, M.** (1968). *The sound pattern of English*. Nueva York: Holt, Rinehart & Winston.
- Cook, A.** (1991). *American accent training: a guide to speaking and pronouncing American English for everybody who speaks English as a second language*. Hauppaug, Nueva York: Barron's.

- Couper-Kuhlen, E.** (1986). *An introduction to English prosody*. Londres: Arnold e Tübingen/Max Niemeyer.
- Ferreira, L. A.** (2010). *Leitura e persuasão: princípios de análise retórica*. San Pablo: Contexto.
- Figueiredo, M. F.** (2002). (publicado originalmente como Bollela, M. F. F. P.). *Uma proposta de ensino da pronúncia da língua inglesa com ênfase nos processos rítmicos de redução vocálica* (tesis de doctorado en Lingüística y Lengua Portuguesa), Facultad de Ciencias y Letras, Câmpus de Araraquara, Universidad Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Brasil.
- (2006). (publicado originalmente como Bollela, M. F. F. P.). A prosódia como instrumento de persuasão (pp. 113-128). En M. S. O Louzada; E. M. F. S. Nascimento y M. R. M. Oliveira (Orgs.). *Processos enunciativos em diferentes linguagens*. Franca: Unifran.
- Figueiredo, M. F. y Radi, A. R.** (2017). *Nuances do dizer: efeitos retóricos da prosódia* (pp. 125-138). En L. A. Ferreira (Org.). *Artimanhas do dizer: retórica oratória e eloquência*. San Pablo: Blucher.
- Halliday, M. A. K.** (1970). *A course in spoken English: Intonation*. Londres: Oxford University Press.
- Lieberman, M. y Prince, A.** (1977). On stress and linguistic rhythm. *Linguistic Inquiry*, 8, pp. 249-336.
- Massini-Cagliari, G.** (1992). *Acento e ritmo*. San Pablo: Contexto. (Colección "Repensando a língua portuguesa").
- Meyer, M.** (2007). *A retórica*. Marli M. Peres (Trad.). San Pablo: Ática.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L.** (2005). *Tratado da argumentação*. M. E. de Almeida Prado Galvão (Trads.). (2ª ed.). San Pablo: Martins Fontes.
- Pike, K.** (1947-1971). *Phonemics: a technique for reducing languages to writing* (12ª ed.). Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press.
- Quintiliano, M. F.** (2016). *Instituição oratória*. B. Fregni Bassetto (Trad.). Tomo IV Campinas: Unicamp. (Colección "Fausto Castilho Multilíngues de Filosofia Unicamp").
- Ramírez Vidal, G.** (2018). La hipocrítica o arte de la expresión oral en la retórica griega clásica (pp. 99-119). En C. de A. B. Ludovice; A. M. P. Manfrim y M. F. Figueiredo (Orgs.). *O texto: corpo, voz e linguagem*. Franca: Unifran. (Colección "Mestrado em linguística", vol. 13).
- Scarpa, E. M.** (Org.). (1999). *Estudos de prosódia*. Campinas, San Pablo: Unicamp.
- Underhill, A.** (1994). *Sound foundations*. Oxford: Heinemann. (The Teacher's Development Series).

Reflexiones en torno a la responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0

Desafíos de la normativa sobre prevención y reparación del daño en la Argentina digital 4.0

Emiliano Lamanna Guiñazú

*Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho,
CABA, Argentina*

✉ emilianolamanna@uca.edu.ar



Fecha de recepción: 8/11/2019 - Fecha de aceptación: 20/02/2020

Cómo citar este artículo: Lamanna Guiñazú, E. (2020). Reflexiones en torno a la responsabilidad civil en la revolución industrial 4.0. Desafíos de la normativa sobre prevención y reparación del daño en la Argentina digital 4.0". *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 87-124. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566 DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a05>

Resumen: El presente artículo se enmarca en los estudios sobre la responsabilidad civil y, en particular, sobre la reparación de daños en el contexto de la revolución industrial 4.0 en Argentina. En tal sentido se pretende discutir el derecho a la intimidad y el derecho a la información en un contexto de desafíos tecnológicos constantes.

Palabras clave: desafíos tecnológicos; responsabilidad civil; daño injusto; derecho a la información; derecho a la intimidad.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Thoughts on civil liability in the Industrial Revolution 4.0.

Challenges from the rules on damage preventing and repairing in digital Argentina 4.0

Abstract: This paper is part of a research Project on civil liability and, more specifically, about damage repairing in digital age 4.0 in Argentina. This way, we aim to discuss the right to intimacy and to information in a context of constant technological changes that challenge legal systems.

Key words: technological challenges; civil liability; damages; right to information; right to intimacy.

Reflexões relativas à responsabilidade civil na Revolução Industrial 4.0.

Desafios do regulamento de prevenção e reparo de danos na Argentina digital 4.0

Resumo: Este artigo faz parte dos estudos sobre responsabilidade civil e, em particular, sobre a reparação de danos no contexto da revolução industrial 4.0 na Argentina. Nesse sentido, a intenção é discutir o direito à privacidade e o direito à informação em um contexto de constantes desafios tecnológicos.

Palavras chave: desafios tecnológicos; responsabilidade civil; dano injusto; direito à informação; direito à privacidade.

En la Era de Internet, el orden mundial con frecuencia se ha equiparado con el postulado de que si la gente tiene la posibilidad de acceder a intercambiar libremente la información global la pulsión humana natural hacia la libertad echará raíces y se autosatisfará, y la historia funcionaría con piloto automático, por decirlo así. Pero los filósofos y los poetas han separado hace ya mucho tiempo en tres componentes el dominio de la mente: información, conocimiento y sabiduría.

Internet se centra en el ámbito de la información, cuya propagación facilita exponencialmente. Se diseñan funciones incluso más complejas, incluso capaces de responder a cuestiones de hecho que, en sí mismas, no sean alteradas por el paso del tiempo. Los motores de búsqueda pueden manejar cuestiones crecientemente complejas en creciente velocidad. Pero el exceso de información, por paradójico que parezca, puede inhibir la adquisición de conocimiento y apartar la sabiduría todavía más lejos de lo que estaba antes.

Kissinger, H., Orden Mundial ⁽¹⁾

1. Introducción: ¿hacia la Segunda Domesticación del Fuego?

En su polémico libro *Homo Deus*, Yuval Noah Harari contempla un espectro de tiempo donde las “nuevas” bondades que trae consigo la humanidad tecnológica –como la ausencia de guerras, pestes y hambrunas– han llegado para quedarse, declarando al planeta extinto de tales (y cruciales) eventos disruptivos

(1) Kissinger, H. (2014). *Orden Mundial*. Buenos Aires: Debate, p. 350.

negativos (Harari, 2016).⁽²⁾ Daría para festejar si uno no siguiera leyendo el libro de Harari, pues plantea una humanidad que marcha, con paso decidido, a la automatización de todas las cosas. Ello traería aparejado una sociedad, tan deslumbrante como ajena a nuestros “pesares” humanos. Tecnologías que, dada la falta de operatividad de “lo humano”, decidieran no “vivir” más con nosotros. Sí, acertó, todas estas maravillas estarían llegando en estos días.⁽³⁾ No parece necesario agregar nada más. ¿O sí? Veamos.

Lejos de someternos a la pesadilla de un *progrm* masivo y universal, que todavía parece ser parte de una literatura imaginativa, lo que asusta, lo que verdaderamente atemoriza, es que hoy está pasando una buena parte de lo que antes imaginábamos.

En efecto, aun cuando todavía no es tiempo de ver tránsito atascado en las alturas, si vemos automatizados servicios que antes irrogaban días o semanas realizarse o producirse. La pregunta más insistente que deberíamos hacernos los humanos, sería esta: ¿en qué momento ocurrió? Luis Iñigo Fernández (2013) nos acerca material y una base teórica interesante. No solo por lo clarificador de su relato sino también por la precisión y transversalidad de su exposición, donde la innovación juega un rol crucial.⁽⁴⁾

Parece necesario, entonces, que lejos de atemorizarnos por un futuro/presente amenazante y deshumanizado, nos planteemos los avances en movimiento constante. Ello, aun cuando los cambios nos produzcan un lógico vértigo pues, como ya se ha dicho, los avances en estos últimos 200 años equiparan con creces lo

(2) “Es probable que en el futuro haya epidemias importantes que continúen poniendo en peligro la humanidad pero solo si la propia humanidad las crea al servicio de alguna ideología despiadada. Es probable que la época en la que la humanidad se hallaba indefensa ante las epidemias naturales haya terminado. Pero podríamos llegar a echarlos en falta” (Harari, 2016, p. 25).

(3) “Mientras se leen estas líneas, la evolución disruptiva de Internet 4.0 avanza indetenible. Este mundo tecnológico no se trata solamente de un lenguaje binario de 1001001, sino de experiencias personalizadas donde los individuos sin darse cuenta, han comenzado a formar parte de la era donde se habla de la cuarta revolución industrial, big data, machine learning, la nube, marketing digital, inteligencia artificial y las comunicaciones móviles”. *Blog Efiempresa*. Disponible en: <https://efiempresa.com/blog/efiempresa-evolucion-disruptiva-de-internet-4-0/>

(4) “Los modelos tecnológicos constituyen, en general, explicaciones que otorgan prioridad a los cambios técnicos como factor determinante de las transformaciones producidas en la economía y la sociedad. David S. Landes, el autor más representativo de esta escuela, así lo afirma con claridad en la primera página de su ya clásica obra de 1969, ‘The Unbound Prometheus’, publicada en castellano bajo el título, mucho más prosaico, de ‘Progreso tecnológico y Revolución Industrial’. En su opinión, el corazón de la Revolución Industrial está formado por una sucesión interrelacionada de cambios tecnológicos que pueden resumirse en tres grandes avances: la sustitución del trabajo humano por la máquina; el relevo de la energía animal por la energía inanimada, y la introducción de grandes mejoras en los métodos de obtención y elaboración de materias primas, en especial en campos como la metalurgia y la química. Landes se muestra, no obstante, menos reduccionista de lo que cabría esperar: no son los inventos en sí mismos el factor determinante, sino las innovaciones, esto es, su introducción en el proceso productivo, con su consiguiente repercusión en la organización del trabajo, la comercialización de los productos y su distribución” (Iñigo Fernández, 2012, pp. 32-33).

que en los 10.000 anteriores no logramos materializar.⁽⁵⁾ Entonces, está justificado el vértigo.

¿Con qué derecho enfrentamos estos nuevos desafíos? Con el que nos da la evidencia de que enfrentamos una realidad que nos muestra una tecnología, permanente y ubicua,⁽⁶⁾ que nos obliga a pararnos frente a estos avances, tan colosales como múltiples y replicados, con la sospecha –no siempre compartida por los juristas– de no contar con las respuestas jurídicas adecuadas. Advertimos que tampoco debemos permitirnos que esto nos golpee bajo. Para ello deberíamos fijar prioridades. Pues a la pregunta “¿tenemos más dispositivos tecnológicos (computadoras, celulares, tabletas, etc.) que vehículos?” contestaríamos con un “quizás, sí”. En todo caso, la cuasi afirmación revela una contradicción de términos: los esfuerzos teóricos en pos de analizar, hasta su médula, a los rodados y a lo que estos nos pueden generar siguen siendo, como aportes jurídicos, mayores a los que se dedican a interpretar (e interpelar) los efectos dañosos que la tecnología produce en la gente.⁽⁷⁾

Una tradición que nos viene, como toda tradición, del pasado...

Es cierto, nuestra tradición jurídica velezana se enmarca en un cuadro de situación amoldado a sus tiempos. Es decir, un sistema legal individualista y liberal, pues era el modelo iusfilosófico imperante en el siglo XIX (Ubiría, 2015): egoísta y, por tanto, calificable como mínimo, lo cual chocaba frontalmente con un sistema que exigía, cada vez más, un sistema que valore la “dignidad de la persona humana”.

Como vemos, los cambios sociales experimentan transformaciones que no obedecen a una lógica actual, pues se desprenden de una hermenéutica pensada y valorada para tiempos sociales ya superados.

La otra gran pregunta sería saber ¿hacia dónde nos conduce la tecnología?, una pregunta que se formula Thomas P. Keenan (2017) –investigador del Instituto de Defensa y Estudios Exteriores canadiense– quien, citando a Michael Chazan (2012),

(5) “Estas tres oleadas de cambios han transformado la humanidad mucho más en 200 años que en 10.000, pero nada parece indicar que el proceso haya finalizado, o ni siquiera, que se haya ralentizado un poco. Todo lo contrario. El éxodo rural continúa, y en 2050 más de dos tercios de la población mundial vivirá en las ciudades. Paralelamente, ya hay expertos que identifican señales evidentes de una Cuarta Revolución Industrial en ciernes, basada en la hiper-conectividad y los sistemas ciberfísicos –el internet de las cosas–, o la micro-fabricación representada por el movimiento *maker*, gracias a la popularización de las impresoras 3D y la economía directa 2 a través de plataformas de financiación colectiva como *kickstarter*” (Cortés, 2016, p. 101).

(6) Se trata de una tecnología clave subyacente a las cosas. Sería algo así como soluciones informáticas utilizadas de manera consciente. Por ejemplo, los sensores que abren puertas de acceso a bancos o a ascensores; también las luces que se encienden automáticamente en áreas destinadas a seguridad, sensible para quien las implementa, etc. Se trata de sistemas que incluyen capacidad de proceso en dispositivos múltiples que, en razón de su número y diferentes localizaciones, no son consideradas como computadoras.

(7) Quizás porque el derecho tiene mucho de tradición, y esta es la palabra “prohibida” en un trabajo como el presente.

va hacia el pasado, concretamente a los estudios antropológicos que este último hiciera del homínido humano, en particular hacia las habilidades de este, como la cualidad única de haber domesticado el fuego, lo que lo situó en la cima de todas las especies. Trazando un paralelismo con los tiempos disruptivos actuales, a su entender estaríamos en los comienzos de una segunda domesticación del fuego, de la cual se ignora aún su directriz, campo de acción y alternativas. Lo que deriva en incertidumbre.

Tanta incertidumbre impone la posibilidad de “quemarnos los dedos” (Kennan, 2017). Por más que queramos respetar nuestras tradiciones, pensar como nuestros antepasados podría ser nuestro peor error, aunque nos parezca más humano y benevolente. Pero ni el progreso que ya está ni el futuro que empieza mañana tendrá benevolencia.

Habrán transformaciones. Las vemos nítidamente en los paradigmas que ya llegaron. Hablamos de cosas que antes ni se soñaba hablar y ahora están en nuestras vidas de manera inquietante y cotidiana. Las palabras internet, wifi, dispositivo, conectividad, redes, datos, reemplazaron otras tales como plazas, recreación, diario, revista, televisor, etc.

Por otra parte, la Revolución Industrial 4.0 se asienta sobre un crecimiento exponencial de las capacidades de tratamiento de información, que permite generar perfiles de consumo –o de cualquier otro tipo– y modelos predictivos extremadamente precisos. La aplicación de esta tecnología, en muchos casos, podría resultar violatoria de la intimidad y la privacidad de las personas.⁽⁸⁾

Las transformaciones a las que hacemos referencia tendrán costados negativos, como pareciera ser el del trabajo, pues podríamos caminar hacia “un mercado de trabajo polarizado que incrementará aún más la desigualdad existente” (Oliván Cortés, 2016).⁽⁹⁾ Pero también habrás buenas, puesto que la característica de la Cuarta Revolución Industrial será la de la adquirida mayor capacidad de las empresas para producir ganancias, con el beneficio evidente que ello implica para los emprendedores y para quienes posean habilidades útiles, expansibles y empáticas.

(8) El “big data” –tratamiento masivo de una gran cantidad de información, de distintas fuentes–, la “Internet de las cosas” (IoT, por sus siglas en inglés)– que permite que la información sea producida y/o transmitida por elementos que hasta hace un tiempo parecían absolutamente inertes, como una cafetera– y los servicios de videovigilancia masiva con reconocimiento facial y de voz generan grandes desafíos desde el punto de vista de la privacidad. Se trata de tecnología que está tanto al alcance de particulares como de los gobiernos, y que si no es utilizada con razonabilidad, puede afectar gravemente la intimidad que, en nuestro país, tiene protección constitucional expresa desde 1853 (art. 19), y fue reforzada en el año 1994 con la inclusión del habeas data en el art. 43.

(9) “El propio Foro de Davos, poco sospechoso de contravenir las bondades del capitalismo, nos sorprendía a principio de 2016 anunciando que, en 2020, la automatización, la robótica y la computación avanzada harán desaparecer siete millones de empleos, y tan solo creará dos millones de puestos nuevos. Las cuentas son sencillas” (Oliván Cortés, 2016, p. 103).

Por su parte, la protección de la dignidad humana⁽¹⁰⁾ –tomando al ser humano⁽¹¹⁾ como epicentro del sistema reparador, entre tantos– se encuentra fuertemente sustentado en la noción de débiles (Lorenzetti, 2018, p. 10) que, traducida en su nuevo normotipo, se denomina “sujeto vulnerable”;⁽¹²⁾ noción que ha merecido una necesaria reflexión en torno a este nuevo paradigma protectorio con la guía de un Código Civil y Comercial que carece de una directriz clara sobre las debilidades a proteger o sobre qué sujetos hacerlo, pero que necesariamente no niega su carácter tutelar.⁽¹³⁾

Para que las transformaciones no nos duelan, el derecho debe interpretarlas. Y al hacerlo, resignificarlas. Poner en clave jurídica lo que los cambios producidos por un avance científico-técnico aceleran cada vez más, valorando la necesidad de construir una norma positiva duradera y segura. Legislar lo novedoso puede resultar peligroso, pues podría crear con ello un derecho **centrifugal, disperso y variado**; por implicancia, poco seguro y abierto a una pronta y segura obsolescencia (Lamanna, 2008, p.1).

Hoy, más que nunca, el valor del derecho se mide porque su finalidad será la de dotar a esa transformación constante en un presente continuo dotado de reglas jurídicas claras. Ese presente continuo que debemos buscar los encontraremos si pensamos en ejes rectores en materia de actualización legislativa, que deberían ser los siguientes: coordinación, aproximación y oportunidad. Cuando coordinamos normas las hacemos avanzar en un mismo sentido; aproximarlas es verificar que todas ellas tengan puntos de conexión; finalmente, uniformizarlas implica evitar que todas estas se contradigan (Lamanna, 2010, p. 3).

2. Marco evolutivo de internet: de la red a la inteligencia artificial. La revolución de los datos y la internet de las cosas

Cuando uno observa su propia edad (en mi caso, son 51 años) suele conversar con gente de la misma generación sobre “el tiempo que nos tocó vivir”. Y casi al unísono, nos consideramos felices de haber sido parte de un tiempo donde imperó el avance tecnológico de manera constante. Mi adolescencia y primera

(10) “La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales” (Gross Espiell, 2003, p. 13).

(11) “El Hombre engendra seres iguales a sí específicamente, pero no numéricamente. Por tanto, las notas que pertenecen a un individuo en cuanto singular como los actos personales y las cosas que le son propias, no se transmiten de los padres a los hijos” (Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, cuestión 81, art. 21).

(12) Dignidad humana, el débil jurídico o sujeto vulnerable que hoy lleva el rostro del consumidor.

(13) En esta inteligencia se expide Ezequiel Abásolo (2018), quien agudamente observa que se trata de un Código Civil y Comercial: “... excéntrico. O sea, de un instrumento normativo que consciente y deliberadamente abandona el centro de la escena jurídica, para confiarle ese carácter rector desde su mismo pórtico a los principios constitucionales y de los Derechos Humanos (artículos 1º, 2º y 3º CCyC)”.

juventud de los 80, fueron, sin dudas, “un tiempo de cambios” cuya constante era, precisamente, la de vivir dentro de estos mismos cambios. Si todo comenzó con dos soñadores en un garaje de hogar de un suburbio en los Estados Unidos (Steve Jobs y Bill Gates), nosotros advertíamos esa constante de cambio –no sólo en lo tecnológico–, aunque no sabíamos de qué se trataba. En suma, sabíamos que algo estaba ocurriendo. No sabíamos exactamente qué, pero sabíamos que estaba pasando.

Pero si así nos sentíamos de especiales los que caminábamos por los 80, tal vez les pasó lo mismo a nuestros padres y abuelos. Pues parecería que cada generación sintió su tiempo de manera especial, que no sería otra cosa que agradecer a la propia vida (el poder experimentarla). En mi caso, cuento con la ventaja de estar escribiendo este artículo, y no mis padres y abuelos.

Aun moviéndonos en un marco tecnológico actual, no deberíamos perder de vista que cada sociedad de su tiempo tuvo fenómenos tecnológicos trascendentes.

Internet, con una fecha de inicio más o menos cercana a los fines de los 60, logró en la década de los 80, el alcance y la presencia social de lo cotidiano (ahí vuelvo con mi ventaja). De lo habitual. Fue el condimento esencial que implicó cruzar la barrera de la Segunda a la Tercera Revolución Industrial. Esta última, denominada “del conocimiento” (Tofler, 1983); un conocimiento cercano a la idea de un nuevo modelo de Hombre que ahora sí sabía cómo llegar a la sociedad del futuro. Y que finalmente vive hoy entre nosotros con no más de 35 años.

El planteo de esta **sociedad del futuro**, con una internet ubicua propuso (y propone) desafíos. No solamente basados, como algunos creen, en la imaginación. También derivados de los daños que vemos producirse. Y que también, podemos razonar, ocurrirán en el futuro.

Sucede que con internet lo novedoso se transformó en innovador. Y lo innovador, en disruptivo, lo que marcó una evolución de acontecimientos acelerado.

En el año 2006, un investigador de la UNAM, Enrique Cáceres (2006) se preguntaba por los retos de la inteligencia artificial (IA), a partir del siguiente interrogante: ¿podrá una máquina simular el pensamiento humano?

Hoy en día nadie dudaría en ubicar a la IA junto a las ciencias cognitivas, como las neurociencias, la psicología cognitiva, etc. Pero se generaron progresos que también produjeron desengaños (Morozov, 2018).

Todo el progreso que pudo experimentarse en ese sector tecnológico –*vgcía*, en sus comienzos teoremas, juegos; luego, la robótica– buscó siempre lo mismo: un salvavidas para los errores humanos. Un reaseguro frente al cálculo equivocado. Una linterna a portar durante el recorrido del sendero oscuro y pedregoso de las causalidades no queridas. Y tuvo un desarrollo magnífico.

Pero, en ese devenir, asomaron problemas. Problemas que produjeron daños. Lo que nos lleva a pensar que todo proceso causal imaginario, como contrafáctico, cuenta con variables tan impensadas como infinitas. Aun cuando podamos razonar que los datos son el tema del presente y del futuro, en honor a la verdad conocemos el proceso que hace que estos se vuelvan relevantes desde los albores de la Humanidad.

Este proceso se denomina cuantificación.

En efecto, lo que hoy en día torna a los datos la gran herramienta de valor de una empresa o emprendimiento es que esta nos permite contar. Y la verdad es que contamos desde hace mucho tiempo, por ejemplo, desde cuando nuestros antepasados apoyaban sus semipeludas manos en la piedra, hasta hoy.

Decimos que es básicamente contar. Y si contamos, predecimos. Nos adelantamos. Nos anticipamos. Yendo a algo simple, tomemos el siguiente ejemplo: si yo puedo contar la cantidad de celulares que utiliza un grupo de cinco personas, cuando me encuentre frente a otro grupo de diez personas podré determinar cuánta cantidad de dispositivos celulares necesitarían estas personas en el caso de no tenerlos. Y al mismo tiempo, podría determinar, con los grupos señalados, el número de conversaciones que podrían llegar a tener (utilizando los mismos aparatos). Y segmentar estas últimas en minutos, horas, días, etc.

En el ejemplo dado, podríamos calcular, estimar y contar dos variables: dispositivos celulares y conversaciones. La naturaleza de las conversaciones entre estos es de otra naturaleza. No juega en nuestra exposición. Pero que no juegue no significa decir que no podamos estimarla.

Volvamos a contar: ¿qué se puede contar? Evidentemente todo. Y segmentar, ¿también se puede? Absolutamente sí. Incluso, categorizando finamente sobre gustos, inclinaciones, tendencias...

Pero, entonces, ¿cuál es el germen de todo esto?, respondemos: el dato. Pues bien, entonces, ¿qué es un dato? Pollo-Cattaneo (2018) nos informa lo siguiente: “un dato es la representación formal de un hecho o concepto, apta para su comunicación entre seres humanos o entre dispositivos automáticos” (p. 20). Pero no tendríamos armado el concepto sino no lo ensambláramos con el sentido que este tiene para transformarse en otra cosa que pueda producir daños.⁽¹⁴⁾

Como vemos, no solo contamos. Creamos un dato a partir de otro. Vinculándolos. A esto se lo denomina transitividad.⁽¹⁵⁾

(14) Así lo propone la autora al decir: “Cuando a un dato se lo carga de sentido, este se transforma en noticia. Pero todavía no es información” (Pollo- Cattaneo, 2018, p. 23).

(15) Por ejemplo, una conversación cuenta necesariamente con dos personas, lo que impone entender que cinco conversaciones arrojarán la cantidad de personas que vamos a necesitar.

La idea de contar, entonces, es neutra. Pues, como sostuvimos, podríamos contar lo que sea. En efecto, la cuantificación que planteamos es en relación a muchas cosas posibles. La cuantificación, por tanto, es ubicua. Y es, también, el centro neurálgico de este razonamiento; un centro neurálgico que se conecta con algo potencialmente siniestro: ¿para qué contamos?

Veamos este razonamiento en acción: en las mentes del siglo XX parecía insensato pensar algo tan contradictorio como que lo intangible tendría volumen. Al día de hoy, la pregunta se resignifica, pues el propio concepto de la locución “dato” (y el proceso descrito) nos lleva a sostener que los datos los tienen, es decir, pueden lograr volumen. Si no nos creen, miren lo que señala Diego Golombek –un estadístico– respecto de los datos, las cuentas y el volumen:

Según un estudio de la consultora Cumulus Media, en un minuto de Internet 900.000 personas se conectan a Facebook, 3,5 millones de usuarios realizan búsquedas en Google, se realizan 452.000 tuits, se reproducen 4,1 millones de horas de video en Youtube, se miran 70.000 horas de contenido de Netflix y se suben unas 46.200 fotos a Instagram (Golombek, en Sosa Escudero, 2019, pp. 11-12).

El volumen gigantesco que arrojan estos datos, contados y estimados hoy, son lo más apetecible para un esquema de negocios que pretenda ser exitoso. Y el factor sorpresa tiene mucho que ver. Simultáneamente, cierto desconocimiento que se tiene de su proceso al día de hoy podría ser fuente generadora de daños.⁽¹⁶⁾

Ello, pues tampoco nadie pensó que el desarrollo de lo digital iba a transformar a lo intangible en algo más valioso que lo tangible. Y el dinero tangible sirve para medir esta afirmación, en la medida que hoy en la Argentina la empresa de mayor valor no es la petrolera YPF (Yacimientos Petrolíferos Fiscales), ni tampoco Arcor, Techint o Pérez Companc, sino una empresa que comercia cosas que no se ven: Mercado Libre (MeLi).

En efecto, como sus pares en modelo de negocios (*vgcia.*, Amazon, Google o Microsoft) la local Mercado Libre no hace dulces, caños sin costura ni puentes o caminos. Solo compra y vende datos.⁽¹⁷⁾ En el caso de MeLi, vincula intereses. Algo tan viejo como el trueque, pero en la web. Y ya que mencionamos a Microsoft veamos la importancia que ha tenido la transformación de esta empresa –que, de vender toda una gama interminable de productos físicos (hardware para todos los gustos), devino también en una empresa de datos–.

(16) “La adquisición del fabricante de lentes de realidad virtual Oculus vr por parte de Facebook a cambio de 2 mil millones de dólares confirma que las empresas más importantes están convencidas de que combinar los datos del mundo real y el virtual es un negocio del futuro”. (Oculus Join Facebook, 25 de marzo de 2014, citado por Keenan, 2017, p. 111).

(17) “Como los costes de almacenamiento de datos han caído en picada en la mayoría de las empresas, a los particulares les resulta más barato y cómodo quedarse sencillamente con sus datos” (Keenan, 2017, p. 163).

El reinado de los datos marca la ubicuidad que es la marca indeleble de la RI4.0 actual, que adhiere a una noción relativamente novedosa producida por aquella mentada revolución de los datos: la internet de las cosas; una internet que, desde lo puramente conceptual, podría verificarse como una suerte de infraestructura de billones de sensores embebidos en dispositivos comunes: “cosas” u “objetos” diseñados para registrar, procesar, almacenar y transferir aquello que llamamos “datos” –que, en la medida que se asocian con identificadores únicos, se vinculan con otros dispositivos utilizando las capacidades de la tecnología–.

Lo dicho nos obliga a elaborar un tratamiento personalizado que advierta el rango de importancia que la misma tiene pues, como advierte Ruiz Martínez (2019), “con Internet y los dispositivos interconectados, el derecho a la protección de datos personales salió definitivamente del cómodo y estructurado banco de datos y saltó a la calle virtual, aplicándose a todo tratamiento de datos personales en cualquier medio técnico”.

Asimismo, lo afirmado impone la idea de saber si existe una elevada capacidad dañosa. El salto hacia lo ocurrido con Cambridge Analytics en las últimas elecciones presidenciales en los EEUU es lo suficientemente gráfico como también polémico, por cierto.

Como cierre del punto, digamos que puedo dañar con datos falsos. No solo por el dato en sí. También puedo dañar cuando los vinculo. Lo más genéricamente comprobado: la privacidad del internauta.⁽¹⁸⁾ Pero será tema para tratar en otro punto que tenga mayor extensión y que se centre en la “privacidad”, una locución hoy resignificada por la tendencia que inspira la web.⁽¹⁹⁾

3. Marco evolutivo de la responsabilidad civil en la Argentina: del derecho de la responsabilidad al derecho de daños

A partir de la segunda mitad del siglo XX comienza a gestarse una lenta pero decidida transformación de sus bases, impuesta por fuerza de las necesidades imperantes. El derecho de la responsabilidad, por ser parte integrante de ese derecho de lo habitual y lo doméstico como lo es el derecho civil (privado patrimonial) no fue ajeno a esa situación.

(18) “Y en esta parte de la historia Google saca a relucir su monstruosa base de datos. A diferencia de la agencia de control estadounidense, que solo ve datos semanales y por región, Google puede observar la intensidad de búsquedas en cualquier parte, en tiempo real y con un nivel de precisión tan fino como sea necesario. Es decir, Google puede medir, por ejemplo, la intensidad de búsquedas sobre gripe A en Monticello, un minúsculo pueblito del estado de Illinois y, a partir del modelo estimado previamente, predecir la intensidad de la enfermedad en ese lugar. Y también puede hacerlo de forma diaria, semanal o mensual, tanto para Monticello, como para la Ciudad de Nueva York, el estado de California o cualquiera de las nueve regiones en las que el CDC divide a los Estados Unidos” (Sosa Escudero, 2019, p. 27).

(19) Tan impregnada de lo virtual, que pareciera ser tendencia absoluta para vincularla con los dispositivos virtuales. Veamos lo que responde el robot Google cuando escribo “qué es la privacidad” (sin signos de interrogación). Allí surgen las siguientes tendencias: 1. qué es la privacidad; 2. qué es la privacidad digital; 3. qué es la privacidad digital en Internet; 4. qué es la privacidad

Vayamos un poco a la historia conocida, pero necesaria para aclarar el panorama que ofrece lo tecnológico.

Desde un abordaje moderno, el escenario evolutivo de la responsabilidad civil se enmarca en dos fases fuertemente demarcadas por aspectos ligados, principalmente, a los criterios de imputación del daño. Por un lado, tenemos el escenario decimonónico, cimentado en la noción culpabilística donde la centralidad del sistema giraba en torno del dañador, satelizando en su derredor otros elementos dispersos del mismo sistema –donde, incluso, se anotaba la propia víctima, pues en esos tiempos se decía: “no hay responsabilidad sin culpa”–. El segundo escenario, parido entre el acceso del industrialismo y el maquinismo (1848) y la llegada del hombre a la luna (1969) –construido en derredor de una víctima menos proclive “a inclinarse a la fatalidad de la desgracia” (Alterini, 2015)–, comenzó con posterioridad a buscar la protección del ordenamiento jurídico. Entonces, el primero de los pasos en pos de lograrlo fue avizorar una centralidad que le era negada. Su rol satelital fue dejado de lado y comenzó a ocupar el lugar disvaliosamente otorgado al victimario.

Pero, como sostuvimos al comienzo, la centralidad de la víctima tuvo su costado herramental: los criterios de imputación, primero fuertemente sustentados en la noción de culpabilidad (factores subjetivos), para luego correrse hacia su causación óptica pregonada por los factores de corte objetivo (*vicia.*, riesgo, garantía, equidad, etc.). Si los primeros implicaban cargar sobre las doloridas espaldas del damnificado la demostración de la culpa del dañador, los objetivos daban señales inequívocas de justicia al realzar el análisis de la causalidad material con la inversión consecuente del *onus probando*, donde ya no era el doliente el que debía cargar con la prueba de la culpa, pues al haber sido eliminada, no había culpa del agente que enrostrar. El heridor fue el encargado de demostrar la incidencia del *casus* (culpa de la víctima, de un tercero no dependiente, o bien el caso fortuito genérico) para eximirse de la misma.

Según vemos, en el primero de los escenarios de lo que se conoció con su locución tradicional, responsabilidad civil, el sustantivo adquiriría centralidad, no sólo por la expresión en sí, sino también porque el centro del sistema buscaba reprochar la conducta del causante del perjuicio.

En el segundo de estos, la locución varió por la fuerza de los hechos. Las capilaridades de la culpa fueron barridas. Porque no era ya central (ni necesario) que se demostrase la culpa del dañador, sino que el daño estuviese en el escenario de los hechos (en relación causal adecuada con el hecho antecedente).

en Internet; 5. qué es la privacidad en las redes sociales; 6. qué es la privacidad digital.pdf; 7. qué es la privacidad de datos; 8. qué es la privacidad digital unam; 9. qué es la privacidad en Facebook; 10. qué es la privacidad de estado en whatsapp. Como vemos, en siete de ocho tendencias de búsqueda lo que preocupa al navegador es “su” privacidad con el contexto virtual. Preferentemente en redes sociales.

A esta etapa la denominamos con un *nomen iuris* más apropiado: derecho de daños.

Los párrafos precedentes, a grandes trazos, ilustran 200 años de historia del funcionamiento de los daños y perjuicios y la reparación subsecuente. Y es en este marco donde imperan los criterios objetivos de atribución de la responsabilidad, momento en el cual las cosas se han vuelto elásticas y cambiantes en nuestro sistema de reparación de daños. Y ello, con hitos muy marcados en su historia jurídica reciente.⁽²⁰⁾

Hoy impera la necesidad, vivir rodeados de tecnología nos la impone: comprenderla jurídicamente. Necesitamos de un derecho que comprenda a la tecnología y su incidencia en la sociedad. La mayoría de las noticias del último tiempo guardan una adecuada correlación con elementos provenientes de aquella. La caída de un avión en Etiopía, muy probablemente por fallas en su *software*; la implementación de sistemas de video vigilancia por parte del gobierno y la polémica suscitada por los datos biométricos; la existencia de un virus en forma de *ransomware* que “vacían cuentas bancarias”; estafas y daños diversos por whatsapp o por twitter⁽²¹⁾ configuran un escenario, apenas introductorio, en donde la tecnología cubre un papel central y en donde vemos que el daño surge de fuentes antes insospechadas.

Cerrando el punto, citamos a Carlos Calvo Costa (2019) que plantea el nuevo escenario con el cual lidiaremos el resto del presente trabajo. En su muy buen trabajo de doctrina señala:

Como idea preliminar de este aporte, creemos importante poner de resalto, entonces, que el fundamento de la responsabilidad civil ya no lo constituye el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, sino el daño de quien lo soporta (injustamente, agregamos). La esencia del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito, convirtiéndose el daño, en consecuencia, en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual girará aquél, siendo esencial su presencia y su falta de justificación -como veremos más adelante- para que proceda la reparación del perjuicio (p. 2).

No hay posibilidad, según vemos, para un derecho que mire con perplejidad estos cambios. El derecho debe responder.

(20) Si bien no existe el catálogo que se ofrece, este es fruto de 25 años de docencia universitaria ininterrumpido. Por tanto, altamente empírica su apreciación. Ahí va: los “hitos de la responsabilidad civil” en nuestro país, podrían demarcarse de la siguiente manera (por país y año): Argentina 1978 -José María López Olaciregui (1978) señala que “debe prevalecer la injusticia del daño sufrido antes bien que la injusticia del daño causado”; Francia 1985 -Yvonne Lambert-Faivre, a propósito de la sanción de la Ley Badinter sobre accidentes de la circulación comenta: “Cuando la justicia conmutativa de la responsabilidad civil es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar la posta” (en Alterini y López Cabana, 1996, p. 5)-; Brasil 1988 -se sanciona la Constitución Federal de ese país, la que plasma numerosos derechos de orden privado dentro de las propias cláusulas constitucionales; Argentina 1993 -se sanciona la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor; Argentina 1996 -se publica *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil* por el Dr. Miguel De Lorenzo, que produce un cambio de mirada muy importante-.

(21) Cfr, Tercera Cám. Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Trib, Mendoza (2019).

4. Las tecnologías informáticas y los Estados. Las llamadas “reinas tech” (supraevolución) como variable económico/productiva y motor de cambio jurídico

De los 60 a los 80 tuvimos a los Estados pendientes del desarrollo a la amenaza nuclear; una amenaza que era, a su vez, garantía de no agresión. Una *pax romana*, basada en el miedo a la confrontación, pero paz al fin.⁽²²⁾

De la amenaza nuclear a los Estados tecnológicos tenemos un arco iris analítico mucho mayor. Y esto es así porque “la revolución informática es la única que conjuga tantos individuos y procesos en un mismo medio de comunicación y traduce y rastrea sus acciones en un único lenguaje tecnológico” (Kissinger, 2014, p. 343).

Los cambios de mirada que exigimos hoy al derecho se basan en sucesos que ocurren en nuestro devenir diario, y que se emplazan sobre estructuras de pensamiento que van mutando junto a aquellas transformaciones. Para trasladarse luego a la matriz objetiva de imputación, debieron modificarse cosas: pasar de una tecnología agropecuaria/industrial a una puramente industrial, de un escenario donde el daño era un acontecimiento inesperado a un tiempo donde el evento dañoso se tornó posible desde la lógica del acceso multiplicador a cosas que podrían producir perjuicios. En suma: de la relación hombre + cosa inanimada (= el daño fue el emergente). Como vemos, el cambio en la matriz productiva motorizó esos cambios abriendo posibilidades al daño que antes no tenía.

La RI4.0 trae consigo una nueva matriz productiva que obligó (y continuará haciéndolo) a verificar la eficacia de las normas. Veamos: con un esquema productivo en plena transformación, hoy advertimos que el petróleo (YPF) vale menos que los datos (Mercado Libre), por lo que el desarrollo económico de los estados nacionales va a sufrir transformaciones en el futuro inmediato.

También la mirada jurídica lo hará acompañando esos cambios.

¿Cuáles serán los nuevos nichos de riqueza para los Estados? Son ya, fundamentalmente, los que se conocen bajo el nombre de las “tres “reinas tech”: la inteligencia artificial, la *blockchain*⁽²³⁾ y la computación cuántica,⁽²⁴⁾ que modificaron las arquitecturas empresariales y tecnológicas al mismo tiempo.

(22) “Ese cálculo disuasivo tenía una impronta surrealista, ya que se basaba en ‘ecuaciones’ lógicas de escenarios que planteaban un nivel de víctimas que excedía el sufrido en cuatro años de guerras mundiales y se producía en cuestión de días u horas dado que no había experiencia previa con las armas que apuntaban estas amenazas” (Kissinger, 2014, pp. 332-333).

(23) Las cadenas de bloques, o *blockchain* son una tecnología altamente disruptiva creada a finales de los años 2008 para la red Bitcoin. La *blockchain* de Bitcoin fue la primera de muchas otras que, tomando el concepto de un registro distribuido que permita la inmutabilidad y trazabilidad de las transacciones, han desarrollado una amplia gama de versiones. Para un análisis detallado sobre los aspectos técnicos y el funcionamiento del Bitcoin, recomendamos la lectura de la obra de Antonopoulos (2015).

(24) En febrero de 2016, la Unión Europea publicó el “Quantum Manifesto” (Manifiesto cuántico), un programa a 10 años para impulsar la tecnología y dotado con 1000 millones de euros. Se

De todas estas, la *blockchain* pareciera enmarcarse en la más compleja y desafiante: compleja porque a través de la *blockchain* se pueden celebrar contratos, crear criptomonedas (por señalar las más comentadas). Es decir, se pueden hacer cosas verificables dado que *blockchain* es un tablero de verificaciones que actúa como un fedatario internacional. Mundial. Digital. Y aquí viene lo desafiante, que no lo maneja nadie: cuando la *blockchain* arma contratos o crea criptomoneda desafía tanto al Estado, pues este no puede intervenir en negocios de particulares como lo hace con organismos tales como la Inspección General de Justicia (IGJ) (regulando personas jurídicas que se vinculan por convenios privados), como al registro de la propiedad (automotor o inmueble), en el caso de transacciones de vehículos o inmuebles, por citar ejemplos.

Al Estado lo único que le cabría hacer es abrir un marco regulatorio de ciertas tecnologías *blockchain* para determinadas operaciones. Cerrando la idea, *blockchain* es un libro de actas digital donde el escribano es la ciencia matemática.

Si el petróleo, los minerales y los *comodities* son la energía que otorga divisas, y si también lo son las cosas que no vemos (datos), es demasiado ilusorio pensar que no habría cambios en nuestro sistema del responder con estos nuevos emergentes productivos. Aunque no tengamos un cabal reflejo de lo que producirá en la ciencia jurídica, sabemos que lo hará. Sería bueno, en todo caso, prepararnos para esos cambios, verificando, al mismo tiempo, si lo que tenemos como normativa tiene una fecha de caducidad más o menos cercana.

Los cambios que se avecinan dejarán de lado a lo finito, lo consumible. Y, precisamente los *comodities* y el petróleo lo son. Más aun, al no ser renovables y ser altamente dañinas para el medioambiente, la variable de cambio está en la mesa de las grandes potencias económicas del mundo. Así lo señalan Nick Srnicek y Alex Williams (2018) cuando entienden que la dirección del desarrollo tecnológico cuenta con consideraciones técnicas y económicas. Pero también lo son de carácter político.

¿Cuál es la variable de este cambio? Visto esto desde una escala que cruce de lo menor a lo mayor, o de lo individual a lo colectivo, podríamos decir que sería el emprendedor. Quizás sea este el que tenga la mayor de las responsabilidades a la hora de asignar una mayor incidencia en estas variables de cambio: la *machine*

ha puesto en práctica hace apenas unas semanas con el FET Flagship on Quantum Technologies (Programa de Bandera sobre las Tecnologías Cuánticas), un pliego que trabajará en cinco áreas de la cuántica (telecomunicaciones, sistemas de computación, simulaciones, metrología y detección y ciencias fundamentales). Solo por contextualizar, la Universidad de Shanghái (China) está construyendo un super centro de investigación cuántica para el que ha destinado 10.000 millones de dólares (unos 8000 millones de euros) y que esperan, abra sus puertas en 2020. Disponible en: https://www.eldiario.es/tecnologia/funciona-procesado-cuantico-revolucion-tecnologica_1_2774152.html

learning, la *big data*, el desarrollo de la inteligencia artificial tiene en los emprendedores al sujeto **culpable** de su desarrollo. Pero, ¿qué papel desarrolla un emprendedor para que se haya vuelto tan responsable en estas economías? El notable Nassim Nicholas Taleb (2016) nos informa al respecto:

El papel del emprendedor es necesariamente colectivo desde un punto de vista epistemológico porque facilita que la experiencia se acumule. Alguien que no ha descubierto lo que buscaba ofrece a los demás el mejor conocimiento, el de la ausencia (el conocimiento de lo que no funciona) pero el reconocimiento que recibe por ello es escaso o nulo (p. 13).⁽²⁵⁾

Comprender la variable que ofrece el **conocimiento**, como un agregado otrora impensado a los recursos disponibles, puede constituirse, acaso, en la herramienta preventiva más eficaz de la que podamos disponer. Al respecto, se razona que:

La consideración tradicional del mundo como un pastel de tamaño invariable presupone que solo hay dos tipos de recursos en el mundo: materias primas y energía. Pero en realidad hay tres tipos de recursos: materias primas, energía y conocimiento. Las materias primas y la energía pueden agotarse: cuanto más las usamos, menos tenemos. El conocimiento, en cambio, es un recurso en aumento: cuanto más lo usamos, más tenemos. De hecho, cuanto más aumentamos nuestras existencias de conocimiento, más materias primas y energía pueden proporcionarnos estas. Si invierto 100 millones de dólares en buscar petróleo en Alaska y lo encuentro tendré más petróleo, pero mis nietos tendrán menos. En cambio, si invierto 100 millones de dólares en investigar la energía solar y encuentro una manera nueva y más eficiente de utilizarla, tanto yo como mis nietos tendremos más energía (Harari, 2016, p. 238).

Agregar el conocimiento como un recurso dinámico parece ser la clave para que los recursos consumibles sean variados. Tan opcionales y variados como absolutamente libres de regulación, ya que poseen aristas que dejan de lado al Estado, al tiempo que predicen riesgos importantes en materia de seguridad.⁽²⁶⁾

(25) Dicho así, los “errores” de los emprendedores pueden constituirse en inversiones futuras pues “El método de ensayo y error tiene un valor fundamental que no se entiende: no es verdaderamente aleatorio porque, gracias a la opcionalidad, exige algo de racionalidad. Hay que ser inteligente para reconocer el resultado favorable y saber qué descartar. En muchas actividades, cada intento (ensayo) y cada fallo (o error) ofrecen una información nueva y más valiosa que la anterior porque sabemos que no funciona. Con cada ensayo y cada error nos acercamos a algo, suponiendo que buscamos exactamente. Con cada intento que acaba en error podemos averiguar poco a poco hacia donde ir” (Taleb, 2016, pp. 240-241).

(26) “El auge de Internet nos proporciona una muestra de lo que está por llegar. El ciberespacio es hoy en día crucial en nuestra vida cotidiana, nuestra economía y nuestra seguridad. Pero la selección crítica de diseños alternativos de las webs no se llevó a cabo mediante un proceso político democrático, aunque implicase cuestiones políticas tradicionales como soberanía, fronteras, privacidad, seguridad. ¿Votó alguna vez el lector al respecto de la forma del ciberespacio? Decisiones tomadas por diseñadores webs situados lejos del foco de atención del público suponen que hoy en día Internet es una zona libre y sin ley que erosiona la soberanía del estado, ignora las fronteras, deroga la privacidad y plantea el que quizás sea el más formidable riesgo global de seguridad. Mientras que hace una década apenas se registraba la actividad de los radares hoy funcionarios histéricos predicen un ciberonce de septiembre inminente” (Harari, 2016, p. 407).

5. La función impensada: la prevención en un ordenamiento general. La prevención del daño como herramienta eficaz: acción preventiva

Aun cuando se pudiera predicar que la función preventiva estaba presente en nuestro ordenamiento jurídico general, esta no formaba parte del cuerpo codificado sustantivo del derecho privado de nuestro país.

Recordando el axioma médico “más vale prevenir que curar”, nace la idea de la prevención jurídica, pero con su valoración particular, al punto de transformar el axioma médico, acomodándolo a sus finalidades jurídicas: “más vale prevenir que reparar”.

Sin lugar a dudas, la norma establecida en el art. 1708 del Código Civil y Comercial (CCyC) ha sido disruptiva, pues ha incorporado a la hermenéutica sustantiva una visión de elevado valor axiológico: la prevención del daño.⁽²⁷⁾ Y lo ha hecho de una manera central, justo en el momento en que comienza a relatar los setenta y dos artículos que legislan la “responsabilidad civil” como fuente nominada de las obligaciones, configurando con ello una reafirmación de conceptos que, desde “Santa Coloma”⁽²⁸⁾ y “Gunther” –entre otros muchos pronunciamientos hasta aquí producidos–⁽²⁹⁾ pusieron el foco en elevar la protección de la persona humana. Para ello consideraron la centralidad estratégica del art. 19 de la Norma Fundamental⁽³⁰⁾ –garante, al mismo tiempo, del principio cardinal romano “*neminem laedere*”–, más la conjugación de esta última con la noción de la reparación plena (art. 1740 CCyC) en un precedente más reciente.⁽³¹⁾ Aun cuando un conjunto de normas –dispersas y previas– ya habían consumado esa protección, el cambio real fue hacerlo en un Código de fondo, con visos de generalidad y profundidad.

(27) Art. 1708 (CCyC): “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”. De tal manera: “El Código Civil y Comercial consolida como idea guía que la responsabilidad civil no se agota en la función de reparar el daño ocasionado, tema que ha sido abundantemente estudiado por la doctrina de los autores y de tribunales sino que también forma parte de ella la misión de prevenir la producción innecesaria de perjuicios” (Alterini, 2015, p. 3).

(28) “Considerando 7º) Que al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es –por su menguado monto– meramente nominal y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera –por imperfecta que sea– el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del “*alterum nom laedere*” que tiene raíz constitucional (art. 19, ley fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna” (CSJN, 1986).

(29) Otros precedentes posteriores que cimentaron la idea fueron los siguientes fallos de la CSJN: Fallos: 323:3564; Fallos: 327:857; Fallos: 335:2333.

(30) Artículo 19 CN: “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”.

(31) Cfr. CSJN (2017), Fallos: 340:1038.

Con relación a la noción de reparación plena y prevención, los doctores Arias Cau y Nieto (2017), con gran realismo señalan:

... difícilmente exista proclama más presuntuosa en el mundo jurídico, que aquella que pretende colocar, como objeto primero de la teoría de la responsabilidad civil, “la restitución de la situación del damnificado” a un estado anterior al hecho dañoso. Es que, una vez producido el hecho dañoso, sus proyecciones sobre la víctima suelen ser indelebles (p. 3).

Y es por eso que el sistema de respuesta del ordenamiento jurídico del responder civil se vuelve polémico y abierto al debate.⁽³²⁾ Entendiendo que el escenario de la cuantificación es uno de los más difíciles de abordar, advierte como “la más importante novedad, el haberse incorporado, explícitamente la función preventiva como objetivo de la teoría de la responsabilidad civil” (Arias y Nieto, 2017, p. 1).

Por eso decimos que la novel hermenéutica que plantean los setenta y dos artículos que representan a la responsabilidad civil cuenta con un desafío interesante: el de poder responder a demandas, cada vez más crecientes, en donde el sujeto de derechos tenga las herramientas normativas adecuadas como para defender su posición. Pues lo más importante a evitar, es que el destinatario de la norma se transforme en un nuevo débil jurídico frente el avance intempestivo de la tecnología.

Los institutos jurídicos nacen con una finalidad. No deben ser sables de utilería (Borda, 2017), por más críticas que haya despertado su inclusión en el Código Civil y Comercial la figura de la acción preventiva por sus contornos adjetivos en un Código sustantivo. Lo cierto es que el Código que lo consagraba hubiese debido dotarlo de ejecutividad ni bien esta salió a la luz en el 2015. ¿Cómo dotamos de eficacia a un instituto como este? Pues la adopción de medidas necesarias para que un juez lleve adelante medidas preventivas que logren disuadir, evitar o neutralizar cualquier acción u omisión antijurídica que torne previsible la producción de un daño, su continuidad o agravamiento (art. 1711, primera parte, CCyC) requiere de un magistrado experto o conocedor de la problemática (Borda, 2017, p. 194).

La acción preventiva (art. 1711)⁽³³⁾ cuenta con una validación inédita (propia de estos tiempos): la actividad digital. Por eso nos parece oportuno comentar cierta jurisprudencia reciente que ordena, por ejemplo, el bloqueo de difusión de imágenes por internet. Ello, estimando que, más allá de la entrega de fotos con

(32) En aras de aplicar la función preventiva en función de la posible plasmación de daños producidos por tecnologías 4.0, advertimos una dualidad: la responsabilidad civil o el llamado “moderno derecho de daños”, a través de su doctrina y jurisprudencia, no produjeron ni alentaron una expansión de su mirada interpretativa dirigida a la prevención. Pareciera ser que su cálculo aplicaba solamente a la reparación del daño, más que a su evitación.

(33) El art. 1711 CCyC establece: “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (...) No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

el consentimiento de la actora (víctima), su vinculación posterior con links de oferta de prostitución hace que aquella pierda su virtualidad originaria,⁽³⁴⁾ dado que nada tiene que ver aquél consentimiento con esta derivación, siendo esta última causa de anulación de la primera (con la importancia estratégica del art. 53 CCyC)⁽³⁵⁾ en el entrevero producido y convalidándose la sentencia de grado que ordenaba proceder a la eliminación y bloqueo de las vinculaciones existentes con los datos de la actora y los sitios web denunciados.⁽³⁶⁾

También se han dictado acciones preventivas en torno a los posibles daños que pueden surgir de un blog anónimo. En este caso, los actores trabajaban en un espacio público e intentaron determinar, a través de una cautelar, el acceso de usuarios al sitio web (blog) del que se pretendía limitar su visualización. Vale aclarar, que la actora había intentado, sin éxito, determinar quién o quiénes estaban detrás del blog, en tanto que la demandada (Google) se limitó a contestar que no le era posible proceder a su identificación puesto que no existía la posibilidad de determinar la IP desde donde habían operado los autores.⁽³⁷⁾

¿Cómo estamos parados a nivel internacional con la prevención del daño? Veamos.

Recientemente, el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, señaló que el Derecho de la Unión Europea (UE) no se opone a que la compañía que preste sus servicios de alojamiento de datos, como lo hace la red social Facebook, en el sentido que podrían ser obligadas a suprimir comentarios idénticos o similares a otros que fueran declarados ilegales en anteriores causas.⁽³⁸⁾ Además la

(34) La postura de los buscadores, si bien lo veremos mayormente desarrollado en puntos posteriores, siempre fue de no intromisión en los contenidos. Es decir, en la no evitación del daño *per se*. Solo trabajarían luego de su notificación (puesta en conocimiento de la situación).

(35) La norma señala: "Artículo 53. Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En el caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre".

(36) Cfr. Cám. Civ y Com. Fed. (2017), citado por Cossari (2019, p. 2).

(37) El tribunal, citando los precedentes "Ariel Bernardo Sujarchuk" (01/08/2013) y "María Belén Rodríguez" (28/10/2014), estableció un criterio de interpretación restrictivo: aplicó la restricción solicitada basando la cuestión en una serie de ponderaciones enlazadas en el caso: 1) protección de la imagen de los reclamantes; 2) tutela del derecho a la libertad de expresión y difusión de las ideas (conf. arts. 14 y 32 CN; art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 1º de la Ley 26.032); 3) actividad anónima del/los sujetos que subían la información al sitio. Todo eso hizo posible que se accediera a la protección cautelar en dicho proceso (Cám. Civ y Com. Fed. (2017), citado por Cossari, 2019, p. 2).

(38) "El TJUE se pronunció en ese sentido después de que la diputada del Parlamento austriaco del Partido Verde y portavoz federal de esa agrupación hasta el 2017, Eva Glawischnig-Piesczek, demandara a Facebook ante los tribunales de su país. La dirigente política solicitó

sentencia del 3 de octubre de 2019 establece que para rastrear estos comentarios difamatorios idénticos, Facebook puede utilizar técnicas e instrumentos de búsqueda automatizados. Finalmente, el Tribunal dejó asentado que el bloqueo de estos datos ilícitos debe hacerse “a nivel mundial, en el marco del derecho internacional pertinente que los Estados miembros deben tener en cuenta”.⁽³⁹⁾

6. Principios generales que gobiernan el escenario preventivo/reparador en el Código Civil y Comercial de la Nación

Aun recordamos el largo listado que debíamos estudiar en torno a los denominados principios generales del responder. Claramente estos cumplían la función que deben tener en cualquier ordenamiento: el de ser premisas básicas de un sistema que, en sus tiempos, buscaba resolver la situación del damnificado a través de la reparación del daño.

Antes de dotar de desarrollo el listado de los principios, deberíamos ser muy precisos sobre los acontecimientos que debieron ocurrir para que estos se desarrollen: la constitucionalización del derecho privado, la teoría general de la buena fe y la sanción del abuso del derecho, el respeto hacia los denominados “estatutos especiales”, la prelación normativa y la ampliación de los derechos a la persona. Sin estos, no podrían haberse sucedido los que más abajo señalaremos.

Hoy en día presentamos un elenco breve de principios: buena fe, *neminem laedere* y reparación plena, quedando en el pasado principios dispuestos para ese pasado.⁽⁴⁰⁾

La buena fe funciona en espectros cada vez más importantes de la vida humana. Y aunque parezca un juego de palabras, no lo es. La buena fe es la buena nueva que trae el derecho a la vida de las relaciones jurídicas de los hombres –jamás olvidada, pero sí, resignificada en todos los tiempos–, recordándole al Hombre de todos los tiempos qué significa comportarse correctamente en ese

que se ordenase a la red social suprimir un comentario publicado por un usuario que atentaba contra su honor, así como alegaciones idénticas o de contenido similar. En concreto, el usuario de Facebook había compartido en su página personal un artículo de una publicación austriaca, que aparecía acompañado por una fotografía de Glawischnig-Piesczek (“Facebook puede ser obligada a retirar contenidos difamatorios según una sentencia del TSJUE”. *El Periódico*, 03/10/2019, disponible en <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20191003/facebook-puede-tener-que-retirar-contenidos-difamatorios-segun-una-sentencia-del-tsje-7664246>).

(39) Cfr. también García (2019). Por otra parte, el TJUE también sentencia “que los prestadores de servicios no solo tendrán que eliminar contenidos declarados ilícitos, sino también contenido similar al de esa información declarada ilícita. Para tener obligación de eliminar ese contenido considerado ilícito, este tendrá que ser idéntico o prácticamente calcado al marcado como ilícito en una medida cautelar” (Sabán, 2019).

(40) Y que Fernando Ubiría (2015) interpreta superados, pues: “... a la luz del nuevo sistema codificado ya no lo son, o bien directamente no encuadran en su concepto”. Anota al principio de legalidad o reserva, a la necesidad de un factor de atribución, a la imputabilidad subjetiva, al llamado “*pacta sunt servanda*” (honor a la palabra empeñada), y al que establecía que se debía responder por los actos propios y no por los ajenos.

tiempo que le toca vivir, y tiene una notable presencia en nuestro Código Civil y Comercial.⁽⁴¹⁾

El *neminem laedere* es un principio cardinal del derecho romano, que significa “no dañar a otro” y que impuso una dinámica interpretativa muy importante cuyo proceso conocemos como el de la constitucionalización del derecho privado.⁽⁴²⁾

El concepto de reparación plena (o integral) sería el tercero y último de los principios de la lista. Reparar plenamente es resarcir en la medida y con los medios que otorgue el ordenamiento jurídico en su plenitud.⁽⁴³⁾

El Código Civil y Comercial lo establece en el art. 1740,⁽⁴⁴⁾ en el cual las variables a considerar funcionan como verdaderas directrices, como no dejar de resarcir derivaciones del hecho dañoso; evitar reparar el mismo perjuicio dos veces (con nombres distintos), pues activaría el principio que veda el enriquecimiento sin causa (Mosset Iturraspe, 1992); no sobrevalorar el daño que se ha sufrido, pues dejaría al descubierto una finalidad distinta a la que debe tener toda indemnización (que es, básicamente, una finalidad de justicia). Tampoco abandonar el criterio de realidad económica, que se debe ponderar en situaciones de envilecimiento del poder adquisitivo del dinero. Finalmente, los tiempos en los que se alcance el resarcimiento deben responder a un sistema justo de impartición de justicia.

Un avistaje amplio de los tres principios mencionados arroja tanto un equilibrio sin precedentes en el sistema como una sanidad prolongada de los mismos pues será difícil dejarlos fuera en un futuro, declarando su caducidad. Si miramos uno por uno a estos, veremos que el sistema preventivo-reparador se ocupa de que las partes ejerciten sus derechos en plenitud (buena fe), sin dañar a nadie (*neminem laedere*), y en el caso de ser inevitable el perjuicio, que reciba lo que merece (reparación plena).

(41) Concretamente en el Título Preliminar, art. 9º (como un principio general del derecho); en el art. 729 (en el obrar del deudor y el acreedor en la Obligaciones); en el art. 961 (contratos en general); y en el art. 1710 (deber de prevención del daño): un principio general y una tríada de normas bien pensadas para dotar a la figura de un amplio y reconocido alcance hermenéutico.

(42) Por la propia fuerza vinculante que se le reconoce al fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, el principio cardinal romano “*Neminem Laedere*” o “*Alterum Non Laedere*” se reconoce protegido por la más elevada jerarquía legal de nuestro país: la Constitución Nacional (art. 19).

(43) La aguda crítica al adjetivo “integral” elaborada por Atilio Alterini (2015) se apuntalaba en la idea de que considerar a una reparación en similar postura que la situación “anterior al daño” era presuntuosa. La falta de realismo de la que peca esta noción la vuelve modificable por otra, como ser “plena”. Es decir, “lo que plenamente el ordenamiento jurídico pueda otorgar”.

(44) Artículo 1740 CCyC: “Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión al honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

7. Presupuestos del responder: lo antiguo, lo moderno y lo real

Los presupuestos de la responsabilidad son determinantes para que las funciones la responsabilidad (prevenir y reparar) logren su condigno reconocimiento (el reembolso o el resarcimiento, según sea el caso). Por cierto, también en el punto advertimos un trasiego importante. Pues de la mano de una dilución del presupuesto “antijuridicidad”,⁽⁴⁵⁾ y del elemento voluntarista de la culpa (Alterini, 2015), se fue afirmando que ya no principiaba el acto contra ius, sino el daño injusto sufrido, en tanto que los factores de atribución más propensos a bordear la culpabilidad (dolo o culpa) dejaron de interesar, asignándose el daño al hecho antecedente (objetivo) más adecuado (causalidad adecuada).

Así las cosas, la relación de causalidad se resignificó a mediados de los 60, y la ley 17.711/68 le otorgó amplia y fecunda notoriedad en materia de daños acaecidos “por el riesgo o vicio de las cosas”, lo que continuó en este nuevo cuerpo civil y comercial (art.1726 CCyC).⁽⁴⁶⁾

Señalado esto, acaecido un daño, la convergencia de los presupuestos que la hermenéutica del Código Civil y Comercial exigen es la siguiente: 1) Criterios de imputación; 2) Daño injusto; y 3) Relación de causalidad entre el hecho generador y el daño. Así, la antijuridicidad queda algo relegada pues “... la clave del sistema no parece pasar tanto por la antijuridicidad de la acción u omisión, como por la determinación de la ‘injusticia del daño sufrido’. Cuando no promedia algún supuesto de daño justificado, nace la responsabilidad” (Borda, 2017, p. 350).

Todo ello, convergiendo eficazmente, indemnizará a la víctima.

El daño injusto debe observarse como el presupuesto prioritario y central. No desde un punto de vista cronológico, sino más bien lógico (Orgaz, 1957). No todo daño resulta ser indemnizable⁽⁴⁷⁾ y desde esta mirada la propia definición del art. 1737 CCyC elabora una noción que produce un ensanchamiento de la avenida de los daños reparables.⁽⁴⁸⁾

(45) Fernando Ubiría (2015, p. 56) lo denomina “espejismo”, locución que puede parecer extrema pero, al mismo tiempo, justifica su postura advirtiendo que llamarla así no justificaría pensar en una eventual inutilidad de “lícito-ilícito”, pues siguiendo a Juan Casas, la licitud es la presunción de legitimidad de la acción.

(46) Artículo 1726 CCyC: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

(47) “No todo daño “fáctico” o “de hecho” tiene entidad suficiente para alcanzar juridicidad en materia de responsabilidad civil, y en tal caso carecen de tutela jurídica. La determinación de los confines del daño a los fines de su evitabilidad o resarcibilidad, es una decisión político-jurídica en la que se contemplan distintas variables” (Borda, 2017, p. 351).

(48) Artículo 1737 CCyC: “Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

La relación causal adecuada, por su parte, suele encandilar con su complejidad científico filosófica⁽⁴⁹⁾ hasta que tomamos cuenta que no somos ni científicos ni filósofos, solo abogados destinados a demostrar la imputación de un acto.⁽⁵⁰⁾ Solo eso. Nada menos que eso.

Recordemos en tal sentido que Isidoro Goldemberg (2000) enseñó en su tiempo que el estudio de la causalidad jurídica civil comienza a analizarse, desde el fenómeno causal⁽⁵¹⁾ pasando por la investigación causal⁽⁵²⁾ hasta llegar a la causalidad en el ámbito jurídico.⁽⁵³⁾

8. La atenuación de la responsabilidad binaria y la dilución de la antijuridicidad y la culpabilidad. La estelaridad del daño injusto y su derivación en la protección de la Persona Humana

Nos parece adecuado fijar postura en torno a lo que consideramos dos condicionantes importantes en el tratamiento de temas de responsabilidad: la responsabilidad binaria o dual (contractual y extracontractual), y a la conducta *contra legem* o *contra ius*, también llamada también antijuridicidad.

En efecto, la mirada tradicional culpabilística de la responsabilidad, basada en la noción de pecado jurídico, no solo requería las necesarias dosis de imprudencia o negligencia contaminando el sistema nervioso central del sistema que centralizaba, en el dañador y su conducta, la plasmación del acto, y consecuentemente, su atribución. Esa misma conducta torpe o inhábil debía también hacernos padecer desde la norma, contrariándola y conformando una misma hoja de ruta

(49) Propia de los postulados propiciados por la teoría madre de todas las teorías, nos referimos a *la conductio sine qua non* (o de la equivalencia de las condiciones): pletórica de fundamentos desbordantes de científicismos que, tal vez, poco ayudaron a lo que necesitaba la justicia de los actos.

(50) Precisamente, las tesis correctoras recibieron ese nombre pues debían corregir los desbordes propios de una teoría que abría el abanico causal conforme el rango científico de su exposición. Así funcionaba *la conductio sine qua non*, asignando consecuencias por doquier (pues repartía causalidades por doquier). Las tesis correctoras (entre las que se destaca la posición de Frank, el catedrático vienés que formó parte de un grupo de juristas que plantearon un freno a la teoría de la *conditio sine qua non*), lograron visibilizar el corte causal para evitar la asignación infinita de causalidades. Luego, las teorías individualizadoras (consecuencia próxima, eficiente, casuales, y adecuadas) hicieron su parte del trabajo haciendo aplicables la relación causal a las necesidades de justicia indemnizatoria.

(51) "El causalismo es el método filosófico-científico que procura el conocimiento de las cosas (o el de las verdades) a través del estudio y análisis de sus causas. Sostiene la existencia de cadenas de relaciones causales (causa-efecto) que permiten, mediante la observación de ellas, una explicación de todo lo que puede explicarse" (Goldemberg, 2000, p. 2).

(52) A la investigación causal se le debe agradecer el mérito de haber ordenado el estudio sobre la causalidad. Pues en la investigación causal, se distinguen claramente cuatro géneros de causa distintos: *efficientis*, *finalis*, *materialis* y *formalis*. "La causa material y formal son causas del ser; la eficiente y la final, causas del devenir" (Goldemberg, 2000, p. 3).

(53) "En el lter del suceder causal el plexo jurídico solo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plano ontológico, la calidad de consecuencias•" (Goldemberg, 2000, p. 9).

donde tuviésemos la norma ordenativa (antijuridicidad), la conducta torpe o criminal (factor de atribución), el daño sucedido (daño, a secas), y la vinculación entre el hecho y el daño (relación de causalidad).

La feliz trazabilidad de los factores objetivos, con más de medio siglo de existencia en nuestro cuerpo exegético civil, le ha dado la valoración que normalmente se le otorga a lo perenne y duradero. Nadie los discute. Es más, sus fronteras se reconocen abiertas a nuevas formas de enlazar responsables.⁽⁵⁴⁾

Como ya lo sostuviéramos, la ingeniería macro del sistema del responder concebía dos ángulos para observar el escenario de la reparación (Ubiría, 2015). En esa idea, los elementos jugaban de la siguiente manera: la atribución era subjetiva, y el análisis del actuar del sujeto era un imperativo autoimpuesto por la jurisprudencia, con el beneplácito consecuente de la doctrina que sonreía confiada; había un escenario montado, con doble pliegue, donde se dividían la suerte los actos lícitos (contractual) con los ilícitos (extracontractual). Y aun cuando fuera correcto dividir las aguas de dos sectores claramente diferentes, desde lo jurídico, su ontología diversa plasmaba una perspectiva dual en relación al perjuicio del damnificado, lo que lo volvían altamente aleatorios (*vicia.*, una pérdida de chance era configurativa de reparación solo en la órbita aquiliana, no así en la contractual; la reparación del daño moral lo era a voluntad del magistrado interventor, no así en la aquiliana). Y ello sin olvidar la diferente prescripción extintiva, bienal o decenal (según sea aquiliano o contractual), ni la extensión del resarcimiento encorsetada y limitada en el contrato, lo que no ocurría en la extracontractual, donde regía una mayor libertad de ampliar las consecuencias.⁽⁵⁵⁾

En definitiva, lo que ocurría en esos tiempos de Vélez y su Código era la infiltración, dentro del sistema de la responsabilidad (por siempre, aquiliano) de un sistema reparatorio identificado “con y para” el contrato. Es decir, dos sectores distintos, que siguen siendo distintos hoy, pero que se enlazan y aúnan en un puente que transforma sus diferentes “carreteras y ciudades”, en un mismo y único “espacio común”. ¿Cuál será ese puente “mágico” con capacidad para transformar ciudades de piedra antigua en nóveles y rutilantes metrópolis colectivas? El daño.

Está claro que, por rutilante que pueda verse, no alcanza con el sustantivo seco y aislado como lo mencionamos. Requiere de algo más. Por lo pronto, el auxilio de la Teoría General de la responsabilidad, cuenta con un esquema teórico del daño, su plasmación y variantes: concreción y variables que filtran el concepto y sus diferentes mecánicas, para que hablemos de la evitación o reparación solamente

(54) Esto en la medida que el daño injusto configura la gran directriz reparadora. Perdiendo importancia el ámbito de ocurrencia del perjuicio.

(55) Justamente en el ámbito aquiliano se suponía más sueltas las reglas consecuenciales que en el contrato. Pues en aquél habían fijado su destino enmarcado en cláusulas prietas. En tanto que en lo extracontractual, el juego de las consecuencias indemnizables (inmediatas) se les sumaban las mediatas (arts. 903/4 Código Civil Velezano).

del daño injusto. No del daño a secas. Sino del daño injusto. Es decir, del daño injustamente sufrido (víctima) o injustamente inferido (victimario), pues su adecuación debe ser plena a los fines de su reparación (Alterini, 2015).

Allá en el tiempo, hacia finales de los años 90, De Lorenzo (1996) se preguntaba “¿cuándo un evento lesivo era injustamente causado?”. Y se respondía que: “... inevitablemente el reconocimiento jurídico del interés debe preexistir a su protección o tutela. Solo el menoscabo de un interés que ya haya sido reconocido por el derecho puede constituir el núcleo de afectación de una conducta ilícita. Un comportamiento será antijurídico entonces, en la medida que afecte a un interés que ya goce de relevancia jurídica” (p. 51).

A partir del daño, la exigencia de la reparación de este nos debe volver permeables y poco adeptos a esquemas anquilosados de visión retributiva: no podemos pararnos en un sector del derecho y decir que tales perjuicios nos pueden ser reparados, y en otro sector decir que la justicia se olvidó del doliente. El daño es la causa del debate. Y tan fuerte es su debate que no solo es el daño el centro del sistema.

Pero, aclarando el panorama, hay que señalar que el daño injusto (resarcible) es el mismo que teníamos en la vieja estructura velezana, pues hacia allí deriva nuestra idea de que, como sostiene Fiorenza (2018):

... el Código sigue manteniendo la clasificación dual del daño, que lo divide en patrimonial (o material) y moral (o extrapatrimonial), y no admite ninguna otra categoría (lo cual, por otra parte, violaría el principio lógico de tercero excluido, pues lo que no es patrimonial es extrapatrimonial, y viceversa). Es decir que “la afectación del bien, que causa la lesión de los intereses que un sujeto de derecho tiene sobre él –que es lo resarcible–, presupone la lesión a cosas, derechos, bienes inmateriales, con valor económico, pero también puede tratarse del proyecto existencial, la intimidad, el honor, etcétera, que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimonial” (p. 4).

También lo es su evitación. No hay magia ni voluntad a la que le podamos atribuir este cambio de concepción, sino a la simple visión antropocéntrica que tuvo la escena de la reparación civil: ayer, el victimario; hoy, la víctima. Con aquel lo central era la culpa con la que cometió el perjuicio. Hoy la víctima domina la escena. Pues es en su interés que debemos plasmar los esfuerzos resarcitorios. Y también los direccionados a evitar el daño.

9. Tópicos a considerar en materia de responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0: Hacia el tratamiento y desarrollo de una noción de daño digital 4.0

No agotaremos, seguramente, los puntos que atañen al estudio del responder civil de lo que plantea la sociedad digital 4.0. Pero sí trataremos de imponernos, con el mayor rigor posible, un numeral de posibles abordajes a considerar. Sobre todo, partiendo de una normativa que ha modificado su macrovisión en torno a la reparación, pues ya no busca resarcir el daño; también busca persuadir, con hechos, su concreción.

Partiendo de la noción del emprendedor que desarrolla una determinada aplicación digital, nos apresuramos a afirmar, antes de desarrollar ese numeral, que la empresa creada por aquel emprendedor requiere ser disuadida. Y la culpa, no logra ese cometido (Mosset y Piedecosas, 2016, p. 220). Por lo pronto, su eje analítico subjetivo (y no objetivo) es la mejor herramienta para que ese emprendimiento no tenga responsabilidad frente a la víctima del daño.

Una responsabilidad objetiva, sí puede considerarse un elemento preocupante para el emprendedor/empresario que desarrolla una determinada aplicación web que sea proclive a causar daños. El riesgo de la empresa y los riesgos del desarrollo constituyen las plataformas de inclusión de la responsabilidad más evidentes que trae como novedad el Código Civil y Comercial de 2015.

Desde siempre se analizó a la responsabilidad empresarial (o de la empresa) como un tema de derecho penal. Y un tema tan apasionante como el *compliance* (ética empresarial)⁽⁵⁶⁾ también fue pensado desde el derecho penal. No sabemos muy bien porqué sucedió eso. Pero ocurrió. Y más nos cuesta entenderlo cuando el *compliance* se entiende, ni más ni menos, como aquel conjunto de procedimientos orientados a dimensionar el riesgo de la actividad, gestionarlo, administrándolo profesionalmente (Ubiría, 2015).

Entonces esto es un tema del derecho privado. No excluyentemente penal. También es civil. Y al señalarlo de esta forma estamos abarcando varias materias que lo deberían considerar insertas en su entramado legal: el derecho de las obligaciones, los contratos, la responsabilidad civil. Y también, por cierto, el derecho del consumidor.

Reflexionando un poco más en torno a la empresa y al *compliance* decimos que este último es la imposición legal de conocer mejor la praxis y la discusión prestacional. Ello, porque le impone a las empresas un mayor dominio causal de sus actividades, lo que significa elevar la vara de la previsibilidad. Y la previsibilidad es la causalidad. Y la causalidad es, desde luego, el centro del sistema -convolidado, por cierto, por la directriz clara del sistema del responder, que es la de tutelar, al máximo posible, el daño injusto-.⁽⁵⁷⁾

Traer al *compliance* (ética de los negocios) a estos tiempos es una forma de traer también a Aristóteles y a Santo Tomás de Aquino al siglo XXI, lo que puede resultar un evento de capitalización estratégica en los días por venir.

(56) "Por ejemplo, en la actualidad se ha vuelto práctica común de las empresas demandar de sus proveedores la firma de "Códigos de Conducta", según los cuales los proveedores, como socios empresariales estratégicos, se comprometen a acatar y a hacer propios los comportamientos y políticas de ética, calidad, desarrollo medioambiental y social adoptados por la empresa cliente" (Absi, 2019, p. 1).

(57) Si construimos desde los hechos, es menester organizar la empresa, con el gran rigor y gran nivel de exigencia que precisamente la ley 27.401 pareciera tener. Pues es cierto que no somos tan exigentes con el Estado como lo somos con las empresas en materia preventiva.

9.1. La actividad digital como actividades riesgosas o peligrosas

La lectura y el razonamiento sobre la norma establecida en el art. 1757 CCyC (“Toda persona responde por el daño de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización” y “La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”) nos despierta dudas cuyo análisis dejaremos para después. Asimismo, la figura planteada por dicho artículo se completa con los legitimados pasivos y la causalidad incriminadora desplegada, pues así lo asienta el art. 1758 CCyCN: “Sujetos responsables. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

Por su parte, el Anteproyecto del CCyCN establecía (y así fue referenciado en uno de los despachos de las **conclusiones** de la Comisión 3 de responsabilidad civil sobre actividades riesgosas o peligrosas) que:

... en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que surge del art. 1757, una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización pareciera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros ponderable conforme a una causalidad adecuada.

Dicho esto, comencemos a razonar: el contexto digital en el cual se producen diversas actividades, desarrollo de otras tantas, etc., ¿podría catalogarse como riesgoso? A nuestro entender la respuesta afirmativa se impone absolutamente.

Con un importante caudal de antecedentes en el derecho comparado,⁽⁵⁸⁾ cuando hablamos de actividades riesgosas o peligrosas,⁽⁵⁹⁾ se impone establecer un diferencial muy importante, fluyente del mismo artículo y su consideración: hablamos de actividad riesgosa y no de riesgo en la actividad,⁽⁶⁰⁾ sesgo o diferencia harto debatida en la antigua y moderna doctrina nacional.⁽⁶¹⁾

(58) Así vemos al Código Civil italiano (art. 2050); también en los códigos de Portugal (art. 493); Hungría (art. 345), México (art. 913), y en Sudamérica aparecen los códigos de Perú de 1984 (arts. 1970 y 1972), en el Código Civil boliviano de 1975 (arts. 955 y 998) y en el paraguayo (art. 1846).

(59) En el derecho comparado la referencia obligada es el Código italiano del año 1942, que plasó una cláusula general sobre actividades riesgosas por su naturaleza o por los medios empleados, estableciendo la responsabilidad con la salvedad de la prueba de la adopción de medidas idóneas para evitar el daño (en la práctica, el art. 2050 del referido Código fijaba una inversión de la carga de la prueba de la culpa). Asimismo, entre los modernos códigos latinoamericanos (Perú y Paraguay) se contemplan esas dos hipótesis de actividades riesgosas (por su naturaleza o los medios), sin llegar al llamado “riesgo circunstancial” en el que se inscribe nuestro país con una consecuente responsabilidad amplia, abarcativa de los más diversos supuestos” (Borda, 2017, p. 426).

(60) “El carácter riesgoso o peligroso de la actividad deviene de su relevante y especial peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar. Puede vincularse, de tal modo, con su propia naturaleza, con los medios o elementos utilizados y con las metodologías empleadas para desplegar ciertas actividades, las cuales debe ser gobernadas por su titular” (Pizarro y Vallespinos, 2018, p. 309).

(61) En realidad, cuesta salir del esquema francés “hecho de la cosa” versus “hecho del hombre”. Y entonces señalamos una directriz posible: el evento lo produjo la “cosa” o el “hombre”. Pero

La actividad, por su parte, denota una serie de eventos humanos, enlazados con otros donde juegan elementos materiales (mecánicos) o inmateriales. En todos los casos, pueden estar combinados entre sí.

Un diferencial de mayor atenuación lo configura el distingo entre actividad “riesgosa” o “peligrosa” –y es atenuado en la medida que se trata de un doble adjetivo utilizada por la ley-. “Pese a ello, se trata de una figura única (actividad riesgosa o peligrosa), a la que puede aludirse utilizándose alguno de esos adjetivos o ambos de manera conjunta” (Pizarro y Vallespinos, 2018, p. 309).

Las *XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (2019), celebradas en la provincia argentina de Santa Fe, depararon una sorpresa mayúscula, al incluir como actividades riesgosas (enumeración ejemplificativa, no taxativa, por lo que en el futuro se podrían incluir otras) a la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y los sistemas operados por inteligencia artificial (y ello votado por unanimidad). También se reconoció que los arts. 1757 y 1758 CCyC deben ser reconocidas como la normativa genérica a aplicar a este tipo de actividades riesgosas o peligrosas, lo que no obstaculiza la presencia de otra normativa experta, destinada a casos especiales, como las señaladas por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor,⁽⁶²⁾ o la del propio art. 1767 CCyC.⁽⁶³⁾

9.2. Datos personales

La seguridad con la que la información fluye configura también un elemento central de las evaluaciones que se realizan en torno a las diferentes situaciones con las que las tecnologías de la información facilitan la generación de riesgos. Es, asimismo, una plataforma para el análisis de cómo los diferentes actores confluyen y ejecutan su actividad en un vínculo indisoluble con las tecnologías de la información, tan cercanas e indispensables como dañinas.

La información digitalizada como elemento base de la intercomunicación personal atiende a los aspectos del flujo de información relacionada con la forma de transmitir iniciativas, realizar transacciones, formalizar ofertas y demandas, realizar campañas publicitarias, llegar a acuerdos, acercar posiciones, fomentar

aun cuando nos esforzáramos en hacerlo, la decisión para aproximarnos a la idea apuntaría, también, a un distingo categorial como el anterior marcado por el protagonismo de la cosa. Es decir, el evento dañoso se produjo con el protagonismo (activo) o sin aquel protagonismo.

(62) El art. 40 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor señala: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio”.

(63) El art. 1767 CCyC establece: “Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria”.

colaboraciones, incluso ratificar de manera formal acuerdos punto a punto: tan solo algunos supuestos en los que la materia de responsabilidad de daños podría tener un tratamiento diferencial.

La existencia de bases de datos ha hecho aumentar en forma considerable la amenaza potencial contra el derecho a la intimidad (esto en referencia al daño irreparable que podría sufrir un sujeto por hacer pública su intimidad), lo que fuerza a una atención promiscua por parte de nuestro ordenamiento jurídico, tanto en su faz preventiva como en su mirada represiva (Carrascosa, 1992).

En principio, los daños sufridos por el titular de los datos serán morales en mérito a que los bienes jurídicos protegidos serán la intimidad y la privacidad, ya que los datos incluidos en las bases de datos están directamente vinculados con la persona titular de los mismos. Esto sucede en los casos en que se incluyan datos que fueren falsos o erróneos, determinados como pertenecientes a una persona en una base de datos, o en casos de cesiones de datos efectuadas en contrariedad para con las disposiciones normativas y sin autorización del titular de estos, o en los supuestos en los que no se mantenga su confidencialidad o estos no fueren suprimidos o bloqueados cuando así debiere procederse.

En principio, los daños provenientes del tratamiento de datos personales afectan un interés extrapatrimonial como la privacidad -con sus correlatos en la intimidad, el honor, la dignidad-, también pueden generar afectación a intereses patrimoniales. Esto sucede más frecuentemente cuando los daños derivan de un banco de datos cuyo destino sea la prestación de servicios de información crediticia. Sin embargo, también deberíamos entender que en internet y en los dispositivos interconectados existe “el derecho a la protección de los datos personales salió definitivamente del cómodo y estructurado banco de datos y saltó a la calle virtual, aplicándose a todo tratamiento de datos personales en cualquier medio técnico” (Ruiz Martínez, 2019, p. 1).⁽⁶⁴⁾

El hecho de que la información no envejezca permite a los buscadores una mejor organización y disposición de esta para que los usuarios puedan obtenerla. La pregunta sería en este caso: ¿cuánto se tensaría la cuerda entre dos derechos enfrentados: la intimidad personal y la libertad de la información?

A tenor de lo planteado, deberíamos tener en consideración lo dispuesto por la Ley 26.032 de Servicio de Internet (2005), normativa que en el marco de internet, considera que a la búsqueda, recepción y difusión de la información e ideas de toda índole (utilizando los servicios de la web) están comprendidas en el elenco de derechos protegidos por la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (Ruiz Martínez, 2019, p. 2). Y en esa directriz, por la interpretación

(64) La misma Ley 25.326 de Protección de Datos Personales establece esto: “Artículo 1º. (Objeto). La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos...”.

doctrina del Código Civil y de la jurisprudencia vertida en el sonoro caso “Campillay” (Fallos: 308:789), de 1986.

Cabría colegir, entonces, “que la actividad informativa que se desarrolla en Internet –incluyendo sus servidores en cuanto a su soporte– no se encuentra alcanzada por las disposiciones relativas a la protección de los datos personales, siempre y cuando no realicen un tratamiento de datos personales en los términos de la Ley 25.326...” (Ruiz Martínez, 2019, p. 2).

Uno de los problemas que subyace sería ¿qué hacer con el consumidor hipervulnerable cuando sufre un daño? ¿Quién hace efectivo el daño que sufrió abonando la indemnización correspondiente? En la respuesta de este interrogante está buena parte de la doctrina empeñada a brindar una solución.

Un intento de respuesta sería este: pongamos en el escenario de la ejemplificación a los bots.⁽⁶⁵⁾ Supongamos la creación de una serie de casillas de mails falsas. Con este ejemplo pasaría algo parecido al juego del dominó, que se activa con el movimiento de la primera pieza y luego de esta moverse y caer, contagia de movimiento al resto de las piezas cercanas y así, mutuamente, se van cayendo una detrás de otra: una mecánica que hace que el rastro de origen se pierda en la marea de fichas caídas.

Si el derecho civil es, en esencia, reparador, debemos tener muy claro el derecho que se vulnera al producirse un daño. Y lo que se vulnera no es otra cosa que la capacidad de disponer de nuestros datos. Los que uno mismo genera por propia voluntad. Y este derecho se esmerila cuando los demás se capitalizan con los datos de otros. Aquí gira la cuestión a una variable económica. Este es, verdaderamente, el centro del problema.

Si los datos los genera el sujeto X, entonces son del sujeto X y no de Y (y los que vengan detrás), porque Y, que los toma y capitaliza (por ejemplo, explotándolos económicamente), no podría hacer absolutamente nada sin los datos de X; y si Y no lo cree, sería mejor que intente hacer lo mismo con sus propios datos y no con los de X. Este argumento simple, debería ser entendido como la madre de todos los argumentos en torno a la titularidad de los datos⁽⁶⁶⁾ y de su defensa.⁽⁶⁷⁾

(65) “Un bot es un software o programa informático preparado para realizar tareas repetitivas a través de Internet como si de un humano se tratase, es decir, con cierta inteligencia. Por ejemplo: alguna vez habrás usado un sistema de reconocimiento de voz. Este sistema es capaz de llevar a cabo la acción que deseas: buscar un restaurante, poner tu canción favorita. El programa o programas encargados de realizar estas tareas son los llamados bots” (¿Qué es un bot y para qué sirve? Raiola Networks, <https://raiolanetworks.es/blog/que-es-un-bot/>)

(66) “Es de resaltar el control que sobre los aspectos de su vida privada tiene el individuo y su núcleo familiar, y que, la autorización o consentimiento de la víctima no quita al dato el carácter de integrante de su vida privada, sino que elimina el carácter de antijurídico de la intromisión cambiando las bases de una posible reparación del daño sufrido con la revelación, si se tiene que fue consentida” (Torres, 2002, p. 286).

(67) El derecho a la protección de los datos personales es “la facultad conferida a las personas para actuar por se y para exigir la actuación del Estado con el fin de obtener la tutela de los

En cuanto a su clasificación, los datos pueden analizarse desde una perspectiva general o desde el dominio del dato en su relación con el entorno. Ahora bien, atendiendo a su confidencialidad, los datos suelen clasificarse en públicos o privados. Los privados, a su vez, pueden dividirse en íntimos o secretos. Y estos últimos, ser de dos tipos: profundos o reservados.⁽⁶⁸⁾

En tanto y en cuanto, sean conculcados, los datos sensibles son de una altísima densidad resarcitoria. Los mismos refieren a circunstancias de la vida privada o intimidad, tales como hábitos personales, origen racial, ideologías políticas, creencias religiosas, estados de salud (físicos o psíquicos), relacionamiento sexual.

Al mismo tiempo, desde el punto de vista del derecho internacional, se verifica una tríada de legislación europea que blinda el espacio íntimo de la persona, protegiendo al dato sensible.⁽⁶⁹⁾

Otra situación que subyace en el presente análisis de los datos y los potenciales daños a sufrir por su manipulación lo constituye el denominado *open banking*⁽⁷⁰⁾ y la PSD2⁽⁷¹⁾ como nuevos servicios financieros. Y la pregunta que logra aflorar el potencial escenario dañoso por venir es la siguiente: ¿quién sería el dueño de los datos?, también otro interrogante estaría dado por saber ¿por qué razón los bancos permitirían a terceros acceder a sus bases de datos? Estamos hablando nada menos que la *fintech* del momento: los medios de pago electrónicos, cuyo volumen global, según los especialistas en este tipo de transacciones, crecerá 14% cada año hasta el 2022.

diversos derechos que pudieran verse afectados en virtud de aquellas operaciones de tratamiento de los datos de carácter personal que les conciernen” (Pucinelli, 2004, pp. 8-9).

(68) “De todas formas, los datos personales son propios e inseparables de la persona (su titular) que será la que decida cuándo y cómo quiere que su dato sea o no conocido, sea o no difundido, en ejercicio de su derecho a la libertad y de poder presentarle a su entorno en la forma, momento y lugar, que considere oportuno, respecto a la identificación y definición de las características propias a su persona” (Davara, 2015, pp. 58-60).

(69) Las tres normativas serían: la ley española 15/999, que distingue tres tipos de datos sensibles (a) relativo a ideología, religión, creencias, afiliación sindical; b) relativos a origen racial, la salud y la vida sexual; y c) relativos a la infracción de leyes penales o administrativas); el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981 (art. 6), que establece una categoría particular de “dato determinado” y que veda el tratamiento de los datos de carácter personal, sobre: origen racial, opinión política, convicciones religiosas, salud, vida sexual y las condenas penales. Finalmente, el Reglamento General de Protección de Datos Europeo (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos). Disposición que comenzó a regir en el mes de mayo de 2018.

(70) “¿Qué es el *open banking*? es el que permite el intercambio de datos entre bancos y nuevos operadores que ahora pueden acceder a las infraestructuras bancarias” (Cantalapiedra, 2019).

(71) “La Normativa PSD2 establece que los datos que se generan en la relación entre cliente y banco, pertenecen al propio cliente y no a la entidad financiera. Por ello, el banco tiene que permitir el acceso a ellos a terceros, siempre que el cliente lo consienta” (Cantalapiedra, 2019).

10. De plataformas (redes sociales) y daños

La filtración de datos jamás vista hasta el momento y que afectaría a más 50 millones de cuentas de Facebook en los EE UU ha sido el último golpe –jamás imaginado– por la firma fundada por Mark Zuckerberg. Ahora bien, ¿por qué razón nos debería sorprender que la propia compañía sostenga que no se trató de una filtración porque fueron los propios usuarios los que entregaron la información disponible?

La respuesta viene en forma de moraleja: vivir en el mundo de lo gratuito, en el corto o el mediano plazo, se compensa con algún detrimento. Es verdad, no pagamos absolutamente nada por el uso de plataformas como Facebook. En mi caso personal, tengo la misma cuenta desde el año 2009 y juro que jamás me han enviado una intimación por falta de pago.

Al mismo tiempo, nunca me pregunté cómo se sostenía esa gratuidad.

Entonces, aplicando la ingeniería reversa y algunos buenos artículos de la nube me supe contestar ese interrogante de allá arriba: si no pagamos por el producto, el producto somos nosotros. Bueno, y en ese entorno siempre amigable, donde nos comentamos cuestiones, entre privadísimas y triviales, aparecen cotidianamente cuestiones no divisibles como una u otra, por ejemplo gustos, costumbres, creencias, amistades, discusiones políticas con tus amigos, o disputas con quienes ni siquiera conoces. Y muchas veces, y esto es lo irónico, sintetizado en un “me gusta” de aquello que se publicó (y que implica contestar todo al mismo tiempo, perfilando tu vinculación con 100 bases de datos distintas, segmentadas por categorías que desconoces). Una verdadera mina de oro de contenidos que generamos: “cuándo, cómo, qué y con quién los compartimos es lo que da valor a la herramienta” (Iberoamérica divulga, 2018).

Está más claro ahora: no medimos las implicancias de lo gratuito.

Lo repetimos: nuestros datos son la mina de oro de las redes y los contenidos que generamos “nosotros” –esto es: el cuándo, el cómo, el qué y con quién los compartimos– es lo que da **valor a la herramienta**.

Cuando ingresamos por primera vez a una red social para darnos el alta, aceptamos sin hesitaciones todo lo que incluye en el aviso legal. También cuando ponderamos en demasía el llanto de nuestros hijos y les permitimos bajar una aplicación de juegos (Play Store) que nos pide como condición visualizar todo lo nuestro. ¿Qué importancia puede tener algo que autorizo de manera tan rápida? ¿Cuán privada puede ser una visualización de mis contactos, si no se trata de personas importantes? Son mis amigos, ¿qué secretos pueden guardar ellos?, ¿qué secretos puedo guardar con relación a ellos? Estas son las preguntas que nos hacemos mientras autorizamos todo. Y así vemos a nuestros datos transformados en costumbres, hábitos de lectura, gustos musicales vinculados con otros tantos que se vincularon por su gratuidad. Algunos nos planteamos

si es correcto o no, si no resulta acaso abusivo. De todas maneras, ya lo hemos aceptado.

Otros de los problemas jurídicos que causa la tecnología web, se relacionan, con mayor estelaridad, con la responsabilidad jurídica de los proveedores de internet (proveedores de acceso, interconexión, almacenamiento, publicación y alojamiento de contenidos, etc.). Es clave entender, que en esta gran burbuja informativa se vulneran⁽⁷²⁾ toda una gama de derechos, muchos de estos confrontados y en tensión, pues nadie duda que lo verdaderamente relevante es el derecho a la información, aunque en este escenario de tensiones se jueguen partidas de ajedrez interpretativas en torno a la protección de derechos personalísimos (Pizarro y Vallespinos, 2018, p. 406).

Uno de esos actores en el escenario dañoso son los buscadores, cuya finalidad, precisamente, es buscar espacios de información. Para ello, ofrecen un servicio que sería el de brindar información dirigiéndose a esos sitios de la web que los almacenan direccionando la búsqueda, ordenando la navegación del internauta. Los motores de búsqueda suelen ser megaempresas como Google, Yahoo, Bing, MSN, Safari (Apple), etc.

En torno a la actividad desarrollada por los motores de búsqueda, suelen surgir preguntas inquietantes en torno a la privacidad y las nuevas tecnologías, que apuntan a señalar con toda crudeza la muy posible intromisión del Estado en ese juego de manipulaciones que produce el relacionamiento humano-web. Algo que bien se nos pudo haber salido de control. ⁽⁷³⁾ Por ejemplo, cuando buscamos información por Google desde nuestro nuevo celular, ignoramos que estamos tratando con un robot (ese celular que nos acompaña, día y noche, sin pausas ni para lo más íntimo, lo es), entonces, en base a la posibilidad de perder nuestros espacios de intimidad, cabría la pregunta: ¿deberíamos limitar el acceso de los robots a nuestras vidas? Realmente lo dudamos de hecho:

Gmail nos hizo dar por buena la idea de que los robots deben leer nuestro correo para filtrar el spam y presentarnos publicidad. Si aceptamos en su momento que Google pudiera leer robóticamente nuestros mensajes a cambio de una cuenta gratuita de

(72) Esta cuestión, relacionada con la proliferación de “notificas falsas” o “fake news” en épocas electorales, ha sido objeto de discusión en foros internacionales con motivo del escándalo vinculado con la red social Facebook y la consultora “Cambridge Analytica”. Esta consultora fue acusada de haber obtenido información de los usuarios de Facebook para dirigir campañas políticas orientadas, tomando en consideración los gustos, preferencias y perfil de estos usuarios.

(73) Hasta la consideración objetiva vertida en las *XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en la provincia de Santa Fe (2019), la visión era “aunque con importantes discrepancias (...) que los buscadores no crean ni modifican la información que publican los sitios web que indexan y clasifican a través de sus programas de rastreo, por lo que no pueden ser responsabilizados de esa información. Serían meros intermediarios entre los usuarios y las páginas de internet donde se halla alojada la información, sin que exista ningún vínculo contractual entre los buscadores y los terceros proveedores de la información. Por lo tanto, a los damnificados no les quedaría otra opción que la de dirigir su acción en contra de los responsables y/o autores de los contenidos dañosos...” (Borda, 2017, pp. 481-482).

correo, ¿cómo podemos argumentar que está mal que una agencia gubernamental lea nuestro tráfico de datos en INTERNET para protegernos? (Keenan, 2017, p. 228).

Por lo tanto, parece temerario ser asertivos en torno a la respuesta posible que daríamos a aquella pregunta. Pues nadie detiene al robot que le brinda al humano comodidad y seguridad. Es decir, un amparo inesperado.⁽⁷⁴⁾

La curiosidad lo puede todo. Desde matar a los gatos hasta asumir riesgos. Asumamos los riesgos. Sin embargo, debemos resolver el problema, pues depende de ello la no afectación de nuestros derechos personalísimos en tanto estamos hablando de los dos grandes ejes rectores que lo integran: por un lado, la intrusión en nuestra vida privada; por el otro, las publicaciones que se pueden verter sobre nosotros –ya sean, por ejemplo, periodísticas o de particulares anónimos como expusimos antes–.

En el art. 75, inc. 22 CN se yergue un derecho máximo al tiempo que una herramienta garante de nuestra libertad: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de altura legal máxima, y con profundas implicancias en el amparo de libertades individuales.⁽⁷⁵⁾ Por su parte, nuestro art. 1770 CCyC, en su primera parte, condena la intromisión arbitraria en la vida ajena en sus diversas manifestaciones –por ejemplo, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier manera su intimidad–, regulando que aquel que lo hiciere debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias –lo que abre el abanico de situaciones en materia de daños a reparar–.⁽⁷⁶⁾

El camino recorrido, según vimos, es amplio y debatible. Más todavía si se observa con cierta confianza que la norma jurídica existente se muestra fuerte y estable, con capacidad de contestar al desafío planteado por el desarrollo digital. De todas maneras, este está planteado y es difícil. Por ello decimos que habría que pensar en proyectar ciertos ajustes. Pero aún no con la profundidad que supusimos al comienzo del presente documento.

(74) “Hace unas décadas, los seres humanos no teníamos que firmar demasiados contratos o acuerdos (lejos del matrimonio y un par de cosas más). Hoy en día no tendríamos tiempo en leer los términos de uso de la cantidad de servicios que utilizamos, y eso podría traernos algún que otro susto. Es por eso que una plataforma como Guard tiene tanto atractivo. Se trata de una inteligencia artificial que se encargará de leer las políticas de privacidad por nosotros, para así “detectar las amenazas” que esconden. Un punto positivo es que nos mostrará ya en esta web principal unas puntuaciones que nos indican si el producto tiene más o menos “puntos negros” en cuanto a privacidad se refiere” (Araujo, 2019).

(75) Cfr. art. 75, inc. 22.

(76) “Por lo tanto, el Código prevé dos consecuencias ante el entrometimiento arbitrario en la vida ajena. Por un lado, el cese de la actividad; por el otro, el pago de una indemnización que no parece estar limitada a la reparación del daño moral (o afecciones espirituales legítimas en los términos del art. 1738), sino que se extiende a cualquier daño sufrido, de acuerdo a las circunstancias” (Borda, 2017, p. 481).

11. Conclusiones

Superado el vértigo producido por un avance tecnológico que marcha a increíble velocidad, se impone la plasmación de un derecho preparado y de eficaz respuesta. Tiempos disruptivos imponen una agenda legislativa siempre atenta, pues la tecnología amenaza y resignifica derechos. La dignidad humana, que toma al ser humano como centro del sistema del responder civil, así lo exige. No se trata de legislar lo novedoso solo porque lo es. Pues podría resultar peligroso creando con ello un derecho centrífugo, disperso y variado; por implicancia, poco seguro y abierto a una pronta y segura obsolescencia.

En este sentido, el art. 1708 CCyC ha sido disruptivo, pues ha incorporado a la hermenéutica sustantiva una visión de elevado valor axiológico: la prevención del daño. Por otra parte, el riesgo de la empresa y los riesgos del desarrollo constituyen las plataformas de inclusión de la responsabilidad más evidentes que trajo como novedad el Código Civil y Comercial de 2015.

En nuestro trabajo, procuramos mostrar cómo el contexto digital en el cual se producen y desarrollan diversas actividades puede catalogarse como riesgoso. Entendemos que los arts. 1757 y 1758 CCyC se encuentran en sintonía con nuestra postura afirmativa. Como se sostuvo por unanimidad en las *XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (2019), hay que incluir entre las actividades riesgosas (enumeración ejemplificativa): la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y los sistemas operados por inteligencia artificial. Tenemos que tener en cuenta, también, algunas normas especiales, como el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, o el propio art. 1767 del citado CCyC.

Otra cuestión importante se vincula con la protección de los datos personales. Si hubiera daños provenientes del tratamiento de datos personales, ello afecta un interés extrapatrimonial –como la privacidad, con sus correlatos en la intimidad, el honor, la dignidad–, pero también puede generar afectación a intereses patrimoniales. Esto sucede más frecuentemente cuando los daños derivan de un banco de datos cuyo destino sea la prestación de servicios de información crediticia.

La cuestión de la responsabilidad también se extiende a los proveedores de internet (proveedores de acceso, interconexión, almacenamiento, publicación y alojamiento de contenidos, etc.). En esta gran burbuja informativa se pueden vulnerar toda una gama de derechos, especialmente los derechos personalísimos. Eso supone tener en cuenta al art. 75, inc. 22 CN y al art. 1770 CCyC.

En definitiva, se trata de un derecho que siga manteniendo el horizonte de respeto a la persona y su dignidad, en medio de la Revolución 4.0

11. Referencias bibliográficas

Abásolo, E. (2018). Experiencias de reforma en el derecho privado argentino y latinoamericano, entre el agotamiento de la cultura jurídica del *ius commune* y el cuestionamiento de la codificación inicial. Ponencia presentada en el Seminario de Direito Civil Comparado

- Brasil e Argentina, 25 de octubre de 2018. Associação Mineira de Professores de Direito Civil (AMPDIC).
- Absi, F.** (2019). La imagen empresarial como activo intangible. *El Derecho*, 4 de septiembre de 2019, 14.705.
- Alterini, A. y López Cabana, R.** (1996). *Temas de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Alterini, J.** (Dir.). (2015). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Antonopoulos, A.** (2015). *Mastering Bitcoin. Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Sebastopol (CA), O'Reilly Media.
- Araujo, S.** (2019). Esta inteligencia artificial lee las políticas de privacidad por ti y señala las posibles amenazas. *Genbeta*. Recuperado de: <https://www.genbeta.com/actualidad/esta-inteligencia-artificial-lee-politicas-privacidad-ti-senala-posibles-amenazas>.
- Arias Cau, E. y Nieto, M.** (2017). Cuantificación del Daño // Región NOA; Valor Vida. Incapacidad Psicosfísica. Derechos Personalísimos. *Análisis doctrinario y jurisprudencial. Cuadro de situación*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Borda, A.** (2017). *Contexto Jurisprudencial y Doctrinario del Código Civil y Comercial de la Nación. Obligaciones y Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Borda, A.** (Dir.); Fossaceca, C., Ubiria, F.; Muller, E.; Werlen, C. (2017). *Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Cáceres, E.** (2016). Inteligencia Artificial, derecho y E-JUSTICE (El Proyecto IJ - CONACYT). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 39(116), may./ago. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332006000200012&script=sci_arttext
- Calvo Costa, C.** (2017). Las Nuevas Fronteras del Daño Resarcible. En *Presente y Futuro de la Responsabilidad Civil: El Principio de No Dañar al "Otro"*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Cantalapiedra, M.** (2019). Open Banking y PSD2: Los nuevos servicios financieros. Think Big/ Empresas. Recuperado de: <https://empresas.blogthinkbig.com/open-banking/>
- Carrascosa López, V.** (1992). Derecho a la Intimidad e Informática. *Revista de Informática y Derecho*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4482969.pdf>
- Chazan, M.** (2012). Microstatigraphic evidence of in situ fire in the Acheulean strata of Wonderwerk Cave. *PNAS*, 109(20) E 125-E1220.
- Cossari, M.** (2019). La acción preventiva en la jurisprudencia reciente. *El Derecho*, 14,660. También en La Ley On Line AR/JUR/99034/2017.
- Davara, M.** (2015). *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- De Lorenzo, M.** (1996). *El daño injusto en la responsabilidad civil (Alterum Non Laedere)*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Efiempresa. (s/f) En plena evolución disruptiva de Internet 4.0. *Efiempresa*. Recuperado de: <https://efiempresa.com/blog/efiempresa-evolucion-disruptiva-de-internet-4-0/>

Facebook puede ser obligada a retirar contenidos difamatorios según una sentencia del TS-JUE. *El Periódico*, 03/10/2019. Recuperado de: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20191003/facebook-puede-tener-que-retirar-contenidos-difamatorios-segun-una-sentencia-del-tsje-7664246>

Fioranza, A. (2018). El daño resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *El Derecho*.

García, E. (3 de octubre de 2019). Facebook podría ser obligada a borrar publicaciones en todo el mundo: reporte. *Cnet*. Recuperado de: <https://www.cnet.com/es/noticias/facebook-ue-sentencia-comentarios-ilicitos/>

Goldemberg, I. (2000). *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley.

Gross Espiell, H. (2003). La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos. PNUD. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, 4, pp. 193-223.

Harari, Y. (2016). *Homo Deus*. Barcelona: Debate.

Iberoamérica Divulga. (31 de marzo de 2018). *Congreso sobre Tendencias Futuras y Emergente en Tecnología del Lenguaje, Aprendizaje Automático y Big Data*. Exposición sobre "Facebook: Tocado y ¿hundido?". Divulgación y cultura científica de la OEI. Recuperado de: <https://www.oei.es/historico/divulgacioncientifica/?Facebook-tocado-y-hundido>

Iñigo Fernández, L. E. (2012). *Breve historia de la Revolución Industrial*. Madrid: Ediciones Nowtilus S.L.

Keenan, T. (2017). *Tecnosiniestro. El Lado Oscuro de la Red*. Buenos Aires: Eudeba.

Kissinger, H. (2014). *Orden Mundial*. Barcelona: Debate.

Lamanna Guiñazú, E. (6 de junio de 2008). Interpelación electrónica (la constitución en mora del deudor por correo electrónico). *El Derecho*, 12.023.

----- (4 de febrero de 2010). La noción de equidad y el fortalecimiento de la gestión informática judicial. A propósito de la sentencia "Castro". *El Derecho*, 12.436.

López Olaciregui, J. M. (1978). Esencia y fundamento de la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Comercial*, 1.

Morozov, E. (s/f). El desengaño de Internet (Los Mitos de la Libertad en la Red). Recuperado de: <https://elagoravirtual.files.wordpress.com/2018/04/el-desengano-de-internet-evgeny-morozov.pdf>

Mosset Iturraspe, J. (1992). El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daño a la Persona, Tomo 1*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2016). Responsabilidad por Daños. *Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994. Tomo IX: Responsabilidad de la Empresa*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

- Oculus VR.** (25 de marzo de 2014). Oculus se une a Facebook. Recuperado de: <https://www.oculus.com/blog/oculus-joins-facebook/>
- Oliván Cortés, R.** (21 de abril de 2016). *La Cuarta Revolución Industrial. Un Relato desde el Materialismo Cultural (The fourth cultural revolution, a tale through cultural materialism)*. Seminario sobre "Cultura urbana para la inclusión social en Latinoamérica. Bruselas: Secretaría General Iberoamericana (SEGIB).
- Orgaz, A.** (1957). *La Culpa*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Pizarro, R. y Vallespinos, C.** (2018). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II - "Parte Especial"*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Pollo-Cattaneo, M. F.** (2018). *Resolviendo problemas en los sistemas de información*. Buenos Aires: CEIT.
- Pucinelli, O.** (2004). *Protección de datos de carácter personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Ruiz Martínez, E.** (6 de setiembre de 2019). La protección de los datos personales en Internet (Una tarea ineludible). *El Derecho*, 14.707, ED 284.
- Sabán, A.** (3 de octubre de 2019). La justicia europea sentencia que los tribunales de la UE pueden ordenar a Facebook eliminar comentarios ilícitos. *Genbeta.com*. Recuperado de: <https://www.genbeta.com/redes-sociales-y-comunidades/justicia-europea-sentencia-que-tribunales-ue-pueden-ordenar-a-facebook-eliminar-comentarios-ilicitos>
- Sosa Escudero, W.** (2019). *Big Data. Ciencia que Ladra* (5ta. ed). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Srnicek, N. y Williams, A.** (2018). *Inventar el Futuro. Postcapitalismo y un Mundo sin Trabajo*. México: Malpaso México.
- Taleb, N.** (2016). *Antifrágil*. Barcelona: Paidós.
- Tofler, A.** (1983). *Avances y premisas*. Barcelona: Editorial Plaza & Janés.
- Torres Torres, H. W.** (2002). *Derecho Informático: delitos informáticos, software, contratos informáticos, informática jurídica, habeas data*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Tucci, G.** (1967). La risarcibilità del danno da atto lecito nel Diritto civile. *Riv. dir. civ.*, 1(2), pp. 220-245.
- Ubiria, F.** (2015). *Derecho de Daños en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vázquez Ferreyra, R.** (1988). *La obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo*. Rosario: Ed. Vélez Sársfield.

12. Referenciales jurisprudenciales

- Cám. Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Trib, Mendoza**, "C.F.J Y R. F. C./ C. M. V. P/ Acción Preventiva", 9 de setiembre de 2019.
- CCCiv y Com. Fed.**, Sala II, "S. C.F. Y Otro c./Google Inc./acción preventiva de daños", 27 de diciembre de 2017.

CSJN, “Fabro, Víctor Y Otra c/Provincia de Río Negro Y Otros”, 9 de noviembre de 2000, Fallos: 323:3564.

CSJN, “Morea, Mariana M. c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, 30 de marzo de 2004, Fallos: 327:857.

CSJN, “Ontiveros, Stella M. c./Prevención ART Y Otro s./ Acc. - inc. y cas.”, 10 de agosto de 2017, Fallos: 340:1038.

CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis Y Otra c/Ejército Argentino”, 27 de noviembre de 2012, Fallos: 335:2333.


CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, 5 de agosto de 1986.

El cumplimiento normativo y los delitos económico-financieros: perspectiva desde los códigos éticos de Argentina, Colombia y España

Luis Rodríguez Domínguez

Universidad de Salamanca, Instituto Multidisciplinar de Empresa, Salamanca, España

✉ lrodomin@usal.es

 Fecha de recepción: 04/02/2020 - Fecha de aceptación: 05/05/2020

Cómo citar este artículo: Rodríguez Domínguez, L. (2020). El cumplimiento normativo y los delitos económico-financieros: perspectiva desde los códigos éticos de Argentina, Colombia y España. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 125-143. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566. DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a06>

Resumen: El diseño de códigos éticos dentro de las corporaciones permite diseminar los valores corporativos, afrontar internamente el cumplimiento normativo y la prevención de delitos económico-financieros, así como mostrar externamente un compromiso público para prevenir delitos y para garantizar una conducta ética.

El presente estudio se centra en analizar los códigos éticos de las grandes corporaciones de Argentina, Colombia y España, con el fin de subrayar las principales preocupaciones éticas en relación al cumplimiento normativo y a cómo prevenir la comisión de algunos delitos de índole económica. Con esta finalidad, se han seleccionado los códigos de conducta de las principales corporaciones cotizadas en los tres países mencionados (Merval-20, Colcap-25 e Ibex-35), que tienen un especial interés en mostrar públicamente un comportamiento ético por cuestiones de notoriedad y relevancia pública.

Las principales temáticas analizadas abarcan desde la lucha contra la corrupción y el soborno, la prevención del lavado de activos, el uso de información privilegiada, hasta la responsabilidad fiscal y la responsabilidad



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

jurídica de la empresa, incluyendo la responsabilidad ante acreedores. No obstante, estas temáticas difieren en su grado de consideración y profundización dentro de los códigos. Mientras que la lucha contra la corrupción y el soborno está ampliamente presente, el lavado de activos, la responsabilidad fiscal y la responsabilidad jurídica presentan una escasa mención dentro de los códigos. Por otra parte, la utilización indebida de información privilegiada se encuentra tratada de forma exhaustiva, con un conjunto adecuado de buenas prácticas para prevenirla.

Palabras clave: ética corporativa; códigos éticos; lavado de activos; corrupción; información privilegiada.

Regulatory compliance and economic-financial crimes: perspective from the code of ethics of Argentina, Colombia and Spain

Abstract: The design of ethics codes in corporations allows to spread corporate values along the company, to tackle the normative compliance and the prevention of economic and financial crimes, as well as to show a public commitment to prevent crimes and to insure an ethical conduct.

This study focuses on analysing the ethics codes from the largest corporations from Argentina, Colombia and Spain, with the aim of underlining the main ethical concerns referred to regulative compliance and the prevention of economic crimes. The codes of conduct of the main listed companies in the three countries mentioned have been selected (Merval-20, Colcap-25 and Ibex-35). These companies are specially concerned in showing an ethical behaviour because of public visibility, monitoring and relevance.

The main topics analysed range from the fight against corruption and bribery, the prevention of money laundering, the use of inside information, to the tax responsibility and the legal responsibility. However, these subjects differ in terms of presence and detail in the codes. While the fight against corruption and bribery is widely present, other topics, such as money laundering, tax responsibility or legal responsibility, are scarcely disclosed in the codes. On the other hand, codes usually deal with the inappropriate use of inside information extensively, providing the codes' users with an useful set of good practices to prevent it.

Keywords: corporate ethics; ethics codes; money laundering; corruption; inside information.

Conformidade regulamentar e crimes econômico-financeiros: perspectiva dos códigos éticos da Argentina, Colômbia e Espanha

Resumo: O desenho de códigos éticos nas empresas permite a disseminação dos valores corporativos, a conformidade interna e a prevenção de crimes econômico-financeiros a serem tratados internamente e o compromisso público de prevenir crimes e garantir conduta ética externamente.

Este estudo se concentra na análise dos códigos de ética das grandes empresas na Argentina, Colômbia e Espanha, a fim de destacar as principais preocupações éticas em relação à conformidade regulatória e como impedir a prática de alguns crimes de natureza econômica. Para tanto, foram selecionados os códigos de conduta das principais empresas listadas nos três países mencionados (Merval-20, Colcap-25 e Ibex-35), os quais têm interesse especial em exibir publicamente o comportamento ético por motivos de notoriedade e relevância pública.

Os principais tópicos analisados abrangem desde o combate à corrupção e suborno, a prevenção à lavagem de dinheiro, o uso de informações privilegiadas, a responsabilidade fiscal e a responsabilidade legal da empresa, incluindo a responsabilidade perante os credores. No entanto, esses temas diferem em seu grau de consideração e profundidade dentro dos códigos. Embora a luta contra a corrupção e o suborno esteja amplamente presente, a lavagem de dinheiro, a responsabilidade fiscal e a responsabilidade legal têm pouca menção nos códigos. Por outro lado, o uso indevido de informações privilegiadas é tratado exaustivamente, com um conjunto adequado de boas práticas para evitá-las.

Palavras chave: ética corporativa; códigos éticos; lavagem de dinheiro; corrupção; informação interna.

1. Introducción

El contexto globalizado al que se enfrentan las compañías, así como los escándalos éticos que surgen frecuentemente en nuestros países, han llevado a una mayor importancia de la transparencia y de la gestión ética dentro de las organizaciones. La opinión pública muestra cada vez más una mayor exigencia y un mayor escrutinio sobre las actividades de las empresas, así como de su impacto en el entorno económico y social en el que operan. Asimismo, la comisión de delitos económicos y financieros, como el soborno, la corrupción o la evasión fiscal, y la falta de cumplimiento normativo afectan gravemente a la imagen y reputación de la compañía, con un impacto cuantitativo relevante sobre su valoración en los mercados.

Para afrontar este entorno más monitorizado, las corporaciones han de diseñar sistemas eficaces de control interno que permitan prevenir y detectar conductas que puedan implicar riesgos para la empresa, de cara al cumplimiento normativo y a evitar delitos económico-financieros y societarios. Además suelen implantarse políticas formales de ética empresarial con el fin de proteger a la alta dirección de riesgos y posibles penalizaciones, responder a las presiones de los grupos de interés, implantar o mantener un conjunto de valores en la cultura corporativa o contribuir al desarrollo de la excelencia humana de los empleados (Melé, 2000, pp. 2-3). Estas políticas permitirían, además, el alineamiento de las actuaciones de la empresa con las expectativas éticas de la sociedad (Weaver, Treviño y Cochran, 1999), aspecto fundamental para conseguir una legitimación social de la empresa.

Uno de los mecanismos internos más útiles para canalizar las aspiraciones éticas de una empresa es el código ético o código de conducta (Rodríguez-Domínguez, 2019). A través de estos documentos formales se consigue diseminar los valores corporativos, mostrar un compromiso público y contribuir a la generación de confianza (Melé, Debeljuh y Arruda, 2006). El éxito de la organización va a depender de un comportamiento responsable, comunicativo e innovador (Belak, 2013); en este sentido, los códigos éticos permiten evidenciar este comportamiento.

En esta línea, el objetivo de este trabajo se centra en analizar las principales preocupaciones éticas de las grandes corporaciones argentinas, colombianas y españolas en relación al cumplimiento normativo y a la prevención de algunos delitos de carácter económico-financiero o societario como el lavado de activos, la corrupción y el soborno, la evasión fiscal o el uso indebido de información privilegiada, desde la perspectiva de los códigos éticos. Con este fin, se han seleccionado las principales corporaciones cotizadas de los tres países mencionados, aquellas que cotizan en los índices Merval-20 de Argentina, Colcap-25 de Colombia y el Ibex-35 de España. Este conjunto de corporaciones son las que, por su notoriedad y relevancia pública, son las más interesadas en mostrar un mayor énfasis en un comportamiento ético y responsable.

En consecuencia, se ha procedido a la lectura comparativa del contenido de los códigos de conducta, extrayendo las principales temáticas abordadas referidas al cumplimiento normativo. Este estudio ha permitido presentar unas ideas generales que van referenciadas con los códigos que mejor exponen o desarrollan estas ideas, bien en claridad, bien en exhaustividad. Esta selección de textos y de contenidos permite extraer las mejores prácticas en lo que respecta a gestión y transparencia ética. Lo expuesto en este trabajo puede servir de ejemplo para la redacción de códigos éticos por parte de pequeñas y medianas empresas que tengan un especial énfasis en la gestión ética.

Tras la lectura y análisis se observa que las principales temáticas éticas en relación al cumplimiento normativo abarcan la lucha contra la corrupción y el soborno, la prevención del lavado de activos, la responsabilidad fiscal, el uso indebido de información privilegiada, el respeto a los derechos humanos y la responsabilidad jurídica de la empresa. Sin embargo, estas temáticas son tratadas con diferente grado de presencia o de profundización, lo cual permite obtener una serie de conclusiones e implicaciones sobre la necesidad de reforzar algunas de ellas en los códigos de conducta, a fin de que los usuarios de los mismos sean conscientes de su importancia y de su repercusión.

El presente estudio se estructura en los siguientes apartados: en el segundo apartado se expone el uso actual de los códigos éticos en las empresas; el tercer apartado se destina a enumerar los principios rectores que suelen mencionarse en los códigos, a partir de los cuales se enuncian las conductas a seguir; desde el apartado cuarto hasta el noveno se describen las principales preocupaciones éticas en relación al cumplimiento normativo, diferenciando entre las diversas temáticas; finalmente, el apartado décimo resume las implicaciones y presenta una breve conclusión.

2. El uso de códigos éticos en las corporaciones empresariales

Actualmente, la opinión pública es especialmente exigente en temas empresariales, con una mayor conciencia del creciente poder de las empresas y la necesidad de regular las actividades de ciertos grupos de interés (Melé, Debeljuh

y Arruda, 2006). Ello ha llevado a un progresivo interés en la ética corporativa, con un mayor escrutinio público en esta materia. En esta línea, numerosas empresas han desarrollado políticas formales de ética corporativa, con el fin de reforzar el cumplimiento normativo, proteger a la alta dirección de riesgos y de posibles penalizaciones y de responder a las presiones de los diferentes *stakeholders* (Melé, 2000, pp. 2-3).

Estas políticas éticas acaban plasmándose en declaraciones de intenciones, credos de empresa u otros documentos formales como los códigos de conducta o códigos éticos (Belak, 2013). En este sentido, los códigos éticos pueden definirse como “un documento formal y distintivo que contiene una serie de prescripciones desarrolladas por y para una compañía, con el fin de guiar el comportamiento presente y futuro sobre múltiples cuestiones de, al menos, sus directivos y empleados hacia ellos mismos, la corporación, los grupos externos y/o la sociedad en general” (Kapten y Schwartz, 2008, p. 113).

Como indican Melé, Debeljuh y Arruda (2006), la principal razón para su implantación se centra, en primer lugar, en diseminar los valores corporativos o la filosofía corporativa a lo largo de la organización; en segundo lugar, permite mostrar al entorno social un compromiso público de la empresa y de los altos directivos de cara a promover una conducta aceptable desde el punto de vista social. Con los códigos éticos se muestra que las decisiones y actuaciones de la empresa están en conformidad con las expectativas éticas de la sociedad (Weaver, Treviño y Cochran, 1999), generando así una legitimación social de las actividades de la compañía. En esta línea, diversos estudios (Svensson y Wood, 2011) han mostrado que disponer de un código ético tiene un impacto positivo sobre las acciones y conductas éticas de la empresa, al mismo tiempo que refuerzan los valores corporativos, previenen conductas inapropiadas y contribuyen a construir la identidad corporativa.

Asimismo, en algunas jurisdicciones, como en el caso español, los códigos éticos forman parte del sistema de control interno y del modelo de *compliance*, que puede atenuar la responsabilidad penal de la empresa en caso de cometerse ilícitos de carácter económico-financiero o societario dentro de la organización.

3. Principios rectores de la visión ética

Una gran mayoría de las grandes empresas articulan sus códigos de ética sobre la base de una serie de principios rectores, a partir de los cuales se diseñan las directrices éticas que se plasmarán en un abanico de conductas. Concretamente, tal como se aprecia en la Tabla 1, el 70% de las grandes empresas argentinas, el 60% de las grandes empresas colombianas y el 73,5% de las grandes empresas españolas siguen una estructura basada en el planteamiento de un conjunto

de valores o principios éticos, seguido del desarrollo de las conductas esperables o conductas prohibidas.

Tabla 1. Estructura de los códigos éticos

Estructura	Argentina	Colombia	España
Principios + pautas de conducta	70%	59,9%	73,5%
Únicamente pautas de conducta	30%	40,1%	26,5%

Nota: porcentaje de empresas que siguen la estructura indicada.

Fuente: elaboración propia.

Entre los principios enumerados destacan especialmente los relativos al cumplimiento normativo, que son los más habitualmente citados por las grandes empresas: integridad y transparencia, tal como se desprende de la Tabla 2.

Tabla 2. Ranking de principios éticos mencionados en los códigos

Argentina	Colombia	España
Integridad (8)	Respeto (8)	Integridad (12)
Transparencia (6)	Integridad (6)	Transparencia (9)
Responsabilidad (5)	Transparencia (6)	Respeto (7)
Seguridad (4)	Honestidad (4)	Legalidad (6)
Honestidad (4)	Excelencia (4)	
Innovación (4)		

Nota: entre paréntesis, número de corporaciones que los mencionan.

Fuente: elaboración propia.

Estos principios se traducen en un conjunto de conductas en relación a unas temáticas de amplio calado ético referentes al cumplimiento normativo, algunos de los cuales implican delitos económicos, y de gran repercusión en el contexto globalizado actual de los negocios:

- Corrupción y soborno.
- Prevención del lavado de activos o blanqueo de capitales.
- Responsabilidad fiscal de la corporación.
- Respeto de los derechos humanos.
- Responsabilidad de la empresa ante los acreedores
- Responsabilidad jurídica de la empresa (con mención a la responsabilidad penal).
- Uso de información privilegiada.

4. Lucha contra la corrupción y el soborno

Los códigos de conducta dedican bastantes páginas a esta problemática, incluyendo definiciones de lo que se considera soborno, conductas a evitar, la gestión de relaciones con autoridades públicas y la actuación ante posibles pagos de facilitación. Se trata de una temática mencionada con elevada frecuencia en los códigos, consecuencia tanto de la repercusión en términos de imagen y reputación de la empresa como, en muchos casos, de la adhesión al Pacto Global de las Naciones Unidas, uno de cuyos pilares es la lucha contra la corrupción. Concretamente, el 90% de los códigos de las grandes corporaciones de Argentina, el 77,27% de los códigos colombianos y el 82,35% de los códigos de las grandes empresas españolas lo incluyen dentro de su contenido.

En primer lugar, los códigos que mencionan este desafío ético indican un planteamiento general del estilo “rechazo a cualquier forma de corrupción, soborno o extorsión” (AENA, España), “participamos activamente en la lucha contra la corrupción de conformidad con la Política específica sobre el tema aprobada por el Directorio de las Sociedades, y por medio de los procedimientos reglamentarios internos correspondientes” (Telecom, Argentina) o “[l]a Organización desarrollará su actividad comercial con transparencia e integridad, evitando actividades engañosas, deshonestas o fraudulentas y toda práctica que se considere que sea o induzca a la corrupción y/o soborno en las relaciones con entidades y funcionarios públicos o privados” (Avianca, Colombia).

Tras este planteamiento general, diversos códigos (como Indra en España o Ecopetrol en Colombia) aportan una definición de lo que se considera soborno. Así, Ecopetrol señala que “es un ofrecimiento o propuesta de un pago en dinero o la entrega de cualquier objeto de valor, como productos o servicios en especie, una oferta, un plan o una promesa de pagar algo (incluso en el futuro), de forma directa o indirecta, a cambio de un beneficio personal indebido, de un tercero o para la empresa”, mientras que Indra lo define como:

... prometer, ofrecer, entregar o facilitar a una persona, de forma directa o indirecta, cualquier beneficio no justificado, monetario o de otra clase, para que dicha persona actúe de manera indebida. También cometen soborno (pasivo) los que solicitan, aceptan o reciben de otro, directa o indirectamente, tal beneficio, como contrapartida a una actuación, anterior, simultánea o posterior, indebida por su parte. El soborno suele tener como finalidad la obtención de un beneficio o ventaja comercial o económica para quien lo comete, si bien la finalidad o motivo con el que se actúa es indiferente para que el soborno exista. También es indiferente si la actuación pretendida está o no en el ámbito de competencias de la persona sobornada.

Como indica el Código de Ecopetrol, el soborno no es solo dinero, sino que también puede producirse a través de favores de cortesía, pagos a funcionarios locales disfrazados como contribuciones de desarrollo social o ambiental, beneficios para miembros de la familia del empresario, etc. En esta línea, Indra señala diversos elementos condicionantes del soborno, entre los cuales quiere resaltar

a sus empleados que no necesariamente se realiza frente a un funcionario público, sino que también afecta a particulares (Tabla 3).

Tabla 3. Elementos esenciales de la consideración del soborno

<ul style="list-style-type: none"> • Para que exista soborno basta una simple promesa u ofrecimiento de un beneficio, sin que sea necesaria la entrega material o concesión efectiva del beneficio. • Puede sobornarse a cualquier persona; aunque generalmente el soborno se asocia con funcionarios públicos, el soborno también se produce entre particulares. • El beneficiario del soborno puede ser una persona física o jurídica. • En el soborno pasivo la actuación indebida del profesional o colaborador de Indra puede beneficiar al que soborna o a un tercero. • Funcionario público es toda persona que desempeña una función pública o presta un servicio público según se defina en cada país, si bien la mayoría de los países suelen tener un concepto muy amplio de la función y el servicio público. La persona que trabaja para una empresa o ente público puede ser un funcionario público. • El funcionario público puede ser tanto nacional como extranjero. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los particulares también pueden ser sobornados incluyendo directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa o de una sociedad, asociación, fundación o cualquier otro tipo de organización. • El soborno puede cometerse de forma indirecta, es decir, utilizando intermediarios o terceras personas tales como consultores comerciales, comisionistas, agentes o sociedades interpuestas. • El beneficio ofrecido con el soborno no ha de consistir necesariamente en dinero; puede ser cualquier contraprestación en especie, tales como regalos, viajes u ocio. • El soborno pasivo existe aunque el beneficio lo obtenga una persona distinta (por ejemplo, un familiar o un amigo) del profesional o colaborador de Indra que lo acepta. • También constituyen soborno los denominados “pagos de facilitación”, es decir, los pagos de cantidades o entrega de cosas, aunque el importe de aquellos o el valor de estas sea reducido, que se realicen a funcionarios públicos para agilizar o facilitar trámites administrativos.
---	--

Fuente: Código Ético de Indra, pp. 3-4.

Una vez definido el soborno y delimitado sus aspectos diferenciadores, los códigos suelen incluir ejemplos de situaciones de corrupción y soborno, a modo de ejemplo para los usuarios de dichos códigos (Tabla 4).

Tabla 4. Ejemplos de situaciones de corrupción y soborno

Indra	YPF
<ul style="list-style-type: none"> • Un consultor o proveedor solicita unos honorarios elevados en relación con su prestación. No resulta proporcional en términos económicos y comerciales. • Un tercero solicita que se ingresen parte de sus honorarios en una cuenta bancaria distinta a la prevista en el contrato que se firmó con él. 	<p>Si te encontrás involucrado o conocés alguna de estas situaciones, denuncialo por los canales disponibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Adelantar una certificación de servicios a cambio de un beneficio indebido. • Pagar o adelantar un pago a un inspector para que pase por alto la falta de procedimientos.

Indra	YPF
<ul style="list-style-type: none">• Un tercero solicita que se le paguen sus honorarios (o parte de ellos) en metálico.• Un consultor comercial solicita injustificadamente cantidades adicionales respecto a los honorarios pactados contractualmente con él.• Se encuentra en curso una licitación en la que participa la empresa, aún sin adjudicación, y un funcionario público del organismo que ha convocado la licitación o un tercero por cuenta de éste, solicita que se realice una donación a una determinada asociación sin ánimo de lucro, o que se contraiga el compromiso firme de realizar determinada subcontratación para el proyecto.• Un proveedor invita frecuentemente a comer o cenar o a cualquier actividad de ocio a un Profesional o Colaborador de la empresa.• Se invita a un cliente a visitar las instalaciones de Indra durante una semana, pagando la estancia completa y todos sus gastos y los de los familiares que le acompañan, incluyendo diversas actividades de ocio.	<ul style="list-style-type: none">• Efectuar pagos a agentes de Aduana para que insumos que no tienen documentación aduanera adecuada sean ingresados a nuestro país y utilizados en nuestras operaciones.

Fuente: códigos de ética de Indra y de YPF.

Finalmente, los códigos establecen la conducta a seguir, habitualmente la prohibición de dar a terceros o recibir de terceros pagos indebidos de cualquier tipo, no pudiendo realizar ni ofrecer, de forma directa o indirecta, ningún pago en efectivo, en especie o cualquier otro beneficio, a cualquier persona al servicio de cualquier entidad, pública o privada, partido político o candidato para un cargo público, con la intención de obtener o mantener, ilícitamente, negocios u otras ventajas o con la intención de que esta abuse de su influencia, real o aparente, para obtener de cualquier entidad, pública o privada, cualquier negocio u otra ventaja (ACS, Almacenes Éxito, YPF). Por ejemplo, en el código de YPF también se incide en que no se realizarán ni ofrecerán cuando se tenga conocimiento de que todo o parte del dinero o de la especie será ofrecido o entregado, directa o indirectamente, a cualquier entidad, pública o privada, partido político o candidato para un cargo público, con cualquiera de los motivos mencionados.

Un aspecto especialmente mencionado dentro de este epígrafe suele hacer referencia a los pagos de facilitación, que:

... consisten en pagos de pequeñas cantidades de dinero a funcionarios públicos a cambio de asegurar o agilizar el curso de un trámite administrativo o acción rutinaria como, por ejemplo, obtener un permiso o licencia sobre la cual la entidad tiene un derecho conferido por ley. Lo que caracteriza a los pagos de facilitación de otras formas de corrupción es que el que realiza un pago de este tipo no pretende obtener un negocio, contrato u operación comercial sino solo agilizar un procedimiento y el hecho de que habitualmente lo que se trata de conseguir con el pago es algo a lo que se tiene derecho (BBVA, España, Argentina).

El cumplimiento del Pacto Mundial de la ONU sobre anticorrupción lleva a las empresas a prohibir estos pagos realizados a funcionarios públicos para asegurar, avanzar o acelerar una acción o trámite público de rutina, independientemente de su cuantía (YPF, BBVA).

5. Prevención del lavado de activos o de blanqueo de capitales

Entre los aspectos de cumplimiento normativo más presentes en los códigos de conducta destaca el referido al lavado de activos, uno de los problemas más acuciantes a los que se enfrenta la globalización del sistema financiero. Esta cuestión está presente en el 30% de los códigos de las grandes empresas de Argentina, en el 72,73% de las corporaciones de Colombia y en el 58,82% de las grandes organizaciones de España. Sin embargo, como puede apreciarse en las cifras de presencia, es una temática muy presente en los códigos de Colombia, donde buena parte de las empresas son entidades financieras que destinan amplios apartados técnicos al lavado, mientras que apenas tiene presencia (1 de cada 3 códigos) entre las corporaciones argentinas.

En general, las empresas que tratan esta cuestión establecen un planteamiento general basado en aplicar el mayor rigor para prevenir y evitar el blanqueo de capitales provenientes de actividades delictivas o ilícitas. El contenido más habitual de esta sección en los códigos de conducta se centra en una descripción de señales de alerta (*red flags*), que pueden constituir indicios de que la operación o transacción a efectuar puede conllevar un posible lavado de dinero. La Tabla 5 expone varias de estas señales, tal como se recogen en los códigos de diferentes corporaciones.

Tabla 5. Señales de alarma indicativas de una posible operación opaca de lavado de dinero

Cemex	Ecopetrol
<ul style="list-style-type: none">• Pagos hechos o solicitados en divisas distintas a las especificadas en el contrato o facturas correspondientes.• Pagos hechos a o de países con los que no se tiene relación comercial alguna.• Pagos hechos en efectivo por cantidades significativas de dinero.• Pagos que involucren a terceros o intermediarios que tengan un rol aparente o claro en la transacción.	<ul style="list-style-type: none">• Dificultad en obtener o verificar información de una contraparte.• Inconsistencia entre la información suministrada por la contraparte y la información de otras fuentes.• Actividad de la contraparte que no tiene justificación obvia de manera comercial o parece extraña en un contexto de negocios normales.• Presencia de contraparte en país catalogado como no cooperante en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.• Transacciones que parecen haber sido estructuradas para evadir requerimientos.

Mediaset	Siemens
<ul style="list-style-type: none"> • Grandes y atípicas transacciones de dinero. • Transferencias monetarias cuyas instrucciones son inconsistentes y poco comunes en el negocio. • Transferencias monetarias con origen y/o destino en paraísos fiscales. • Estructuras societarias de cierta complejidad, anormales o desproporcionadas a la dimensión económica de la operación. 	<ul style="list-style-type: none"> • Pagos canalizados a través de una sociedad pantalla, una cuenta bancaria en un paraíso fiscal o un tercero desconocido. • El pago excesivo y el deseo de un reembolso rápido, especialmente a una cuenta distinta de la de origen. • Deseo de pago en efectivo. • Un depósito inusualmente grande. • Un modelo de negocio inusual e innecesariamente complicado para el producto de Siemens Gamesa. • El <i>business partner</i> no cuenta con los procesos, los recursos humanos o los recursos financieros necesarios. • Negativa a reunirse en persona.

Fuente: códigos de ética de CEMEX, Ecopetrol, Mediaset y Siemens).

6. Responsabilidad fiscal de la corporación

Una de las preocupaciones éticas más relevantes a nivel internacional es la referente a la adecuada planificación tributaria, que permita, por una parte, minimizar la factura fiscal con el erario público correspondiente, y, por otra parte, no eludir las responsabilidades tributarias ante una opinión pública cada vez más exigente e informada, con el posible impacto negativo que podría tener sobre la imagen corporativa. Los tributos constituyen además la principal contribución cuantitativa de las empresas al desarrollo económico y social de las sociedades en las que actúan, siendo esta faceta del cumplimiento normativo un aspecto ético de gran significatividad.

Realmente el pago de los impuestos correspondientes viene de forma implícita asumido en los planteamientos de cumplimiento normativo de los códigos de conducta, cuando se establece, por ejemplo como lo indica Aluar, que ha de cumplirse con todas las leyes y normas de los países en que opera. Sin embargo, en varios códigos de ética, esta temática alcanza un desarrollo y una profundización especial, mencionándose de forma explícita y con un contenido mucho más específico. Así, el 5% de las empresas argentinas, el 31,82% de las empresas colombianas y el 47,06% de las empresas españolas lo incluyen entre el contenido de su código. Como puede apreciarse en las cifras presentadas, a pesar de la gran relevancia ética de la responsabilidad fiscal, su presencia es bastante reducida en los códigos de conducta.

Los códigos que la mencionan (por ejemplo, ACS, Acerinox y Cellnex, en España; Bancolombia, Celsia y Grupo Aval, en Colombia) suelen invocar cuatro planteamientos de partida: el cumplimiento de la normativa, evitar la ocultación de

información, evitar la elusión ilegal y la colaboración con las Administraciones tributarias de los países. Bancolombia expone su compromiso con la fiscalidad en la siguiente forma:

Consistente con nuestro deseo de contribuir al desarrollo de las economías de los países en que operamos, contribuimos con el pago oportuno de los impuestos que legítimamente nos corresponde pagar en todos los países en que tenemos la obligación de tributar, de acuerdo con la normativa tributaria vigente. No nos involucramos en prácticas de planeación fiscal agresiva contrarias al espíritu de las leyes fiscales aplicables, si bien acudimos, cuando a ello hay lugar, al uso de alternativas y facilidades disponibles para maximizar los beneficios.

El mantenimiento de unos registros fiscales fiables y conforme a la normativa (Bancolombia), el establecimiento de políticas internas de contratación que contemplen mecanismos para la armonización de las distintas leyes aplicables en materia fiscal (Celsia), así como la prohibición de constituir o mantener entidades en territorios calificados como paraísos fiscales (Acerinox) constituyen también aspectos reseñables dentro del contenido de los códigos éticos.

7. Respeto a los derechos humanos

La conducta ética de las empresas conlleva respetar los derechos humanos en sus diferentes vertientes, como la abolición del trabajo infantil o forzoso, la preservación del medioambiente, la lucha contra la corrupción, etc. Sin embargo, se detecta que no existe una mención clara y explícita sobre el respeto a los derechos humanos en los códigos de conducta, más allá del principio genérico de cumplimiento de la normativa legal. En este epígrafe se muestra una tendencia similar a la responsabilidad fiscal, donde las grandes corporaciones españolas muestran una mayor conciencia sobre este aspecto (79,41% lo mencionan) frente a las organizaciones argentinas y colombianas (40% y 63,64%, respectivamente).

Las empresas que mencionan esta preocupación ética (por ejemplo, Almacenes Éxito, Grupo Energía Bogotá, Sura, Nutresa, Ecopetro, ETB, en Colombia; Macro, Telecom, BBVA Banco Francés, Grupo Mirgor, Ternium, en Argentina; ACS, Mapfre, Meliá, Naturgy, en España) suelen mostrar que la compañía se ha adherido al Pacto Mundial de las Naciones Unidas, basado en diez principios sobre cuatro áreas: derechos humanos, estándares laborales, medioambiente y anticorrupción. Ecopetrol lo justifica en el sentido en que “las organizaciones que se adhieren comparten la convicción de que las prácticas empresariales, basadas en principios universales, contribuyen a la generación de un mercado global más estable, equitativo, incluyente y que fomenta sociedades más prósperas”. Tal como indica Mapfre, asumir ese Pacto implica una serie de obligaciones:

- a) Evitar prácticas discriminatorias o que menoscaben la dignidad de las personas.
- b) Rechazar el trabajo infantil y el trabajo forzoso u obligatorio.

- c) Respetar la libertad sindical, de asociación y negociación colectiva de sus empleados, así como el papel y las responsabilidades que competen a la representación de los trabajadores de acuerdo con la legalidad vigente en cada país.
- d) Ofrecer un empleo digno.
- e) Implantar procedimientos de supervisión que permitan identificar, con la debida diligencia, posibles situaciones de riesgo de vulneración de los derechos humanos y establecer mecanismos para prevenir y mitigar dichos riesgos.

No obstante, a pesar de su importancia, tal como se ha señalado anteriormente, numerosas empresas omiten esta cuestión en los códigos de ética.

8. Responsabilidad jurídica de la empresa y responsabilidad ante los acreedores

La actuación de la empresa tiene una repercusión ética indudable que puede traducirse, además, en una responsabilidad jurídica. Tal como indica el código ético de Ternium:

... los empleados deben ser conscientes de que, debido al carácter global de las operaciones de Ternium Argentina, una conducta inapropiada en un determinado país podría generar responsabilidad legal para Ternium Argentina o sus empleados no solo en el país donde tuviera lugar esa conducta impropia sino también –potencialmente– en otros países.

O como indica CaixaBank: “CaixaBank puede ser declarada jurídicamente responsable por el incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas jurídicamente obligatorias por parte de sus empleados, directivos y administradores” .

Sin embargo, la mención a esta responsabilidad jurídica de la empresa derivada de una falta de conducta ética es escasamente mencionada en los códigos éticos; solo un 10% de las empresas argentinas, un 4,5% de las corporaciones colombianas y un 23,53% de las organizaciones españolas incluyen esta temática en sus documentos.

Ciertamente, la reforma del Código Penal español de 2010 y de 2015 ha introducido la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cual ha generado una preocupación corporativa que se ha volcado en los códigos éticos. Para afrontar esta potencial responsabilidad penal (y, en caso de litigios condenatorios, poder atenuarla) las corporaciones han comenzado a implantar modelos de cumplimiento (*compliance*) en los que se analizan los riesgos de incumplimiento y se establecen mecanismos y políticas para la prevención de delitos. Una de las vías para mostrar que las empresas toman en consideración estas preocupaciones es precisamente la elaboración de códigos éticos. En palabras del código de Enagás:

La compañía hace propio el principio de debida diligencia para la prevención, detección y erradicación de conductas irregulares (tanto de índole penal como de cualquier

otra naturaleza) de las personas de Enagás. Es decir, las personas de Enagás comparan la obligación de prevenir, identificar y notificar la aparición de conductas irregulares, incluyendo ilícitos penales. Enagás actúa con la debida diligencia en la prevención, detección y erradicación de prácticas irregulares.

Inditex abunda en esta problemática indicando que:

Tiene en cuenta el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, recogido en el ordenamiento jurídico de diversas jurisdicciones donde Inditex opera y previene y proscribte la existencia de comportamientos que puedan determinar la responsabilidad de la compañía entre sus representantes legales, administradores, empleados o por cualquier otra persona que esté sometida a la autoridad del personal de la compañía.

Entre los aspectos de la responsabilidad jurídica preocupa especialmente la ocultación de patrimonio empresarial para eludir el cumplimiento de responsabilidades frente a acreedores. Los códigos que tratan este epígrafe (CIE, Enagás, DIA, Merlin, Inditex) señalan que no se realizará ningún acto de enajenación, transmisión, cesión u ocultación de cualquier bien o titularidad de la empresa con la finalidad de eludir el cumplimiento de las obligaciones, responsabilidades, y compromisos de la compañía frente a los acreedores y otros terceros.

9. Uso indebido de información privilegiada

La gestión de la información constituye un tema habitual dentro de los códigos de conducta. El contenido de esta temática abarca diferentes aspectos: la confidencialidad de la información, la transparencia y el suministro de información fiable y oportuna, el tratamiento de la información económico-financiera y el uso de la información privilegiada. La Tabla 6 recoge la presencia de estos aspectos en los códigos de ética de los tres países analizados.

Tabla 6. Gestión de información en los códigos éticos

	Argentina	Colombia	España
Suministro de información veraz	90%	81,82%	91,18%
Confidencialidad en el manejo de la información	90%	100%	100%
Apartado para la información económico-financiera	75%	59,09%	50%
Apartado especial para la información privilegiada	90%	54,55%	55,88%

Nota: porcentaje de empresas que mencionan el aspecto indicado en su respectivo Código. Fuente: elaboración propia.

La conducta a seguir en relación a la información privilegiada y a su posible mal uso se recoge en el 90% de los códigos de Argentina, en el 54,55% de los códigos de Colombia y en el 55,88% de los códigos de España. Destaca especialmente en el caso de Argentina, donde se establecen períodos de prohibición de operaciones que refuerzan el control de la información privilegiada.

Al analizar la información privilegiada, es preciso definir qué se entiende por dicho término y diferenciarlo de otros términos como “información reservada”, “información confidencial”, “información relevante”, “información interna”, etc. Por información privilegiada, siguiendo los textos de Mediaset o de Banco de Bogotá, se considera toda información no publicada que, de hacerse pública, podría afectar al precio de las acciones o podría condicionar la actitud compradora o vendedora de un inversor frente a la compañía, esto es, información que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre la cotización de la compañía en un mercado o sistema organizado de contratación. El Banco Sabadell subraya dentro de su documento los tres elementos que tienen que concurrir para que una información sea calificada como privilegiada:

- 1) La información se refiere a un valor, o emisor de valores, que coticen en algún mercado organizado de valores. El valor puede ser de renta fija, variable o puede ser un instrumento financiero.
- 2) La información todavía no se ha hecho pública.
- 3) Se trata de una información que, de hacerse pública, puede afectar a la cotización del valor.

Los reglamentos internos de conducta de los mercados de valores son especialmente exigentes, estableciendo regímenes de abstenciones que son reflejados dentro de los códigos éticos. Los profesionales en este sentido deben abstenerse de:

- a) preparar o realizar cualquier tipo de operación sobre las acciones u otros valores negociables del Grupo a los que se refiera la información (esta abstención suele extenderse también a familiares y allegados de los profesionales del Grupo);
- b) comunicar dicha información a terceros, salvo que sea en el ejercicio normal de su trabajo;
- c) recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores negociables o instrumentos financieros o que haga que otro los adquiera o ceda basándose en dicha información privilegiada (Códigos de Ética de Merlin y Ferrovial).

Especial mención merece la consideración de esta cuestión en varios códigos de empresas argentinas, en los que se establecen intervalos temporales en los cuales no se podrán operar con acciones del grupo. Por ejemplo, el Grupo Mirgor establece para los profesionales del Grupo que:

Quienes inviertan en valores negociables de cualquiera de las sociedades del Grupo o que efectúa cualquier transacción (compra o venta) con esos valores negociables, deberá informar al área de [Control de Gestión y Contabilidad] dentro de los cinco (5) días corridos de efectuadas, indicando tipo de operación, fecha, tipo de título, cantidad y precio de la operación, y no podrán realizar transacciones sobre valores negociables desde quince (15) días antes de cada presentación de resultados del

Grupo (anuales y trimestrales) y hasta quince (15) días posteriores siguientes a la fecha en que los mismos se publiquen.

De forma similar, Cresud señala unos periodos de prohibición para realizar transacciones de compra, venta, opciones de compra y/o venta de acciones que se establecen desde 28 días posteriores a la fecha de cierre de los estados contables trimestrales y 56 días posteriores a la fecha de cierre de los Estados contables anuales. Finalmente, YPF manifiesta una política idéntica en la que:

Los Sujetos Alcanzados no podrán realizar transacciones sobre los valores negociables de YPF desde quince (15) días corridos antes de cada presentación de resultados de la Sociedad (anuales y trimestrales) y hasta dos (2) días hábiles bursátiles siguientes a la fecha en que los mismos se publiquen, cuando posean información no pública y sustancial de YPF relativa a los resultados, es decir Información Privilegiada. En caso de poseer otra Información Privilegiada, deberán abstenerse de negociar valores negociables de YPF al conocer dicha información hasta tanto la misma sea pública.

10. Conclusiones

Actualmente asistimos a un creciente escrutinio público sobre las actuaciones empresariales, con un importante peso de la ética corporativa. Los escándalos empresariales que con frecuencia se producen en los países, conjuntamente con la búsqueda de una legitimación social por parte de las organizaciones, han llevado a que la ética empresarial forme parte de las agendas de las corporaciones. Entre los mecanismos para volcar la conciencia ética sobre las organizaciones destacan los códigos éticos o códigos de conducta, que, como parte del sistema de control interno de las compañías, establecen directrices sobre el cumplimiento normativo y permiten establecer controles para evitar la comisión de delitos económico-financieros y societarios. Estos códigos éticos parten de una serie de principios rectores como son la integridad, la honestidad y la transparencia, a partir de los cuales se enuncian un conjunto de conductas esperables o prohibidas. No obstante, el diseño de códigos éticos en un momento dado no garantiza la conducta ética, sino que es preciso que se concrete el modo de reforzar su cumplimiento y que se revisen y actualicen con frecuencia (Melé, 2000).

El presente estudio plantea una revisión de las temáticas de cumplimiento normativo en los códigos éticos de las grandes compañías de Argentina, Colombia y España. Por una parte, permite evidenciar las principales preocupaciones éticas de las grandes corporaciones. Por otra parte, se indican las conductas sugeridas en los códigos para afrontar cuestiones delictivas en el mundo empresarial de gran importancia en este entorno globalizado, como el lavado de activos, la corrupción y el soborno, la responsabilidad fiscal o el uso indebido de información privilegiada, subrayando buenas prácticas propuestas por estas grandes compañías.

El análisis de los códigos de las grandes corporaciones argentinas, colombianas y españolas permite extraer una serie de puntos de interés. En primer lugar,

cabe subrayar la importancia concedida a la lucha contra la corrupción y el soborno, con una amplia y extensa mención en los códigos, y con un buen grado de profundización en dicha problemática. Los códigos reafirman esta lucha, indicando a los usuarios qué se considera soborno, cómo este no se vincula estrictamente al dinero líquido o a funcionarios públicos, qué situaciones pueden sugerir que asistimos a un soborno encubierto y qué conducta ha de seguirse.

Mientras que la temática del soborno y la corrupción está ampliamente presente en los códigos, otras cuestiones de gran relevancia en un contexto de globalización son tratadas con un menor grado tanto de presencia como de profundización. Entre ellas destaca el respeto a los derechos humanos, que, aunque implícito en muchos códigos, apenas aparece mencionado de forma explícita, siendo un importante punto de partida para la gestión ética de las organizaciones.

Por otra parte, al lavado de activos o blanqueo de capitales se le concede una menor importancia entre los códigos de los tres países, especialmente en Argentina. No cabe duda de que se trata de una problemática que requiere una actuación rigurosa y una coordinación fluida, por lo que sería de interés reforzar la conciencia ética sobre este delito a través de una mayor presencia en los códigos de conducta. Del mismo modo, la responsabilidad fiscal de la compañía suele mencionarse de forma superficial; en consecuencia, surge la necesidad de incidir en este aspecto, subrayando la importancia que tiene como contribución de la empresa al desarrollo económico y social del entorno en que opera.

Los códigos analizados muestran una escasa mención a la responsabilidad jurídica de la empresa como consecuencia de las actividades de sus empleados y directivos. Además, en determinadas jurisdicciones, como la española, la empresa puede afrontar una responsabilidad penal que puede conducir al cierre de la organización. Por ello, es importante resaltar esta potencial responsabilidad jurídica de la corporación, de cara a concienciar a los trabajadores sobre el alcance de sus actuaciones.

Finalmente cabe subrayar la importancia concedida en los códigos al uso de la información privilegiada de forma indebida. Y entre los códigos analizados destaca especialmente el esquema avanzado implantado en muchos códigos de Argentina, en los que explícitamente se establecen períodos de abstención de operaciones bursátiles, propiciando un mayor control sobre el uso de esta tipología de información.

En conclusión, a pesar del extenso uso de códigos de conducta por parte de las grandes corporaciones, muestra de la preocupación ética que afrontan estas compañías, sería necesario reforzar la presencia de diversas temáticas vinculadas al cumplimiento normativo y que pueden generar ilícitos de carácter económico-financiero como el lavado de activos o la responsabilidad fiscal de las organizaciones.

11. Anexo I. Empresas analizadas

Argentina Merval-20	Colombia Colcap-25	España Ibex-35
Aluar	Almacenes Éxito	Acciona
Banco Macro	Aval Acciones y Valores	Acerinox
BBVA Banco Francés	Avianca	ACS
BYMA	Banco Davivienda	AENA
Cablevisión	Banco De Bogotá	Amadeus
Central Puerto	Bancolombia	Arcelormittal
Comercial del Plata	Bcolombia	Bankia
Cresud	Bolsa De Valores De Colombia	Bankinter
Edenor	Canacol Energy	BBVA
GP Fin Galicia	Celsia	Caixabank
Grupo Supervielle	Cemargos	Cellnex Telecom.
Grupo Valores	Cementos Argos	CIE Automotive
Holcim	Cemex Latam	DIA
Pampa Energía	Corporación Financiera Colombiana	Enagás
Telecom Argentina	Concreto	Endesa
Ternium Argentina	Ecopetrol	Ferrovial
Trans. Gas Norte	ETB	Grifols
Trans. Gas Sur	Grupo Argos	IAG (Iberia)
Transener	Grupo Energía Bogotá	Iberdrola
YPF	Grupo Aval	Inditex
	Interconnection Electric	Indra
	Nutresa	Inmobiliaria Colonial (n/d)
	Grupo SURA	Mapfre
		Mediaset
		Meliá Hotel Intl.
		Merlin Prop.
		Naturgy
		Red Eléctrica Española
		Repsol
		Sabadell
		Santander
		Siemens Gamesa
		Técnicas Reunidas
		Telefónica
		Viscofan

12. Anexo II. Aspectos analizados y porcentaje de su presencia en los códigos de Argentina, Colombia y España

	Argentina	Colombia	España
Corrupción y soborno	90%	77,27%	82,35%
Prevención del lavado de dinero	30%	72,73%	58,82%
Responsabilidad fiscal de la corporación	5%	31,82%	47,06%
Respeto de los derechos humanos	40%	63,64%	79,41%
Responsabilidad jurídica de la empresa	10%	4,55%	23,53%
Uso indebido de información privilegiada	90%	54,55%	55,88%

Fuente: elaboración propia.

13. Referencias bibliográficas

- Belak, J.** (2013). Corporate Governance and the Practice of Business Ethics in Slovenia. *Syst Pract Action Res*, 26(6), pp. 527-535.
- Kaptein, M. y Schwartz, M.** (2008). The Effectiveness of Business Codes: a Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model. *Journal of Business Ethics*, 77(2), pp. 111-127.
- Melé, D.** (2000). Políticas de ética empresarial: Posibilidades y limitaciones. *Papeles de Ética, Economía y Dirección*, (5), pp. 1-17.
- Melé, D.; Debeljuh, P. y Arruda, M. C.** (2006). Corporate Ethical Policies in Large Corporations in Argentina, Brazil and Spain. *Journal of Business Ethics*, 63, pp. 21-38.
- Rodríguez-Domínguez, L.** (2019). Preocupaciones éticas en las grandes empresas españolas.: Alcance de los códigos éticos en el ibex-35. *Técnica Contable y Financiera*, 24, pp. 114-145.
- Svensson, G. y Wood, G.** (2011). A conceptual framework of corporate and business ethics across organizations. *The Learning Organization*, 18(1), pp. 21-35.
- Weaver, G.; Treviño, L. y Cochran, P.** (1999). Integrated and decoupled corporate social performance: Management commitments, external pressures, and corporate ethics practices. *Academy of Management Journal*, 42(5), pp. 539-552.

Más allá del derecho penal: el derecho al acceso a la justicia y el principio de doble instancia judicial⁽¹⁾

Luciano D. Laise

*Conicet, Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas,
Universidad Nacional de Chilecito, Argentina*

✉ lucianolaise@conicet.gov.ar

📅 Fecha de recepción: 25/04/2020 - Fecha de aceptación: 27/04/2020

Cómo citar este artículo: Laise, L. (2020). Más allá del derecho penal: El derecho al acceso a la justicia y el principio de doble instancia judicial. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 145-167. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566. DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a07>

Resumen: El llamado “derecho al recurso” incluye la posibilidad de una doble instancia judicial, tal como lo ha reconocido el art. 8°, inc. 2°, numeral h del Pacto de San José de Costa Rica. Si bien esa disposición convencional se refiere exclusivamente a procesos de índole penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que tal garantía procesal se ha de extender a pleitos de naturaleza fiscal, administrativa, civil y laboral. Así, se sostendrá que el derecho al acceso a la justicia también comprende necesariamente el derecho al recurso. Con todo, es cierto que una expansión del sistema recursivo conllevaría una tensión entre celeridad y justicia en los procesos judiciales. Frente a ello, este trabajo propondrá una vía para reducir esa tensión por medio de un examen de razonabilidad, la cual aseguraría el contenido mínimo de todos y cada uno



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

(1) Este artículo se inserta en el proyecto de investigación titulado: “El concepto de dignidad humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas” (Código PICTO-2017-0032), financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (Argentina). El autor reconoce y agradece a Gustavo Manzó, Pedro Rivas, Juan Cianciardo y Juan Bautista Etcheverry por la discusión de algunas de las ideas que han modelado la estructura de este trabajo.

de los bienes y derechos involucrados. Dicho de otro modo, el objetivo de este artículo es proponer una defensa del derecho al recurso que armonice celeridad y justicia.

Palabras clave: instancia única; proceso civil; tutela judicial efectiva; garantías constitucionales del debido proceso.

Beyond Criminal Law: the right of access to justice and the principle of two-instance court proceedings

Abstract: The right to appeal a motion includes the possibility of access to two-instance court proceedings, as it is stated in the art. 8. 2. h of the American Convention Human Rights (Pact of San Jose, Costa Rica). It is an uncontestable that the former international provision refers only to criminal proceedings. However, the Inter-American Court of Human Rights had maintained that those procedural guarantees are to be extended to proceedings on tax, administrative, civil and labor matters. Therefore, in this article I will hold that an entrenchment of the right to access to justice necessarily incorporates the right to appeal a motion. Nevertheless, an expansion of the appealing system would entail a tension between promptness and justice within judicial proceedings. Before that issues, this work will articulate a way to reduce those tensions by the means of the “reasonableness test”. That solution would secure the basic content of every single right and good involved in the case. In other words, the aim of this article is to secure a right to appeal but harmonizing promptness and justice.

Keywords: unique instance; civil procedure; effective judicial protection; constitutional guarantees of due process.

Além do direito penal: o direito de acesso à justiça e o princípio da dupla instância judicial

resumo: O chamado “direito de apelar” inclui a possibilidade de uma instância judicial dupla, conforme reconhecido pelo art. 8th, inc. 2º, número h do Pacto de San José, Costa Rica. Embora esta disposição convencional se refira exclusivamente a processos penais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que essa garantia processual deve ser estendida a ações de natureza fiscal, administrativa, civil e trabalhista. Assim, será argumentado que o direito de acesso à justiça também inclui necessariamente o direito de apelação. No entanto, é verdade que uma expansão do sistema recursivo implicaria uma tensão entre velocidade e justiça nos processos judiciais. Diante disso, este trabalho proporrá uma maneira de reduzir essa tensão por meio de um teste de razoabilidade, que garantiria o conteúdo mínimo de cada um dos bens e direitos envolvidos. Em outras palavras, o objetivo deste artigo é propor uma defesa do direito a um remédio que harmonize velocidade e justiça.

Palavras chave: instância única; processo civil; proteção judicial efetiva; garantias constitucionais do devido processo legal.

1. Introducción: la única instancia en materia extrapenal y un polémico control de convencionalidad

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CSJN) ha resuelto en numerosas ocasiones que la garantía procesal de una doble instancia judicial procede exclusivamente en materia penal. De esta manera, el Supremo

Tribunal argentino todavía no ha invalidado a las múltiples disposiciones jurídico-procesales que instituyen una única instancia en materia laboral como sucede, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires. Se pueden advertir regímenes procesales aún más restrictivos en la provincia de Jujuy o la Rioja, ya que en tales jurisdicciones se advierte un régimen general de única instancia, salvo para casos de índole criminal o penal (Fenochietto, 2003, p. 300).

El argumento que se suele esgrimir para rechazar el reconocimiento a un derecho a una apelación ordinaria es que esto redundaría en un peor servicio de justicia, puesto que retardaría y aumentaría los costos del proceso que los justiciables deben afrontar (Ibarlucía, 2010). Según tal argumento, en efecto, la posibilidad de apelación sería perjudicial para los propios usuarios del servicio de justicia. Por ende, la solución más adecuada para consolidar el acceso a la justicia sería limitar el debate judicial a un régimen de instancia única. En otras palabras, a menor cantidad de instancia se incrementaría la calidad o, al menos, la celeridad del servicio de justicia, lo cual beneficiaría principalmente a los justiciables.

La respuesta que se defenderá en este trabajo es sustancialmente distinta a la que se esbozó en el anterior párrafo. Por el contrario, se sostendrá que el reconocimiento de un derecho a una apelación mediante una instancia ordinaria conllevaría un nivel de cumplimiento del derecho al acceso a la justicia que resultaría más consistente con los estándares interamericanos de protección de los derechos fundamentales. Con todo, persiste el reto de que esa doble instancia judicial no termine siendo perjudicial para los justiciables. No sea que la ampliación del acceso a las vías de apelación redunde en un daño sensible a los intereses de quienes acceden al sistema de justicia.

Sin embargo, cabría examinar las causas de esa prolongación en el tiempo de los procesos que comporta una doble instancia judicial. ¿Obedece tal inconveniente a conductas procesales temerarias de los abogados litigantes o responde esto a una deficiente gestión del trabajo judicial? Lo más plausible es que la respuesta sea una combinación de ambos extremos o polos opuestos. Ahora bien, si el problema radicase más en un polo que en el otro, el rechazo a la doble instancia judicial en materia extrapenal será más o menos razonable. Dicho de otra manera, el grado de razonabilidad de la restricción del acceso a una apelación ordinaria es directamente proporcional a la eficiencia del servicio de justicia.

Más en concreto, si los procesos de apelación se terminasen extendiendo en el tiempo por muchos años en virtud de una impericia en la gestión de la carga de trabajo judicial, pues entonces sería irrazonable hacer recaer el peso de tal impericia en términos de una restricción del acceso a una vía de apelación ordinaria. Y, en el extremo opuesto, si los procesos judiciales se gestionasen de un modo eficiente, pero estos se demoran por causa de conductas indebidas –o, más aún, temerarias– de los abogados litigantes, pues entonces sería razonable limitar, e incluso restringir, el acceso a un mecanismo de apelación.

Con el fin de abordar tales cuestiones, el presente trabajo se estructurará de la siguiente manera:

- 1) Se esclarecerá el significado del concepto de “acceso a la justicia”.
- 2) Se establecerá la conexión entre el concepto de acceso a la justicia y el principio de doble instancia judicial en materia extrapenal.
- 3) Se describirá y examinará críticamente la consistencia del argumento de la ineficacia de la doble instancia judicial para proteger los derechos fundamentales de los justiciables.
- 4) Se propondrá una respuesta que permita conciliar, por un lado, el acceso a la justicia de aquellos que impulsan el reconocimiento constitucional de un derecho a una instancia de apelación ordinaria en materia extrapenal y la eficacia de la institución de un sistema de doble instancia judicial en el contexto argentino, por el otro.
- 5) Finalmente, se concluirá con un apartado en el que se sintetizarán los principales resultados de este artículo de investigación.

2. Del concepto de derecho al acceso a la justicia hasta la doble instancia judicial en materia extrapenal

2.1. El concepto de “derecho al acceso a la justicia”

El significado del derecho al acceso a la justicia es una cuestión de persistente interés teórico porque, como lo señala Rhode, una de las cuestiones centrales de tal derecho consiste en la falta de claridad sobre lo que significa “acceso a la justicia”. ¿Se refiere acaso este derecho a cuestiones meramente procedimentales como, por ejemplo, un acceso a la asistencia letrada y a procesos adecuados para resolver casos judiciales? ¿Este derecho al acceso a la justicia comprende también el derecho a una resolución justa de una disputa jurídica o social? (Rhode, 2013, p. 532; Rhode, 2001, pp. 1786-1787).

La noción de derecho al acceso a la justicia que se reconstruirá en este trabajo permitirá articular esos sentidos formales y materiales, tal como parece ser la tendencia en la doctrina contemporánea a nivel global (Rhode, 2008, p. 872; Grossman y Sarat, 1981, p. 125; Hasle, 2003, p. 101).⁽²⁾ Más aún, estamos frente a un derecho que se refiere a la posibilidad efectiva de las personas de acudir a mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean tanto formal como materialmente útiles para la tutela de los derechos (Sarrabayrouse Oliveira, 2015, p. 151). Se trata de un derecho que resulta tanto más relevante cuanto más se complejizan las normas e instituciones del sistema jurídico (Rhode, 2004, p. 375); pero, sobre todo, cuando los cambios sociales se canalizan a través de instituciones y procedimientos establecidos en tal sistema jurídico.

(2) Con todo, el sentido material del concepto de justicia que implica la noción de acceso a la justicia es una cuestión intensamente debatida (Cappelletti, Garth y Trocker, 1982, pp. 666-667).

De hecho, el acceso a la justicia supone diversos aspectos, tales como la posibilidad –formal y material– de presentar acciones ante órganos jurisdiccionales, la capacidad –de las partes y las instituciones involucradas– de impulsar el proceso hasta su finalización; y la aptitud de este para brindar, en un tiempo útil, una decisión que conlleve la solución efectiva al conflicto de que se trate y que, en tal caso, asegure el ejercicio o goce de los derechos afectados y/o la reparación de la vulneración de ellos.

Asimismo, tal solución efectiva también incluye todo aquello relativo a la ejecución o a la implementación de la decisión adoptada (Errandonea y Martín, 2015, p. 347). Con todo, es preciso remarcar que en el propósito del derecho al acceso a la justicia no se ve involucrado tan solo la protección de los derechos de cada ciudadano, sino que la sociedad en su conjunto se ve afectada, de un modo u otro, por la eficacia de este derecho (Evans, 1997, p. 45).⁽³⁾

Ahora bien, ¿cuál es el relieve constitucional del derecho al acceso a la justicia? Pues se trata de uno de los pilares centrales del Estado constitucional de derecho (Nettel Díaz, 2017, p. 278) porque el derecho al acceso a la justicia se orienta directamente hacia la concreción de un sistema jurídico que asegure una eficaz, confiable y transparente aplicación de las disposiciones jurídicas a la luz de la Constitución (Fein, 2017, p. 278).

En efecto, como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) (1987), “... en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (OC 9/1987, párr. 35). De hecho, el acceso a la justicia no es tanto una consigna como una prescripción dirigida a una lograr una interacción armoniosa entre los ciudadanos y el sistema jurídico, lo que resulta ser una pieza esencial para una democracia constitucional saludable (Grossman y Sarat, 1981, p. 126).

Así, la dimensión formal del derecho al acceso a la justicia –por ejemplo, posibilidad de petición, prueba y alegato ante tribunal competente, independiente e imparcial– se articula con su dimensión material –posibilidad de obtener una sentencia justa–, para así constituir “un precioso instrumento para la protección del ser humano y la defensa ante la acción o la omisión del Estado que vulneren o pretendan vulnerar cualquiera de los derechos reconocidos consagrados en la Convención Americana” (Corte IDH, 2003, párr. 9).

No se trata, pues, de asegurar un mero acceso formal a instancias jurisdiccionales, sino que estamos frente a un derecho a obtener una sentencia justa que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana (Corte IDH, 2006, voto de Cancado Trindade, párrs. 51-52; Cappelletti y Garth,

(3) Rhode (2004, p. 376) plantea que un apropiado nivel de acceso a la justicia debería ser una prioridad social.

1978, p. 182). Porque el aspecto formal del acceso a la justicia no es sino un instrumento para (Cappelletti, Garth y Trocker, 1982, p. 666).

Aún más, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) ha afirmado que el derecho al acceso a la justicia es uno de los elementos imprescindibles para un proceso de inclusión social (párr. 46). Esto no implica defender que el derecho al acceso a la justicia sea capaz de remediar las graves desigualdades socioeconómicas que se advierten en la región porque tales procesos de inclusión social no parecen referirse principalmente a soluciones estructurales para erradicar la pobreza que se pudieran canalizar por medio de la implementación del derecho al acceso a la justicia.

La finalidad socialmente inclusiva del derecho al acceso a justicia, en efecto, designa a las posibilidades fácticas y jurídicas en virtud de las cuales se concreta un eficaz acceso a las instituciones que resultan capaces de garantizar -con cierta efectividad- los derechos de las personas.⁽⁴⁾ Porque el reconocimiento de derechos fundamentales sería fútil si no se establecieran mecanismos que posibiliten su exigibilidad (Cappelletti y Garth, 1978, p. 185). Dicho de otra manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha sostenido que el derecho al acceso a la justicia es una condición necesaria, pero no suficiente, para remediar situaciones de desigualdad social y económica.

Así, el derecho al acceso a la justicia funciona como un “derecho bisagra” en cuanto permite efectivizar a los distintos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, abriendo el camino para reclamar su cumplimiento y asegurar la igualdad y la no discriminación (Ramos, 2015, p. 60). Un punto de referencia sobre el significado de este derecho se puede detectar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha desarrollado una profusa elaboración jurisprudencial sobre el alcance y sentido del derecho al acceso a la justicia.

El citado tribunal sudamericano, en efecto, se ha esforzado por argumentar que el derecho al acceso a la justicia es una precondition básica para la operatividad del resto de los derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, 2011; 1996). Más aún, la Corte Constitucional de Colombia (2018) ha ratificado tal línea jurisprudencial mediante una sentencia en la que determinó que el derecho a la administración de justicia es un requerimiento insoslayable para que tenga lugar la reparación integral de las víctimas del conflicto armado en ese país. En resumen, el significado del derecho al acceso a la justicia no tiene un contenido meramente formal o procedimental, sino que es un presupuesto necesario de toda sentencia que atribuye lo que es debido a una persona.

(4) En efecto, se ha planteado que “[u]nder the rubric of inclusion, discussions focus on access to (and relative success with) economic, social, and political institutions” (Oxoby, 2009, pp. 1135-1136).

Lo dicho anteriormente se debe, en primer lugar, a que el proceso no es una institución jurídica que se pueda compartimentalizar. Las técnicas e instituciones procesales sirven a determinadas funciones sociales (Cappelletti y Garth, 1978, p. 185). En efecto, cada medio procesal que instituye el sistema jurídico, incluso aquellos que canalizan que las disputas se resuelvan fuera del sistema judicial, impacta sobre el tejido social y político. De hecho, la creciente extensión del listado de derechos fundamentales reconocidos parece impulsar un movimiento orientado a garantizar el acceso a la justicia para con ello materializar tales derechos (Cappelletti y Garth, 1981, p. xvii).

2.2. La doble instancia judicial en materia extrapenal como desglose de las garantías procesales mínimas reconocidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La necesidad de un reconocimiento judicial del carácter constitucional de la doble instancia judicial en materia extrapenal responde primordialmente a la dimensión material del derecho al acceso a la justicia. Esto conlleva, entre otras cuestiones, la facultad jurídica de petitionar una solución efectiva al conflicto que dirime el órgano jurisdiccional. Aún más, el acceso a la justicia implica que toda decisión judicial realmente sea capaz de asegurar el ejercicio o goce de los derechos afectados y/o la reparación de la vulneración de ellos. Dicho de otra manera, no se trata de recibir cualquier tipo de respuesta por parte del órgano jurisdiccional, sino de obtener una decisión judicial que se pueda calificar como justa; es decir, que asegure o remedie la afectación de los derechos de las personas involucradas en el proceso.

De hecho, cabe tener presente que el fundamento mismo de los recursos descansa en que la delicada misión de administrar justicia presupone la fragilidad del conocimiento práctico; esto es, del conocimiento orientado hacia lo que ha de obrarse y decidirse (Finnis, 2011, p. 12). Se asume, pues, que la justicia es falible y que los jueces pueden errar en sus resoluciones; tanto sea en la valoración de los hechos como en la aplicación de las fuentes jurídicas que corresponden con el caso (Estigarrribia de Midón y Midón, 2014, p. 536; Tessone, 2000, p. 2). Por todo ello, se le reconoce a las partes la facultad de impugnar las resoluciones judiciales que estos estiman incorrectas o injustas (Kielmanovich, 2015).

Ahora, si bien la CSJN (1946, 1960, 1997 y 2007) reiteradamente ha rechazado que la doble instancia judicial en materia no penal sea una garantía constitucional, se ha de tener presente que el derecho a una doble instancia judicial sí ha sido reconocido por la jurisprudencia interamericana. La CIDH ha resuelto que las garantías procesales mínimas que reconoce el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) incluyen un derecho al recurso; esto es, un derecho a que toda persona impugne una sentencia ante un órgano jerárquicamente superior. No obstante, también el derecho al recurso encuentra fundamento en el art. 25 CADH, el cual reconoce el derecho a un “recurso efectivo y sencillo” (Calderón Gamboa, 2018, p. 363). De esta

manera, el derecho al recurso se presenta tanto como un aspecto fundamental de las garantías procesales mínimas como del derecho a acceder a remedios judiciales efectivos y sencillos para proteger a los derechos fundamentales de las personas.

En síntesis, el derecho al acceso a la justicia no solo implica abrir cauces formales para impulsar un proceso judicial, sino que también conlleva el derecho a obtener una decisión justa; esto es, una resolución judicial capaz de proteger a los derechos del usuario del servicio de justicia o, si correspondiera, una sentencia que logre reparar correctamente las vulneraciones sufridas a los derechos. Se trata entonces no solo de asegurar un exuberante ingreso a la puerta de entrada del sistema judicial. Antes bien, resulta imprescindible que la decisión judicial que se adopte sea ciertamente apta para remediar las afectaciones a los derechos fundamentales de los justiciables. Dicho de otro modo, el acceso a la justicia conlleva también el derecho a una sentencia material y formalmente justa, exenta de errores en su razonamiento que perjudiquen a los justiciables.

3. La consistencia del argumento de la ineficacia de la doble instancia judicial para proteger los derechos fundamentales de los justiciables

3.1. El argumento consecuencialista: la doble instancia judicial perjudica a los justiciables

La aplicación consistente de los propios postulados de un esquema consecuencialista supone un compromiso con una teoría moral que asume la cuantificación de los resultados como criterios de corrección moral (Grisez, 1978, p. 24). Más allá de los eventuales problemas del enfoque reductivo a los que tiende el consecuencialismo, lo cierto es que el argumento consecuencialista tiene un atractivo notable porque implicaría que se termine perjudicando a un grupo de personas bajo el pretexto de ampliar su derecho a la defensa en juicio (Ibarlucía, 2010). Sería un paradigmático ejemplo de una medicina que resulta peor que la enfermedad.

De hecho, la tendencia latinoamericana parece decantarse hacia una lentitud generalizada de los procesos judiciales de índole laboral (Barbagelata, 2002, p. 29). Argentina se ubica entre los países con los procesos menos expeditivos. Por ejemplo, en el fuero laboral argentino se estima que un juicio sencillo tal como un despido con una mera pericia contable se demora unos dos años hasta el dictado de sentencia definitiva (Arese, 2015, pp. 247-248).

Con todo, una de las críticas más incisivas que cabría realizarle a este argumento consecuencialista se ubica en el plano del razonamiento jurídico. No se trata de una objeción de tipo axiológica o basada en complejas discusiones epistemológica. El punto que quisiera poner de relieve es que, al menos con la información actualmente disponible, el argumento centrado en las consecuencias es

falaz como causa para rechazar la doble instancia judicial. En las páginas que siguen se explicará el por qué.

3.2. Crítica del argumento consecuencialista: una falacia de petición de principios

El argumento consecuencialista que rechaza la doble instancia judicial en materia extrapenal incurre en una forma especialmente perniciosa de falacia: la petición de principios. Ahora bien, ¿qué es una petición de principios? Sintéticamente cabría decir que existen dos clases de maneras de incurrir en tal falacia:

- 1) cuando se utiliza como premisa lo mismo que afirma la conclusión o algo cuya verdad depende de ella; o bien
- 2) porque se utiliza como premisa algo cuya veracidad no está probada (García Damborenea, 2000, p. 73; Damer, 2008, pp. 69-70).

Este último caso, en efecto, es la principal dificultad del argumento consecuencialista que se esgrime en rechazo de la doble instancia. Más en concreto, se tiene por probado algo que resta por demostrar: la cuantificación del daño que la doble instancia judicial produciría a los justiciables.

Lo que se da por evidenciado no es la congestión judicial, lo cual es un hecho de notorio conocimiento público y, por ende, no hace falta demostrarlo, al menos en el ámbito hispanoamericano (Estigarribia de Midón y Midón, 2014, pp. 309-310). Lo que resta por evidenciar son las causas de esa manifiesta congestión judicial. Se trata, en efecto, de un punto de central relevancia que quisiera ilustrar mediante un esquema binario. En un polo extremo, el fenómeno de la congestión judicial podría ser una consecuencia de un uso irresponsable del servicio de justicia y, en el otro, tal congestión sería el resultado de la impericia o negligencia de los magistrados en la gestión de sus despachos judiciales. Por supuesto que caben múltiples combinaciones posibles que pongan el acento –en mayor o menor medida– en alguno de tales extremos. También cabe imaginar un supuesto de responsabilidades igualmente concurrentes.

En cualquier caso, el argumento consecuencialista debe probar con evidencia empírica o datos cuantificables que la función judicial no está congestionada principal o mayormente en virtud de su impericia o incompetencia profesional de los magistrados.⁽⁵⁾ De lo contrario, se terminaría rechazando que los justiciables tengan un derecho a una segunda instancia por algo que, en último lugar, no se sabe si es o no producto de un desgobierno en la administración del servicio de justicia. Ello porque, en efecto, la falta de estudios de corte empírico y sociológico sobre el congestionamiento de la justicia no permite rechazar, como tampoco defender, que la congestión obedece a tal o cual razón. En otras

(5) En este punto me inspiro en Damer (2008, p. 70), quien plantea que la petición de principios supone una premisa definicional que se apoya, implícita o explícitamente, en un dato empírico que se tiene por probado pero que, en rigor, se encuentra bajo discusión.

palabras, no disponemos de información suficiente para exonerar o atribuir responsabilidad a los jueces o a los abogados litigantes por la congestión judicial.

Ahora bien, si no sabemos a qué causa responde la congestión judicial, ¿cabría rechazar la segunda instancia judicial? Al modo de ver del autor de este trabajo, el principio *in dubio pro libertate* exige una respuesta afirmativa. En efecto, así como la finalidad protectoria del derecho laboral implica una respuesta favorable al trabajador en caso de duda; del mismo modo cabe un principio que fomente la libertad de las personas –y, por consiguiente, desincentive sus restricciones– en caso de duda sobre el alcance de un precepto constitucional. De hecho, la finalidad personalista que inspira al movimiento constitucionalista revela que el reconocimiento de los derechos fundamentales apunta a robustecer la libertad de las personas. Así, todo límite a la libertad debe resultar de una disposición expresamente incorporada en la Constitución (Badeni, 2006, p. 126).

Alguien podría objetar, ¿pero acaso la defensa de una doble instancia no debería argumentar que resulta efectivamente más tuitiva de la libertad de los justiciables? Para no incurrir en la misma falacia que se achaca resulta preciso brindar una respuesta a tal interrogante. Con todo, existen algunas razones que se podrían esgrimir para esquivar tal defecto en el razonamiento. Más específicamente, si no sabemos a quién cabe responsabilizar primordial o principalmente por la congestión judicial, ¿resulta proporcionado restringir el acceso a vía de impugnación a los justiciables? ¿Acaso la institución de un régimen de instancia única no derivaría en una restricción del derecho al debido proceso en virtud de causas no probadas que no tiene justificación constitucional alguna –ya sea la ineficiencia de las partes o bien la impericia de los jueces–?

La respuesta a estos interrogantes debería brindarse a nivel de política legislativa, lo cual debería procurar una conciliación del valor de justicia con la celeridad que se ha de imprimir a los procesos judiciales para fomentar el derecho a la tutela judicial efectiva (Kielmanovich, 2015). Sin embargo, hasta que se resuelve tal problema por la vía legislativa se podría desarrollar una solución a través de una creación pretoriana que articule el derecho a la defensa en juicio de ambas partes y, a la vez, que logre superar la tensión entre celeridad y justicia. Aún más, tal respuesta podría admitir tratamientos diferenciados que podrían estar adecuadamente justificados.

Así, la solución judicial a este problema de la doble instancia judicial difícilmente se podría expresar satisfactoriamente a través del establecimiento de una regla por la vía judicial. Porque las reglas no permiten grados de cumplimiento: se aplican “a todo o nada”, como decía Dworkin (1967, p. 25). El problema de la doble instancia judicial, en cambio, debería visualizarse como un asunto en que están involucrados otro tipo de normas; a saber, los llamados “principios”, los que sí admiten niveles de observancia. La determinación del alcance del derecho al recurso o a una segunda instancia judicial debería efectuarse a través de una metodología interpretativa que advierta que estamos frente a un principio jurídico como, por ejemplo, el test o examen de razonabilidad.

4. El reto de la eficacia práctica del reconocimiento constitucional de la doble instancia judicial en materia extrapenal

4.1. El derecho al recurso como principio (no como una regla)

Como bien lo indica Kielmanovich (2015), en todo sistema recursivo existe una tensión entre dos valores centrales de todo proceso judicial: celeridad y justicia. Un régimen de única instancia necesariamente resultará más expeditivo que uno que establezca una cantidad ilimitada de impugnaciones. En tal caso se alcanzaría cabalmente la deseada celeridad, pero al precio de sacrificar en el mismo altar a la justicia. En el extremo opuesto se ubica la pretensión de una perfecta justicia, la cual implicaría una eterna revisión exhaustiva e integral de decisión judicial. Aquí la pretensión de justicia consumiría a la aspiración de una resolución del caso en un “tiempo útil”. Aún más, no faltaría quien negase que tal clase de justicia no lo sería en sentido estricto. Al fin y al cabo, una justicia que llegase tarde –demasiado tarde– no sería justicia en ningún sentido posible, tal como reza el adagio popular.

Frente a las dificultades reseñadas anteriormente, de lo que se trata es de evitar incurrir en una disyuntiva excluyente que desembocaría en el siguiente falso dilema: o justicia o celeridad. Antes bien, se ha de encontrar la medida necesaria para conciliar a la celeridad con la justicia (Kielmanovich, 2015). Sin embargo, ¿cómo hallar tal punto de equilibrio? ¿Cómo se logra armonizar celeridad y justicia para así proteger efectivamente a los derechos de los justiciables?

La respuesta que se desarrollará en las próximas páginas sostendrá que el derecho al recurso o derecho a una doble instancia judicial ha de concebirse como un principio. Esto permitiría superar las aporías que implicaría tanto negar o aplicar siempre ese derecho, en todas y cada una de las circunstancias posibles. Se trata, en efecto, de concebir al derecho al recurso como un principio jurídico, no como una regla. Ciertamente no es sencillo caracterizar la distinción entre principios y reglas. De hecho, Alexy (1993, p. 81) señala que tal distinción es compleja y resulta de la máxima importancia para una teoría de los derechos fundamentales. Con todo, el presente análisis se concentrará solo en uno de sus criterios de diferenciación: los niveles de cumplimiento.

El punto central para la distinción entre reglas y principios que se aplicará en este trabajo es que los principios son normas que prescriben que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 1993, p. 86). Las reglas, en contraste, solo admiten que se cumplan o no. Solo es posible incumplir o cumplir con lo que dispone una regla: no caben respuestas intermedias ningún tipo (Alexy, 1993, p. 87).

Ahora bien, una de las consecuencias más significativas que se siguen de adoptar una conceptualización del derecho al recurso como un principio implica que las tensiones entre tal derecho y otros derechos o bienes constitucionales han de resolverse a través de un particular tipo de mecanismo. En concreto, los

principios son incompatibles con la aplicación excluyente de los tres criterios convencionales para enfrentar antinomias; esto es:

- 1) norma superior por sobre norma inferior;
- 2) norma posterior por sobre norma anterior;
- 3) norma específica por sobre norma general.

Los conflictos entre reglas desembocan en la aplicación de alguno de tales criterios para determinar qué norma es válida y cuál no lo es (Lombardi Vallauri, 1981, p. 34).

En contraste, las tensiones entre principios suponen una resolución del problema que no conlleva invalidar a uno de los principios en juego, sino una ponderación; esto es, una prevalencia condicionada de uno los principios. Alexy (1993, p. 89) remarca ese carácter condicionado de la ponderación porque en otras circunstancias podría adoptarse una solución inversa. Si bien la ponderación es quizá el mecanismo más extendido para resolver tensiones entre principios iusfundamentales a nivel mundial (Benvindo, 2014, p. 81; Cianciardo y Zambrano, 2016, p. 119), lo cierto es que esta técnica presenta no pocos inconvenientes.⁽⁶⁾ Con todo, la ponderación no es sino el último paso de la práctica del examen de proporcionalidad.

En este trabajo, por el contrario, se adoptará un enfoque que recogerá parcialmente los aportes del test de proporcionalidad; es decir, se emplearán algunos de los pasos del mencionado test o examen, pero se reformulará el subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. De manera tal que se pretende evitar incurrir en una prevalencia condicionada de un principio sobre otro en el marco de las circunstancias del caso. Por el contrario, se aspira a lograr asegurar el contenido básico, mínimo o esencial, como le llama cierta dogmática constitucionalista, de los principios iusfundamentales bajo tensión. Vayamos por partes.

4.2. Lineamientos básicos para el examen de razonabilidad: la armonización entre celeridad y justicia en el proceso judicial

El desafío que supone identificar las bases de una interpretación razonable del derecho al recurso o a la doble instancia judicial en materia penal no debe confundirse con una neta aplicación del principio de proporcionalidad. De hecho, la aplicación del mero principio de proporcionalidad sería una herramienta insuficiente para que el derecho al recurso incentive prácticas judiciales capaces de mejorar el nivel de celeridad de los procesos judiciales.

(6) Las críticas del examen de proporcionalidad y de la ponderación no son escasas, aunque parecen ser la voz minoritaria en la dogmática constitucionalista. Aquí se hará referencia a aquellas que especialmente han influido sobre este trabajo: Benvindo (2014); Cianciardo (2010); Toller (2014); Urbina (2017).

Porque, puestos a ponderar, esto implicaría que se debería optar excluyentemente por uno de los términos del dilema en que se encuentra la cuestión de la doble instancia: o celeridad o justicia. Así, la aplicación de la ponderación conlleva necesariamente dilemas, por lo menos circunscritos al caso particular, frente a los cuales no cabe sino advertir razones inconmensurables entre sí. Y, por ende, resulta imposible ofrecer una justificación robusta para optar por uno u otro extremo del dilema (Urbina, 2012, p. 54 y ss.). La ponderación, en efecto, supone que es posible asignar una medida de valor a cada uno de los bienes o derechos fundamentales bajo tensión, lo cual justificaría decantar la decisión judicial hacia un lado u otro de la balanza.

A los fines de evitar una asignación de un peso o valor a bienes igualmente relevantes para el curso de un proceso judicial –celeridad y justicia–, en este trabajo se propondrá una interpretación razonable del derecho al recurso que podría funcionar como un reaseguro que aspira a superar las debilidades del citado principio de proporcionalidad. De esta manera, se asumirá que la realización de un examen de razonabilidad (Cianciardo, 2010, p. 177; Cianciardo, 2014, p. 26), en buena medida se asemeja metodológicamente al test de proporcionalidad, pero incorpora un elemento adicional: el aseguramiento del contenido mínimo o esencial de los derechos y bienes iusfundamentales involucrados. Se trata de un instrumento que posibilita que los operadores jurídicos –principalmente los jueces– sean capaces de determinar si la pretensión de reclamar el derecho al recurso, en un supuesto de hecho concreto, implica el ejercicio razonable de un derecho fundamental o si, por el contrario, estamos frente a una pretensión irrazonable y antisocial (Didier, 2015, p. 259).

Siguiendo este hilo de ideas, la aplicación de la máxima o test de razonabilidad al derecho al recurso se desarrollará bajo la forma de tres subjuicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los que son aplicados con diversidad de alcance e intensidad, según la naturaleza de los derechos fundamentales afectados y los bienes públicos en juego. Como es sabido, estos tres subjuicios están íntimamente concatenados y solo es posible avanzar hacia el segundo paso si se ha superado el primero y, por ende, solo se ha de proseguir hacia el tercer paso si los dos primeros han sido exitosamente franqueados. No obstante, siguiendo la línea trazada por autores como Toller (2014) y Cianciardo (1999), tal como se ha indicado anteriormente, en el presente trabajo se añadirá un cuarto paso o subjuicio tendiente a examinar el nivel de afectación del contenido mínimo de los derechos involucrados.

4.2.1. Subjuicio de adecuación o idoneidad

Este paso o subjuicio implica una concepción de la razonabilidad práctica que hace referencia a los fines de las disposiciones normativas. De esta manera, una práctica interpretativa será razonable, *prima facie*, si la alternativa escogida por el intérprete resulta ser el medio más apto; esto es, si se ha seleccionado el camino más eficaz y eficiente para alcanzar una determinada finalidad

(Cianciardo, 2014, p. 26). Esto supone que el intérprete resulta capaz de especificar la finalidad de una norma jurídica y los medios que el legislador o constituyente dispusieron para alcanzar tal fin. Es preciso remarcar que tales fines deben ser legítimos y socialmente relevantes (Didier, 2015, p. 259). Luego, el intérprete ha de constatar si los medios disponibles son aptos para realizar tal finalidad (Cianciardo, 2010, p. 179; Clérico, 2015, p. 76).

Lo dicho anteriormente, si se lo aplica al derecho al recurso, implica dilucidar cuál es el fin que persigue la norma que asegura el derecho al debido proceso o a la tutela judicial efectiva y, además, cabría examinar si tal finalidad es constitucionalmente admisible y socialmente relevante (Didier, 2015, p. 259). En efecto, el subjuicio de idoneidad conlleva un subexamen dirigido a determinar si el acceso a una doble instancia judicial en materia no penal es algo orientado a concretar un bien público o a operativizar el cumplimiento de un derecho fundamental al acceso a la justicia. De esta manera, el subexamen de idoneidad supone analizar si una determinada norma resulta apta para realizar un fin constitucionalmente legítimo o, por lo menos, admisible.

Ahora bien, cabría preguntarse, ¿es preciso asegurar un acceso a mecanismos de impugnación amplios para dotar de herramientas procesales que permitan a los justiciables poder reclamar ante decisiones basadas en errores sobre la valoración de los hechos o el derecho aplicable? La respuesta es afirmativa, pero solo evitará una falacia de petición de principios en la medida en que se explicita si realmente no se disponen de otros medios eficaces para obtener una sentencia justa.

4.2.2. Subjuicio de necesidad

La aplicación del subjuicio de necesidad exige determinar si la restricción de uno de los derechos o bienes involucrados pudo haber sido evitada; esto es, si podría haberse alcanzado el mismo estado de casos que se procura, pero a través de medios menos restrictivos para los derechos en cuestión (Clérico, 2015, p. 76). En lo que respecta al derecho al recurso cabría plantearse si este supone una restricción a uno de los bienes centrales del proceso: una decisión judicial justa. Sin embargo, esa justicia no puede concretarse en un proceso judicial eterno. De lo contrario, la realización de la pretensión de justicia se vería postergada hasta el infinito. Así, este subjuicio conlleva evaluar la aceptabilidad de una restricción a la pretensión de justicia –por ejemplo, un régimen procesal de instancia única– a la luz de un examen de los medios alternativos. Con otras palabras, se ha de analizar si la justificación a la limitación del bien afectado es excesiva; es decir, si podría evitarse o, al menos, desplegar en la menor medida posible (Clérico, 2015, p. 82).

En efecto, como bien señala Clérico (2015, p. 82), el subexamen de necesidad trata sobre un análisis de la relación empírica entre la medida estatal y el bien o derecho limitado. A diferencia de lo que ocurre con el subjuicio de idoneidad,

aquí se lleva a cabo una constatación de tipo empírica; es decir, se compara la medida escogida –o a adoptar– con otras alternativas efectivamente disponibles. Más específicamente, el subexamen de necesidad puede presentarse bajo alguna de las siguientes maneras:

- a) **Comparación de los medios alternativos:** los diversos medios a disposición del intérprete se comparan con el resultado interpretativo que se haya adoptado en relación con el fomento de un fin constitucional legítimo. En el caso del derecho al recurso, en efecto, nos llevaría a plantearnos el siguiente interrogante, ¿existe una alternativa disponible que fuera capaz de asegurar el derecho al debido proceso y, a la vez, rechace la amplitud de una vía de impugnación amplia de la valoración de los hechos y el derecho aplicable? ¿Podría asegurarse el derecho fundamental al debido proceso con un régimen de instancia única? Una respuesta afirmativa a estas preguntas implicaría que no sería necesario reconocer el derecho al recurso.
- b) **Comparación de la intensidad de la afectación del derecho involucrado:** aquí resulta preciso comparar las medidas alternativas con el grado de restricción de los derechos y bienes involucrados que estas implican (Clérico, 2015, pp. 82-83).

En el caso del derecho al recurso esto supone examinar si acaso las alternativas disponibles inevitablemente conllevan algún grado de afectación al derecho al debido proceso. En cualquier caso, una práctica interpretativa razonable del derecho al recurso conlleva el deber de escoger aquella interpretación de tal derecho que menos restringe a los derechos y bienes en cuestión:

- 1) derecho al debido proceso adjetivo;
- 2) derecho al acceso a la justicia;
- 3) y los bienes de celeridad y justicia.

Dicho de otro modo, el intérprete u operador jurídico tiene la carga de argumentar que la restricción escogida es la menos lesiva de los bienes y derechos constitucionales involucrados.

4.2.3. Subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto

Una vez que han sido superados los juicios de adecuación y de necesidad, la máxima de razonabilidad exige valorar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida sometida a juzgamiento. Este subjuicio, tal como sostiene casi unánimemente la dogmática de los derechos fundamentales, conlleva establecer si la medida bajo examen guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar (Cianciardo, 2009, p. 107). Con todo, frente a lo dicho anteriormente cabría preguntarse ¿qué significa “relación razonable”?

Situados en este contexto de ideas, el examen de proporcionalidad en sentido estricto supone dos clases de dificultades de extrema relevancia. En primer lugar,

se advierten los problemas que implican la identificación, la valoración y la comparación de los intereses en juego. En el caso del derecho al acceso a la justicia que nos ocupa en este trabajo, ¿tienen el mismo peso los intereses que defienden que la celeridad “pesa” más que la justicia? ¿O acaso se ha de tomar una solución inversa que antepone la justicia a la celeridad? Si no fuera posible escapar de tal dilema estaríamos, en rigor, ante una jerarquización implícita de los intereses o pretensiones en pugna (Cianciardo, 2009, p. 110).⁽⁷⁾

La respuesta dominante a tal interrogante, como afirma Cianciardo (2009, p. 107), remite a un balance entre ventajas y desventajas del resultado interpretativo que se adopte. Tal caracterización del examen de proporcionalidad en sentido estricto no está exenta de dificultades porque resulta sumamente complicado determinar en qué consiste una “relación razonable”. En efecto, la expresión que explica tal concepto mediante un “balance entre costo y beneficios” parece designar que será razonable toda decisión que conlleve un sacrificio justificado en relación con los costos implicados. Por ende, cuanto mayor sea el beneficio que se siga de la decisión, mayor aceptación habría que predicar sobre el grado de restricción tolerable.

La aludida “relación razonable” conllevaría una decisión que presupondría una escala de valor en virtud de la cual se le asigna más o menos peso a tal o cual posición. Pero lo más preocupante es que las razones que estructuran tal decisión no resultan explicitadas. Dicho con otras palabras, si se asume que un bien público o derecho fundamental vale más que otro, eso depende necesariamente de la unidad de medida o valor que se adopte. El problema radica en que esa medida carece de explicación o justificación normativa alguna que trascienda a los sentimientos del intérprete o a compromisos morales que este adopta, de modo generalmente no explícito, lo que lleva a asumir una jerarquización *ad casum* de tal o cual valor, bien o derecho constitucional (Urbina, 2012, p. 58).

En segundo lugar, incluso suponiendo que pudiéramos determinar que el fin que se busca alcanzar con un determinado resultado interpretativo es de suma relevancia institucional y, además, que el medio escogido se justificase en función del peligro que pretende evitar, pues entonces estaríamos desnaturalizando el sentido mismo que animó al examen de razonabilidad (Cianciardo, 2009, pp. 110-111). En efecto, incluso si se concede que pudiéramos afirmar la prevalencia del valor “justicia” por encima de bienes constitucionales tales como la celeridad, esto terminaría implicando que este último bien es valioso, pero solo en tanto y en cuanto no se enfrente con la premura que ha de imprimirse a los procesos judiciales. Esto desnaturalizaría completamente a la justicia en el

(7) Una crítica parecida es la que se ofrece mediante la llamada “objección de la inconmensurabilidad”. Se trata esto de un cuestionamiento en contra del examen de proporcionalidad al momento de resolver tensiones entre derechos fundamentales. Tal crítica asume que no sería posible efectuar una comparación cuantitativa entre las ventajas y desventajas de los derechos o bienes constitucionales involucrados a través de un criterio que no dependa de meros sentimientos o convenciones sociales, por caso (Urbina, 2017).

marco de prácticas judiciales que se demoran numerosos meses e, incluso, no pocos años.

En consecuencia, el examen de proporcionalidad en sentido estricto conllevaría una violación de uno de los derechos fundamentales en cuestión. Más aún, la vigencia material de los derechos fundamentales terminaría estando subordinada a su no afectación a un interés estatal de suma relevancia. En lo que respecta al objeto de este trabajo, la justicia estaría subordinada a la celeridad o, lo que es lo mismo, el acceso a una decisión justa estaría a merced de la imperiosa necesidad de impulsar procesos judiciales más expeditivos.

Así, el apropiado respeto de los derechos fundamentales descansaría en su no afectación a una “razón de estado” (Cianciardo, 1999, pp. 50-51). Con todo, es posible escapar de las aporías del esquema de ideas de la ponderación o del subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto. Para ello resulta imprescindible incorporar un cuarto paso para superar estas insuficiencias que asegure la vigencia de todos y cada uno de los derechos involucrados, en todos y cada uno de los casos posibles.

4.2.4. Subjuicio de aseguramiento del contenido esencial de los derechos involucrados

El aseguramiento del derecho al recurso, para evitar que este derive en prácticas judiciales lesivas del derecho al acceso a la justicia, requiere adicionar la garantía del contenido esencial o mínimo de los derechos fundamentales. De lo contrario, podría ser que se superen los pasos del test de proporcionalidad, pero que estemos frente a una decisión o medida inconstitucional porque afecta el contenido esencial de uno de los derechos involucrados en el caso (Cianciardo, 1999, pp. 50-51). Dicho de otra manera, una decisión proporcionada no necesariamente es constitucional. Ahora bien, ¿en qué consiste tal garantía del contenido esencial? Pues tal contenido refiere a un núcleo inalterable de los derechos fundamentales que de ningún modo podría ser regulado, restringido o limitado (Nogueira Alcalá, 2003, p. 245).

La garantía del contenido esencial se puede encontrar en el constitucionalismo europeo, en el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), donde se estableció que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. Siguiendo un camino semejante, la Constitución de España recoge esta garantía en su art. 53.1, que prescribe que: “Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

En el ámbito latinoamericano, concretamente en el caso argentino, resulta preciso mencionar como antecedente al art. 28 de la Constitución de la Nación Argentina, el cual establece que “[l]os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”. Un punto novedoso de esta disposición constitucional

para la época en que fue adoptada, como lo remarca Linares (2002, p. 160), es que tal disposición no parece tener un claro antecedente en la Constitución de los Estados Unidos de América. Se trata, en efecto, de una disposición que tiene su origen en el art. 20 del Proyecto de Alberdi que prescribe lo siguiente: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia” (1852, p. 219).

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos del contenido esencial de los derechos fundamentales? La especificación del contenido esencial del derecho al recurso y del debido proceso ha de formularse concretamente; esto es, en el marco de un caso concreto y particular, mediante una descripción de los siguientes elementos (Toller, 2014, p. 168):

- Fines o fin para que se reconoce el derecho fundamental en cuestión.
- Quién es su titular (sujeto activo).
- Quién debe respetar o dar efecto a tal derecho fundamental (sujeto pasivo).
- Contenido o descripción de la conducta involucrada por los derechos en juego
- Condiciones bajo las cuales el titular pierde su derecho, incluyendo, si las hubiera, aquellas condiciones que habilitan al titular a renunciar al derecho en cuestión.
- Qué libertades y facultades de obrar disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de sus deberes, y especialmente el deber de no interferencia y de adecuación con los derechos y libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.

5. Conclusiones

La noción de “derecho al acceso a la justicia” que se reconstruyó en este trabajo articula dos sentidos, tal como parece ser la tendencia en la doctrina contemporánea a nivel global. En efecto, nos encontramos frente a un derecho que se refiere a la posibilidad efectiva de las personas de acudir a mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean tanto formal como materialmente útiles para la tutela de los derechos. Aún más, el derecho al acceso a la justicia no solo comprende aspectos meramente procedimentales como, por ejemplo, un acceso a asistencia letrada y a procesos capaces de resolver un caso concreto, sino también el derecho a la resolución justa de una disputa jurídica o social.

Así, el acceso a la justicia excluye la referencia a cualquier clase de resolución o decisión judicial. De lo que se trata es de acceder a que el sistema jurisdiccional brinde una respuesta materialmente justa. A su vez, puesto que el conocimiento

humano está lejos de ser infalible, los jueces pueden cometer errores tanto al momento de valorar la prueba como al determinar el sentido de las fuentes de derecho aplicables al caso. Así, del derecho al acceso a la justicia se desglosa otro aspecto: el derecho al recurso; es decir, el derecho a impugnar una decisión judicial que cometió alguno de los yerros mencionados anteriormente.

La institución de una doble instancia judicial en materia extrapenal no está expresamente reconocida en el bloque de constitucionalidad argentino. De hecho, la jurisprudencia de la CSJN en reiteradas ocasiones se ha negado a reconocer el fundamento constitucional del derecho al recurso. Más aún, ese tribunal ha sostenido que el derecho al recurso solo tiene fundamento constitucional en caso de que haya sido establecido por el legislador. Esto se justificaría en el hecho de que un sistema procesal de instancia doble perjudicaría a los justiciables, quienes deberían sufrir plazos aún más extensos para finalmente obtener una sentencia definitiva.

Este trabajo sostuvo que tal respuesta es falaz en dos sentidos. En primer lugar, se incurre en una falacia de petición de principios, porque se asume como cierta una de las premisas del razonamiento que, en rigor, exige ser demostrada. Más en concreto, se presupone que el servicio de justicia no tiene ninguna clase de responsabilidad en los extensos plazos de tiempo que transcurren desde que se inicia hasta que se finaliza un proceso judicial. Este extremo no es implausible, pero exigiría ser sustentado con alguna clase de evidencia empírica de la cual se adolece. En efecto, pareciera ser un hecho de notorio conocimiento que el Poder Judicial está congestionado, pero las causas de tal fenómeno permanecen inexploradas.

En segundo lugar, se incurre también en una falacia de falso dilema cuando se mantiene que se ha de optar excluyentemente por realizar el valor justicia o bien concretar el valor “celeridad”. Tal dilema es consecuente con el hecho por el cual se concibe al derecho al recurso como una regla; esto es, una norma que no admite grados de cumplimiento. En cambio, una solución que reconozca el derecho al recurso como un principio sería capaz de modular el alcance del derecho al recurso a determinados supuestos o tipos de casos.

La determinación concreta del derecho al recurso, una vez que este es concebido como un principio, podría verse atrapada por las dificultades teóricas y prácticas de la ponderación. A los fines de escapar de tales aporías se ha propuesto interpretar el alcance del derecho al recurso a través de la práctica del examen de razonabilidad. Porque el examen de razonabilidad que se ha propuesto fue complementado con un cuarto paso metodológico: el aseguramiento del contenido básico o mínimo de los derechos fundamentales involucrados. De esta manera se podría alcanzar un resultado que será tan razonable como respetuoso del contenido mínimo de los derechos en tensión. Más específicamente se lograría conciliar justicia y celeridad al momento de reconocer el carácter iusfundamental del derecho al recurso.

6. Referencias bibliográficas

- Alberdi, J. B.** (1852). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1957a ed.). Buenos Aires: Sopena.
- Alexy, R.** (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. E. Garzón Valdés (Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arese, C.** (2015). El acceso a tutela judicial efectiva laboral. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(2), 237-256. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9771>
- Badeni, G.** (2006). *Tratado de derecho constitucional* (Vol. 1). Buenos Aires: La Ley.
- Barbagelata, H. H.** (2002). Tendencias de los procesos laborales en Iberoamérica. *Revista de la Facultad de Derecho*, 21(21), pp. 27-44. Recuperado de: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/229>
- Benvindo, J. Z.** (2014). *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Dordrecht: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-11434-2>
- Calderón Gamboa, J.** (2018). La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. En E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, & R. Flores Pantoja (Eds.) *Inclusión, los Communes y Justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos* (pp. 333-379). México DF: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cappelletti, M. y Garth, B.** (1977). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, 27(2), pp. 181-292.
- (1981). Access to Justice as a Focus of Research. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1, pp. ix-2.
- Cappelletti, M., Garth, B., y Trocker, N.** (1982). Access to Justice, Variations and Continuity of a World-Wide Movement. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 46(4), pp. 664-707.
- Cianciardo, J. y Zambrano, P.** (2016). Los a priori de la cultura de derechos. *Cuestiones Constitucionales*, 34, 103-142. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5685307&orden=0&info=link>
- Cianciardo, J.** (1999). Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 41, pp. 45-56. Recuperado de http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/13887/1/PD_41-2_03.pdf
- (2009). *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (2° Ed.). Buenos Aires: Ábaco.
- (2010). The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights. *Journal of Civil Law Studies*, 3, pp. 177-186. Recuperado de <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=jcls>

- Cianciardo, J.** (2014). Argumentación, principios y razonabilidad entre la irracionalidad y la racionalidad. *Dikaion*, 23(1), pp. 11-36. <https://doi.org/10.5294/DIKA.2014.23.1.2>
- Clérico, L.** (2015). Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 31, pp. 73-99. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5231548.pdf>
- Comision Interamericana de Derechos Humanos.** (2017). Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Recuperado de <http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>
- Damer, T. E.** (2008). *Attacking Faulty Reasoning: a Practical Guide to Fallacy-Free Arguments* (6ª ed). Belmont: Wadsworth.
- Didier, M.** (2015). El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación. *Dikaion: Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), pp. 253-281. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.2.3>
- Dworkin, R. M.** (1967). The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, 35(1), pp. 14-46. <https://doi.org/10.2307/1598947>
- Errandonea, J. y Martin, A.** (2015). El acceso a la justicia en el Sistema Interamericano y su impacto en el ámbito interno. En *El acceso a la Justicia en América Latina: retos y desafíos* (pp. 347-360). San José, Costa Rica: Universidad para la Paz.
- Estigarríbia de Midón, H. G. y Midón, M. S.** (2014). *Manual de derecho procesal civil* (2ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Evans, D. M.** (1997). Access to Justice. *Liverpool Law Review*, 19(1), pp. 37-45.
- Fein, D. E.** (2017). Access to Justice: A Call for Progress. *Western New England Law Review*, 39(2), pp. 211-226. Recuperado de <https://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1767&context=lawreview>
- Fenochietto, C. E.** (2003). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires: comentado, anotado y concordado legislación complementaria* (7ª ed. act). Buenos Aires: Astrea.
- Finnis, J.** (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2ª ed.). Nueva York: Oxford University Press.
- García Damborenea, R.** (2000). *Diccionario de falacias*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Grisez, G.** (1978). Against Consequentialism. *American Journal of Jurisprudence*, 23, pp. 21-72.
- Grossman, J. B., & Sarat, A.** (1981). Access to Justice and the Limits of Law. *Law & Policy Quarterly*, 3(2), 125-140.
- Hasle, L.** (2003). Too Poor for Rights? Access to Justice for Poor Women in Bangladesh. *The Bangladesh Development Studies*, 29(3/4), pp. 99-136.
- Ibarlucía, E. A.** (2010). ¿Es una exigencia constitucional la doble instancia en el proceso civil? *La Ley*, D, 870.
- Kielmanovich, J. L.** (2015). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado y anotado* (7ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Linares, J. F.** (2002). *Razonabilidad de las leyes: el "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina* (2ª act.). Buenos Aires: Astrea.
- Lombardi Vallauri, L.** (1981). *Corso di filosofia del diritto*. Padova: CEDAM.
- Nettel Díaz, A. L.** (2017). Acceso a la verdad y a la justicia: dos derechos humanos complementarios. *Alegatos*, 96, pp. 277-286. Recuperado de <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/165/150>
- Nogueira Alcalá, H.** (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México- Institutos de investigaciones Jurídicas.
- Oxoby, R.** (2009). Understanding Social Inclusion, Social Cohesion, and Social Capital. *International Journal of Social Economics*, 36(12), pp. 1133-1152. <https://doi.org/10.1108/03068290910996963>
- Ramos, M.** (2015). Algunas consideraciones teóricas y prácticas sobre el acceso a la justicia. En H. Ahrens, F. R. Aravena y J. C. Sainz Borgo (Eds.), *El acceso a la Justicia en América Latina: retos y desafíos* (pp. 57-80). San José, Costa Rica: Universidad para la Paz. Recuperado de: <http://www.dirajus.org/intranet/allfiles/Document/51/El-Acceso-a-la-Justicia-en-América-Latina-Retos-y-Desafos.pdf>
- Rhode, D. L.** (2001). Access to Justice. *Fordham Law Review*, 69(5), 1785-1820. Recuperado de: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss5/11>
- , (2004). Access to Justice: Connecting Principles to *Practice*. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 17(3), pp. 369-422.
- , (2008). Whatever Happened to Access to Justice. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 42(4), pp. 869-912. Recuperado de: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss4/2/>
- , (2013). Access to Justice: An Agenda for Legal Education and Research. *Journal of Legal Education*, 62(4), pp. 531-550. Recuperado de <https://jle.aals.org/home/vol62/iss4/2/>
- Sarrabayrouse Oliveira, M. J.** (2015). Desnaturalización de categorías: independencia judicial y acceso a la justicia. Los avatares del proceso de Democratización de la Justicia en Argentina. *Colombia Internacional*, 84, pp. 139-159. <https://doi.org/10.7440/colombiaint84.2015.05>
- Tessone, A. J.** (2000). Recursos extraordinarios en los procesos civil y comercial, de familia y laboral de la provincia de Buenos Aires: recurso de nulidad extraordinario. La Plata: Librería Editora Platense/Abeledo-Perrot.
- Toller, F. M.** (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. C. (h) Rivera (h.); J. S. Elías; L. S. Grosman & S. Legarre (Eds.), *Tratado de Derechos Constitucionales* (pp. 107-199). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Urbina, F. J.** (2012). A Critique of Proportionality. *American Journal of Jurisprudence*, 57, pp. 49-80. <https://doi.org/10.1093/ajj/57.1.49>
- , (2017). *A Critique of Proportionality and Balancing*. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316796276>

7. Referencias jurisprudenciales

CSJN, “García, Julio L. c/Nicora, Domingo. Martín, Joaquín c/Nicora, Domingo”, 19 de junio de 1946, Fallos: 205:68.

CSJN, “Arece, Dominga c/Bellocchio Loustao, Eugenio A.”, 1960, Fallos: 240:15.

CSJN, “Arce, Jorge Daniel s/recurso de casación”, 14 de octubre de 1997, Fallos: 320:2145.

CSJN, “Conductil SACIFIA c/Music House Jujuy SRL y otros s/sumario”, 20 de marzo de 2007, Fallos: 330:1036.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-268/96, 1996. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-268-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-799/11, 2011. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-799-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-296/18, 2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-296-18.htm>

Corte IDH, OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, 06/10/1987. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf?view=1>

Corte IDH, “Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, 27/11/2003. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf

Los servicios públicos como derechos humanos

Diego Dal Santo

*Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas,
Santa Rosa, Argentina*

✉ diego1010ar@yahoo.com.ar

📅 Fecha de recepción: 2/10/2019 Fecha de aceptación: 30/12/2019

Cómo citar este artículo: Dal Santo, D. (2020). “Los servicios públicos como derechos humanos”. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 169-179. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566
DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a08>

Resumen: El propósito de este trabajo es reconocer a los servicios públicos como derechos humanos, contemplados tanto en instrumentos internacionales de derechos humanos como también en nuestra Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial. La experiencia demuestra que no siempre la intervención de los privados redunda en la mejor y más efectiva prestación de los servicios. Para esto, solo basta revisar la historia reciente de nuestro país, a partir de principios de la década del 90 con la privatización de las empresas públicas. Su reestatización no solo refuerza esa idea, sino que además demuestra el fracaso de los entes de control creados al efecto. La participación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios será clave, no sólo para lograr un precio accesible sino, y sobre todo, una prestación de calidad. En un país con los actuales índices de desocupación, pobreza e indigencia, el acceso a tarifas con precios razonables y servicios de calidad mejoraría de manera sustancial la calidad de vida. Deberá estudiarse una manera más efectiva de otorgar subsidios para las clases media y baja y establecer así los precios de las tarifas, que dependerá, por ejemplo, de los salarios del grupo familiar, si son beneficiarios de algún plan social, barrios donde habitan, etc.

Palabras claves: servicios públicos; tarifas; subsidios; privatizaciones; derechos humanos; tratados internacionales; Constitución Nacional; Código Civil y Comercial.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Public services as human rights

Abstract: The purpose of this work is to recognize public services as human rights, contemplated both in international human rights instruments and also in our National Constitution and the Civil and Commercial Code. Experience shows that private intervention does not always result in the best and most effective provision of services. For this, we will only have to review the recent history of our country, beginning in the early 90s with the privatization of public companies. Its re-statization not only reinforces that idea but also demonstrates the failure of the control entities created for this purpose. The active participation of consumer and user associations will be key, not only to achieve an affordable price but, above all, a quality service. In a country with the current rates of unemployment, poverty and indigence, access to affordable rates and quality services would improve substantially in the quality of life. A more effective way of granting subsidies for the middle and lower classes should be studied and thus establish the prices of the rates, which will depend, for example, on the salaries of the family group, if they are beneficiaries of some social plan, neighborhoods where they live, etc.

Keywords: public services; rates; subsidies; privatizations; human rights; international deals; National Constitution; Civil and Commercial Code.

Serviços públicos como direitos humanos

Resumo: O objetivo deste trabalho é reconhecer os serviços públicos como direitos humanos, contemplados tanto em instrumentos internacionais de direitos humanos quanto em nossa Constituição Nacional e no Código Civil e Comercial. A experiência mostra que a intervenção privada nem sempre resulta na melhor e mais eficaz prestação de serviços. Para isso, basta revisar a história recente de nosso país, desde o início dos anos 90, com a privatização de empresas públicas. Sua reformulação não apenas reforça essa idéia, mas também demonstra a falha das entidades de controle criadas para esse fim. A participação ativa de associações de consumidores e usuários será fundamental, não apenas para obter um preço acessível, mas, acima de tudo, um serviço de qualidade. Em um país com taxas atuais de desemprego, pobreza e indigência, o acesso a preços razoáveis e serviços de qualidade melhoraria substancialmente a qualidade de vida. Deve-se estudar uma maneira mais eficaz de conceder subsídios para as classes média e baixa, estabelecendo assim os preços das tarifas, que dependerão, por exemplo, dos salários do grupo familiar, se eles são beneficiários de algum plano social, vizinhança onde moram, etc.

Palavras chave: serviços públicos; preços subsídios; privatizações; direitos humanos; tratados internacionais; Constituição Nacional; Código Civil e Comercial.

1. Introducción

La idea de que cada ser humano tiene derechos que deben ser respetados en todo momento y lugar, por el simple hecho de ser persona es muy reciente. Será por eso que al neoliberalismo, al mercado y a la economía globalizada les cuesta comprender este razonamiento.

Luego de la Segunda Guerra Mundial se decía “Ya no habrá gente de segunda, ni maltrato para nadie. Habrá justicia, trabajo y un nivel de vida digno para

todos. Ningún niño morirá de pobreza. La comunidad internacional vigilará el progreso vigoroso en todos estos aspectos” (Limpens, 1999, p. 1).

Es en esa época cuando surge la “Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas” (1948), y a su vez, cada región fue dictando instrumentos similares de igual reconocimiento: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica (1969)- de la OEA; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981); Convención Europea de Derechos Humanos (1953), entre otras.

Estos diferentes instrumentos reconocieron, según las épocas, tres generaciones de derechos humanos, que brevemente podríamos definir de la siguiente manera:

- Los de la primera generación: los derechos civiles y políticos son los más antiguos en su desarrollo normativo. Nacen de la lucha contra el abuso de poder por parte de las autoridades. Reclaman libertades para el individuo frente al Estado o cualquier autoridad. Imponen al Estado el deber de respetarlos siempre; son derechos absolutos; solo pueden ser limitados en los casos previstos en la Constitución; su titular es, en los derechos civiles, todo ser humano y en los derechos políticos todo ciudadano; su reclamo corresponde al propio individuo.
- Los de la segunda generación: los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de contenido social para procurar mejores condiciones de vida. Nacen de las luchas sociales a partir de la revolución industrial. Amplían la esfera de responsabilidad del Estado; imponen un “deber hacer” positivo por parte del Estado en dos esferas: la satisfacción de necesidades (por ejemplo, construir hospitales) y la prestación de servicios (por ejemplo, educación básica gratuita); su titular es el individuo en comunidad, que se asocia para su defensa, por ejemplo, en sindicatos; son derechos relativos, su reclamo es mediato e indirecto, está condicionado a las posibilidades económicas del país y son legítimas aspiraciones de la sociedad.
- Los de la tercera generación: los derechos de los pueblos o derechos de solidaridad conforman un conjunto todavía un tanto confuso e indefinido. Nacen de problemas y conflictos supranacionales como cuestiones medioambientales, las guerras, el reclamo de autodeterminación y desarrollo digno de los pueblos indígenas y de las naciones del tercer mundo. Requieren para su cumplimiento de prestaciones positivas (hacer, dar) y negativas (no hacer), tanto de un Estado como de toda la comunidad internacional.

Con lo expuesto hasta aquí me pregunto si el Estado argentino a partir de los aumentos de 2016 en adelante, incumple con su obligación respecto a la prestación de servicios públicos de calidad y con tarifas accesibles para todos sus habitantes, violando así derechos humanos.

La situación fue variando desde principios de la década del 90 con la privatización de los servicios públicos, pasando por la crisis del 2001, las reestatizaciones en el gobierno de Kirchner (adoptando las empresas la figura de la sociedad anónima) y los aumentos desmedidos de tarifas en la presidencia de Macri.

Debemos partir de la premisa que “El bien común consiste en la suma de las condiciones de la vida social que permite que los grupos sociales y cada uno de los miembros, consigan con mayor facilidad y plenitud su propia perfección” (Maljar, 1998, pp. 98-99). En efecto, tal como señala Cormick (2012, p. 234): “El Estado debe (...) concentrar esfuerzos principalmente en: a) Promover el acceso a dicho servicio para un número cada vez mayor de habitantes, ampliando la red; b) Permitir el real acceso de un número cada vez mayor de habitantes por medio de un costo accesible de dichos servicios que no genere exclusiones económicas en su uso”.

2. Regulación

Veamos la reglamentación que se hace en el derecho nacional de los servicios públicos. “En nuestro país, el Preámbulo de la Constitución Nacional ha fijado los grandes fines o metas de nuestra Nación que se podrían resumir en el concepto de bien común. Esos fines, añade finalmente nuestro Preámbulo, son ‘para nosotros, para nuestra posteridad (...) etc.’” (Maljar, 1998, p. 101).

Se introdujo a los servicios públicos en la esfera de derechos y garantías de nuestro derecho constitucional con la reforma de 1994 a través de dos vías:

- 1) La incorporación del art. 42 dentro del capítulo “Nuevos Derechos y Garantías”, que produce el retorno de la vinculación entre el servicio público y derechos y garantías de los particulares, y la incorporación del usuario como sujeto privilegiado de ese régimen; y
- 2) La inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a través del art. 75, inc. 22.

Es en estas normas donde encontramos el sustento constitucional de los derechos del usuario de los servicios públicos y del deber jurídico del Estado de garantizar su cobertura.

De esta manera, la norma constitucional designa un sujeto acreedor (el usuario, no solo el efectivo sino también el eventual o potencial) y dos deudores solidariamente responsables (el Estado y el prestador del servicio).

Así, el art. 42 CN debe ser analizado en conjunto con el art. 43 CN, que brinda protección a través de la figura del amparo, a quienes se les reconoce legitimación procesal en reclamos de incidencia colectiva a través de asociaciones y del Defensor del Pueblo.

Por su parte, la Constitución incorpora los tratados internacionales en su art. 75, inc. 22, protegiendo de esta manera que “Toda persona tiene derecho a un nivel

de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

En su art. 75, inc. 23, la Constitución establece entre las atribuciones del Congreso, “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Los tratados internacionales previstos en el art. 75, inc. 22, mencionan de diferentes maneras a los servicios públicos, a veces, bajo esta denominación, y a veces de manera más genérica, aunque inequívoca; así en el art. XXXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, vinculado con el deber de pagar impuestos se establece “Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”, lo que traería aparejado, como contrapartida, el derecho a recibir los servicios necesarios para el desarrollo personal y social. Pero aun cuando el individuo no pudiese pagar por el servicio, según nuestra jurisprudencia, el suministro de agua potable no puede ser interrumpido, toda vez que la falta de pago no puede condicionar la prestación de un servicio público esencial de carácter irremplazable.⁽¹⁾

Las normas de la Declaración Universal, del Pacto Internacional, de la Declaración Americana, y de la Convención Internacional son aún más específicas, pues aunque no todas utilicen literalmente la categoría de servicio público, todas se refieren al “derecho a un nivel de vida adecuado”, donde se incluye expresamente a la familia; la primera menciona “bienestar”, la segunda se refiere a “condiciones de existencia”, y la última muy concretamente se refiere a los “servicios destinados al uso público”.

El reconocimiento de los servicios públicos como derechos humanos también ha traído implicancias en cuanto a la aplicación del principio de “igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación”, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la obligatoriedad que pesa en cabeza de los Estados, de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, derivada de la obligación de los mismos de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.

La cuestión de los servicios públicos y las tarifas también aparece en el nuevo Código Civil y Comercial, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. En primer

(1) Ver fallo de CCont. y Adm, sala I de San Miguel de Tucumán (2010)..

lugar, el art. 1° establece “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...”. El art 2°, en cuanto a la interpretación, establece “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos...”. A esta relación y remisión, se la denominó “Diálogo de fuentes” y “Constitucionalización del derecho privado”.

Por su parte, los arts. 51 y 52, dentro de los “Derechos y actos personalísimos”, dicen, respectivamente “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, y “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”.

El art. 1093 define “contrato de consumo” como aquel que “es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica 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”.

El agua, energía y gas como derechos humanos poseen reconocimiento directo, también, en diferentes resoluciones de la Organización de Naciones Unidas, donde se establece que deben estar al alcance de todos, con un costo razonable, que su acceso “no debe limitar la capacidad de pagar por otras necesidades esenciales, como alimentación, vivienda y atención a la salud”.

El acceso a estos servicios redundaría en reducir la pobreza y mejorar las condiciones de vida en general, ya que tienen incidencia directa en la alimentación, salud y educación. Y esto, sin dudas, en nuestra dignidad como seres humanos, reconocida en los arts. 51 y 52, 279 y 1004 del Código Civil y Comercial.

3. Situación en los últimos años

El alcance general de los servicios públicos es una cuenta pendiente de los diferentes gobiernos, nacionales y provinciales, problemática que se relaciona con grandes obras de infraestructura y los fondos con qué realizarlas, lo que justificaría la toma de deuda, por ejemplo, con organismos internacionales. La falta de inversión impidió el mantenimiento y la expansión de los diferentes servicios. Claro que de a poco (muy de a poco) se fue incluyendo a la población en los diferentes servicios; pero no en los índices contractuales establecidos con las empresas prestatarias, donde lo que se priorizó fue el mayor rédito económico posible, lo que demuestra que los servicios públicos de carácter esenciales (agua, cloacas, gas y electricidad) no pueden quedar supeditados a los

vaivenes típicos de la actividad empresarial ni a los intereses de cada gobierno. La decisión del Estado de transferir a manos privadas la obligación de prestar estos servicios no significa que pueda desentenderse de la responsabilidad que le cabe de garantizarlos en condiciones de igualdad a toda su población.

Y un dato más que no debemos soslayar. Durante la década del 90, y en la actualidad nuevamente, el Fondo Monetario Internacional llegó al país con sus conocidas y ya fracasadas recetas. Entre ellas, los aumentos de tarifas (y privatización de las empresas estatales) y demás políticas que siempre tienen foco en las clases media y baja de la población, y suelen ser algunas de las exigencias de cumplimiento previo, y obligatorio, a los desembolsos de dinero.

A esta altura, creo que no resultan infundadas mis dudas sobre las verdaderas y ciertas ventajas que hoy ofrece el libre juego del mercado, en cuanto a su teórica virtud de permitir acceder al mejor precio y calidad, ya que la experiencia argentina en materia de servicios públicos demostraría lo contrario (Galina, 2009, p. 145).

Se dijo:

... las empresas privatizadas que brindarán un servicio público de enorme trascendencia social, deberán tener presente que su actuación primordial y fundamental se vinculará directamente con las finalidades públicas, y muchas veces deberán dejar de lado su pretensión de lucro y beneficio económico cuando se encuentre comprometido el bien común. Por tratarse de empresas en gran medida “públicas” la motivación fundamental de su actuación no puede ser el lucro, sino la satisfacción de determinadas necesidades sociales que pueden requerir en ocasiones actuaciones rigurosamente “antieconómicas” (Maljar, 1998, p. 90).

Si bien el otorgamiento de concesiones a manos privadas es uno de los modelos posibles para financiar la expansión de servicios públicos esenciales a todos los sectores de la población, son varios los ejemplos que dan cuenta que ni las privatizaciones ni la presencia de capitales extranjeros garantizan per se una mayor eficiencia en la prestación. Muchos menos aún estas condiciones garantizan el acceso de los sectores más vulnerables de la población a esos servicios.

El censo del año 2010 marca detalles sin duda reveladores al respecto:

- 1) Combustible utilizado principalmente para cocinar: sobre un total de 12.171.675 hogares censados, 6.834.327 poseen gas de red; 54.908 utilizan zeppelin; 351.808 gas en tubo; 4.558.737 gas en garrafa; 32.928 utilizaban electricidad y 322.915 leña o carbón.
- 2) Electricidad: sobre 12.174.069, 11.898.143 por red; 128.802 por generación propia y 147.124 aún no tenían.
- 3) Y por último, en cuando a la provisión y procedencia de agua: sobre un total de 12.171.675, 6.473.354 poseen cloacas; 2.992.460 a cámara séptica y pozo ciego; 2.190.295 a pozo ciego; 199.095 un hoyo en la tierra y 316.471 sin retrete.

También podemos apreciar los siguientes datos: sobre el total de hogares censados; 11.075.555 poseen recolección de residuos al menos dos veces por semana;

9.663.314 poseen transporte público al menos a 300 metros y 11.544.598 poseen alumbrado público.⁽²⁾

Desde inicio de 2016, y hasta octubre de 2018, nuestro país verificó aumentos acumulados promedio de 2057% en gas natural, 1941% en energía eléctrica y de casi 1000% en el servicio de agua potable; la garrafa de 10, 12 y 15 kg aumentó 122%, 677% en peajes, 375% en el boleto del tren, 332% en colectivos de corta distancia y un 177% en subtes, pasando de una incidencia sobre el salario muy baja del costo tarifario cercana al 6% a una sustantivamente mayor, de 23,5%.⁽³⁾

Desde la quita de los subsidios, las ganancias de las empresas fueron gigantescas al haberse dolarizado los precios; se dijo que los aumentos tarifarios redundarían en mayores inversiones y mejoras de los diferentes servicios: algo que tampoco se reflejó en la realidad. “El impuestazo, la baja de los salarios públicos, la recesión, no hicieron otra cosa que hundir más a los hundidos y agregarle a este sector varias personas más” (Galina, 2009).

Estos aumentos desmedidos provocaron, en todo el país, una ola de juicios por acción de clases que solicitaban volver al cuadro tarifario anterior. Si bien el marco de este trabajo excede su análisis detallado, uno de los más emblemáticos el “Fallo Cepis” es: (CSJN, 2016):⁽⁴⁾

En el año 2002, posterior a la gran crisis del 2001, la actuación de la población civil fue importante. “Todas las medidas ilegítimas que adoptó el gobierno para conseguir aumentos tarifarios fueron frenadas por los usuarios, quienes a través de organizaciones que los agrupan o de la representación por parte de distintas Defensorías del Pueblo supieron combinar las estrategias necesarias para actuar exitosamente. Así, las primeras dos convocatorias a audiencias públicas con el objetivo de analizar el aumento tarifario fueron suspendidas por acciones judiciales interpuestas por numerosas ONG de consumidores y usuarios y por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires” (Garrote, 2007, pp. 381-382).

4. Conclusión

No se reclama que los servicios públicos sean gratuitos, ya que sin dudas, su generación provoca costos, que, de mínima, deberían recuperarse. Lo que se pone sobre el tapete es su accesibilidad general. La política de subsidios

... no deja de ser una política con beneficios directos e indirectos: entre los más importantes, la reducción de costos que mejoran la competitividad comercial o industrial, y la posibilidad de, al tener que abonar menos en tarifas en servicios públicos, permitir a los usuarios volcar ese dinero en la economía, generándose mayor consumo, lo que redundará en más puestos de trabajo y mayor recaudación fiscal, entre otros (Cormick, 2012, p. 241).

(2) Ver datos en <https://www.indec.gob.ar/>

(3) Ver datos en Observatorio de Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Avellaneda: <http://undav.edu.ar/general/recursos/adjuntos/22096.pdf>

(4) Ver fallo completo aquí: http://www.eldial.com/nuevo/pdf_fallos/AA98D9.pdf

Entonces,

La utilización de los recursos presupuestarios a la hora de fijar los sucesivos presupuestos anuales no deja de ser una definición política del Congreso Nacional. Es por eso que entendemos que así como a la hora de recaudar los principios de igualdad y proporcionalidad exigen que los ciudadanos "...deben contribuir al sustento del gobierno, lo más aproximadamente posible, en proporción con sus capacidades respectivas; esto es, en proporción con la renta que ellos gozan bajo la protección del Estado", es igual de razonable que a la hora de destinar los fondos recaudados, el Estado oriente los mismos a aquéllos que menos tienen, lo que comúnmente se llama predistribución del ingreso (Cormick, 2012, p. 241).

La política de subsidios debe estudiarse, perfeccionarse respecto a lo realizado desde la presidencia de Kirchner y hasta el 2015, para realmente mejorar la situación de aquellos que más lo necesitan, teniendo en cuentas diferentes categorías o grupos diferenciales de usuarios (beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo, estudiantes, personas con capacidades diferentes, jubilados, personal doméstico, etc.).

Este objetivo es el que permitirá que el destino de los subsidios se conduzca hacia aquéllos que más lo necesitan, permitiendo, en consecuencia, un cambio de paradigma en la asignación de recursos que ya se ha iniciado en nuestro país, pasando de la generalización a una efectiva asignación, analizando cada caso.

Si entendemos como lógica y razonable la quita de subsidios a los barrios más adinerados, bien podrían agregarse a este grupo a todos los edificios de categoría del resto de los barrios, o los inmuebles cuyos propietarios tienen ingresos superiores a una cifra determinada. Está claro que en el resto de los barrios existe numerosa cantidad de gente con capacidades de contribuir -o soportar una tarifa más elevada, no subsidiada-. Al respecto, entendemos que debe profundizarse este camino de reorientación de subsidios a aquellos sectores de la sociedad que realmente necesitan de éstos para abonar las tarifas (...) Con el objetivo de posibilitar el acceso a la mayor cantidad de usuarios que accedan a los servicios públicos, compartimos la idea que en su momento llevó al entonces presidente Néstor Kirchner a presentar un Proyecto de Ley estableciendo un "Régimen Nacional de Servicios Públicos" que contemplaba, entre otros, además de tarifas justas y razonables, en su art. 22, un servicio solidario, para garantizar el acceso a hogares indigentes. Más allá de la repercusión que tuvo en su momento, y de las feroces críticas centradas en los efectos negativos que tales medidas tendrían para las inversiones, el Proyecto nunca se convirtió en ley. La reforma constitucional de 1994, en su art. 42, como fue dicho, tuvo un fuerte interés en garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos, pero nada se dice en cuanto a garantizar el acceso. Evidentemente, se orientan esfuerzos en garantizar la mejora de aquéllos que ya poseen la calidad de usuarios, sin atender al enorme número de personas que ni siquiera acceden al servicio (Cormick, 2012, pp. 245-246).

El Estado tiene el deber de suplir a los privados cuando encuentra una situación excepcional de injusticia social y no debe bajo ningún concepto desatender los requerimientos de los sectores excluidos de este modelo liberal, motivado en la crítica al modelo del "Estado de bienestar" (Maljar, 1998, p. 225).

En esta época denominada de las "post-privatizaciones", dijimos que el Estado que emerge, es un Estado subsidiario, siendo su rol fundamental suplir la iniciativa privada allí donde esta no puede dar respuesta. Surge el modelo donde el Estado, en su rol de suplencia, es el "titular de la responsabilidad social";

es decir, allí donde exista desnutrición, falta de vivienda, de acceso a la salud, enfermedades -en fin, pobreza extrema-, el Estado tiene la obligación de intervenir por todos los medios que tenga a su alcance para impedir estos flagelos. Esta también es la tendencia que se viene observando, desde hace un tiempo en el mundo.

Crear que la mano invisible del mercado y la eficiencia de los privados redundarán en mejores servicios públicos y, por ende, en que mayor cantidad de gente tenga acceso a ellos es un error. Ya sucedió y aún sucede. Los servicios deben sustraerse de la lógica mercantil y ser considerados como bienes públicos a disposición de todos los habitantes y no solo de quienes puedan constituirse en consumidores. Y aun cuando la política del Estado sea que estos servicios los presten los privados, se deberá controlar su accionar, sin perder de vista la experiencia respecto a los entes reguladores creados a partir de las privatizaciones que demuestra que no se hizo correctamente (recientemente se acaba de sancionar la Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública cuyo art. 6º, en consonancia con lo expresado respecto a la experiencia de los entes, dice: “Facúltase al Poder Ejecutivo a intervenir administrativamente el Ente Nacional Regulador de Electricidad (ENRE) y el Ente Nacional Regulador del GAS (ENARGAS) por el término de un (1) año”).

El mismo Estado, no solo deberá velar por la prestación de calidad y a precios accesibles de los servicios sino que también deberá centrar su atención a la protección ambiental, la seguridad, el derecho a la información y participación ciudadana.

La política de subsidios debe seguir vigente, colaborando con las clases que más lo necesitan para que las mismas logren un pleno desenvolvimiento y crecimiento sostenible, permitiendo acortar las brechas sociales entre los habitantes del país. Habrá que estudiar categorías o formas más efectivas de brindarlos, pero, desde ya no dependiendo de la voluntad de los usuarios, ya que la experiencia del programa “Renuncia Voluntaria al Subsidio” fracasó.

A casi 25 años de la última reforma constitucional, el Estado está en deuda para lograr satisfacer las necesidades de la población que permitan un crecimiento sostenible; y si decidiera prestar estos servicios por sí, deberá hacerlo aun a pérdida, no analizando ganancias cual si fuese una empresa, para tratar de integrar y llegar a zonas donde los privados no invierten, asumiendo su rol de manera objetiva, más allá de condicionamientos políticos, y apegándose al mandato constitucional en cuanto lo hace depositario de la defensa de los derechos de los ciudadanos a los que representa, y permitiendo que los operadores privados obtengan sus beneficios, siempre dentro de un marco de razonabilidad.

En definitiva, y a modo de conclusión, entendemos como positivas las medidas tendientes a reorientar los subsidios con medidas diferenciadoras que generen

una real distribución del ingreso, teniendo en miras los dos objetivos fundamentales por los cuales, a nuestro entender una actividad es catalogada por su interés público como servicio público: ampliar la red y mejorar la calidad de los servicios, y, por su parte, establecer una tarifa accesible a toda la sociedad para garantizar el efectivo uso del servicio por toda la comunidad (Cormick, 2012, p. 247).

5. Referencias bibliográficas

Cormick, D. (2012). Servicios públicos en la actualidad. Hacia políticas de utilización eficiente de los subsidios. *Revista Derecho Público*, año I, 3. Ediciones Infojus, p. 231, 231-247.

Galina, C. (2009). *Constitución, Servicimergerencia*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Garrote, J. (2007). Servicios públicos en la Argentina: desafíos pendientes desde una perspectiva de derechos humanos. *Cels. Derechos Humanos en Argentina: Informe 2007*. Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 371-390.

Limpens, F. (1999). Los Derechos Humanos y su fundamentación filosófica. *Revista Electrónica Sinéctica*, pp. 1-13. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99825994002>

Maljar, D. (1998). *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammurabi.

6. Referencias jurisprudenciales

CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 18 de agosto de 2016.

STJ Corrientes, “Encina de Ibarra, Carmen c/ Aguas de Corrientes S. A”, La Ley, 1999-B, 784.

Cámara de Apelaciones Contenciosa Administrativa de Tucumán, Sala I, “Ramos, Elsa Mirta c/ Sociedad Aguas del Tucumán” 25/02/2010, MJJ55634.

Las competencias del Tribunal de Cuentas de La Pampa bajo la lupa del Superior Tribunal de Justicia y la revisión judicial de sus sentencias

José Carlos Moslares

*Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas,
Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Santa Rosa, Argentina*

✉ jmosla@hotmail.com

📅 Fecha de recepción: 01/12/2019 - Fecha de aceptación: 9/03/2020

Cómo citar este artículo: Moslares, J. (2020). Las competencias del Tribunal de Cuentas de La Pampa bajo la lupa del Superior Tribunal de Justicia y la revisión judicial de sentencias. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 181-193. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566
DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a09>

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto avanzar en el análisis de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa respecto de los procesos llevados a cabo en los tribunales de cuentas. En este sentido se avanza en el estudio de los requisitos constitucionales que determina el Superior Tribunal para la validez constitucional de los mismos en el debido resguardo de los derechos y garantías constitucionales de los cuentadantes.

Es por ello que se presta especial atención a las garantías constitucionales como un límite y condición de validez del accionar del Tribunal de Cuentas en sus distintas fases del control. Sin perjuicio de ello, entiendo que se debe reconocer una zona de reserva al Tribunal de Cuentas donde, entiendo, el juez no podría inmiscuirse. Esta zona de reserva está determinada por el objeto mismo de la rendición de cuentas, esto es por el contenido material de la misma.

El análisis pormenorizado de la jurisprudencia del Superior Tribunal permite demarcar claramente las competencias del Tribunal de Cuentas como así también definir su carácter de órgano de la Constitución, que le otorga una estabilidad que considero esencial para el ejercicio de sus funciones.

Palabras clave: Tribunal de Cuentas; validez constitucional; revisión judicial.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

***The competences of the court of auditors of the pampa
under the magnifying glass of the superior court of justice
and the judicial review of its sentences***

Abstract: The present work aims to advance in the analysis of the jurisprudence of the Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa (The High Court of Justice of the province of La Pampa) regarding the proceedings carried out in the Tribunales de Cuentas (Courts of Auditors). In this regard, we move forward in the study of the constitutional requirements determined by the Superior Tribunal (High Court) for their constitutional validity, under the due protection of the constitutional rights and guarantees of the accountable officers.

Therefore, special attention is paid to constitutional guarantees as a limit and a requirement for the validity of the proceeding carry out by the Tribunal de Cuentas (Court of Auditors) in the different stages of control.

Notwithstanding, I understand that an exclusive area of analysis must be recognized for the Tribunal de Cuentas (Court of Auditor), where the Judge, in my opinion, could not interfere. This exclusive area is determined by the object of accountability itself, which is its material content.

The detailed analysis of the Superior Tribunal (High Court) jurisprudence, allows us to define the competence of the Tribunal de Cuentas (Court of Auditors) as well as to determine its character as a constitutional agency, which gives it the stability that, in my opinion, is essential for the exercise of its public function.

Key words: Court of Auditors; validity of accounts; judicial review.

***As competências do tribunal de contas do pampa sob
o vidro magnificador do tribunal superior de justiça
e a revisão judicial de seus julgamentos***

Resumo: O objetivo deste trabalho é avançar na análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça da província de La Pampa, sobre os processos realizados nos tribunais de contas. Nesse sentido, estão sendo realizados progressos no estudo dos requisitos constitucionais determinados pelo Tribunal Superior para a validade constitucional dos mesmos, na devida proteção dos direitos e garantias constitucionais dos contadores.

Por isso, é dada atenção especial às garantias constitucionais como limite e condição de validade das ações do Tribunal de Contas em suas diferentes etapas de controle.

Sem prejuízo disso, entendo que uma área de reserva deve ser reconhecida no Tribunal de Contas, onde entendo que o juiz não poderia interferir. Essa área de reserva é determinada pelo próprio objeto de prestação de contas, ou seja, em relação ao conteúdo material da reserva.

A análise detalhada da jurisprudência do Tribunal Superior permite demarcar claramente as competências do Tribunal de Contas, bem como definir seu caráter como órgão da constituição, o que lhe confere uma estabilidade que considero essencial para o exercício de suas funções.

Palavras chave: Tribunal de Contas; validade constitucional; revisão judicial.

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objeto avanzar en el análisis de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa (en adelante, STJ La Pampa) respecto de los procesos llevados a cabo en los Tribunales de Cuentas, ya sea como procesos renditivos per se o como procesos de naturaleza jurisdiccional.

Como punto de partida se analizará someramente los requisitos de validez constitucional de los tribunales administrativos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este análisis previo nos va a permitir introducirnos en el estudio de la realidad pampeana respecto de los alcances de la revisión judicial de las sentencias que dicta el Superior Tribunal, en el ámbito de su jurisdicción contencioso administrativa.

La revisión judicial de los procesos renditivos constituye una condición de validez constitucional de las tareas jurisdiccionales que llevan adelante los Tribunales de Cuentas.

Ello, sin embargo, como trataré de demostrar en el presente trabajo, no impide reconocer una zona de reserva donde entiendo el juez no podría inmiscuirse.

Esta zona de reserva está determinada por el objeto mismo de la rendición de cuentas; esto es, por el contenido material de la misma.

Lo que sí debe ser sometido a la revisión judicial es que se garantice la efectiva vigencia de las garantías judiciales, fundamentalmente la garantía del debido proceso en la tarea llevada a cabo en la rendición de cuentas, y aun de los mismos procesos de auditoría y del denominado juicio de responsabilidad.

El neoconstitucionalismo, entre sus principales doctrinas, propugna la inexistencia de “cuestiones políticas no justiciables”. Es decir, que todo puede ser sometido a control judicial.

Sin embargo, entiendo que las razones o fundamentos que justifican el dictado del acto quedan exentos del control jurisdiccional y ello fundado en la misma división de poderes que garantiza la zona de reserva de cada uno de los poderes donde los demás no podrán “entrometerse”.

Sin embargo, esta libertad o actividad discrecional no debe ni puede nunca desarrollarse fuera del derecho. Lo que realizan los jueces no es un control sobre los actos discrecionales dictados, sino sobre el ejercicio de ese poder discrecional.

El objeto del presente trabajo será analizar sobre qué aspectos de las distintas instancias de control podrá avanzar la revisión judicial conforme la doctrina de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa.

2. ¿Está sujeto el Tribunal de Cuentas al control del Poder Judicial?

Es obvio que la respuesta es positiva. Si bien la actividad que realice el Tribunal de Cuentas, no queda exenta del control judicial, lo que se expondrá es qué alcances tiene la revisión de sus sentencias, vía la acción contenciosa administrativa.

En cuanto a la naturaleza del Tribunal de Cuentas, el Superior Tribunal el STJ La Pampa (2007) ha señalado:

El Tribunal de Cuentas es un organismo constitucional, que desarrolla su acción funcional mediante el control previo de legalidad de los actos administrativos y el control de fiscalización de la gestión financiera patrimonial, mediante la instrucción de dos procedimientos diferentes: el juicio de cuenta (cuyo objeto es aprobar o desaprobar las rendiciones efectuadas por los responsables en los tres poderes del Estado) y el juicio administrativo de responsabilidad (que tiende a determinar los ilícitos cometidos por los agentes del Estado y a sancionarlos por los hechos, actos y omisiones que lesionan la hacienda pública).

Si bien se ha debatido si la naturaleza de la actividad que desarrolla este organismo de control es "administrativa" o "jurisdiccional" (la Corte ha admitido la posibilidad de ejercicio de la función jurisdiccional por órganos administrativos supeditada a la instancia judicial posterior, Fallos 244:548; 249:715; 249:818; 253:485, entre otros), lo cierto es que sus decisiones constituyen actos administrativos, aunque de contenido jurisdiccional, sujetos a la revisión judicial (Cfme. Miguel S. Marienhoff, T.I, pág. 36, núm. 18-B; Hutchinson, Tomás. "¿Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas", E.D., 115-415).

Claramente queda determinado que los actos que el Tribunal de Cuentas dicte en ejercicio de sus funciones queda sujeto a la revisión judicial, como un requisito de validez constitucional de sus actuaciones.

A continuación se analizarán las competencias del Tribunal de Cuentas de La Pampa a través de un estudio de la jurisprudencia del Superior Tribunal sobre las distintas instancias de control que realiza en ejercicio de sus funciones constitucionalmente asignadas.

3. Validez constitucional de las facultades jurisdiccionales

Con respecto a la constitucionalidad de las facultades jurisdiccionales de los órganos administrativos (constitucionales, como lo es el Tribunal de Cuentas de La Pampa), la Corte ha resuelto para su validez que:

Si bien el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la Administración desconoce lo dispuesto en los artículo 18 y 109 de la Constitución Nacional, tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los órganos de la Administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad están aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente (CSJN, 2005).

Vemos que el juicio de cuentas y el de responsabilidad que lleva adelante el Tribunal de Cuentas de La Pampa cumplen los requisitos establecidos por la Corte para la validez y constitucionalidad de sus funciones “jurisdiccionales”.

En primer lugar, el Tribunal es creado por la Constitución de La Pampa, que establece las funciones y alcances de su intervención. Ello, sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley Orgánica del Tribunal, que desarrolla el trámite del juicio de responsabilidad, asegurando las garantías constitucionales del derecho de defensa y el debido proceso adjetivo.

Asimismo, la independencia se encuentra garantizada por el art. 104 de la Constitución de La Pampa, que establece cómo se elegirán los integrantes del Tribunal (el mismo procedimiento que para designar a los jueces) y les otorga la garantía de la inamovilidad mientras dure el buen desempeño en sus funciones.

En lo referente a los efectos de la sentencia dictada, solo hará cosa juzgada administrativa permitiendo la revisión judicial amplia de la resolución que el tribunal dicte.

Respecto de los alcances de las sentencias que dicta el Tribunal de Cuentas, el STJ La Pampa en los autos “Rausch Juan Alberto c/Provincia de La Pampa s/ Daños y perjuicios” (2012) señaló:

En el sentido que se ha venido indicando, el Tribunal de Cuentas de la Provincia de La Pampa es un tribunal administrativo de creación constitucional (Const. prov. arts. 103 y 104) que posee una situación jurídico-institucional especial para poder alcanzar su fin de contralor de las rentas públicas provinciales y de las cuentas de las instituciones privadas que reciben subsidios.

En este orden, cabe mencionar que resuelve controversias de derecho sin estar subordinado jerárquicamente a otro organismo dentro de la Administración, sus integrantes gozan de la prerrogativa de la inamovilidad y sólo pueden ser removidos por un Jurado de Enjuiciamiento (art. 104, Const. prov.), las sentencias que dictan gozan de la autoridad de cosa juzgada si no son apeladas o recurridas (art. 33, Decreto Ley N° 513, BO 14/04/89), sus decisiones están rodeadas de las garantías formales de un proceso jurisdiccional (arts. 19 a 22 del mismo ordenamiento) y existe la posibilidad de una revisión judicial posterior a través de una demanda contencioso-administrativa.- Ante este contexto y desde la perspectiva doctrinaria desarrollada en párrafos anteriores, no quedan dudas entonces de que el Tribunal de Cuentas es un tribunal administrativo que emite actos jurisdiccionales, respecto de los cuales puede resultar de aplicación la doctrina del error judicial.-En este sentido se pronuncia Cassagne quien expresa que “... el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos del Estado -ya fuere que éstos pertenezcan al Poder Judicial o que sean tribunales administrativos- puede dar también origen a la responsabilidad estatal cuando ocasionen daños a los particulares” (JUAN CARLOS CASSAGNE, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, séptima edición, Buenos Aires, 2002, pág. 523).-3.3) Ha argumentado también la Cámara que las sentencias dictadas por el Tribunal de Cuentas no revisten “... el carácter de sentencias pronunciadas dentro de un debido proceso judicial (art. 18 CN)...” (fs. 296 vta). Sin embargo, analizando la Ley Orgánica del Tribunal se advierte que en el juicio de responsabilidad, por ejemplo, se asegura el derecho de defensa del responsable, así como la bilateralidad el derecho a ofrecer y producir prueba y el deber de emitir un acto debidamente motivado, requisitos que cuando no se cumplen constituyen causales de nulidad absoluta. Así, el art. 21 prevé: “El tribunal indagará al responsable y

recibirá, en audiencia, la prueba que éste ofrezca, que deberá referirse, exclusivamente, a los hechos que motiven la actuación...”, trámite que se limitará exclusivamente, valga aclararlo, a la determinación del monto del perjuicio.

En el fallo citado, el STJ La Pampa hace un análisis que distingue muy claramente entre actos jurisdiccionales y actos judiciales. Así, señala:

... el adjetivo judicial se debe reservar para los actos dictados por ese poder, cualquiera sea su naturaleza, y el adjetivo jurisdiccional para los actos que reúnen los requisitos sustanciales y formales necesarios para configurarlos como tales, cualquiera sea el poder del cual emanen. Por ello, los actos jurisdiccionales dictados por órganos administrativos son actos jurisdiccionales de la Administración.

Adviértase por último que mientras un acto administrativo firme puede ser modificado por la Administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, un acto emanado de un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales -si no ha sido apelado- no puede ser revisado ni siquiera por un tribunal de justicia, porque existirá cosa juzgada. La diferencia entre acto firme y cosa juzgada es fundamental (STJ La Pampa, 2012).

Es por ello que ya no puede cuestionarse, siempre analizando lo referente a su competencia, las facultades jurisdiccionales del Tribunal.

4. Alcances del control previo

El Tribunal de Cuentas de la provincia tiene, dentro de sus competencias, el control previo.

Así, cuando en el art. 1º de la Ley Orgánica (NJF 513/69) fija la competencia del Tribunal de Cuentas, dispone:

a) Intervenir en el control previo, y en el ulterior juzgamiento de las rendiciones de cuentas, de las operaciones financiero- patrimoniales de los Poderes del Estado y de los organismos autárquicos o descentralizados a fin de verificar la legitimidad de los trámites; b) Juzgar las rendiciones de cuentas de las Comisiones de fomento. Juzgará las rendiciones de cuentas de las Municipalidades pero sólo en los casos previstos en la segunda parte del artículo 116 de la Constitución de la Provincia; c) Actuar los juicios de responsabilidad de funcionarios y empleados provinciales o comunales en los supuestos del artículo 116 de la Constitución Provincial; y d) Fiscalizar la inversión de los subsidios que la Provincia otorgue a entidades privadas.

El caso Pampetrol (STJ La Pampa, 2007) que traigo a colación se refiere a la validez constitucional de la resolución 14/2007 del Tribunal de Cuentas donde el organismo requería a una sociedad anónima de participación estatal mayoritaria (Pampetrol) controlar todos los actos de disposición de fondos que se proyecten en la sociedad, como así la apertura de cuentas corrientes con las que se opere, además de su posterior rendición.

El titular de Pampetrol SAPEM planteó la inconstitucionalidad de la resolución del Tribunal por entender que la misma importaba un exceso de sus funciones y encontrarse viciadas en su objeto, competencia (sujeto) y causa.

En definitiva, fundaba la nulidad solicitada en el “exceso” del Tribunal en el ejercicio de sus funciones de contralor atento la naturaleza jurídica (SAPEM) de la persona jurídica que él presidía.

Para resolver el Superior Tribunal señaló:

Nuestra Constitución provincial dedica el Capítulo Segundo de la Sección Tercera al Tribunal de Cuentas, siendo el art. 103 el que, al delimitar la competencia del órgano controlador, dispone que: “... fiscalizará la percepción e inversión de las rentas pública provinciales y las cuentas de las instituciones privadas que reciban subsidios de la provincia, referidas a la inversión de los mismos”.

Es decir, prevé con claridad dos supuestos: a) control de las rentas públicas provinciales, y b) control de las cuentas de instituciones privadas que reciban subsidios de la Provincia.

Conforme lo expresado, en el caso que nos ocupa, el Tribunal de Cuentas fiscalizará la inversión de los fondos públicos que realice el Estado Provincial al producirse la suscripción o integración del 60% de las acciones Clase “A” quedando excluido de su competencia, el control previo sobre actos posteriores que la empresa realice como persona de derecho privado (STJ La Pampa, 2007).

Así el fallo concluye determinando la nulidad de la resolución del Tribunal y los actos dictados en consecuencia del mismo.

En el caso analizado el Superior Tribunal determinó las entidades que quedan sujetas al control del Tribunal interpretando lo establecido en la Constitución provincial y la ley orgánica del mismo.

5. Alcances del juicio de cuentas

El control posterior, el denominado “juicio de cuentas”, es aquel que se ejercita luego de que los actos se han ejecutado.

El Superior Tribunal de Justicia de La Pampa lo ha definido:

El Juicio de Cuentas, es en sí mismo, un análisis contable, de balanceo de la cuenta, para verificar si el dinero recibido por el beneficiario se corresponde con la documentación que respalda su inversión, es decir, es un examen de la exactitud de las cuentas, mediante un procedimiento que verifica que el importe salido de las arcas estatales se haya utilizado para el fin otorgado; se visan comprobantes de pago, aplicando conceptos matemáticos; sin embargo, ante la constatación de irregularidades u observaciones, la ley permite que el Tribunal de Cuentas de traslado, por única vez, para que el cuentadante tenga la oportunidad de regularizar su situación, incorpora y analiza la presentación efectuada y luego, dicta sentencia. A esta última instancia llega, de igual manera, si el observado no realiza presentación alguna. Por lo que el Juicio de Cuentas, no es propiamente un juicio, sino que es un procedimiento de verificación de lo gastado o invertido, de conformidad al fin encomendado, constando en las resoluciones otorgantes de subsidios el objetivo o la finalidad para la cual fue erogado. En suma, no existe la denominada controversia o contienda jurisdiccional, dado que el procedimiento lo realiza un organismo administrativo de control de las cuentas, no existen dos partes que discutan un derecho.

Por su parte, la sentencia emanada del Tribunal de Cuentas, es un acto administrativo ejecutorio y el procedimiento concilia las otorgadas prerrogativas públicas y el debido proceso, con la posibilidad recursiva de tales fallos (STJ La Pampa, 2017).

Es interesante destacar de esta cita del fallo que demarca claramente que el juicio de cuentas no se trata en sí mismo de dirimir controversias, pero que sin perjuicio de ello, tiene que tener en todo su trámite el resguardo de las garantías constitucionales del cuentadante.

6. Tutela judicial efectiva

En la presente exposición se expone la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia como órgano superior del Poder Judicial de la provincia de La Pampa referida a las competencias del Tribunal de Cuentas y la delimitación de sus alcances.

Ahora bien, para avanzar en el análisis de tal competencia he de referirme a los alcances de la tutela judicial efectiva como resguardo de los derechos y garantías de los cuentadantes y de los particulares.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 2012) ha dispuesto respecto de la operatividad de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional (CN) que son: "... normas jurídicas operativas con vocación de efectividad".

Es claro entonces que debemos analizar cómo se relacionan (y resguardan) las garantías constitucionales de los particulares con las competencias y procesos específicos llevados a cabo por el Tribunal de Cuentas.

La tutela judicial efectiva encuentra su reconocimiento en el art. 18 CN y en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Pacto de San José de Costa Rica. Así dispone:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En cuanto al contenido de la mencionada garantía autorizada doctrina ha señalado:

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende en un triple e inescindible enfoque: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión. c) Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo (Iride, 2004, párr. 2).

El STJ La Pampa (2019) se ha expedido al respecto destacando que:

Resulta pertinente recordar el dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29 de septiembre de 1999, donde expresó que el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 25 de la Convención, impide que el acceso a la justicia

se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (Informe nº 105/99, Caso 10.194, La Narciso Palacios - Argentina § 61).

En suma, la tutela judicial efectiva como tal debe ser resguardada en todos los procesos llevados a cabo por el Tribunal de Cuentas. Como señalaré en las conclusiones, tal resguardo debe desarrollarse sin perjuicio de entender que, en lo específico al objeto del control -ello es el estudio de los comprobantes contenidos de las rendiciones de cuentas-, la competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas debe ser respetada por la competencia constitucional técnica específica.

¿Cuándo debe ceder esa exclusividad? Cuando la decisión del Tribunal sea arbitraria o irrazonable.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Neuquén (en adelante, STJ Neuquén) señaló:

La razonabilidad exige que la actividad estatal se cumpla dentro de un cierto orden, de una cierta justicia. Es un patrón o un estándar que permite determinar, dentro del arbitrio más o menos amplio, ordinario o extraordinario de que gozan los órganos del Estado, aquello que es axiológicamente válido. La razonabilidad es un verdadero ideal de justicia, es un derecho natural constitucional... (STJ Neuquén, 1984).

Ahora se analizarán dos garantías que entiendo se encuentran comprendidas dentro de la tutela judicial efectiva. Ellas son la garantía del debido proceso y la de la revisión judicial de las sentencias.

7. Debido proceso

Si avanzamos en la revisión judicial de las sentencias que dictan los tribunales de cuentas, entiendo que es imprescindible que hagamos mención a la garantía constitucional del debido proceso.

¿Por qué? Fundamentalmente porque toda revisión judicial de las decisiones administrativas deberá versar sobre el resguardo de esta garantía para que el proceso pueda considerarse constitucionalmente válido.

La garantía del debido proceso ha sido definida como “la garantía que impone al estado la obligación de garantizar y aplicar su poder jurisdiccional, para que los individuos puedan hacer efectivos sus derechos recurriendo a las técnicas y procedimientos establecidos por la ley” (Badeni, 2006, p. 805).

La garantía del debido proceso es de plena aplicación en los procesos llevados ante los organismos de control, sean en la instancia de control previo o posterior y sobre todo en aquellos de naturaleza jurisdiccional como los de responsabilidad.

Los organismos de control en los procesos de rendición de cuenta, como así también en los denominados juicios de cuenta, juicios de responsabilidad y hasta en los mismos procesos de auditoría llevados ante ellos, deben necesariamente garantizar el pleno ejercicio de los derechos de aquellos que actúan ante su jurisdicción, sin afectarles derechos y garantías de raigambre constitucional.

El debido proceso también se verifica en el proceso de rendición de cuentas cuando se dan vista a los cuentadantes de las observaciones que se le realizan de las rendiciones presentadas.

Como sostuviera el STJ La Pampa (2017), la importancia de la garantía del debido proceso es reconocida como coadyuvante de la legalidad del procedimiento, toda vez que:

El principio del debido proceso constituye una pieza fundamental del procedimiento, ya que conjuga el interés público que tutela la Administración Pública y el interés privado del administrado, quien protege su situación jurídica subjetiva y, al mismo tiempo, colabora con el Estado en la consecución del interés público.

De allí que el procedimiento administrativo tienda a asegurar la eficaz participación del administrado en la formulación de la voluntad administrativa, y no solo en la impugnación de las decisiones administrativas que lesionen o vulneren sus derechos.-En otras palabras, la efectiva participación del administrado en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa se fundamenta en el principio cardinal del debido proceso, regla que opera, no solamente en ocasión del agravio a los derechos subjetivos por parte de la Administración, sino que impera también cuando el administrado concurre para constituir la voluntad administrativa (cfr. Patricia R. Martínez, Debido proceso en el procedimiento administrativo, JA, 1985-IV, 790).

En definitiva, lo que debemos velar tanto en el procedimiento de rendición de cuentas como en el de responsabilidad es que se asegure el derecho de defensa a los cuentadantes, poniéndolo en conocimiento de las observaciones realizadas a sus rendiciones y resolviendo todas las defensas sostenidas por el mismo.

Es por ello que debemos resguardar los derechos de los particulares y agentes de la Administración, que, siendo partes de los procedimientos de naturaleza jurisdiccional llevado adelante por los organismos de control, de ningún modo pueden limitarse o restringirse en cuanto a su plena vigencia so excusa de la búsqueda de la verdad material objetiva.

8. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia lo podemos analizar desde dos perspectivas, una como una garantía del administrado y la segunda como requisito de validez constitucional de las facultades jurisdiccionales de los tribunales de cuentas.

En la primera perspectiva –esto es, como garantía– entiendo su importancia ya que de ella se desprenden todas las que protegen y resguardan a los particulares en el marco de la actividad jurisdiccional de cualquiera de los poderes del Estado y que comprenden, el derecho de defensa en juicio, el derecho de peticionar a las autoridades y hasta el del debido proceso legal.

Constituye una manera explícita de poder realizar un control vía reclamo (acción) o recurso (vía recursiva) sobre las decisiones que tomen los mismos.

¿Cómo logramos que ello sea efectivo desde los organismos de control?

En primer lugar, adoptando criterios amplios de admisibilidad de recursos o pedidos que formulen los cuentadantes ante los organismos de control, y solicitando la revisión de las decisiones que se formulen respecto de los trámites traídos a análisis de los mismos.

En segundo lugar, eliminando obstáculos formales que impidan el acceso a la jurisdicción de los órganos de control.

En tercer lugar, informando, transparentando los criterios de aprobación o rechazo para los trámites traídos a su consideración.

En cuarto lugar, adoptando un criterio amplio de revisión de las decisiones que se adopten.

Todo ello debe realizarse sin resignar, por parte de los organismos de control, un ápice de las funciones constitucional y normativamente asignadas. Es por ello que se deben adoptar criterios dinámicos de interpretación y ejercicio de sus funciones.

Las garantías constitucionales en los proceso de control operan como un límite al poder discrecional de los mismos, al tiempo que “regulan” sus tareas en pos de la tutela de los derechos de los particulares y de los cuentadantes.

Desde la segunda perspectiva –esto es, qué alcances puede tener la revisión judicial de la sentencias, aprobatorias o no, de las rendiciones de cuentas realizadas–, entiendo que la misma no puede operar como un desconocimiento a las facultades que la misma constitución provincial le otorgó al Tribunal.

La esencia del sistema republicano de gobierno es la independencia de poderes, en la ideal de un equilibrio entre sus funciones, pero reconociendo una zona de reserva que implica la no intromisión en las facultades propias de cada poder.

Así es que entiendo que los tribunales de cuentas tiene una zona de reserva que son las competencias técnicas específicas que poseen y que ello debe permanecer ajeno a la revisión judicial.

El mismo Superior Tribunal de la provincia ha delimitado con claridad los alcances de su intervención al señalar:

... es improcedente que este Superior Tribunal de Justicia se aboque al tratamiento del planteo efectuado en subsidio, esto es, la aprobación de gastos.

Ello es así pues el Tribunal de Cuentas es el único órgano de la Constitución con competencia para fiscalizar la percepción e inversión de las rentas públicas provinciales y las cuentas de las instituciones privadas que reciban subsidios de la Provincia, referidas a su inversión.

Obrar de otro modo, implicaría exceder el límite de la competencia jurisdiccional –que reviste el carácter de revisora y no sustitutiva-, al inmiscuirse en funciones constitucionales propias del Tribunal de Cuentas, respecto de cuyas decisiones únicamente cabe un control de legalidad y razonabilidad (STJ La Pampa, 2017).

9. Conclusiones

El objeto del presente trabajo fue avanzar en el estudio y análisis de los alcances de la revisión judicial de los actos y sentencias que dictan los tribunales de cuentas.

Se trata de ponderar entre las competencias específicas de los organismos de control y las garantías constitucionales comprendidas dentro de la tutela judicial efectiva.

El análisis de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa sirve para entender cómo delimita las competencias de su intervención y qué aspectos de los procesos renditivos y jurisdiccionales llevados a cabo por el Tribunal quedan sometidos al control jurisdiccional.

En este sentido, entiendo que la revisión judicial deberá analizar si en los procesos llevados a su conocimiento se han resguardado las garantías del cuentadante.

¿Cuáles son estas? Que se hayan resuelto todas sus pretensiones, que la observación realizada señale la normativa vulnerada, que se haya permitido un ejercicio amplio del derecho de defensa del cuentadante y que la decisión que se dicte no solo sea razonable, sino que también se encuentre fundada y permita un acceso a la justicia, en la instancia de revisión primero ante el mismo organismo (vía recurso de revocatoria) y, luego, ante el Poder Judicial, no solo de la sentencia sino de todo el proceso llevado a cabo ante el Tribunal de Cuentas.

Esta revisión plena por parte de los jueces del respeto de las garantías constitucionales de los cuentadantes en la sentencia o decisorio que dicte el Tribunal de Cuentas constituye un requisito fundamental para la validez de los mismos.

Por ello sostengo, convencido, que deberá respetarse el objeto de la decisión del Tribunal que hace a su competencia específica –esto es, el análisis documentado de la rendición de cuentas-, atento que ello constituye el objeto específico de la competencia del organismo de contralor.

Esta competencia que está fijada por la misma constitución provincial significa una manda ineludible y que debe ser respetada por todos los poderes del estado y más aún por el Poder Judicial.

No significa que los tribunales de cuentas quedemos excluidos del ámbito de control de constitucionalidad ni mucho menos, sino que, atento su carácter de organismo de la Constitución, nuestra competencia técnica sea respetada y resguardada por quien debe velar por la plena vigencia de la misma Constitución.

¿Esto significa que hay actos del Tribunal de Cuentas que quedan fuera del control? No: ello importaría arrogarse una autonomía excesiva que el constituyente no le dio.

El Poder que sí puede ejercer un control sobre las actuaciones del Tribunal de Cuentas es el Poder Legislativo: es quien al momento de establecer las competencias del Tribunal está fijando el ámbito de su ejercicio de contralor.

Por ello el respeto a los organismos de control y a sus decisiones no es ni más ni menos que el respeto a la misma Constitución.

10. Referencias bibliográficas

Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. T.II. Buenos Aires: La Ley.

Iride, I. (2004). El derecho a la tutela judicial efectiva. Recuperado de: www.saij.jus.gov.ar, Id SAIJ: DACF040088.

11. Referencias jurisprudenciales

CSJN, “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. 750- 002119/96) s/ recurso extraordinario”, 5 de abril de 2005.

CSJN, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24 de abril de 2012, Id SAIJ: FA12000045.

STJ La Pampa, “Fundación para la Promoción de Estudios Superiores en Tecnologías c/ Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa, expediente N° B-32/14”, 29 de noviembre de 2017.

STJ La Pampa, “Morales, Lorena Paola contra Provincia de La Pampa -Ministerio de Seguridad- sobre Demanda Contencioso-Administrativa”, 9 de agosto de 2019, Expte. 129.576.

STJ La Pampa, “Pampetrol S.A.P.E.M. c/Provincia de La Pampa s/Demanda Contencioso Administrativa”, 29 de junio de 2007, Expte 788/07.

STJ La Pampa, “Rausch Juan Alberto c/Provincia de La Pampa s/Daños y perjuicios causa N°1185/11”, 7 de marzo de 2012, causa 1185/11.

STJ Neuquén, “Martínez C. c./ Inst. de Seg. Soc. de Neuquén”, mayo de 1984. En *El Derecho*, T. 116, p. 566.

Ensayo sobre filosofía de la ciencia aplicada a un caso de investigación sobre diseño de puestos de trabajo

Hernán Augusto Parajón

*Universidad Nacional de Tucumán y Universidad del Norte
Santo Tomás de Aquino, San Miguel de Tucumán, Argentina*

✉ hernanparajon@hotmail.com

📅 Fecha de recepción: 28/04/2020 - Fecha de aceptación: 10/05/2020

Cómo citar este artículo: Parajón, H. (2020). Ensayo sobre Filosofía de la ciencia aplicada a un caso de investigación sobre diseño de puestos de trabajo. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 195-206. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566.

DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a10>

Resumen: Desde la filosofía de la ciencia y de la técnica se analiza de manera crítica un trabajo de investigación, asumiendo que el asunto tratado se estudia en Administración, Comportamiento Organizacional (CO) o en Recursos Humanos (RRHH). Luego, tomando perspectiva desde la filosofía de la ciencia y siguiendo las ideas de Chalmers, se pretende determinar la validez del método científico aplicado en el mismo.

En ese sentido se intentará, por una parte, responder si dicho estudio es aceptable tanto en el método como en la teoría. Por otra, se tratará de explicitar los aspectos de la investigación más discutibles desde un análisis filosófico. Para ello, se selecciona un estudio sobre el “Efecto de las características del puesto de trabajo sobre la satisfacción, el compromiso y el absentismo en organizaciones sanitarias” (Zurriaga et al, 2000) (en adelante, ECPT) realizado en la Universidad de Valencia (España).

A partir del análisis realizado, se concluye que el trabajo, independientemente de que lo consideremos de la Administración, CO, o RRHH, pertenece al campo de la técnica y no al de la ciencia. Además, tanto la teoría del ECPT como el estudio posterior realizado por los españoles tienen vacíos e inconsistencias que indefectiblemente llevan a concluir que no es válido el desarrollo del método y que teoría presenta inconsistencias importantes.

Palabras claves: filosofía; ciencia; puestos; trabajo.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Essay on philosophy of science applied to a research case on job design

Abstract: From the philosophy of science and technology, a research work is critically analyzed, assuming that the subject matter is studied in Administration, Organizational Behavior or Human Resources. Then, taking perspective from the philosophy of science, and following the ideas of Chalmers, it is intended to determine the validity of the scientific method applied in it.

In this sense, an attempt will be made, on the one hand, to answer whether the study is acceptable in both method and theory. On the other, it will try to make explicit the most debatable aspects of the research from a philosophical analysis. For this, a study is selected on the “Effect of job characteristics on satisfaction, commitment and absenteeism in health organizations” (Zurriaga et al, 2000) (hereinafter, ECPT) carried out at the University of Valencia (Spain).

From the analysis carried out, it is concluded that the work, regardless of whether we consider it from the Administration, OB, or HR, belongs to the field of technique and not to science. Furthermore, both the ECPT theory and the subsequent study carried out by the Spanish have gaps and inconsistencies, which inevitably lead to the conclusion that the development of the method is not valid and that the theory presents significant inconsistencies.

Keywords: philosophy; science; job positions; job.

Ensaio sobre filosofia da ciência aplicada a um caso de pesquisa sobre design de trabalho

Resumo: A partir da filosofia da ciência e da tecnologia, um trabalho de pesquisa é analisado criticamente, assumindo que o assunto seja estudado em Administração, Comportamento Organizacional ou Recursos Humanos. Então, partindo da perspectiva da filosofia da ciência e seguindo as idéias de Chalmers, pretende-se determinar a validade do método científico aplicado nela.

Nesse sentido, será feita uma tentativa, por um lado, de responder se o referido estudo é aceitável tanto no método quanto na teoria. Por outro, tentará explicitar os aspectos mais discutíveis da investigação a partir de uma análise filosófica. Para isso, é selecionado um estudo sobre o “Efeito das características do trabalho na satisfação, comprometimento e absenteísmo nas organizações de saúde” (Zurriaga et al, 2000) (doravante, ECPT) realizado na Universidade de Valência (Espanha).

A partir da análise realizada, conclui-se que o trabalho, independentemente de o considerarmos da Administração, CO ou RH, pertence ao campo da técnica e não ao da ciência. Além disso, tanto a teoria da ECPT quanto o estudo subsequente realizado pelos espanhóis apresentam lacunas e inconsistências, o que inevitavelmente leva à conclusão de que o desenvolvimento do método não é válido e que a teoria apresenta inconsistências significativas.

Palavras chave: filosofia; ciência; cargos; emprego.

1. En relación con la teoría

Según plantean algunos autores como Bunge (1986), Quintanilla (2017) y Aquiles Gay (2002), la ciencias se diferencian de la técnica en el fin que persiguen la ciencia básica (busca el conocimiento) o aplicada (se enfoca en alguna aplicación). La técnica se ocupa del hacer (acción eficaz), busca aplicarla para lograr

una transformación de algo concreto, se sirve de las ciencias pero buscando no tanto el conocimiento en sí, sino una utilidad concreta para alguien (controlar, mantener, destruir, optimizar, administrar, etc.). Es así como Bunge entiende el estatus epistemológico de la administración (campo donde podemos ubicar el trabajo de investigación que aquí se analiza) como una técnica. No obstante cabe aclarar que la técnica es denominada una técnica científica porque se funda en conocimientos obtenidos de la investigación científica.

Como dice Bunge (1986), las ciencias de la administración son científicas por el modo de estudiar su objeto, pero no constituyen una ciencia.

El fin que se persigue obtener con los resultados del trabajo ECPT (“Efecto de las características del puesto de trabajo sobre la satisfacción, el compromiso y el absentismo en organizaciones sanitarias”) es encontrar formas o maneras para que las personas que trabajan puedan, en última instancia, mejorar los resultados que producen las organizaciones; para ello utiliza conocimientos con base científica pero con el fin de lograr mejoras concretas.

El ECPT fue realizado en el Departamento de Psicología Social de la Facultad de Psicología, dependiente de la Universidad de Valencia y se basa en el Modelo de características del puesto propuesto por JCM, Hackman y Oldham en 1980. Este modelo, según González (1995), es uno de los más utilizados en los diseños de los puestos de trabajo.

En ese estudio, se analiza la capacidad predictora de cinco características del puesto de trabajo, a saber: variedad, identidad de tareas, significación de tareas, autonomía y *feedback* del puesto, las que se instituyen como variables independientes;⁽¹⁾ sobre la satisfacción laboral, el compromiso organizacional y el ausentismo laboral, instituidas como variables dependientes.

Por otra parte, los autores mencionan teorías que les permiten definir variables y crear hipótesis. Luego, hacen un experimento que busca hechos para validar las hipótesis y así poder crear nueva teoría. Tanto las variables independientes como el absentismo (variable dependiente) resultan claramente identificables y no se confunden con otros conceptos. Sin embargo, no es este el caso de las variables compromiso y satisfacción.

Al consultar a un individuo si se siente satisfecho, muy satisfecho o poco satisfecho con su trabajo, ¿qué se espera que responda? Aún más, cabría preguntarse, ¿qué es la satisfacción? ¿Todos entendemos lo mismo cuando se habla de satisfacción?

Para medir la satisfacción, en ECPT se utiliza un método desarrollado para ese estudio, basado en un inventario de 22 ítems (turno de trabajo, supervisión, compañeros, promoción, incentivos, entre otros).

(1) Las variables independientes se definen en el Anexo de este trabajo.

¿En qué teoría se fundamenta el método utilizado? ¿Será válido o habrá sido probado ese método? Algunas investigaciones (Robbins, 2013) afirman que el método facetado para medir la satisfacción (suponiendo que ese sea el aplicado) es menos válido que el método de escala global única.

En relación con el compromiso, en ECTP –citando a O'Reilly y Chatman (1986)– se explica que existen al menos 25 definiciones diferentes para este término; estos autores afirman, además, que no se conocen definiciones teóricas y operativas lo suficientemente claras, inclusive para distinguir este concepto de otros tales como motivación, participación o intención conductual. Robbins (2013) también hace mención a la falta de acuerdo sobre este concepto.

El estudio que se analiza intenta probar la capacidad de las variables independientes para predecir los efectos de las variables dependientes. Si bien se buscan hechos (declaraciones de las personas encuestadas) para probar las hipótesis, la teoría que fundamenta la medición no evidencia claridad.

Se mide a través de encuestas y se realiza un análisis estadístico de las relaciones para probar las hipótesis. La teoría que define las variables no muestra precisión pero sí intentan ser precisas las mediciones y el establecimiento de sus relaciones. Caben, entonces, los siguientes planteos: **¿Cómo determinar o discutir el error de una medición si no está claro qué es lo que se mide? ¿Cómo evaluar las limitaciones o el alcance de las encuestas si no se en discute “lo que se mide”?**

2. Resultado teniendo en cuenta el modelo ECTP

En ECTP se constituye una teoría y se definen variables, se establecen hipótesis y se escogen las formas de medición (Job Diagnostic Survey, por ejemplo). Para evaluar las relaciones entre variables se relevan hechos a través de encuestas y se analizan sus correlaciones. Sin embargo, dos de las tres variables dependientes usadas en el modelo, la satisfacción y el compromiso, no aparecen definidas. Algunos trabajos de investigación muestran que estas variables también pueden depender de otros factores que el modelo usado no toma en cuenta y que podrían estar alterando la medición, por ejemplo, el clima laboral.

2.1. En relación con la lógica

Lo planteado en ECTP, aunque no de manera explícita, presenta el esquema de un análisis lógico y parecería buscar su validez siguiendo el siguiente esquema:

- a) Todos los trabajos de los empleados de la muestra pueden ser descriptos a través de las variables: variedad, identidad de la tarea, significación, autonomía y *feedback* del puesto.
- b) Todas las personas de la muestra pueden experimentar satisfacción, compromiso y absentismo.

c) B se correlaciona con A.

d) Entonces A puede predecir a B.

Si las premisas A, B y C son verdaderas, entonces la conclusión D será verdadera en un sentido lógico.

No obstante, la lógica y la deducción no pueden establecer la verdad de unos enunciados fácticos de este tipo (Chalmers, 2010). Lo único que la lógica puede ofrecer al respecto es que si los enunciados son verdaderos, entonces la conclusión será verdadera. El hecho de que una premisa sea verdadera o no, no es una cuestión que se pueda resolver desde la lógica.

¿Por qué podríamos dudar de la veracidad de que D sea verdadera aun cuando A, B y C sean verdaderas en este caso?

La satisfacción laboral puede tener distintos enfoques posibles (Chiang Vega, Rodrigo y Nuñez Partido, 2010). Es una variable que, además de depender de los factores considerados en ECTP, puede depender del clima organizacional, del clima social y de los salarios; no solo del propio sino también del propio comparado con el del resto de los empleados (Robbins, 2013).

Resulta válido, entonces, plantear: ¿cómo saber si al momento de medir la satisfacción laboral, esta ha sido afectada, o no, por cuestiones ajenas a las que plantean las variables independientes utilizadas?

De igual modo sucede con el compromiso que, como ya se mencionó, es un constructo complejo y, según la definición que se considere, varía el método de medición.

2.1.1. Resultado del análisis desde la lógica

Tanto el compromiso como la satisfacción pueden depender de factores que no están incluidos en el modelo utilizado en ECTP, lo que permite afirmar que aun siendo A, B y C verdaderas no implica que D sea verdadera.

2.2. En relación con la independencia entre variables

En ECTP se determina una cierta cantidad de variables dependientes y variables independientes. Ahora bien, a efectos del análisis que se realiza, resulta conveniente interrogarse acerca de las relaciones entre las mismas y de las mismas entre sí. En ese sentido, adquieren importancia las respuestas a las siguientes preguntas: **¿Las variables independientes son independientes entre sí? ¿Las variables dependientes son independientes entre sí?**

2.2.1. Las variables independientes

Un primer aspecto a señalar es que siendo la variedad, la identidad, la significancia y la autonomía variables supuestamente independientes, están vinculadas entre sí y puede considerarse que tienen alguna dependencia, según lo

prueban Fortea y Agost (1994) en la evaluación del modelo que se muestra en el Anexo a este trabajo y en González (1995).

Para ejemplificar, puede considerarse la fabricación de una mesa y observar las variables variedad, identidad de las tareas y autonomía. Se presentan tres situaciones: en la primera, un carpintero fabrica únicamente la pata de una mesa; en la segunda, fabrica la mesa entera y en la tercera, fabrica la mesa y puede elegir con qué madera trabajar y dónde comprarla. A medida que se avanza de la situación 1 a la 2 y luego a la 3, aumenta la identidad de la tarea, la cantidad de habilidades requeridas es mayor y la autonomía es superior.

En conclusión, las cuatro variables tal vez puedan resumirse en una sola. Es decir que, si en lugar de que el carpintero construya solo una pata de la mesa, construye toda la mesa y, además, debe elegir la madera y el lugar donde comprarla, entonces es obvio que las variables identidad, variedad y significación de la tarea, junto con autonomía, aumenten su valor al mismo tiempo y por un solo hecho (el de pasar de la situación 1 a la 3, de fabricar la pata a fabricar la mesa).

2.2.2. Las variables dependientes.

Las variables dependientes, ¿son variables independientes entre sí? ¿La satisfacción laboral, el compromiso organizacional y el absentismo son independientes entre sí? (Mendoza Llanos, 2015)

Diferentes trabajos de investigación muestran que hay correlación entre la satisfacción laboral y el absentismo. Si bien esa correlación no es alta, resulta suficiente para concluir que estas variables no son independientes. Mucho más aún es la correlación entre el compromiso organizacional y el absentismo (Cluare Rocha *et al.* 2004; Robbins, 2013).

2.2.3. Resultado del análisis de la independencia de las variables

Las variables independientes tienen dependencia entre sí al igual que las variables dependientes. Esta situación permite anticipar que si una variable dependiente correlaciona con una independiente, entonces también lo hará con las otras. Del mismo modo, si una variable independiente correlaciona con una dependiente, entonces también lo hará con la otra variable dependiente, porque las dos variables dependientes no son independientes entre sí.

En este escenario es mucho más difícil analizar la utilidad del concepto del Potencial Motivador (ver Anexo), que resulta de una ecuación entre variables que se suponen independientes pero que no lo son.

Nuevamente, las comprobaciones que se hacen en ECTP sobre las relaciones entre los conceptos a partir de hechos se realizan sin sostenerse en un constructo teórico definido y presenta, además, algunas incoherencias como las que se mencionan.

2.3. En relación con los hechos

Los hechos que se analizan en ECTP resultan de los datos que se recogen a través de encuestas realizadas a los trabajadores.

A efectos de mejorar el análisis y reflexión sobre ellos, estos hechos podrían desglosarse entre aquellos que podrían ser captados por los sentidos de un observador, tal como lo plantearía un inductivista ingenuo (Chalmers, 2010) y a partir de ello realizar inferencias. Un ejemplo de ello sería analizar visualmente el comportamiento conductual de un trabajador, asumiendo que la validez de las observaciones puede estar sujeta a error. Otros hechos, tales como el sentido del oído y escuchar lo que dice el trabajador, solo pueden relevarse a través de las conversaciones guiadas por las encuestas y que suceden entre las personas que ocupan los puestos y los investigadores, dado que serían difíciles de observar.

Los hechos, por otra parte, se relacionan de algún modo con las variables independientes.

La variedad de la tarea puede observarse, generalmente, utilizando el sentido de la vista. Los observadores, a través de la utilización de sus sentidos, pueden dar fe de que el trabajador realiza tareas diferentes. Además, lo que ven los observadores (Chalmers, 2010), las experiencias subjetivas que tienen cuando ven un objeto o una escena, está determinado no solamente por las imágenes formadas en sus retinas, sino que depende también de su experiencia, su conocimiento y su propia expectativa.

La identidad de tareas también puede observarse empleando el sentido de la vista. Si se tratase de fabricar mesas, por ejemplo, podría observarse si el empleado construye solo una pata o toda la mesa.

Sin embargo, la significación de tareas no puede observarse puesto que se trata de una percepción subjetiva y como tal puede variar de persona a persona. Si toda la muestra corresponde a trabajadores del ámbito de la salud, todos podrían percibir que sus trabajos influyen en la vida de las personas. Por ejemplo, el personal de mantenimiento que realiza la limpieza puede interpretar que la vida de un paciente depende de su trabajo (eliminación de bacterias en un quirófano), o tal vez no.

Por otra parte, la variable autonomía es observable en el sentido de que es posible ver si el empleado decide solo para poder desempeñar su trabajo o bien pide directivas para poder realizarlo.

En relación con el *feedback* del puesto, puede ser un hecho observable; a la vez que el potencial motivador no es un hecho observable.

Parte de la información podría ser confirmada aun independientemente de la opinión de las personas que ocupan los puestos de trabajo, dado que guardan

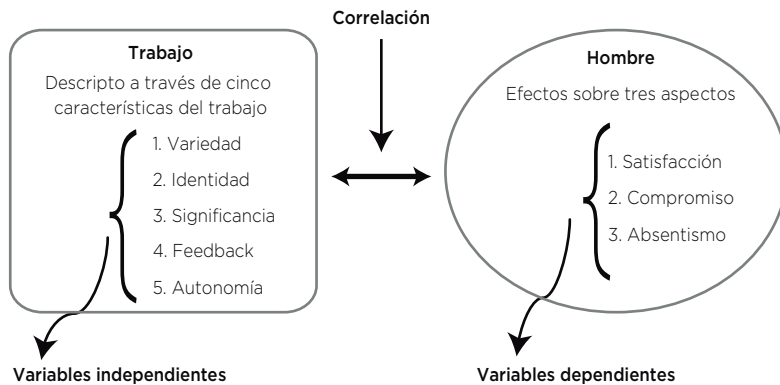
cierta objetividad. Por ejemplo, variedad, identidad de las tareas y autonomía retomando el ejemplo de la construcción de la mesa y las situaciones 1, 2 y 3 descriptas; si en vez de construir solo una pata (situación 1), se construye toda la mesa, se elige la madera y donde comprarla (situación 3). Sin dudas, en esta situación la persona que realiza el trabajo estará realizando mayor variedad de tareas, el trabajador verá mayor porción del trabajo terminado (identidad de la tarea) y tendrá más autonomía. No obstante, las variables significancia de la tarea y satisfacción laboral tendrán que ver con la percepción que tenga el trabajador y no podrían ser anticipadas de la misma manera que las variables anteriores.

Algunos hechos que se utilizan para validar las hipótesis tienen cierto grado de objetividad. Tal sería el caso de la variedad, identidad, autonomía, absentismo. En cambio, otros tales como la satisfacción laboral y significación de la tarea, no, porque dependen puramente de la percepción que las personas tengan.

2.4. En relación con el vínculo trabajo-hombre

Un análisis más minucioso permite advertir que en ECTP se analiza la dinámica del trabajo y los efectos de éste sobre el hombre. El Gráfico 1 presenta las variables que se definen en el estudio y sus relaciones.

Gráfico 1. Variables que se definen en el estudio y sus relaciones



Si se pone el foco en la satisfacción percibida por cada trabajador y en el método usado para su medición, el grupo de investigación de la Universidad de Valencia utilizó 22 ítems, entre los que figuran: turno de trabajo, supervisión, compañeros, promoción, incentivos, condiciones de trabajo. Cabe plantearse entonces: ¿en qué medida los ítems propuestos tienen que ver con las variables independientes cuyo efecto se quiere medir?

Y aún más. Si la persona no está satisfecha, ¿es posible saber si es como consecuencia de los efectos de las variables independientes mencionadas o será por otros ítems que no tienen nada que ver con esas variables?

Si se toma en consideración el método utilizado en ECTP para medir el compromiso, se advierte que está basado en la medida desarrollada por O'Reilly y Chatman (1986), quienes desarrollan una escala de cinco alternativas de respuesta. En el procedimiento utilizaron la medida de tres ítems. Sin embargo, no queda claro cómo se adaptó la medición, teniendo en cuenta que los autores mencionados utilizan 21 ítems para medir el compromiso.

Pueden mencionarse, a modo de ejemplo, algunos de los 21 ítems que constituyen las variables independientes del estudio citado, que además están relacionados con las dimensiones del compromiso:

- 1) Si los valores de esta organización fueran diferentes, no estaría tan unido a esta organización.
- 2) Desde que me uní a esta organización, mis valores personales y los de la organización se han vuelto más similares.
- 3) La razón por la que prefiero esta organización a otras es por lo que representa, por sus valores.
- 4) Mi apego a esta organización se basa principalmente en la similitud de mis valores y los representados por la organización.
- 5) Lo que esta organización representa es importante para mí.
- 6) Me enorgullece decirle a los demás que soy parte de esta organización.
- 7) Hablo de la universidad a mis amigos como una gran organización para la cual trabajar.
- 8) Tengo un sentido de "propiedad" para esta organización en lugar de ser solo un empleado.
- 9) A menos que sea recompensado por ello de alguna manera, no veo ninguna razón para realizar un esfuerzo adicional en nombre de esta organización.
- 10) Lo duro que trabajo para la organización está directamente relacionado con cuánto me recompensan.
- 11) Mis opiniones privadas sobre la universidad son diferentes a las que expreso públicamente.
- 12) Para que pueda ser recompensado por aquí es necesario expresar la actitud correcta.

Teniendo en cuenta las definiciones y las mediciones del compromiso formalizadas por O'Reilly y Chatman (1986), se entiende el compromiso como un constructo complejo que depende de múltiples factores. Vale cuestionarse, entonces: ¿cómo pudo restringirse a tres ítems en ECTP sin que esto implique un reduccionismo equivocado del significado de "compromiso"?

Y del mismo modo que en el caso de la satisfacción, puede agregarse, además, que el compromiso depende no solo de las características del trabajo que

realiza el empleado, sino más bien de una serie de condiciones en la que este se realiza.

3. Conclusión

Existen teorías que permiten observar hechos, a través de los cuales se pueden validar leyes. Existen, además, métodos para medir, los que tienen que ser válidos y coherentes con aquello que se quiere medir.

Es posible observar algunos “vacíos” en la teoría usada en ECTP, en lo referente a definiciones de las variables, además de algunas incoherencias tales como la falta de independencia entre las propias variables independientes y las variables dependientes entre sí. Puede concluirse que la teoría que antecede al experimento no es suficientemente adecuada.

Por otra parte, las mediciones realizadas en el experimento a través de las encuestas pueden ser correctas en sí mismas; del mismo modo que el procedimiento mediante el cual se realiza el análisis estadístico de las relaciones encontradas entre las variables.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Es posible asegurar que el experimento es válido en relación con la teoría que se quiere probar, cuando la propia teoría es poco clara? La respuesta, atendiendo a los argumentos expuestos, sería que no.

Es importante advertir que tanto en ECTP como en Hackman y Oldman (1980) se analiza una relación hombre-trabajo sin tener en cuenta que ese hombre se encuentra en un sistema social. Es decir, se analizan las características del trabajo que realiza y sus efectos en la satisfacción, compromiso y absentismo, sin tener en cuenta que ese hombre se encuentra en un sistema social particular (la empresa u organización a la que pertenece), entre otros hombres, dentro de una estructura muchas veces jerárquica y sujeto a varias condiciones.

El hecho de estar entre otras personas pone en juego fenómenos políticos, psicosociales y sociales que el modelo no toma en cuenta. Las conclusiones que se fueron enunciando a lo largo de este trabajo, muestran que en ECTP no lo tienen en cuenta al considerar las variables independientes, aunque sí al medir variables dependientes como la satisfacción y el compromiso.

Entonces, ¿es posible medir exitosamente los efectos intrínsecos de las características del trabajo sobre estados del hombre (como satisfacción y compromiso) sin tener en cuenta que esos estados dependen de múltiples factores? Aunque probablemente no, es otra de las cuestiones que se abren a partir del análisis realizado.

Como afirma Chalmers (2010), la ciencia no comienza con los enunciados observacionales porque una teoría de algún tipo precede siempre a todos los enunciados observacionales y los enunciados observacionales no constituyen

una base firme sobre la que pueda descansar el conocimiento científico porque son falibles.

4. Anexo

Definición de las variables independientes:

- 1) **Variación de la tarea:** grado en el cual el puesto requiere una variedad de actividades diferentes y exige que el trabajador ponga en práctica habilidades y talentos diferentes.
- 2) **Identidad de tareas:** grado en el cual el puesto requiere de la terminación de toda una porción identificable del trabajo.
- 3) **Significación de tareas:** grado en el cual el puesto tiene un impacto sustancial en la vida o el trabajo de otras personas.
- 4) **Autonomía:** grado en el cual el puesto proporciona libertad, independencia y discrecionalidad sustanciales para que el individuo programe el trabajo y determine los procedimientos que deberán ser utilizados para llevarlo a cabo.
- 5) **Feedback del puesto:** grado en el cual el cumplimiento de las actividades requeridas por el puesto permiten que el individuo obtenga información clara y directa acerca de la efectividad de su desempeño.
- 6) **Potencial motivador**

$$M = \frac{\text{variedad} + \text{identidad} + \text{importancia}}{3} \otimes \text{autonomía} \otimes \text{retroalimentación}$$

La muestra utilizada es de 932 trabajadores de diferentes puestos de trabajo: médicos, enfermeras, auxiliares sanitarios, personal de mantenimiento, otras ocupaciones del Servicio Valenciano de Salud.

Resultados principales obtenidos en el trabajo de España: se resume en que, cuanto más positivas son las Características del Puesto de Trabajo, mayor es la satisfacción y el compromiso organizacional, especialmente en aquellos que se sienten competentes para el puesto.

Características del Puesto de Trabajo (CPT) muestran relaciones

Con incidencia:	En las variables:
Significativa	Satisfacción laboral.
Significativa	Compromiso organizacional
No significativa	Ausentismo
Reducida proporción	Varianza del Compromiso Organizacional

5. Referencias bibliográficas

- Chalmers, A. F. (2010). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* Madrid: Siglo XXI Editores.
- Chiang Vega, M. R. y Nuñez Partido, A. (2010). *Relaciones entre el clima organizacional y la satisfacción laboral*. Madrid: RB Servicios Editoriales SL.
- Fortea, A, Fuertes, F. y Agost, M. R. (1994). Evaluación del Modelo motivacional de las características del puesto a partir de una muestra variada. Recuperado de: <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/trabajo/1994/vol3/arti3.htm>
- González, L. (1995). Análisis de las relaciones causales propuestas en el Modelo de las Características del Puesto. En L. González Fernández (Coord.), A. De la Torre y J. De Elena (Eds.) *Psicología del trabajo y de las organizaciones, gestión de recursos humanos y nuevas tecnologías*. Salamanca: Eudema.
- Hackman, J. y Oldham, G. R. (1980). The Job Diagnostic Survey: An Instrument for the Diagnosis of Jobs and the Evaluation of Job Redesign Projects. Recuperado de: <https://eric.ed.gov/?id=ED099580>
- Mendoza Llanos, R. (2015). Insatisfacción laboral como predictor del ausentismo en un hospital público. *Revista Médica de Chile*, 143(8). Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0034-98872015000800010&script=sci_arttext
- O'Reilly, C. y Chatman, J. (1986). Organizational Commitment and Psychological Attachment: The Effects of Compliance, Identification, and Internalization on Prosocial Behavior. *Journal of Applied Psychology*, 71(3), pp. 492-499. Recuperado de: <https://pdfs.semanticscholar.org/1eef/c51ff886acd6f2c317f8f25a3f42fe984ddb.pdf>
- Quintanilla, M. A. (2017). *Tecnología: un enfoque filosófico y otros ensayos sobre filosofía de la tecnología*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Robbins, S. P. y Judge, T. A. (2013). *Comportamiento organizacional*. México DF: Pearson.
- Rocha, M. C. y Böhrh Pelaez, M. R. (2004). Tres dimensiones del *compromiso organizacional*: identificación, membresía y lealtad. *Ajayu*, 2(1). Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S207721612004000100008&script=sci_arttext
- Zurriaga, R., Ramos, J., González-Romá, V., Espejo, B. y Zornoza, A. (2000). Efecto de las características del puesto de trabajo sobre la satisfacción, el compromiso y el absentismo en organizaciones sanitarias. *Revista de Psicología Social Aplicada*, 10(3). Recuperado de: <https://psycnet.apa.org/record/2001-01209-002>

Tecnología versus evasión fiscal: análisis del impacto de las herramientas tecnológicas utilizadas por la administración tributaria con respecto a su recaudación, simplicidad impositiva y evasión fiscal⁽¹⁾

Nicolás Cabanettes

*Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas,
Santa Rosa, Argentina*

✉ nico.cabanettes@gmail.com

📅 Fecha de recepción: 17/12/2019 - Fecha de aceptación: 01/04/2020

Cómo citar este artículo: Cabanettes, N. (2020). “Tecnología versus evasión fiscal: análisis del impacto de las herramientas tecnológicas utilizadas por la administración tributaria con respecto a su recaudación, simplicidad impositiva y evasión fiscal”. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 207-220. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566
DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a11>

Resumen: Hoy en día, la tecnología se encuentra inserta en la sociedad de una forma que no se imaginaba hace años atrás, al punto que se llega a creer que nos hemos vuelto dependientes de ella. El Estado, como parte de la sociedad, no puede quedar relegado de la tecnología, por eso la incorpora en cada área que sea posible, siendo la tributación un sector muy significativo del mismo.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

(1) Este trabajo se realizó bajo la tutoría de Celia Jakob y Sebastián Sánchez Fay, en el transcurso de la materia “Introducción al Conocimiento Científico y Metodología de la Investigación”, correspondiente al plan de estudios de la carrera Contador Público Nacional en la FCEyJ, UNLPAM.

Argentina es un país en el cual el gasto público es muy grande respecto de su PBI, lo que nos conduce a pensar que un gran gasto debería compensarse con un gran ingreso. Lamentablemente, la evasión fiscal se hace presente y reduce la recaudación estatal, cuestión que vendrían a salvar las herramientas tecnológicas.

En el presente trabajo se realiza una investigación aplicada y explicativa acerca del impacto que produjo la tecnología empleada por las administraciones tributarias, respecto de sí mismas y de los contribuyentes, analizando cualitativamente datos sobre costos, beneficios y riesgos informáticos de ambas partes, además de verificar de qué manera son implementadas las herramientas y en qué cantidad mediante un trabajo de campo. También se mencionarán las técnicas más comunes de evasión fiscal para comprobar si pueden ser erradicadas o, por lo menos, reducidas.

Palabras clave: tecnología; administración tributaria; contribuyentes; impuestos; evasión fiscal.

Technology versus tax evasion: analysis of the impact caused by de technological tools used by the tax administration with regard of collection, tax simplicity and evasion

Abstract: Nowadays, technology is inserted in our society in a way rarely imaginable many years ago, to the point that is belief we are dependents of it. The government, as part of the society, cannot be relegated by technology, that is why is incorporated in all possible areas, which taxation is a significant sector. Public spending in Argentina is big with regard of its GDP, what makes people think that a big spending, needs a big collection. Unfortunately, tax evasion exists and reduces the government's collection, issue that needs to be saved by the technological tools.

In this research work is made an applied investigation and explanatory about the impact caused by the tools that the government uses, about themselves and the taxpayers, analyzing qualitatively costs, profits and computer risks of both parts, also verify in which way are used the tools and if they are used as they expected, by making a field work. Then, will be mentioned some common techniques of tax evasion to check if they can be eradicated, or at least reduced.

Key words: technology; tax administration; taxpayers; taxes; tax evasion.

Tecnologia versus evasão fiscal: análise do impacto das ferramentas tecnológicas usadas pela administração fiscal no que diz respeito à sua cobrança, simplicidade fiscal e evasão fiscal

Resumo: Hoje, a tecnologia está incorporada na sociedade de uma maneira que não era imaginada anos atrás, a ponto de acreditarmos que nos tornamos dependentes dela. O Estado, como parte da sociedade, não pode ser relegado à tecnologia, incorporando-o em todas as áreas possíveis, sendo a tributação um setor muito significativo.

A Argentina é um país em que os gastos públicos são muito grandes em relação ao seu PIB, o que nos leva a pensar que grandes gastos devem ser compensados por uma grande renda. Infelizmente, a evasão fiscal está presente e reduz a receita do estado, uma questão que economizaria ferramentas tecnológicas.

No presente trabalho, é realizada uma investigação aplicada e explicativa sobre o impacto produzido pela tecnologia utilizada pelas administrações tributárias, em relação a si e aos contribuintes, analisando qualitativamente dados sobre custos, benefícios e riscos computacionais de ambas

as partes, além de verificar como as ferramentas são implementadas e em que quantidade através do trabalho de campo. As técnicas mais comuns de evasão fiscal também serão mencionadas para verificar se podem ser erradicadas ou, pelo menos, reduzidas.

Palavras chave: tecnologia; administração tributária; contribuintes; impostos; evasão fiscal.

1. Introducción

En el presente trabajo, mediante una encuesta realizada a empleados de la Administración Federal de Ingresos Públicos (Afip) de la agencia Santa Rosa (La Pampa), se analiza cuál es el impacto que han producido algunas herramientas utilizadas por este organismo con respecto a su recaudación, si logran reducir la evasión fiscal y permitir una tributación más sencilla para el contribuyente. Además, se identifica qué técnicas son las más utilizadas para evadir impuestos y por qué el individuo adopta esta conducta.

Se realizó una entrevista a un empresario de la ciudad de Santa Rosa que hace uso de estas herramientas, para poder analizar la otra cara de la moneda y considerar la visión del sujeto obligado al pago de impuestos. Se buscó comprobar si le resultaron de ayuda o si le significaron un costo adicional excesivo que pudo ser perjudicial para la salud de su empresa.

La hipótesis formulada tiene un carácter escéptico respecto del impacto de las herramientas. Se cree que la evasión fiscal se genera por otras causas, tales como lograr un mayor beneficio y la gran presión impositiva. No por ello se piensa que las herramientas sean malas, al contrario, con tasas menores y con una responsabilidad mayor de los contribuyentes, los resultados serían mejores.

Para la elaboración del trabajo, se ha empleado un tipo de investigación aplicada, mediante la realización de la encuesta y la entrevista previamente mencionadas. También es de carácter explicativa y de campo. La metodología de análisis es cualitativa; por eso se guiará por el contenido de las respuestas obtenidas.

2. Marco teórico

La Real Academia Española (2019) establece que impacto es: “efecto producido en la opinión pública por un acontecimiento, una disposición de la autoridad, una noticia, una catástrofe, etc”. Esta definición fue elegida por su carácter neutral, ya que permite englobar tanto aspectos sociales como económicos y tecnológicos, y no centrar la investigación en uno solo de ellos y dejar de lado a los otros que, se cree, son igual de importantes para realizar un análisis completo.

Luego de mencionar el aspecto tecnológico, cabe definir qué se entiende por herramientas tecnológicas. Para ello, se adopta la siguiente definición: “una herramienta tecnológica es cualquier software o hardware que ayuda a realizar bien una tarea, entiéndase por “realizar bien” que se obtengan los resultados esperados, con ahorro de tiempo y ahorro en recursos personales y económicos”

(Herramientas tecnológicas. Definición, s/f, párr. 5). Las herramientas tecnológicas tienen un objetivo principal: adoptar un rol armonizador o conciliador entre el contribuyente y la administración tributaria de modo que la tributación se concrete de la mejor manera posible, optimizando recursos personales y económicos: “Y las herramientas de e-taxation, como ya se ha mencionado, constituyen una herramienta ideal para facilitar la comunicación entre ciudadanos y AT, incidiendo positivamente en las prácticas democráticas y participativas” (Gronlund, 2003, citado en Esper, 2009).

Por su parte, Peña Pollastri (2011) destaca la importancia de internet ya que, entiende, reduce el margen de posibles maniobras fraudulentas por parte de los contribuyentes, ya que permite un mayor seguimiento de los mismos. Al respecto, se mencionan algunas herramientas tecnológicas empleadas para dicho fin.

- **Servicio de Declaración Jurada y pagos online:** este servicio consiste en una página web, brindada por la Administración Federal de Ingresos Públicos (Afip), que posibilita al contribuyente de presentar su declaración jurada y efectuar pagos mediante transferencias electrónicas.⁽²⁾
- **Factura electrónica:** es un comprobante equivalente al que se emitiría en papel, solo que carece de este último, ya que se confecciona vía internet; puede realizarse mediante una computadora o un dispositivo móvil. Además, mediante la aplicación “facturación móvil”, se permite almacenar, gestionar e intercambiar este tipo de facturas (Agencia Federal de Ingresos Públicos [Afip], s/f).⁽³⁾
- **Servicio “Nuestra Parte”:** Daniel Sticco (2017) establece que Nuestra Parte es un servicio prestado por Afip que busca informar al contribuyente sobre la información patrimonial que se posee sobre el mismo, de modo que, cuando la persona confeccione su declaración jurada, no omita los datos expuestos. Los datos son brindados por terceros, cualquiera que revista el carácter de informante, como puede ser un banco o un escribano, entre otros.
- **Controladores fiscales de nueva generación:** primero, cabe definir qué es un controlador fiscal: “Son el equipamiento electrónico homologado por la AFIP, destinado a procesar, registrar, emitir comprobantes y conservar datos de interés fiscal, generados por las ventas, prestaciones o locaciones de servicios” (Olicart, s/f, párr. 1). Los instrumentos elegidos para el análisis son los controladores fiscales de nueva generación, que presentan algunas modificaciones respecto de sus antecesores, tales como la posibilidad de emitir facturas electrónicas, enviar informes semanales a Afip y la prohibición de imprimir documentos de uso interno.⁽⁴⁾

(2) Véase “Presentación de DDJJ y Pagos”, en página web de Afip: afip.gob.ar/genericos/presentacionElectronicaDDJJ/

(3) Véase “Factura Electrónica” en página web de Afip: afip.gob.ar/fe/informacionGeneral.asp

(4) Véase “Controladores Fiscales” en página web de Afip: afip.gob.ar/noticias/20180803controladoresFiscales.asp

Todos estos recursos son empleados por las administraciones tributarias, las cuales tienen como objetivo la recaudación de los tributos, facultad conferida por el Estado nacional, provincial o municipal (el que corresponda) mediante leyes. El análisis está centrado en la Administración Federal de Ingresos Públicos (Afip), más precisamente en la que funciona en la ciudad de Santa Rosa, provincia de La Pampa. Más allá del poder que ejerce el ente recaudador sobre el contribuyente, su relación debe encontrar un equilibrio que logre conciliar las exigencias estatales y los tiempos, prioridades y costos que posee el sujeto pasivo (Oklander, 2017, citado en Storani, 2012).

Si bien el objetivo de la administración tributaria es recaudar los impuestos, también le compete prevenir y sancionar a aquellos que inflijan las leyes tributarias. Esto conduce a la necesidad de definir a qué se refiere el concepto infracción fiscal. Según Legalmag (2016): "... es considerada como la transgresión o incumplimiento de las normas tributarias que a su vez facultan al Estado para aplicar al infractor una sanción. La sanción puede entenderse como la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado". Las sanciones no tienen un carácter lucrativo para el Estado, sino que, principalmente, buscan corregir la conducta del evasor, por más que recauden dinero mediante ellas. Los montos pueden consistir en multas del total del impuesto evadido hasta seis veces el importe del mismo, clausura del establecimiento económico, o bien, un embargo preventivo de bienes por el monto adeudado (Ceteri, 2018). Debe tenerse en cuenta que las sanciones son hechos poco frecuentes, por lo que no representan una fuente significativa de ingresos para la administración.

Ruiz (2013) menciona qué efectos produce incurrir en fraude fiscal indicando que este: "distorsiona la actividad de los distintos agentes y condiciona el nivel de calidad de los servicios públicos y las prestaciones sociales, dado que implica una merma en los ingresos públicos, lo que afecta a la presión fiscal que soportan los contribuyentes cumplidores, puesto que de otra forma no sería posible mantener el nivel de gasto público". El autor hace alusión al bucle en el que se encuentra el sistema tributario argentino; más evasión conlleva más carga para los contribuyentes, los cuáles son tentados a evadir, generando mayor presión a quienes siguen pagando impuestos y así sucesivamente. La evasión no representa solamente un problema fiscal, sino que sus efectos nocivos se trasladan a otros ámbitos, tales como la inversión, la competitividad, las exportaciones y la equidad distributiva. Además, implica una pérdida potencial de recursos, la cual limita el accionar del Estado para lograr sus objetivos (Gómez Sabaini, Jiménez y Podestá, 2010, citado en Agosto, 2017).

Collosa (2019) sostiene que es muy difícil determinar cuál es la causa real de la evasión fiscal, pero menciona diversas conductas, situaciones o condiciones que puedan conducir a los individuos a evadir impuestos, tales como: inflación, desconocimiento de las obligaciones como contribuyente, existencia de una economía informal significativa, falta de simplicidad en la legislación tributaria,

una presión fiscal excesiva, entre otras. Existiendo tantas causas, es posible empatizar con algunas situaciones de los contribuyentes, sin embargo, nunca será la solución la evasión impositiva, un fenómeno que viene arrastrándose desde muchos años y que distorsiona la visión que se tiene sobre los evasores, colocándoselos como inteligentes o vencedores del sistema, cuestión que se aleja de la realidad y únicamente acarrea problemas para el entorno.

Cabe mencionar que la carga tributaria argentina es muy elevada, lo que la torna desmotivadora para los empresarios por su magnitud, además de tentar cada vez más a quien desarrolla una actividad económica a convertirse en un evasor. Agosto (2017) compara la presión tributaria argentina con la del resto de los países latinoamericanos, siendo del 34% en Argentina y en los demás países del 23% en promedio respecto del PBI. También menciona que el nivel de presión es similar al de países desarrollados, aunque nuestro país posee un ingreso per cápita inferior. Estos datos denotan un claro perjuicio sobre el contribuyente, quien ve muy disminuida su renta en comparación con la que tendría en otro país. Además, queda a la vista la ineficiencia de los recursos recaudados por el Estado, cuyo gasto no encuentra un sustento en lo producido por el país. Por su parte, Bellina (2008) sostiene que la presión fiscal ha alcanzado un límite que fomenta la evasión, basándose en que el sistema tributario es inequitativo, ineficiente y distorsivo, y que atenta contra el crecimiento a largo plazo.

3. Desarrollo

3.1. Uso de las herramientas tecnológicas, cuantía y forma

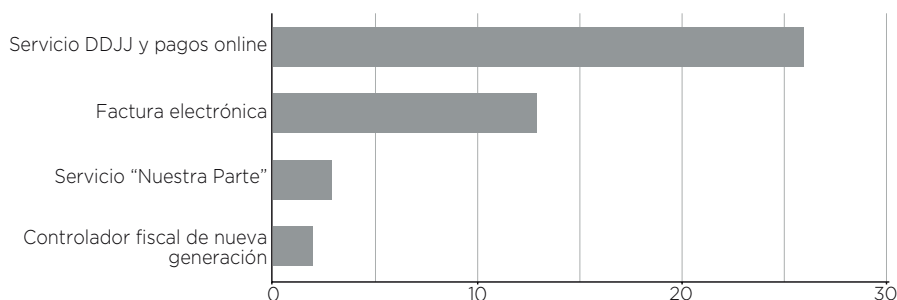
Las herramientas tecnológicas que utiliza la Administración Federal de Ingresos Públicos tienen un fin principal: simplificar la tributación. Para lograr esto, diversas áreas y aspectos deberán ser analizados, entre las cuales se destacan, la cultura tributaria de la sociedad argentina y la gran presión impositiva que tiene este país. Por ello, las herramientas deben alcanzar una serie de objetivos:

- Fortalecer el control.
- Facilitar el cumplimiento a través de la simplificación y la gestión digital.
- Fortalecer la cultura tributaria.
- Incrementar la capacidad operativa.

El control es un aspecto que se puede pasar por alto en muchas situaciones, más que nada en esta sociedad, aunque no debería ser algo por lo que sentir orgullo. El hecho de suplantar papeles por documentos digitales permite una supervisión a tiempo real, lo cual es un notable avance. También se facilita la búsqueda de información al realizarse mediante dispositivos electrónicos y se puede acceder de manera más sencilla a datos concretos, sin la necesidad de revisar documentos, resúmenes de cuentas o libros en forma íntegra, lo que reduce notablemente tiempos improductivos.

En la relación fisco-contribuyente, la tecnología tiene que actuar como un conciliador o bien cumplir un rol que ayude a ambas partes a poder recaudar e ingresar el tributo, minimizando costos y evitando caer en una burocracia. La encuesta realizada a trabajadores de Afip brindó resultados positivos respecto de la simplificación. Como es de esperarse, no todos los implementos han influido de la misma forma, siendo el “Servicio de Declaración Jurada y Pagos Online” el que mejores reseñas recibió, lo que da a entender su buen funcionamiento y su rápida adaptación, que año a año se actualiza y facilita su uso.

Gráfico 1. ¿Cuál herramienta es la más utilizada? Personas encuestadas: 30



Fuente: elaboración propia.

En el otro extremo se encuentra el “Servicio Nuestra Parte” que no ha recibido buenas opiniones –respuestas negativas provocadas por ser una función relativamente nueva– y que podría mejorarse notablemente. Su idea original es excelente, pero claramente le falta una optimización para masificar su uso, por lo que se puede decir que se espera mucho más de esta herramienta.

Argentina posee un extenso y complejo sistema tributario, por lo cual es de esperar que la cultura tributaria de los ciudadanos no sea buena o que, por lo menos, sea menor que lo que se desearía. Es un aspecto importante poder fortalecer este conocimiento y concientizar sobre la importancia de no evadir impuestos, ya que se reduce ampliamente el ingreso del Estado y conlleva un margen de maniobra menor para la consecución de sus objetivos. Una herramienta destinada a fortalecer la cultura tributaria es el “Servicio Nuestra Parte”, que posibilita al contribuyente a conocer la información que posee AFIP sobre su patrimonio y poder confeccionar posteriormente su declaración jurada. No sorprende que esta herramienta haya obtenido malos resultados en la encuesta realizada, ya que permite corroborar una carencia en la cultura tributaria. Incrementar su uso permitiría una mayor conciencia en los individuos al decidir si realizar una maniobra fraudulenta.

Sin dudas, un aspecto que se busca incrementar es la capacidad operativa tanto de los contribuyentes como de las administraciones tributarias. Las herramientas tecnológicas juegan un papel fundamental en esta cuestión, ya que permiten reducir tiempos considerablemente, si son utilizadas correctamente.

Implementar el uso de la “Factura Electrónica” trae aparejado una reducción de costos de almacenamiento y de papelería, lo cual redundará en mucha comodidad para los empresarios. Además, la factura se traslada vía internet hacia Afip, lo cual suprime el trámite de trasladar los comprobantes. Lo mismo ocurre con los servicios “Nuestra Parte” y “Declaración Jurada y Pagos Online”, que permiten al contador obtener información por parte del ente recaudador sin necesidad de acudir al cliente, lo que significa un ahorro de tiempo también para el contador. Además, el uso del “Controlador Fiscal”, al tener la posibilidad de emitir facturas, reduce enormemente los tiempos destinados a la registración de las mismas.

3.2. Análisis costo/beneficio al implementar las herramientas

Las herramientas tecnológicas sin dudas significaron un avance importante en la tributación, por cuestiones de practicidad y reducción de costos. La factura electrónica permitió dejar de utilizar los talonarios que servían para emitir facturas manuales, lo cual es un aspecto muy positivo ya que se reducen los costos en papelería y en almacenamiento, además de que se aporta un granito de arena al cuidado del medio ambiente al no requerir el uso de papel. Esta herramienta requiere el uso obligatorio de internet, que hoy en día no representaría un problema para quien lleve adelante una actividad comercial que deba emitir facturas. Es un arma de doble filo, ya que al depender de internet, si esta deja de funcionar, se entorpece la labor diaria, como relata un empresario santarroseño entrevistado, aunque también destaca el gran potencial de esta herramienta con un correcto funcionamiento de la conexión.

Gráfico 2. Ventajas de la factura electrónica



Fuente: Zeus (s/f).

La página web de Afip es un sitio muy valorado por la gran diversidad de servicios que posee, lo que hace que también sea criticado por no funcionar en condiciones en una frecuencia mayor a la que debería tener una página

gubernamental. Un servicio relativamente nuevo es llamado “Declaración Jurada y Pagos Online” que permite, como su nombre lo indica, presentar la declaración jurada de impuestos y efectuar pagos a AFIP mediante el uso de una computadora o un teléfono móvil. Al igual que la factura electrónica, convierte al contribuyente en dependiente de internet, pero también presenta los mismos beneficios respecto del almacenamiento y de ser una herramienta *ecofriendly*. En teoría, utilizar esta herramienta es gratis, pero hay que saber utilizarla, lo que significa que para realizar una declaración jurada, se sigue necesitando de los servicios de un contador. El empresario entrevistado es muy crítico respecto a esta cuestión ya que él desearía no ser tan dependiente de un contador y poder aprovechar este servicio por su cuenta.

Dentro del sitio web de Afip también se encuentra el servicio “Nuestra Parte”, el cual informa al contribuyente sobre los datos patrimoniales que posee el ente recaudador. Queda en evidencia que si faltan estos datos en la declaración jurada, Afip sancionará al evasor. Esta herramienta no ha sido utilizada como era esperado, lo que es un desaprovechamiento de recursos a considerar, sin dejar de analizar que tiene un potencial muy bueno. Llegará un momento en el cual se conozca toda la información del contribuyente y prácticamente se confeccione sola la declaración jurada. Hasta tanto no ocurra eso, este servicio permanecerá marginado.

Gráfico 3. “Nuestra Parte”: ejemplo



Fuente: *Tributum. Periódico tributario* (24 de mayo de 2019).

Aunque, sin dudas, el controlador fiscal no es una tecnología tan nueva como las anteriores mencionadas, recientemente ha salido al mercado la nueva generación de estos dispositivos que presentan mejoras respecto de sus antecesores, tales como emitir facturas electrónicas, enviar informes semanales a Afip y la prohibición de imprimir documentos de uso interno. Esta herramienta tiene

un costo que oscila entre \$45.000 y \$60.000 ARS aproximadamente, lo cual es una inversión a considerar por el empresario, ya que no es un monto menor y se debe esperar a cubrir su costo en el futuro. Es muy probable que, si se tiene un negocio pequeño, no se justifique la compra de un dispositivo. El contribuyente entrevistado hace uso de un controlador fiscal, quien destaca que le resultó costoso incorporar uno de estos elementos y deberá cambiarlo en la brevedad, ya que pretende emitir facturas electrónicas con él. Por otro lado, los empleados de Afip fueron moderadamente críticos con esta tecnología, debido a que no creen que los resultados generados por el controlador sean los esperados, probablemente por su bajo uso.

3.3. Riesgos informáticos

Siempre que se habla de *softwares* hay quienes desconfían de los mismos por ser propensos a ser adulterados, espiados o controlados por un *hacker*. Las herramientas tecnológicas analizadas en este trabajo no escapan a ese posible riesgo, aunque a ciencia cierta, no es algo frecuente escuchar hablar de esos peligros referidos a estos elementos. Sin embargo, no es un tema a dejar desatendido, ya que los posibles ataques existen y es preferible estar protegido frente a las amenazas.

Es más el desconocimiento que hay sobre el tema que las certezas; el riesgo informático respecto de estas herramientas no representa una alarma hoy en día en Argentina. Los empleados de Afip confían mucho en sus herramientas y no creen que exista algún peligro en lo que a seguridad se refiere. Esto habla bien de estas tecnologías: hay tranquilidad respecto de su funcionamiento y se entiende que si hubiere malversación de la información, no provendría de alguna falla de seguridad de las mismas. El empresario entrevistado es muy escéptico en referencia a estos riesgos, pero igualmente toma sus recaudos.

Se sabe de la existencia del riesgo informático porque ya ha ocurrido, por más que no sea algo común. En Francia ocurrió un ataque por parte de *hackers* en junio de 2019, en el que se modificaron los puntos de declaración de la renta de los contribuyentes, haciendo que paguen menos impuestos. Este suceso subrayó la débil seguridad informática del país y la necesidad de un futuro refuerzo (Zornoza, 2019).

3.4 Técnicas de evasión fiscal

Argentina posee un nivel muy elevado de evasión fiscal, alcanzando el 4,4% del PBI en 2016, lo que significa una enorme pérdida de recursos por parte del Estado. Es un porcentaje alto en comparación a los otros países que integran el top 5 de montos absolutos no recaudados, ya que estos no superan el 2% del PBI. El importe no declarado ascendió a US\$ 21.406 millones de dólares (Lafuente, 2017).

El contexto socioeconómico de Argentina conlleva a los individuos a actuar racionalmente y tratar de sacar el mayor rédito del mismo, colocando en la

balanza los riesgos de no pagar un impuesto y el beneficio que se obtendría de no pagarlo. La inflación es un fenómeno que incide directamente en este aspecto, ya que tienta al contribuyente a demorar su ingreso del impuesto y lograr que lo “absorba” la inflación, ya que al pasar el tiempo, el monto adeudado representará un menor poder adquisitivo en términos relativos, sin dejar de lado los intereses devengados, que muy difícilmente modifiquen la conducta del individuo, una vez tomada la decisión. Además, la tasa de interés nominal anual que aplica Afip para sus intereses resarcitorios es del 58%,⁽⁵⁾ siendo inferior a la tasas equivalentes que utilizan las entidades financieras, que son del 65% aproximadamente.

Sin dudas, la creatividad que poseen algunos contribuyentes para evadir impuestos es algo para destacar. A continuación se detallarán las técnicas más populares de evasión:

Gráfico 4. Técnicas de evasión fiscal

Técnica	En qué consiste	Impuestos evadidos
Omisión de registración de ventas	Dejar de registrar ventas para aparentar un menor ingreso	Impuesto al valor agregado, impuesto a las ganancias, monotributo
Crédito fiscal apócrifo	Computar crédito fiscal proveniente de contribuyentes dedicados a la venta de crédito fiscal	Impuesto al valor agregado, impuesto a las ganancias
Declaración excesiva de gastos	Incluir gastos sin relación al objeto del negocio	Impuesto al valor agregado, impuesto a las ganancias
Bienes no declarados	No declarar bienes directamente, colocarlos en nombre de testaferrros o subvaluarlos	Impuesto a los bienes personales

Fuente: elaboración propia.

Existen muchas más formas para evadir impuestos pero las detalladas anteriormente son las más utilizadas en la jurisdicción de Santa Rosa, La Pampa. Los empleados de Afip ya no se sorprenden por las maniobras fraudulentas que suelen utilizar los contribuyentes. Ellos indican que las técnicas más utilizadas son la falta de registración de ventas y la utilización de crédito fiscal apócrifo, muy por encima de las otras dos técnicas.

A simple vista se pueden detectar señales que indican alguna falla respecto de la tributación, como puede ser la observación de algunos montos declarados en los libros de IVA compras, que si son mucho más elevados que las demás compras del ejercicio, indican que es probable que se esté utilizando crédito fiscal apócrifo. También se detecta la evasión por medio de los depósitos en

(5) Tasa para plazo fijo canal electrónico - Vigente al 20/10/2019. Véase en: <https://www.afip.gob.ar/misFacilidades/planes-vigentes-adheribles/tasas-vigentes-aplicables/default.asp>

bancos cuando estos son muy superiores a los montos declarados por ventas, es decir, cuando no existe relación entre el importe depositado en el banco con los ingresos que posee el negocio, lo que da a pensar de dónde proviene ese dinero.

Ya se mencionaron algunas formas para detectar la evasión fiscal, lo que indicaría que podrían corregirse los errores que cometen los contribuyentes al tomar estas decisiones. No será posible erradicar estas conductas ya que están muy ligadas a la situación en la que se encuentra el sistema tributario, con altas tasas impositivas, falta de conciencia de los individuos, desconfianza en el uso que se le da al dinero recaudado y afán de obtener más ganancias. Más allá de eso, es positivo destacar la facilidad con la que se detectan infracciones fiscales hoy en día, las cuales deberían estar aparejadas a sanciones más duras, de modo que realmente cambie la mentalidad del contribuyente.

4. Conclusión

En este trabajo se analiza cuál es el impacto que han producido algunas herramientas utilizadas por la Afip con respecto a su recaudación, si logran reducir la evasión fiscal y permitir una tributación más sencilla para el contribuyente. La tecnología avanza a pasos agigantados y es importante adaptarla a las necesidades que se tengan para poder resolver problemas. En un Estado tan grande como el argentino resulta fundamental incorporar herramientas tecnológicas a uno de sus sectores más significativos, la tributación, con el fin de combatir la evasión fiscal y reducir la complejidad que presenta el sistema tributario a la hora de pagar los impuestos.

Se ha comprobado que los implementos en el área impositiva han generado buenos resultados: mejoran la recaudación y simplifican el pago de impuestos. Al poder realizar una gestión digital de la información, se reducen notablemente tiempos, costos y daños al medio ambiente, además de que se facilita su control al poder encontrar gran parte de la información en internet y no depender de los papeles de trabajo y comprobantes del contribuyente y su contador. También se ha comprobado que usarlas no representa riesgo alguno para el contribuyente o la administración, ya que los ataques informáticos no son frecuentes en esta área.

Los empleados de AFIP se manifiestan conformes con respecto a las herramientas, aunque no con todas por igual. La factura electrónica y el servicio “DDJJ y Pagos Online” se llevaron los elogios, en cambio, el servicio “Nuestra Parte” y el controlador fiscal de nueva generación, fueron levemente criticados, aunque se les reconoce un cierto potencial, con ciertos aspectos a mejorar, referidos a desuso por complejidad en el primero y al costo elevado en el segundo. También son optimistas con respecto a la reducción de la evasión fiscal con el uso de las herramientas, ya que pueden hacer frente a las técnicas que tienen identificadas.

Del otro lado, se encuentra la opinión del contribuyente, un empresario santarroseño. Cree que las herramientas prometen grandes avances, pero culpa

a internet y a la página de Afip de su mal funcionamiento ocasional. No siente que haya simplificado la tributación, es más, siente que ha empeorado ya que lo hace más dependiente de un contador. Más allá de esto, opina que es importante incentivar a los contribuyentes a implementar estas tecnologías, que con sus respectivas mejoras, se podrían facilitar muchas tareas. Además, incorporó las herramientas por opción y no por obligación, lo cual marca un cierto optimismo para el futuro de su empresa en este ámbito.

La hipótesis formulada se confirma luego de constatar que las herramientas utilizadas por Afip ayudaron levemente a combatir la evasión. Los instrumentos son útiles y funcionan correctamente, pero el contexto socioeconómico no ayuda. En otras palabras, la evasión fiscal no se genera por una falta de simplicidad en los impuestos, sino que existe mayormente por el afán de obtener un mayor beneficio por parte del contribuyente, y en menor medida por una falta de conciencia tributaria. Otro agravante es la inflación, la cual tienta a postergar el pago de modo que el importe, aún con intereses, resulte menor en términos relativos del poder adquisitivo.

5. Referencias bibliográficas

- Agosto, W.** (2017). El abc del sistema tributario argentino. Documento de políticas públicas. *Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento*. Recuperado de: <https://www.cippecc.org/wp-content/uploads/2017/08/188-DPP-ADE-El-ABC-del-sistema-tributario-argentino-Julio-2017.pdf>
- Bellina, J.; Barrenechea, C.; Martínez, A.** (20 de junio de 2008). Observaciones sobre algunos determinantes de la evasión impositiva en Argentina, en *Invenio*. Rosario: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/877/87702005.pdf>
- Ceteri, J. L.** (14 de abril de 2018). Cuáles son los controles y sanciones la AFIP después de la reforma tributaria. *El Cronista*. Recuperado de: <https://www.cronista.com/columnistas/Cuales-son-los-controles-y-sanciones-de-la-AFIP-despues-de-la-Reforma-Tributaria-20180413-0093.html>
- Collosa, A.** (25 de junio de 2019). ¿Cuáles son las causas de la evasión tributaria? *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias*. Recuperado de: https://www.ciat.org/cuales-son-las-causas-de-la-evasion-tributaria/#_ftn1
- Esper, S.** (2009). Factores subjetivos incidentes en la institucionalización de la e-taxation. En Estévez, A. (Comp.) *La Administración Tributaria frente al cambio tecnológico. Cuadernos del Instituto AFIP 8* (pp. 29-50). Buenos Aires: AFIP. Recuperado de: <https://www.afip.gov.ar/educacionTributaria/BibliotecaDigital/documentos/C08.pdf>
- Estévez, A. M.** (Ed.). (2008) *Cuadernos del Instituto AFIP*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <https://www.afip.gov.ar/educacionTributaria/BibliotecaDigital/documentos/C08.pdf>

Gómez Sabaini, J. C.; Jiménez, J. P. y Podestá, A. (2010). Tributación, evasión y equidad en América Latina y el Caribe. *Evasión y equidad en América Latina*. Santiago: Cepal. Recuperado de: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/5/38375/Evasi%C3%B3n_y_equidad_final_02-02-2010.pdf

Herramientas Tecnológicas. Definición. Recuperado de: <https://herramientastecnologicas.co/>

Impuesto cedular: AFIP ya muestra la información en “Nuestra Parte” (24 de mayo de 2019). *Tributum. Periódico tributario*. Recuperado de: <https://tributum.news/impuesto-cedular-afip-ya-muestra-la-informacion-en-nuestra-parte/>

Lafuente, E. (22 de marzo de 2017). La Argentina, entre los cinco países con mayor evasión impositiva en 2016. *La Nación*. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/economia/la-argentina-entre-los-cinco-paises-con-mayor-evasion-impositiva-en-2016-nid1997366>

Legalmag. (2016). La sanción fiscal y su clasificación. *Definición legal.blogspot*. Recuperado de: https://definicionlegal.blogspot.com/2016/04/la-sancion-fiscal-y-su-clasificacion_2.html

Peña Pollastri. (2011). Herramientas Antievasión utilizadas por el Fisco Nacional. *Okinomos*, 2(1). Recuperado de: <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/oikonomos/article/view/40/40>

Preguntas más frecuentes sobre controladoras fiscales. (s/f). *Olicart S.A.* Recuperado de: <http://www.olicart.com.ar/go.php?page=implementacion#quees>

Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la lengua española*. (23a. ed.). Recuperado de: <https://dle.rae.es/?id=L1TjrM9>

Ruiz, L. (2013). Utilización de herramientas innovadoras para la detección del fraude fiscal en Mendoza. *IV Jornadas de Investigación 2013. Universidad Juan Agustín Maza*. Recuperado de: <http://repositorio.umaza.edu.ar/handle/00261/496>

Sticco, D. (20 de febrero de 2017). Paso a paso, cómo chequear qué información tiene la AFIP sobre nosotros. *Infobae*. Recuperado de: <https://www.infobae.com/economia/2017/02/20/paso-a-paso-como-chequear-que-informacion-tiene-la-afip-sobre-nosotros/>

Storani, M. J. (2012). *La Administración Tributaria en Argentina y su discordancia con la legislación vigente* (trabajo de investigación final). Mar del Plata: Universidad de Mar del Plata. Recuperado de: http://nulan.mdp.edu.ar/1631/1/storni_mj.pdf

Zeus. (s/f). Facturación electrónica: cómo ahorrar en costos para mi negocio. Recuperado de: <https://pe.infosiglobal.com/blog/facturacion-electronica-como-ahorrar-costos-tiempo-negocio/>

Zornoza, M. (21 de agosto 2019). Hackers atacan el sistema tributario francés. *El Economista*. Recuperado de: <https://www.economista.com.mx/internacionales/Hackers-atacan-el-sistema-tributario-frances-20190821-0116.html>

SECCIÓN 2

Reseñas, entrevistas y comentarios críticos

Reseña del libro

Justicia juvenil: de las cicatrices de la Conquista a la imaginación no punitiva (en perspectivas postcoloniales)

Marcón, Osvaldo Agustín. (2017). Buenos Aires: Espacio.

Por **Alejandro Osio**

Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, Argentina

✉ aleosio22@hotmail.com

El texto se divide en una introducción y 22 capítulos a modo de artículos independientes pero con una hilación conceptual y eje de especialidad en la justicia juvenil que dotan al trabajo de continuidad; esta, a la vez, se fragmenta en sus espacios de análisis que, aun diversos y diversificados, se muestran con una fluidez propia de contenidos sobre los cuales el autor demuestra no solo solidez y unicidad en la perspectiva sino también años de análisis y masticación definitoria.

El recorrido del texto es amplio, pero lo es aún más su anclaje conceptual e histórico, los cuales pueden hallarse en las ricas notas y en la composición bibliográfica de base como así también la específica en relación al eje escogido.

Ya en la introducción puede advertirse la perspectiva socio-jurídica desde la cual aborda las problemáticas que luego introducirá, poniendo en crítica el abordaje jurídico-céntrico tanto en lo óntico como en lo normativo y fáctico en el ámbito de la especialidad de la justicia juvenil. Allí también enuncia la crítica revisionista en términos de poscolonialidad sobre los conceptos de responsabilidad y corresponsabilidad, que será frecuente y profundizada a lo largo del trabajo.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

El primer capítulo sienta las bases epistemológicas del aporte y por ello es el más extenso y conceptualmente más importante. Pone en crítica la responsabilidad en clave occidental con sus fundamentos aristotélico-tomista, contractualistas y hasta mercantiles, y repasa las civilizaciones previas a la colonización, como por ejemplo, de los mayas, aztecas, incas, guaraníes y mocovíes, para culminar con una necesaria reconfiguración de la responsabilidad hacia la originalista latinoamericana, destacando la carga genética y cultural propia de los pueblos latinoamericanos en los cuales las conceptualizaciones de lo comunitario y las interrelaciones entre los individuos sociales, las comunidades y el medio del cual forman parte se desarrollan con importancias diversas pero identitarias.

En este marco ingresa en la existencia de contenidos atávicos propios de la formación eurocentrista y destaca la necesaria clínica de la intervención en el ámbito específico de la justicia juvenil. Destaca que en este campo la dinámica del castigo ha llevado a un derrotero de incidencias negativas en el ámbito de la facticidad. Aclara que con clínica no se refiere al concepto de salud, sino a los análisis polifónicos de los fenómenos desde la multidisciplina, sin la reducción juricista.

Señala como aspectos a revisar la interrelación entre la comunidad y el servicio de justicia pero en clave de hegemonía comunitaria que redefina el ethos cultural individualista occidental. Así también pone en crítica el relato social criminológico de los medios de comunicación.

En torno a la formación académica resalta la debilidad en la vigilancia epistemológica sobre las prácticas cotidianas de los ámbitos socio-judiciales, y aunque reconoce que la perspectiva de derechos, el interculturalismo y el poscolonialismo han tenido acogida en distintos espacios universitarios, desde su mirada no han sido suficientes, por lo cual entiende que deberían hacerse más esfuerzos para complejizar las miradas a fin de que contribuyan al avance de lo que denomina “justicia juvenil poscolonial”.

En torno a su observación de la receptividad de la normativa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), entiende que ha sufrido una reducción simplista de sus 54 artículos al 40, como si fuera el único que determina los alcances de dicha normativa para el diseño de la justicia juvenil, incorporando como medidas alternativas o especiales lo que en la realidad ha mantenido las lógicas penales ordinarias y los microcastigos propios de un garantismo también reducido al ámbito penal, cuando en su formulación originaria no era así (según Ferrajoli).

Utilizando el concepto de “cripto-Estado” de Bobbio, y tomando como base que las normas jurídicas en Latinoamérica son normas en contexto, señala como cripto-judicial la nueva normativa amalgamada con los planos culturales e ideológicos de los operadores judiciales. Así afirma que “[a]llí encriptados, los instrumentos normativos que dicen regular el funcionamiento de los instrumentos normativos que dicen regular el funcionamiento de la justicia juvenil

siempre se las arreglan –país por país– para hacer que los perdurables sean sus componentes penales” (p. 34).

En su repaso por la historicidad del derecho penal en torno a la especialidad destinada a niños y adolescentes, apunta a una reconfiguración hacia una justicia juvenil poscolonial restaurativa que incorpore las ideas de hechos y daños, dejando atrás las reminiscencias del derecho penal de autor, y afirma que “las respuestas al crimen no deben ser, principalmente castigar o rehabilitar al agresor, sino en la medida de lo posible, establecer las condiciones para reparar el daño causado...” (p. 37). Esto incluye los perjuicios del crimen pero también el daño material y psicológico y a las relaciones que sufre la víctima, los disturbios sociales y la indignación de la comunidad, la incertidumbre respecto a la capacidad de las autoridades para garantizar la seguridad y el daño social que el infractor se causa a sí mismo.

En ese ámbito de la pena, recupera a Roxin y sus ideas en torno a la comunidad y la necesaria relación de cooperación con el condenado que debe tener la pena para poder siquiera tener un ápice de posibilidades de eficacia. Pero también es necesario revisar en esas claves a las policías en torno a los estándares de eficacia y confianza en las interrelaciones recíprocas entre comunidades y policías.

En sus conclusiones afirma:

Como forma específica de envejecimiento, el sistema socio-judicial manifiesta síntomas de ceguera respecto de sí mismo. Le es difícil reemplazar la mirada colonial, arbitraria y señorial, dirigida hacia el exterior, por otra en perspectiva poscolonial que lo incluya como objeto de enjuiciamiento y, por ende, habilite su profunda reconfiguración y relegitimación. Él camina sin parar en una misma dirección, que es la que le diera su origen en el marco de la Modernidad, sin advertir que la soledad es cada vez mayor (pp. 41-42).

En el segundo capítulo, el autor se centra sobre las críticas dirigidas a la disquisición para una justicia juvenil que se plantee entre si debe ser penal o no penal, y por supuesto repasa una multiplicidad de mandatos internacionales que inclinan la balanza hacia la mínima intervención de lo penal, que exigen especialidad y demás caracteres que en este espacio de las intervenciones se exigen en las normas internacionales y en las interpretaciones de los distintos órganos de los tratados. Pero concluye que el garantismo que surge de la CIDN y el resto de los mandatos no puede reducirse a los postulados penales sino “a construir sistemas garantistas integrales y no a copiar mecánicamente el garantismo penal previsto para los adultos” (p. 44).

En el tercer capítulo se introduce en la cuestión de la autonomía de las personas responsabilizadas en el ámbito de la justicia juvenil, y afirma que “un elemento es central: siempre se aspira a favorecer el desarrollo de sujetos responsables para lo cual es condición necesaria el incremento de su autonomía relativa...” (p. 45), pero aclara en la misma página que “[...]la autonomía no puede ser pensada en abstracto sino estrictamente ubicada en los condicionamientos de cada situación”.

Concluye que con este fin y puntos de partida, lo penal ya ha demostrado su fracaso rotundo, por lo cual es ahora el tiempo de lo complejo, es decir, de intervenciones complejas para asuntos complejos, superando tanto las discusiones tutelaristas y antitutelaristas como las penales y no penales.

En el cuarto capítulo esgrime su posición en torno al sujeto criminalizado y a la hegemonía técnica de la ideología tutelar que está siendo reemplazada por lo que denomina “ética del cuidado” (Gilligan) que implica dar más relevancia a lo vincular y a las responsabilidades en el cuidado a los otros, y que exige:

... complejizar los diseños institucionales antes que acudir a copias mecánicas y débiles en creatividad (...) el camino aludido es el de la Justicia Restaurativa epistemológicamente vigilada por la Ética del Cuidado. Para ello es fundamental tener presente que teorías y técnicas que no cuidan a los ciudadanos se transforman en burdas caricaturas de lo que dicen ser (p. 48).

En el quinto capítulo comienza visibilizando las diferentes perspectivas, en tanto ideologías subyacentes que suelen dar lugar a diversos sistemas de justicia juvenil, y que sin embargo se asientan sobre la perspectiva de derechos humanos; desde lo interpretativo, por ejemplo, la conceptualización de distintas generaciones de derechos, que clasifica según su importancia. Abreva en fin sobre la relación entre las perspectivas y los diseños institucionales en un Estado de derecho. Afirma que “[m]ás que imperativos jurídicos, los Derechos Humanos implican lógicas de pensamiento, de acción y de constitución de subjetividades con impacto en las configuraciones institucionales”, lo cual genera incidencia en lo social, como puede suponerse, pero que variarán en función de las perspectivas adoptadas, es decir, en función a los predomios ideológicos previos.

En el sexto capítulo avanza en la misma crítica, pero ya sobre los sistemas de justicia juvenil que suelen girar en torno a la responsabilización penal, y que denomina como restringida porque suelen tener eje en los derechos de primera generación (civiles y políticos) sin asumir la defensa de derechos de generaciones más avanzadas. En este marco crítico también resalta la necesidad de revisar los diseños institucionales que ya han sido denostados y que han demostrado sus fracasos de la mano de cierto garantismo penal que, incluso, se contradice con el discurso de las medidas socioeducativas.

Señala que la CIDN “... defiende el protagonismo del niño oponiéndose a la invisibilización del conflicto social (...) exige a los Estados el desarrollo de abordajes integrales en cuyo marco lo penal sea apenas un ítem...” (p. 51).

En el séptimo capítulo se repasan distintos instrumentos internacionales como el Informe ONU 2016 “Fomento de la Justicia Restaurativa para Niños” y la Consulta Internacional de Expertos sobre Justicia Restaurativa para Niños, de Bali, 2013, que instan hacia una justicia juvenil restaurativa como alternativa que represente “... un proceso no contencioso y voluntario, basado en el diálogo, la negociación y la resolución no adversarial de los conflictos” (p. 54) que sustituya a la penalización.

Esa lógica de asiento en el DIDH continúa en el capítulo octavo, profundizando sobre las Reglas para una Justicia Adaptada a Niños y Niñas en el Mundo, del 2014, que ponen el eje en la redefinición de los diversos roles de los diferentes efectores de los servicios de justicia juvenil, afirmando que “[a]cusaciones, defensas y pronunciamientos deberán ser pensados desde otra perspectiva.”

En el capítulo noveno, el autor ingresa en la especialidad requerida para la justicia juvenil, y la denomina como una garantía progresista pero que debe poner en crítica las fuertes tendencias a mantener como indiscutibles lógicas del sistema penal general para evitar que los procesos de adultos debiliten la especialidad y terminen fagocitando al derecho penal juvenil. Señala que si las institucionalidades “... no tienen como horizonte la vigencia integral de los Derechos Humanos, poco a poco las garantías ven socavados sus contenidos progresistas” (p. 58).

En el capítulo décimo ingresa en el análisis del mercado como partícipe y generador de inseguridad, advirtiendo sobre la reducción simplista de la idea de seguridad a lo policial y penal. Destaca, además, la necesidad de ampliar el enfoque y visibilizar lo que Zaffaroni denomina “penalización por goteo” e insta como conclusión a una “... imaginación no punitiva para avanzar hacia niveles razonables de seguridad ciudadana integral” (p. 60).

En el décimo primer capítulo se introduce en un análisis crítico en torno a lo que denomina “mitos y realidades de la criminalidad” y con cita de Kliksberg desnuda las falsedades de los discursos legitimantes de la mano dura y sus posibilidades de eficacia, destacando, según el autor, que sigue los conjuntos de variables que han llevado en Latinoamérica al aumento de la criminalidad juvenil son tres: “las conductas sociales básicas, especialmente la evolución de la tasa de desocupación juvenil y las oportunidades laborales, los niveles de educación y el grado de articulación de las familias” (p. 62).

En el duodécimo aporte se detiene sobre los efectos nocivos de las sanciones penales pero especialmente del proceso penal en su conjunto, con cita de aquel Kafka de *El Proceso* (1925) que resaltaba que “la sentencia no se dicta de una sola vez, viene lentamente” (p. 63). En esa línea define al proceso penal juvenil como un verdadero camino de dolor, e invita a nuevas lógicas que no prescindan de la responsabilización pero evitando que los ciudadanos menores de edad respondan más por obligación que por convicción.

En el décimo tercer capítulo trae a colación la doctrina al respecto del Papa Francisco que ubica en las sendas de las lógicas que viene tratando, y así, por ejemplo, plantea que el Máximo Pontífice ha sostenido que “... se trata de hacer justicia a la víctima, no de ajusticiar al agresor” (p. 65) y que las cuestiones centrales a satisfacer en la administración de justicia tienen que ver con reparar el daño causado y evitar el aumento de la violencia mediante la venganza, marco en el cual los medios de comunicación tienen la responsabilidad de no contribuir a la creación de alarma y pánico social.

En el capítulo décimo cuarto resalta las críticas a la traslación automática del garantismo penal a la justicia juvenil como si se tratara de los mismos sujetos. Precisamente, indica, la CIDN es la muestra clara de que se trata de sujetos distintos, y por ende todo su abordaje ha de ser diferente; en este marco, se debe robustecer las políticas públicas para un sistema integral de protección acorde a la subjetividad propia de la población a la cual son destinadas las institucionalidades. Dice que esta diferenciación conceptual pero también fáctica no es más que una muestra de la necesidad de diferenciar entre los conceptos de igualdad y equidad. Es esta última la que surge de la CIDN y por ello son necesarias otras lógicas de abordaje y no las mismas que para las personas adultas con algunos ajustes.

En el capítulo décimo quinto se introduce en el análisis fáctico de las estructuras judiciales, marco en el cual analiza la discrecionalidad judicial en las decisiones y la asunción de discursos nuevos (como la protección integral) para seguir produciendo sujetos de procesos, cuando deberían ser sujetos de derechos, solo que ahora administrativos más que judiciales. Confirma, por último, que "... la mayoría de los sistemas de intervención sobre la niñez responden a lógicas que no han variado sustancialmente, aun mediando loables esfuerzos de muchos de sus actores" (p. 70).

En el décimo sexto capítulo ingresa en la reformulación en torno a la complejidad analítica en los procesos de justicia juvenil, poniendo en pugna los paradigmas de la multidisciplina versus el de la idea pericial. Entiende que la verdadera justicia adaptada que exige la CIDN debe incluir las lógicas propias de un verdadero abordaje multidisciplinar que resulta irremplazable en el trato permanente hacia los niños en situación judicial, lo cual configuraría lo que denomina "lógica judicial interdisciplinaria".

En el capítulo décimo séptimo denomina al juicio abreviado como paradoja ético-política puesto que este instituto cumple con sus fines en torno a las ecuaciones económicas de los sistemas judiciales pero no con la indicación ética de los Estados en torno a la responsabilidad juvenil (con cita de Guemureman). Y con asiento conceptual en las lógicas procesales propias de la especialidad y un relevamiento realizado en Santa Fe, termina afirmando que "[e]s muy difícil reconstruir la legitimidad de las intervenciones judiciales relativizando tanto lo verdadero como lo falso. Que los sistemas sean estadísticamente defendibles no significa que sean éticamente sustentables" (p. 75).

En el capítulo décimo octavo ingresa en el análisis de lo ocurrido en Buenos Aires en relación a la responsabilización adolescente, pero para poner énfasis en la crítica hacia los discursos que suelen repetir que los procedimientos judiciales dan los resultados nefastos que dan por "crisis de implementación", cuando en realidad se trata de sus verdaderas lógicas que derivan del Consenso de Washington "(rapidez, practicidad y bajos costos)" (p. 76). Ahora bien, de acuerdo a ello visibiliza que las consecuencias de ello son la superpoblación de institutos de privación de libertad en condiciones indignas y alarmantes de alo-

jamiento, lo cual, sumado a la carencia de presupuestos para políticas integrales en esos ámbitos y en general respecto de las personas menores de 16 años de edad, todo pinta un escenario que denomina como “... lamentable pero lógico” (p. 77), y que se presenta general en la observación de la mayoría de los sistemas penales juveniles, por lo cual sentencia con cita de Einstein: “... recordemos que no se puede hacer una y otra vez la misma cosa esperando resultados diferentes” (p. 77).

En el capítulo décimo noveno, en cambio, recalca en el enfoque educativo de la justicia juvenil europea con asiento en documentos tales como el de Bruselas 2014 del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil sobre la privación de libertad como último recurso. Entre los aportes, destaca el de Dünkel, quien insta a la investigación con mayor profundidad de la justicia restaurativa y las medidas alternativas a la penalización de jóvenes porque han demostrado ser muy efectivas y resultan aún más prometedoras que las “ficciones penológicas” (p. 79).

En el duodécimo capítulo el autor realiza un repaso genealógico e histórico sobre la institucionalidad y normativa santafecina, a la cual denomina “de vanguardia”, ya que introdujo, con el avance del tiempo y las modificaciones legislativas, a las garantías substanciales, procesales y de ejecución del sistema de adultos en lo que ahora se denomina Código Procesal de Menores de la Provincia de Santa Fe. Pero no por su vanguardismo de antaño deja de lado la crítica constructiva e insta a asumir el rol pionero en torno a la complejidad de un sistema de justicia juvenil restaurativa.

En el vigésimo primer capítulo ingresa nuevamente en análisis de una densidad normativo-conceptual fundamental para la especialidad en la cual se enclava el texto en general. En este marco, afirma que la CIDN “... no exige el desarrollo de sistemas penales para garantizar juicios justos” (p. 83), contrariamente a cómo ha sido receptada en Latinoamérica, en parte en la lectura del famoso caso “Gault” de la Corte Suprema de EEUU (1967), tornándose en hegemónica la idea de que para garantizar un debido proceso juvenil es necesario un proceso penal, mientras que la minoritaria aún sigue insistiendo en que es necesario evitar las lógicas sancionatorias para desarrollar eficazmente las garantías de la CIDN.

En este momento ingresa en los resultados verificados y verificables de los procesos penales juveniles en Latinoamérica tanto en relación a victimarios como a víctimas, los fracasos de las ideologías re, las francas violaciones a los principios de especialidad e inmediatez, pero también de otros centrales en la CIDN.

Como aporte, indica la necesidad en redefinir las intervenciones, que en términos de Siperman imponen poner en discusión el monismo jurídico occidental en torno a los conflictos penales y admitir de una vez “su resquebrajamiento para ensayar nuevas y legítimas legalidades” (p. 84). Pero a la vez que lo considera necesario, el autor afirma en la misma página que no es urgente por la baja incidencia de la población juvenil en la delincuencia en general (4%) y de participación en delitos graves en particular (5% dentro de ese 4%).

Con cita de Chiavenato destaca las deformaciones buropáticas en que incurren las mayorías de las experiencias latinoamericanas en torno a lo socio-jurídico juvenil cuyas institucionalidades deforman en prácticas que de lo excepcional hacen lo general, y que en sus sistema de reproducción simbólica generan que los jóvenes se comporten conforme a los roles que los servicios de justicia les asignan en lugar de “protagonista penal” (p. 86).

Resalta nuevamente la necesidad de tener en cuenta las subjetividades juveniles contemporáneas (con asiento en la OG 10/2007 y en García Canclini), que incluyen las expresiones mercantiles que conducen a lo que Lipovetsky denomina “*homo consumericus*” que en las franjas de población criminalizada desde niños aparece como aspiración pues rara vez acceden a los bienes y servicios alentados a consumir.

Por último, afirma que las transformaciones esenciales y más duras se dirigen a los órganos judiciales “donde la lógica penal sancionatoria resisten con potente ingenuidad” (p. 87), campo en el cual es necesario resignificar los roles y las garantías, como así también centralizar en los aspectos de articulación y corresponsabilidad interna (dentro del sistema penal) y externa (interpoderes e interinstitucionales) y cierra con cita de la Corte IDH afirmando que: “La intervención no debe apuntar al cumplimiento del micro-reproche impuesto sino al desarrollo de un plan que garantice el respeto por la defensa del proyecto de vida en tanto derecho humano” (p. 89).

En las conclusiones que configuran el corolario del texto destaca los aportes de la sociología de la desviación y especialmente de David Matza en torno a la delincuencia juvenil y las posibles técnicas de neutralización, como así también de las perspectivas críticas de Eugenio Zaffaroni sobre la criminología mediática, las masacres estatales y la penalización por goteo, invitando asimismo a correr la mirada de las mismas delincuencias de siempre, no para invisibilizarlas sino para centrarse en las delincuencias que producen daños sociales y ambientales de mucha mayor importancia (“allí están las cicatrices de la Conquista”, afirma en la página 91).

Invita por último y como cierre del eje que ha mantenido a lo largo de toda la obra a reconfigurar la reacción frente a los conflictos penales hacia formas de justicia restaurativa y preservar solo como herramienta excepcional alguna de lógica penal para los excepcionales casos en los cuales no es posible la restauración en los términos planteados en el aporte; como así también desnaturalizar el micro-castigo como reacción natural del Estado en este ámbito y, con cita de Cazzaniga, culmina afirmando que “... lo social es un entramado de discursos y prácticas por lo que su transformación depende del hacer pero simultáneamente, substancialmente unido, del pensar” (p. 92), a lo que yo agregaría: pensar distinto.

De muy recomendable lectura, el libro de Marcón invita a pensar en todo el camino recorrido, pero claro, a pensar distinto a como se han venido pensando históricamente los sistemas de responsabilidad penal juvenil en nuestra región.

Reseña de libro

La articulación necesaria. Docencia e investigación en las Facultades de Derecho

Orler, José Buenos Aires: Prometeo.

por **Daniela Zaikoski**

Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Santa Rosa, Argentina

✉ danizetabe@gmail.com

La obra de José Orler, fruto de su trabajo de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, discurre sobre el problema que vincula los modos de profesionalización docente en las carreras de Derecho de las facultades de La Plata y Buenos Aires, en las que el autor ha estudiado y de las que es docente, con dos de las funciones de la universidad contemporánea, cuales son: la docencia y la investigación.

Reseño el libro teniendo en cuenta el contexto en el cual hago estas apreciaciones. En primer lugar, conozco al autor y su compromiso por la educación superior de excelencia en el marco de su actividad como docente e investigador en ambas instituciones, y de miembro de equipos de gestión de una de las facultades que estudia, la de La Plata.

En segundo lugar, el tema de la relación -aquí, articulación- docencia-investigación es uno de los temas recurrentes, no necesariamente explícitos que han permitido 20 años de congresos de sociología jurídica: quienes somos docentes de sociología jurídica hemos sabido/podido hacer de alguna manera esta articulación. En 2011, en esta misma facultad se presentaba el primer libro que historizaba los congresos de nuestra disciplina y allí se señalaban entre otras



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

cuestiones las dificultades de hacer docencia en articulación con la investigación y la extensión en las carreras de Derecho del país.

En ese sentido, la articulación entre docencia e investigación nos ha generado grandes satisfacciones y nos ha vinculado en diversos proyectos con docentes/ investigadores de otras casas de estudios nacionales y del extranjero, así como nos ha recargado de tareas no siempre reconocidas en nuestras instituciones. Sobre esto voy a volver más adelante ya que Orlor lo trata expresamente.

En tercer lugar, la problematización sobre la articulación se produce en contextos de grandes modificaciones al interior del sistema de educación superior, que exceden a las facultades de Derecho, al mismo tiempo que las últimas reglamentaciones sobre la función de las facultades y carreras de Derecho, tanto como los procesos de reforma de sus planes de estudios -todos estos procesos previstos en las leyes 24.521 y 26.206- impactan en los modos en que la articulación se concreta. Qué pasará en adelante y cómo se configurará la articulación, qué condiciones de posibilidad darán los nuevos escenarios que se avecinan para llevar a cabo las distintas modalidades de articulación, qué lecciones hemos aprendido del pasado reciente y con cuánta sutileza o virulencia se manifestarán las tensiones, son, como dice Mollis en el prólogo a esta obra, las nuevas incertidumbres. La ciencia y la investigación se fundan sobre nuevas incertidumbres, así que bienvenidas.

La obra tiene un prólogo a cargo de Marcela Mollis, una introducción, dos partes con dos capítulos cada una y una conclusión.

El primer capítulo se dedica a hacer un recorrido sobre las ideas de la reforma universitaria atinentes al tema, ya que sin pensar el modelo reformista no es posible problematizar la articulación docencia-investigación, porque es ese modelo el que funda el rol social en la construcción del conocimiento en las instituciones de educación superior en Argentina. El impulso de ideario reformista representó la usina de pensamiento que habilitó nuevos marcos de pensamiento y crítica en la construcción, uso, socialización y apropiación del conocimiento. La reforma se adelantó en Argentina a la consideración del conocimiento como un derecho humano que debe ser accesible universalmente, y no hay producción de conocimiento pertinente sin una universidad en la que se haga docencia e investigación, una universidad que mantenga estrecha vinculación con las comunidades en las que se halla inserta y esté alerta a sus requerimientos.

Por ello Orlor señala que: "... la *autonomía*, el *cogobierno* y la *democracia universitaria*, son términos de una misma ecuación vinculada nada más ni nada menos con el lugar que le otorga cada sociedad al conocimiento y a sus condiciones de producción y reproducción" (2019, p. 35) (énfasis del original).

Si Argentina fue el ejemplo de la innovación en y consolidación de la educación superior desde entrado el siglo XX, e irradió ese movimiento a América Latina y al

mundo, no es menor pensar en la contrarreacción que se produce y se manifiesta abiertamente a partir de los años 90 –políticas neoliberales mediante–, que han instalado en la universidad pública estándares y modelos que no necesariamente promueven aquel ideario, sino más bien lenta y persistentemente lo acotan a la vinculación con el mercado si no con la mercantilización misma del conocimiento y la educación, que se impone no sin resistencias y conflictividad (Orler, p. 38).

En ese sentido, comparto con Orler las características distintivas de cada movimiento, uno crítico, visionario y autónomo; otro mercantilista y heterónimo, impuesto y desde afuera. Sin embargo, no es idealizando sino criticando propositivamente como se avanza: a la reforma como hija de su época le faltó mujeres, pobres, indios....

Entremedio –entre 1918 y los 90–, hubo rupturas institucionales a nivel país y la región, que sin dudas impactaron en el desarrollo de la ciencia en la universidad; y los responsables de tales rupturas vieron en la universidad un obstáculo para la consolidación de sus intereses sectoriales.

Desde un punto de vista histórico, una problematización lejana acerca de la docencia y la investigación nos viene desde la reforma universitaria y otra, más reciente, desde los años 90, con los dos modos en los que el sistema de educación superior y las facultades –en este caso, las facultades de Derecho de La Plata y de Buenos Aires– pudieron hacer frente a estas exigencias: las mayores dedicaciones bajo el modelo de la cátedra y el régimen de incentivos. Estos son los temas/problemas del segundo capítulo.

Aquí, el autor se pregunta sobre los modos de configurar la articulación entre docencia e investigación, con qué agentes y con qué recursos. A la primera cuestión contesta con la descripción minuciosa de dos modelos teóricos de articulación: el modelo **integracionista** y el modelo de **distinción**. El primero, básicamente caracterizado por el desarrollo simultáneo y conjunto de la docencia y la investigación por el mismo agente académico. Sin perjuicio de las ventajas que señalan los autores citados, se destaca como crítica la sobrecarga excesiva de trabajo que deben afrontar los agentes académicos en este modelo sumado al exiguo reconocimiento y valoración económica de la actividad académica y las restricciones presupuestarias generalizadas.

El otro modelo teórico es el de distinción, basado en los diferentes motivos y requerimientos de cada actividad, así como los modos individual o institucional en que este modelo se resuelve. Aquí son pertinentes preguntas tales como los tiempos que se dedica a cada función; los reconocimientos sociales/institucionales y las recompensas, el modo en que en un país como el nuestro, con crisis recurrentes de reconocimiento simbólico y material a las ciencias, se puede llevar adelante una vida digna solo con la actividad de investigar.

Como señalamos, el capítulo discurre en el análisis de dos modos en que la articulación se han concretado: las mayores dedicaciones y el programa de incen-

tivos. El primero data de principios del siglo XX en ambas facultades estudiadas vía la expansión de carácter cientificista de estas instituciones y pretende una impronta de articulación por distinción (Orler, p. 59). La mayor dedicación estuvo vinculada a la dedicación exclusiva a las funciones de investigación reglamentadas como incompatibilidades con disímiles resultados considerando el carácter profesionalista/liberal de algunas carreras. La variable tiempo en este modelo es central en el marco de las organizaciones en el sistema de cátedras, por lo que serán pertinentes preguntas tales como a quién se le otorgará la mayor dedicación, cómo se concursa y, en definitiva, la pregunta sobre el margen de acción del agente académico que desarrolla la tarea de investigar.

La política instaurada a partir de los años 90 para afrontar la articulación fue la del programa de incentivos que, en lo reglamentario, impulsa el modelo de articulación por integración (p. 69). El autor reseña una serie de problemas y críticas formuladas a los programas de incentivos, entre ellas que finalmente resultaron un aumento salarial para los docentes que no modificaron grandemente las actividades de investigación al interior de las facultades, la fragmentación y estratificación, y que a partir de ellos se constituyó un nuevo actor extraño al sistema autonómico y cogobernado de las universidades: el evaluador, acompañado por la paradoja de exigir y no invertir.

Destaco la siguiente frase de Orler, aplicable en general al programa de incentivos y de suma actualidad:

Aun cuando en algunos campos disciplinares de sesgo “profesionalista” como es el caso de Derecho, podrían enunciarse algunos efectos positivos del PI relacionados con la implantación de instancias formalizadas de investigación y con ello de fomento de cultura de producción de conocimiento allí donde no había o sólo estaban presentes de modo parcial, cuando no débil y difuso, resulta evidente que para consolidar un sistema de articulación docencia-investigación “de integración”, con docentes que mayoritariamente y paulatinamente vayan asumiendo la labor de producción de conocimiento como obligación inherente a la cual dedicarle tiempo y esfuerzos, se requiere una disposición organizativa y financiera de envergadura acorde con la estrategia de puesta en circulación y fomento de ciertos valores y prioridades de la universidad orientada a la investigación, y capaz de modificar esa larga tradición profesionalista de nuestras instituciones (p. 78).

Esto que plantea Orler ¿es una incertidumbre?, es decir, ¿no saber qué hacer para superar este estado de cosas?, ¿es un área vacante para nuevas investigaciones?, ¿o, más bien se necesita de una decisión de política pública global sobre la ciencia y el conocimiento en nuestro país? Sin dudas, la sociología jurídica puede hacer grandes aportes a la formulación y descripción más acabada del problema y a la proposición de acciones y respuestas.

La tradición “profesionalista” de la que habla Orler se vincula al desarrollo del tercer capítulo en el que se caracteriza al campo del derecho y a la especial división del trabajo a su interior así como “... al papel que los abogados que se desempeñan en el ámbito de la academia cumplen al interior de ese campo específico” (p. 87).

Esa división del trabajo en el campo del derecho que se manifiesta en el desempeño académico o profesionalista, o su superposición y simultaneidad; la distinción entre los prácticos y los doctrinarios, y estos a su vez distinguidos/separados de los legos; las clausuras y culturas académicas y profesionales; la creciente fragmentación y segmentación de la profesión tan bien estudiada y analizada por colegas de la sociología jurídica; la incidencia de lo disciplinar versus lo institucional, se vinculan a los modos de pensar y hacer la enseñanza-aprendizaje en contextos de articulación de docencia e investigación que sin dudas se constituyen en nuevas indagaciones y problematizaciones si, como esta obra lo destaca, se quiere hacer docencia e investigación en las universidades -y especialmente en las carreras de Derecho de La Plata y Buenos Aires- en un marco más comprensivo que promueva el acceso al conocimiento como derecho humano.

Una acabada caracterización del campo del derecho y sus agentes así como los modos en que tensiones entre lo disciplinar y lo institucional tienen lugar no es menor a la hora de analizar la articulación entre la docencia e investigación que se lleva a cabo en las facultades de Derecho. El autor ofrece corroboración empírica sobre los resultados de las diversas políticas de resolución de la articulación: hacia la integración o hacia la distinción, ya que las recompensas simbólicas y materiales, y los presupuestos organizativos de cada institución, requirieron de diversos compromisos.

Los datos empíricos sistematizados sobre los programas de articulación de ambas facultades, PI y mayores dedicaciones, le permiten afirmar que en ambas casas de estudio ha aumentado el número de docentes incentivados entre 2001 y 2010, y que la percepción de incentivos ha venido a mejorar la categoría de dedicación exclusiva y la de aquellos en las categorías intermedias del PI (Cat. III) (ver gráficos de la página 81 del libro).

Teniendo en cuenta que en las carreras de Derecho se acumulan capitales simbólicos, culturales y propiamente académicos de sus agentes, cabe interrogarse acerca de qué tipo de articulación para qué tipo de docente, cómo puede a mediano y largo plazo pensarse en una transición de un modelo profesionalista con aporte/transferibilidad externa de capitales en el sentido bourdesiano que conlleve una consolidación del modelo valorizador del docente/investigador. Es decir, ¿qué circuitos deben recorrerse para pasar de modos tradicionales de ejercicio de la docencia (vía la clase magistral y la particular concepción del derecho que este sistema de enseñanza implica) a otros en los que hacer y pensar la docencia articulen la enseñanza /aprendizaje con la investigación y extensión?, ¿cómo repensar la relación entre campo cultural, político y jurídico en el marco de recurrentes crisis que padecemos como agentes académicos?, ¿contra cuál tipo de articulación atentan las normas organizativas? Todos estos temas comparten su desarrollo en los capítulos 3 y 4 de la obra.

Por cierto, en el capítulo cuarto las áreas del derecho público y de la sociología jurídica resaltan en el análisis ya que son las que más proyectos de investigación registran (ver gráfico de páginas 112/113 y 19).

En cuanto a los docentes que en cada facultad tiene mayores dedicaciones y, además, integran el PI, los datos ilustran la relativa pobreza de las políticas de fortalecimiento a la articulación entre docencia e investigación: en La Plata, de 773 docentes solo 79 están vinculados a la investigación, calculándose 143 en la Facultad de Derecho de la UBA al año 2010.

Finamente cabe señalar que la investigación doctoral de Orler invita a reflexionar sobre el carácter opaco del campo socio-jurídico en relación a los procesos de docencia e investigación que se llevan a cabo en las facultades de Derecho, las relaciones del campo académico con otros campos sociales así como su creciente burocratización y profesionalización.

Si, por un lado, los programas más emblemáticos de articulación puestos en marcha por las facultades estudiadas o aquellos de carácter exógeno desplegados por el Ministerio de Educación y la Secretaría de Políticas Universitarias han coincidido en estimular la articulación por integración, por otro lado, lo cierto es que los resultados -pasadas ya más de dos décadas- no son muy alentadores.

El nuevo perfil de este tipo de políticas para la articulación docencia/investigación deberá considerar investigaciones como esta, así como prever espacios de mayor participación para los nuevos sujetos del campo académico: jóvenes investigadores e investigadoras/docentes cuyo capital global se juega casi en exclusividad en el campo académico de las carreras de Derecho.

SECCIÓN 3

Información institucional

Noticias institucionales

(desde el 01/10/2018 al 30/04/2020)

La Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas celebró convenio con instituciones

El día 1 de octubre de 2019, el decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas Mg. Francisco Marull, y el subsecretario de Asuntos Agrarios del Ministerio de la Producción del Gobierno de la Pampa, Ing. Alexis Benini, celebraron un convenio específico de cooperación académica con Carnes Naturales de La Pampa SA. Dicho Convenio prevé que la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam brinde asesoramiento técnico al mencionado organismo. En particular, este acuerdo pretende llevar adelante acciones que permitan generar información cuali y cuantitativa referida al efecto social que la actividad del frigorífico “Carnes Naturales de La Pampa” aporta al territorio regional y provincial.

Por otro lado, el día 8 de octubre de 2019, el decano Marull firmó un convenio con el presidente de la Cámara de Expendedores de Combustibles, Lubricantes y Afines de La Pampa (CECLA), el Sr. Roberto Luis Martínez. Este tiene como objeto establecer las bases y criterios sobre los cuales la FCEyJ y la CECLA realizarán acciones conjuntas de cooperación en el marco de la política de investigación y posgrado y extensión que desarrolla la FCEyJ en tópicos que resulten de interés mutuo.

Decano presente en reunión de decanos/as y autoridades académicas

El día 10 de octubre de 2019 se llevó a cabo en el Salón Auditorio de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) en CABA, una reunión de decanos, decanas y autoridades académicas. Organizadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, dieron la bienvenida al evento Martín Casares, jefe de gabinete del Ministerio, y Martín Böhmer, director nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil.

Participaron de la reunión actores institucionales claves como el Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales, la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, la Secretaría de Políticas Universitarias, y el Consejo de Rectores de las Universidades Privadas. También participaron funcionarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación que se desempeñan en las áreas de Acceso a la Justicia y Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ).

Culminó exitosamente el Desafío Eco UNLPam

El miércoles 16 de octubre de 2019 se desarrolló en la Facultad la gran final presencial de la II Edición del Desafío Eco UNLPam. De esta manera, durante tres horas los 15 mejores equipos del Desafío compitieron representando a su colegio.

Los equipos ganadores fueron: en primer puesto para el equipo “Ghost Riders” de la EPET 6 de Realicó; el segundo puesto para “The Boss” del Instituto Manuel Belgrano de Macachín; y en tercer lugar “Rodadito” de la EPET 5 de la misma localidad.

En el acto de premiación estuvieron presentes la ministra de Desarrollo Social, Fernanda Alonso, el presidente del Banco de La Pampa, Alexis Iviglia, el titular de la Fundación del Banco Pampa, Alberto Giorgis, el rector de la UNLPam, Oscar Alpa, y el decano de la Facultad, Francisco Marull.

En total, desde el inicio del Desafío hubo más de 140 equipos, con 430 estudiantes de 67 colegios. Se trata de un simulador de empresa *online* donde quien compete aprende jugando a manejar su propio emprendimiento durante cuatro semanas.

Se realizó actividad de extensión sobre juicios por jurados junto al Colegio Secundario de la UNLPam

El martes 29 de octubre de 2019 se desarrolló en el Salón Azul de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas la primera actividad de la Acción de Extensión “Juicio por Jurados: participación ciudadana en el sistema de justicia penal”, que consistió en la realización de un simulacro de juicios por jurados con estudiantes secundarios del Colegio de la UNLPam.

El objetivo de la actividad fue reforzar el conocimiento de los/as estudiantes en torno a la simulación en este tipo de ejercicio de litigación porque los juicios por jurados implican una forma de ejercer un servicio de justicia más accesible y clara. De esta manera, “los/as estudiantes de Abogacía aprenden a comunicar de una manera menos técnica y más accesible el caso. Esto es un paso en lo que respecta al acceso a la justicia, porque implica un compromiso con la formación de estudiantes con capacidad de comunicación y empatía

para contribuir al ejercicio del derecho”, resaltó María Elena Gregoire, coordinadora de la acción.

Nueva Diplomatura en Litigación Oral Civil en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

El decano de la FCEyJ, Francisco Marull, el director del Área de Estudios y Proyectos del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Marco Fandiño Castro, el ministro del Superior Tribunal de Justicia Eduardo Fernández Mendía y la jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial y docente de la FCEyJ, Fabiana Berardi, presentaron la “Diplomatura en Litigación y Prueba en el Proceso Civil” a ser dictada a partir del año 2020 en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

La Diplomatura surge en el marco del convenio suscripto entre el Rectorado de la UNLPam y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en virtud de la necesidad de capacitación de los/as abogados/as para adquirir aquellas destrezas que requieren enfrentar las demandas de litigación que exigen un modelo procesal oral.

Destacado desempeño de estudiantes en el XI Concurso Nacional Universitario de Litigación Penal

Como todos los años, estudiantes y docentes de la FCEyJ participaron de la edición anual del Concurso Nacional Universitario de Litigación Penal, que se desarrolló del 11 al 15 de noviembre de 2019 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Así, los/as estudiantes Agustina Ávila, Alina Braun, Nicolás Espínola, Julieta Sorba, Valentina Rostom, Mateo Virto y Brenda Storm representaron a la Universidad Nacional de La Pampa a través de sus respectivos roles como litigantes y testigos. Fueron acompañados/as por la docente María Elena Gregoire, el Abog. Rodrigo Villa y la estudiante Sheila Domínguez Ardohain, miembros de la cátedra “Adaptación Profesional de Procedimientos Penales” de la carrera de Abogacía.

Nueva indización de la revista *Perspectivas*

La Secretaría de Investigación y Posgrado informa que la revista *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas* ha sido incluida en el Catálogo 2.0 de Latindex. Esta es, junto a la de Núcleo Básico de Conicet, una indización muy importante porque involucra un proceso de evaluación de calidad editorial y la observancia de normas y buenas prácticas editoriales. Esta indización implica que la revista *Perspectivas* constituya una referencia confiable como revista de alta calidad académica, pues lo que se evalúa es el proceso editorial que se gestiona íntegramente en la Facultad.

Se presentó el informe anual del Observatorio de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Como cada año, el Observatorio de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas presentó ante el Consejo Directivo de la Facultad el informe correspondiente a las actividades realizadas durante el año 2019 y a la planificación de áreas estratégicas y acciones prioritarias para el año 2020, de conformidad con lo establecido en el art. 8, incs. c) y d) del Reglamento aprobado mediante la resolución 176/14.

Se firmó un protocolo con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas

El decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Mg. Francisco Marull, y el fiscal general de Investigaciones Administrativas de La Pampa, Dr. Juan Carlos Carola, firmaron el 21 de noviembre de 2019 un Protocolo Adicional para formalizar la realización de prácticas tutoriadas en el marco de la carrera de Especialización y Administración y Control Público de la Facultad. Este protocolo se encuentra encuadrado en el Convenio Particular de Cooperación existente entre ambas instituciones que se encuentra vigente.

El Plan de Estudios de la Especialización y Administración y Control Público prevé un total de 20 horas de tareas académicas de índole prácticas, trabajos de campo o similares, con el acompañamiento de un/a tutor/a académico. Mediante este protocolo, ambas instituciones han acordado que un máximo que 15 estudiantes por año que estén realizando la Especialización podrán llevar a cabo estas horas prácticas en la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, donde tendrán contacto con el ejercicio profesional en escenarios reales.

Se llevó a cabo la final de “Madre Emprendedora” 2019

El 25 de noviembre de 2019 se desarrolló en el Salón Azul de la FCEyJ la Final Provincial del “Programa de Desarrollo Emprendedor para Madres Edición La Pampa 2019”, donde se calificó y seleccionó a las ganadoras para concursar en la final del concurso “Premio Nacional Madre Emprendedora 2019”, competencia de planes de negocios destinados a mujeres en el rol de madres residentes en Argentina. El jurado evaluó las exposiciones presenciales y eligió, en base a distintos criterios de selección, a las tres (3) ganadoras que viajarán a participar (con proyectos de todo el país) en la final en Buenos Aires por el Premio Nacional Madre Emprendedora (PNME) 5º Edición. Así, el jurado estuvo conformado por el decano de la FCEyJ, Mg. Francisco Marull, el responsable del área de Emprendedurismo de la Facultad de Ingeniería, Ing. Fernando Stachiotti, la senadora nacional por La Pampa, Prof. Norma Durango, la coordinadora de “Madre Emprendedora” en La Pampa, Lic. Valeria Santella, la directora de la Subsecretaría de Empleo, Trabajo y Capacitación Laboral, Lic. Celeste Segurado, el coordinador de la Licenciatura en Administración con

Orientación en Emprendedurismo de la FCEyJ, Lic. Pablo Marek, y la empresaria y representante de CAME Mujer, Lic. Cristina Nemesio.

El Programa de Desarrollo Emprendedor para Madres Edición La Pampa fue organizado por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam, la Secretaría de Empleo, Trabajo y Capacitación Laboral y la ONG “Madre Emprendedora”, y contó con el apoyo de la senadora Norma Durango, la Secretaría de la Mujer, la Facultad de Ingeniería de la UNLPam y la Fundación para el Desarrollo Regional.

Los proyectos ganadores es esta edición fueron: Tu percha, Pintando sueños, Arte en papel y Macetas con propósito.

El Consejo Superior aprobó nuevos planes de estudio de la FCEyJ

El día 20 de noviembre de 2019 el Consejo Superior llevó a cabo su 19º Reunión Ordinaria en la Facultad de Ingeniería. En dicha sesión, en el tratamiento de iniciativas con despacho y provenientes de las comisiones, se aprobaron los nuevos planes de estudio de las carreras Tecnicatura Universitaria Administrativa Contable e Impositiva y Procuración. Ambos planes se articulan con los nuevos planes de estudio de Contador Público y Abogacía respectivamente.

FCEyJ y Tribunal de Cuentas firmaron Protocolo

El decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Mg. Francisco Marull, y la presidenta del Tribunal de Cuentas de la Provincia de La Pampa, Cra. María Alejandra MacAllister, firmaron el 27 de noviembre un Protocolo Adicional para formalizar la realización de prácticas tutoriadas en el marco de la carrera de Especialización y Administración y Control Público de la Facultad. Este protocolo se encuentra encuadrado en el Convenio Particular de Cooperación existente entre ambas instituciones que se encuentra vigente.

Decano de la FCEyJ en Reunión Plenaria del Consejo Permanente de Decanos

El Mg. Francisco Marull asistió a la Reunión Plenaria del Consejo Permanente de Decanos de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales, llevada a cabo en esta oportunidad en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora el día 26 de noviembre del corriente.

En dicha reunión estuvieron presentes autoridades de facultades de Derecho de universidades nacionales de todo el país, el secretario de Políticas Universitarias, Lic. Pablo Dominichini, la coordinadora general del Programa de Calidad Universitaria de la Secretaría de Políticas Universitarias, Lic. Agustina Peretti, la responsable de Convocatorias del Programa de Calidad Universitaria, Mg. Yanina Armentano, el presidente de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, Mg. Néstor Pan, y la directora de Acreditación de Carreras de CONEAU, Lic. Marcela Groppo.

Los intercambios con los/as funcionarios/as de la SPU y la CONEAU estuvieron principalmente vinculados a las políticas de gestión realizadas en pos de la enseñanza universitaria para las carreras de Abogacía, y el proceso de acreditación que atravesó la carrera el último año.

Se firmó Convenio Específico con el Colegio de Martilleros y Corredores de Comercio de La Pampa

La Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas y el Colegio de Martilleros y Corredores de Comercio de La Pampa acordaron firmar un Convenio Específico de Cooperación Académica que tuvo como principal objetivo el dictado de dos capacitaciones: “Macroeconomía: el valor del dinero, inflación, mercado de cambios” y “Autonomía de la voluntad de las partes y cláusulas penales”. Estas fueron dictadas el día 21 de noviembre en la sede del Colegio.

Decano y Vicedecana asistieron al CODECE

Los días 5 y 6 de diciembre se realizó en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Nacional de Mar del Plata la Reunión Plenaria del Consejo de Decanos en Ciencias Económicas de Universidades Nacionales (CODECE). Asistieron en representación de la FCEyJ tanto el decano Francisco G. Marull como la vicedecana I. María Monasterio.

Con tres sesiones plenarias del Consejo, se abordaron los informes de Presidencia y Presidencia Honoraria del CODECE, y los procesos de acreditación de la carrera de Contador Público, entre otros temas de relevancia para el debate y la reflexión de las autoridades presentes en la Reunión.

Se llevaron a cabo las V Jornadas de Investigación de la FCEyJ

El 2 de diciembre de 2019 se realizaron las V Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, denominadas “Problemas y Desafíos de la Investigación en Ciencias Económicas y Jurídicas”. En la apertura, el decano de la Facultad, Francisco G. Marull, y la secretaria de Investigación, Mg. Lucía C. Colombato, informaron a los/as presentes sobre las líneas de gestión de las políticas de investigación de la Facultad, a la vez que la Dra. Helga Lell compartió las últimas novedades de la revista *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. A continuación, en dos comisiones simultáneas coordinadas por las direcciones de los centros de investigación de la Facultad, los equipos de investigación de la Facultad compartieron sus avances, dificultades y perspectivas de trabajo para el próximo año.

Finalizó Madre Emprendedora

En diciembre de 2019 se llevó cabo la Final y Entrega de Premios de la Sexta Edición de los Premios Nacionales Madre Emprendedora. La actividad se realizó en el Auditorio del Banco Ciudad y contó con la participación de 18 emprendimientos de toda Argentina.

En esta instancia, La Pampa presentó cuatro proyectos que fueron evaluados por un jurado integrado por: Ana Ferrero, presidenta de la Fundación Banco Ciudad; Juan Sicardi, presidente de Contribuir al Desarrollo Local, coorganizador del Programa Mayma; Irini Wentinck, presidenta de Mujeres Empresarias de UIPBA; Juan Betancourt, de Digital Transformation Manager en Eklos y Celeste Segurado, directora de la Subsecretaría de Trabajo, Empleo y Capacitación Laboral del Gobierno de La Pampa.

Las ganadoras de esta edición fueron: Rauni Sustentable (Buenos Aires, Idea Proyecto), AZCHRUM, Colaciones nutritivas (Santa Fe, Puesta en Marcha) y Elle-VanTok (Río Negro, Consolidación). Además, recibieron reconocimiento: Pintando Sueños, Juegos Inclusivos (La Pampa, Idea proyecto), Aprueabalo (Ciudad de Buenos Aires, Puesta en Marcha) y Lanas Santa Flora (Buenos Aires, Consolidación)

Se recibió el primer procurador en contexto de encierro

A fines de noviembre de 2019, Daniel terminó su carrera de Procuración y se convirtió en el primer egresado de la carrera en contexto de encierro. Este hecho fue celebrado por autoridades, no docentes y estudiantes de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, ya que marca un hito en la historia de la institución. No docentes e integrantes del equipo de gestión de la Facultad destacaron que el acceso a la educación, además de un derecho reconocido normativamente, es una de las principales herramientas que dispone para lograr su reinserción en la sociedad una vez que cumpla su pena.

Nueva carrera de posgrado en la FCEyJ: Especialización en Tributación

El decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Mg. Francisco G. Marull, se reunió, en febrero de 2020, con el presidente del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de La Pampa, Cr. Mauricio G. Villa, para acordar acciones conjuntas en orden a la implementación durante 2020 de la Carrera de Especialización en Tributación en el ámbito de esa Facultad. La nueva carrera ha sido acreditada por CONEAU (Acta 496 del 10/12/2018) y obtuvo recientemente la resolución ministerial de Validez Nacional del Título (4131/2019).

Reacreditación de Especialización en Derechos Humanos

La Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas informa que la “Especialización en Derechos Humanos”, carrera creada en el año 2012, y cuyo objetivo general es la formación de graduados/as especializados en la defensa y promoción de los derechos humanos de forma integral, ha sido reacreditada por el plazo máximo que otorga la CONEAU -6 años-, en el marco de la quinta convocatoria de dicha Comisión para la acreditación de carreras de posgrado en el área de las ciencias sociales.

En el Informe de Evaluación, la Comisión de Pares que brindó la CONEAU se destacó el clima académico de nuestra Facultad y la calidad de los trabajos finales de la carrera. En este sentido, es dable destacar el excelente trabajo que ha llevado a cabo el personal de la Secretaría de Investigación y Posgrado en el proceso de acreditación.

La FCEyJ firmó Convenio con el Colegio de Magistrados y Funcionarios de La Pampa

El día jueves 12 de marzo por la tarde, el decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Mg. Francisco Marull, y el presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la provincia de La Pampa, Abog. Néstor Daniel Ralli, realizaron la firma conjunta de un Convenio Particular de Cooperación entre ambas instituciones, con el principal objetivo de establecer las bases y criterios sobre los cuales la FCEyJ y el Colegio realizarán acciones conjuntas de cooperación en el marco de la política de formación de posgrado que desarrolla la FCEyJ, destinada a profesionales del derecho. El Convenio Particular se encuadra en el convenio marco 8/2020 de Rectorado que regula la cooperación entre el Colegio y la Universidad Nacional de La Pampa.

COVID- 19 en la Facultad

Desde el 20 de marzo, las actividades de la Facultad no tienen lugar de manera presencial. La función administrativa se encuentra operativa de manera *online*. Las clases fueron retomadas bajo la modalidad virtual desde el 1º de abril. El calendario académico ha sido modificado y, en el futuro, se establecerán nuevas pautas para reprogramar las actividades canceladas durante el aislamiento preventivo y obligatorio.

Guía para la presentación de artículos

1. Objetivo y temáticas de la revista

La revista *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas* tiene como objetivo ofrecer a los investigadores, a los becarios de investigación y posgrado de instituciones universitarias u organismos de ciencia y técnica, a los docentes tanto de grado como de posgrado, a los graduados y estudiantes, ya sean de esta casa de altos estudios o de otras universidades nacionales o extranjeras, la posibilidad de publicar sus trabajos y difundir los productos y avances de sus investigaciones y experiencias académicas.

Además, esta revista tiene como fin específico ser un espacio para la publicación de la producción científica de los proyectos de investigación radicados en los centros de investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas y de las tesis de posgrado de esta unidad académica.

Finalmente, procura dar lugar a comentarios y revisiones críticas que divulguen actividades institucionales que revelen el espíritu académico y científico de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

En cuanto a las temáticas, la revista publicará artículos relacionados disciplinarmente con las ciencias económicas y con las ciencias jurídicas. La aproximación a estos tópicos podrá llevarse a cabo desde un estudio científico o a partir del relato de experiencias pedagógicas en la enseñanza universitaria de espacios curriculares afines.

2. Envíos para la publicación

La revista recibirá artículos para su eventual publicación en el curso de todo el año. Tras la recepción, los textos serán enviados a los evaluadores externos para su consideración. En caso de que los evaluadores consideren que los artículos deben ser reformados para su publicación, se les comunicará esta circunstancia a los autores para que realicen las correcciones exigidas en el plazo

de 20 días corridos. Una vez hechas las modificaciones necesarias, los trabajos serán enviados nuevamente a los evaluadores externos. En caso de que un evaluador recomiende la publicación y el restante no, la cuestión será dirimida por un tercer evaluador.

Los artículos que se incluyan en la sección “Investigación científica y académica” deberán obtener dos evaluaciones positivas de pares externos a la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam). Los artículos destinados a las secciones: reseñas de libros, conferencias, entrevistas y comentarios de actividades de carácter científico-académico, deberán contar con la aprobación de, al menos, dos miembros del Comité Editorial.

3. Pautas formales para la presentación de artículos

Los artículos que se presenten deberán ser originales, inéditos y no haber sido ni ser sometidos simultáneamente para su evaluación en otra publicación. Si hubieren sido publicados anteriormente, los autores deberán justificar la necesidad de su inclusión en la revista. Los autores se harán cargo de los dichos de sus artículos, se comprometen a cumplir con las pautas de ética y, por lo tanto, a citar toda idea ajena y a obtener las autorizaciones para reproducir los contenidos que así lo requieran.

Los artículos que se presenten para su eventual publicación en la revista en la sección “Investigación científica y académica” deberán poseer una extensión de entre 10 (como mínimo) y 20 páginas (como máximo). Los trabajos de las secciones: reseñas de libros, conferencias, entrevistas y comentarios de actividades de carácter científico-académico, tendrán la extensión que resulte necesaria; por ello, no tendrán un mínimo aunque no deberán superar las 15 páginas, estimativamente. La extensión incluye cuadros, gráficos, notas y referencias bibliográficas.

Todos los artículos deberán ser redactados de manera clara, coherente y dinámica. Se deberán respetar las reglas ortográficas y gramaticales de la lengua en que se escriba (español, inglés o portugués).

El interlineado será de 1,5 líneas; la fuente, Times New Roman y el tamaño para el cuerpo del trabajo, 12. La sangría de la oración inicial de cada párrafo será de 1,5.

Las notas al pie se harán en Times New Roman, tamaño 10. El interlineado será simple y no se dejará sangría en la oración inicial de los párrafos.

Las citas se realizarán conforme a las normas APA. En caso de citas textuales extensas, conforme a las normas APA, el tamaño será de un punto menos que el resto del texto, es decir, en 11.

Las páginas serán A4 y con márgenes 2,5.

Se recibirán artículos en español, inglés y portugués.

4. Partes constitutivas de los artículos

Los trabajos que se presenten deberán contemplar los siguientes puntos:

- 1) El título, en mayúsculas sostenidas. Se debe tener en cuenta que este deberá ser claro, descriptivo del tema trabajado en el artículo y conciso.
- 2) A continuación, se deben incluir los nombres del/de los autor/es. Para ello, se indicará primero el nombre completo del autor y luego el apellido sin mayúsculas ni versalitas sostenidas. Tras el apellido, se realizará una llamada con una nota al pie que indicará el o los título/s académico/s, pertenencia institucional y dirección de correo electrónico de contacto. En caso de que sea necesario, en la misma nota al pie se mencionarán las instituciones que han financiado o colaborado con la investigación que da lugar al artículo.
- 3) Luego, se incluirá un resumen del trabajo que no deberá exceder las 200 palabras, hasta cinco palabras clave y el resumen y las palabras clave en otro idioma. Si el artículo ha sido redactado en español, el resumen y las palabras clave serán elaborados en inglés. En cambio, si el artículo ha sido escrito en inglés o portugués, el resumen y las palabras clave deberán ser presentados en español.
- 4) Al final del trabajo se debe incluir el listado de las referencias bibliográficas, ordenadas alfabéticamente. Este listado contendrá solo los textos citados directa o indirectamente en el cuerpo del artículo.

5. Estilo de las citas

Dentro del cuerpo principal, las citas textuales de hasta tres renglones se entrecomillarán y, a continuación, entre paréntesis se indicarán los siguientes datos “apellido del autor, año: páginas”. Las de mayor extensión no se entrecomillarán, sino que se colocarán en párrafo aparte, con fuente de tamaño un punto inferior que el resto del cuerpo (es decir, en tamaño 11), con una sangría izquierda de 0,5 cm. Al final se incluirán los datos de procedencia (autor, año, página/s).

Si la cita no es textual sino indirecta o referenciada, al finalizar la idea se indicarán entre paréntesis el apellido y el año de edición de la obra (por ejemplo: Gómez, 2005).

6. Ordenamiento bibliográfico

El ordenamiento bibliográfico se realizará mediante la exposición de un listado que contendrá solo las obras referenciadas directa o indirectamente y que se encontrará organizado alfabéticamente.

El orden de los datos para la citación es el siguiente:

- Libro: Apellido e inicial del nombre de autor/es; a continuación, entre paréntesis, el año de publicación; luego un punto y el título del libro en cursiva con las primeras letras en mayúscula (punto y seguido). Lugar de edición (seguido por dos puntos): el nombre de la editorial. Si el libro ha sido traducido, se deben

incluir los datos del traductor luego del título del libro. Si la edición va más allá de la primera, luego del nombre del traductor corresponde el número de edición.

- Artículo en libro con editor (o compilador): Apellido e inicial de autor/es, año de publicación entre paréntesis, título del trabajo en estilo normal; a continuación: “en”, nombre de compilador/es o editor/es o coordinador/es, luego, entre paréntesis el rol abreviado (“comp.”, “ed.”, “coord.”), el título del libro en cursiva con las primeras letras en mayúscula (punto y seguido). Lugar de edición (seguido por dos puntos): el nombre de la editorial. Si la edición va más allá de la primera, corresponde incluir el número de edición.
- Artículo en revistas científicas: autor/es, año de publicación entre paréntesis. Título del trabajo, en normal y sin comillas. Título de la obra publicada en cursiva, volumen en cursiva, e inmediatamente, sin espacio, el número entre paréntesis, sin cursiva, y por último el número de páginas entre las cuales se extiende el artículo.
- Texto consultado en internet: apellido y nombre de autor/es, año de edición, título del artículo (o libro), en: (citar página consultada y fecha de consulta).
- Entrevistas personales: apellido y nombre del entrevistado; lugar de entrevista. Por ejemplo: Gutiérrez, Pedro. Calzar SA. Santa Rosa, La Pampa. Comunicación personal, fecha.

Cualquier caso de duda será resuelto conforme a las normas APA (American Psychology Association), 6° edición.

7. Tablas, gráficos e ilustraciones

En caso de incluir tablas, gráficos e ilustraciones, cada uno de estos elementos deberá estar enumerado correlativamente a lo largo del trabajo, con su correspondiente encabezamiento y título. Asimismo, deberán indicarse las referencias al pie con tamaño de fuente 11.

8. Envío de artículos

Los trabajos se enviarán en formato .doc, .docx u .odt a la dirección de correo electrónico de la revista: investigacionyposgrado@eco.unlpam.edu.ar o por medio de la presente plataforma: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perpectivas>.

9. Otras informaciones

El o los dictámenes (según corresponda) de los trabajos evaluados será/n comunicado/s a los autores. Estos serán responsables del contenido de sus contribuciones y de la exactitud de las citas y referencias bibliográficas. El Cuerpo Editorial se reservará el derecho de hacer las modificaciones necesarias para mantener el estilo de la revista. Previo a la publicación del artículo, el/los autor/es deberá/n suscribir un documento que ceda los derechos de reproducción del artículo y en el que asegure/n haber cumplido con las exigencias éticas de citación y autorización para la publicación del texto.

Guidelines for authors

The Faculty of Economic and Legal Sciences, through the academic journal *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*”, provides a space for the publication of productions, with a section for general institutional issues. This is why a differentiation is made in sections, which are: scientific research, scientific-academic dissemination, book reviews, conferences, interviews and comments related to scientific-academic activities and institutional developments.

In order to clarify the content of each section, a brief description is included:

Scientific research: for articles presenting partial or final results of an investigation. Articles that account of the progress or results of the completion of postgraduate thesis are included in this section. To be published in this section, the positive evaluation of two (2) external evaluators is necessary.

Books reviews, conferences, interviews and comments regarding scientific-academic activities: this section will include book reviews, conference transcripts, interviews, and other types of work that make critical comments about institutional activities, either scientific or academic, which are held in the Faculty of Economic and Legal Sciences (UNLPam) or in other institutions, such as an evaluative synthesis of conferences, scientific courses, promotional workshops, etc. In the case of critical comments, it is essential that the article is not merely descriptive but that it includes an assessment by the author. These works must be approved by at least two of the members of the Editorial Committee for its inclusion in the journal.

Institutional information: This section is intended for information that the authorities of the Faculty of Economic and Legal Sciences of the National University of La Pampa wish to communicate to the community of readers.

Guidelines for the presentation of articles

1. Original and unpublished works

The articles submitted must be original, unpublished and have not been or be submitted simultaneously for evaluation in another publication. All articles should be written in a clear, coherent and dynamic manner. Orthographic and grammatical conventions of the chosen language must be respected.

2. Guidelines for presentation

The articles submitted for eventual publication in the journal in sections “Scientific Research” shall have, an indicative title, an extension of between 10 (minimum) and 20 pages (maximum). The works Section of “Books reviews, conferences, interviews and comments regarding scientific-academic activities” will have the necessary extension. Therefore, they will not have a minimum but not more than 15 pages, roughly. The extension includes tables, graphics, notes and bibliographical references.

The line spacing will be 1.5 lines, the font, Times New Roman, and the size for the body of the work, 12. The indentation of the opening sentence of each paragraph will be 1.5.

The footnotes will be made in Times New Roman, size 10. The line spacing will be single and there will be no indentation in the opening sentence of paragraphs. Citation will be made according to the APA standards. In case of extensive textual citations, according to APA standards, the size will be one point less than the rest of the text, size 11.

The pages will be size A4 and with margins 2,5.

We will receive articles in Spanish, English and Portuguese.

3. Constituent parts of articles

Published papers should contemplate the following aspects:

- a) the title, in sustained capital letters. It must be noted that this should be clear, descriptive of the topic discussed in the article and concise;
- b) Then, the names of the author(s) should be included. For this purpose, the full name of the author must be included first, and then the last name without uppercase or small capitals. After the last name, a reference mark will be made with a footnote that will indicate the academic title(s), academic institutional affiliation and e-mail address. If necessary, the institutions which funded or collaborated with the research project that gave rise to the article will be mentioned in the same footnote;
- c) then, a summary of the work will be included, which shall not exceed 200 words, with five key words and the abstract and key words in another

language. If the article has been written in Spanish, the abstract and key words will be written in English. Nevertheless, if the article has been written in English or Portuguese, the abstract and key words should be written in Spanish;

- d) at the end of the paper, the list of bibliographic references must be added, ordered alphabetically. This list will only contain the texts cited directly or indirectly in the body of the article.

4. Citation style

Within the main body, textual quotes of up to three lines will be written in quotation marks, and then the following data will be indicated in parenthesis “surname of the author, year: pages”. Extended quotes will not be written in quotation marks, but will be placed in a separate paragraph, with font size one point lower than the rest of the body (ie, in size 11), with a left indentation of 0.5 cm. The data of origin will be included at the end (author, year: pages).

If the quote is not textual but indirect or indexed, the surname and the year of publication of the work will be indicated when finalizing the idea, in parenthesis (for example: Gómez, 2005).

5. Bibliographic ordering

The bibliographic order will be made through the presentation of a list that will contain only works indexed directly or indirectly and that will be organized alphabetically.

The order of the data for the citation is the following one:

- Book: Last name and initial of the author’s name; then, in parentheses, the year of publication; then a dot and the title of the book in italics with the first letters in capital (dot followed). Place of edition (followed by colon): the name of the publisher. If the book has been translated, the translator’s data must be included after the book title. If the edition goes beyond the first, after the name of the translator corresponds the edition number.
- Article in book with editor (or compiler): Last name and author’s initial, year of publication in parentheses, title of the work in normal style; after that: “en”, compiler name/es or publisher/s or coordinator/s, then in parentheses the abbreviated role (“compi.”, “ed.”, “coord.”), the title of the book in italics with the first letters in capital (dot followed). Place of edition (followed by colon): the name of the publisher. If the edition goes beyond the first, it is necessary to include the edition number.
- Article in scientific journals: Author/s (colon). Title of the work in normal style and without quotation marks. Title of the work published in italics, number, volume, publication date in parentheses, colon and finally the number of pages through which the article is extended.

- Text accessed on the Internet: Last name and author's name, year of publication, title of the article (or book), in: (quote page consulted and date of consultation).
- Personal Interviews: Last name and name of the interviewee; place of interview. E.g. Gutiérrez, Pedro. Calzar S.A. Santa Rosa, La Pampa. Personal communication, date.

In case of doubt, APA conventions (American Psychology Association), 6th edition, will be applied.

6. Tables, graphics and illustrations

If tables, graphics and illustrations are included, each of these elements must be listed correlatively throughout the work, with its corresponding heading and title. Reference should also be made to the foot with font size 11. They must be produced in grayscale.

7. Shipping of items

Papers will be sent in .doc, .docx or .odt format to the email address of the journal: seccinciaytecnica@eco.unlpam.edu.ar (or to the email address indicated by the Research and Postgraduate Secretariat). The Secretariat will acknowledge receipt to the authors and forward it to the Director of the Journal to verify compliance with the formal requirements, once this instance is over, it will be sent to external evaluation via email.

8. Referees

The referees will be selected from the Data Bank Incentive Program of the Ministry of Education, taking into account the theme of its content. There cannot be any conflict of interests for the referees and the article to be reviewed.

9. Other information

The opinion(s) (as appropriate) of the evaluated papers will be communicated to the authors. They will be responsible for the content of their contributions and the accuracy of citations and bibliographic references. The Editorial Board reserves the right to make the modifications necessary to maintain the style of the journal. Prior to publication of the article, the author or authors must subscribe a document that transfers the rights of reproduction of the article and in which it assures to have fulfilled the ethical exigencies of citation and authorization for the publication of the text.

Guia de publicação para a revista *Perspectivas*

A Faculdade de Ciências Econômicas e Jurídicas, através da revista *Perspectivas das Ciências Econômicas e Jurídicas*, fornece espaço para a publicação de produções direcionadas aos assuntos institucionais em geral. Para isso, faz-se uma diferenciação em diversas seções tais como: iniciação científica; resenhas de livros, conferências, entrevistas e comentários de atividades científico-acadêmico e novidades institucionais.

Descreveremos, a seguir, mais informações a respeito dos conteúdos de cada seção:

A seção **Investigação Científica** destina-se a artigos que apresentem resultados parciais ou Anais de uma investigação. Nesta seção, incluem-se artigos que considerem os avanços ou resultados da realização de teses de pós-graduação. Para publicação, nesta seção, torna-se necessário o parecer positivo de (2) dois avaliadores externos.

A seção **Resenha de livros, Conferências, Entrevistas e comentários de atividades de natureza científico-acadêmico** traz um perfil mais amplo onde é possível apresentar resenhas de livros, transcrição de conferências, entrevistas e outras formas de trabalhos que façam comentários críticos sobre atividades institucionais do âmbito científico ou acadêmico contempladas na Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam) ou em outras instituições. Além dos gêneros citados é possível a publicação para síntese avaliativa de conferências, curso científico, oficina de divulgação, etc. Nos casos de comentários críticos, é fundamental que o artigo não seja meramente descritivo mas que incorpore a avaliação por parte do autor. Esses trabalhos, para sua inclusão na revista, deverão ser aprovados por, pelo menos, dois dos membros do Comitê Editorial.

Seção **Informação institucional** está direcionada para oferecer informação exclusiva das autoridades da Facultad de Ciências Econômicas e Jurídicas da

Universidade Nacional de La Pampa, é o espaço destinado à comunicação à comunidade de leitores.

Guia para a apresentação de artigos

1. Trabalhos originais e inéditos

Os artigos deverão ser originais, inéditos e não podem ser, simultaneamente, submetidos a avaliação em outra publicação. Todos os artigos deverão ser escritos de forma clara, coerente e dinâmica. Deve-se respeitar as regras ortográficas e gramaticais da língua na qual se escreve.

2. Pautas para apresentação

Os artigos apresentados para eventual publicação na revista nas seções “Investigação Científica” deveram ter, a modo indicativo, uma extensão entre 10 (como mínimo) e 20 páginas (como máximo). Os trabalhos da seção “Resenhas de livros, conferências, entrevistas e comentários de atividades de natureza científico-acadêmico” terão uma extensão máxima de 15 páginas aproximadamente. A extensão inclui quadros, gráficos, notas e referências bibliográficas. O espaço entre linhas será de 1,5, a fonte Times New Roman e o tamanho para o corpo do trabalho, 12. O recuo da oração inicial de cada parágrafo será de 1,5. As notas de rodapé serão em Times New Roman, tamanho 10. O espaço entre linhas será simples e não se deixará recuo na oração inicial dos parágrafos. As citações se realizarão conforme as normas APA. No caso de citações textuais extensas, conforme as normas APA, o tamanho será de um ponto a menos do que o resto do texto, ou seja, 11.

As páginas serão A4 e com margens 2,5.

Receber-se-á artigos em Espanhol, Inglês e Português.

3. Partes constitutivas dos artigos

Os trabalhos que se apresentem deverão incluir os seguintes pontos:

- a) Título, em letra maiúscula e em caixa alta. Deve-se ter em consideração que o mesmo deverá ser claro, descritivo do tema trabalhado no artigo e conciso;
- b) Nomes do/dos autor/es. Para isso, se indicará, primeiro, o nome completo do autor e logo o sobrenome sem maiúsculas nem variações de tamanho das letras. Após o sobrenome se realizará uma chamada com uma nota de rodapé que indicará título/s acadêmico/s, instituição acadêmica à qual pertence e endereço eletrônico de contato. Caso seja necessário, na mesma nota de rodapé se mencionará instituições que financiem ou colaborem com a investigação que originou o artigo;
- c) Resumo que deverá vir após os nomes. Se incluirá um resumo do trabalho que não deverá exceder as 200 palavras. São permitidas cinco palavras-chave. O resumo e as palavras-chave devem vir também em outro idioma. Por exemplo, se o artigo estiver escrito em espanhol, o resumo e as palavras-chave deverão

ser elaborados também em inglês. Caso, o artigo tenha sido escrito em inglês ou português, o resumo e as palavras-chave deverão ser apresentados em espanhol;

- d) Referência. Ao final do trabalho, deve-se incluir a Referência bibliográfica em ordem alfabética. Esta lista conterà apenas textos citados direta ou indiretamente no corpo do artigo.

4. Estilo das citações

Dentro do corpo principal, as citações textuais de até três linhas serão colocadas entre aspas e, na sequência, entre parêntesis, indicarão os seguintes dados “sobrenome do autor, ano: número da página citada”. As de maior extensão não serão colocadas entre aspas, mas em um parágrafo à parte, com fonte de tamanho um ponto inferior que o resto do corpo (ou seja, em tamanho 11), com um recuo esquerdo de 0,5 cm. Em Anais se incluirão os dados de procedência (autor, ano: páginas). Se a citação não for textual, mas indireta ou referenciada, ao analisar a ideia se indicará entre parêntese o sobrenome e o ano de edição da obra (por exemplo: Gómez, 2005).

5. Ordenamento bibliográfico

O ordenamento bibliográfico se realizará perante a exposição de uma lista que terá só as obras referenciadas direta ou indiretamente organizado alfabeticamente. A ordem dos dados para a citação é a seguinte:

- Livro: sobrenome e inicial do nome do/s autor/es; a seguir, entre parêntesis, o ano de publicação; ponto final. Título do livro em itálico com as primeiras letras em maiúscula (ponto final). Lugar de edição (seguido por dois pontos): o nome do editorial. Se o livro foi traduzido, deve-se incluir os dados do tradutor após o título do livro. Se a edição for mais de uma, o nome do tradutor corresponde ao número da edição.
- Artigo em livro com editor (ou compilador): Sobrenome e inicial de autor/es, ano de publicação entre parêntese, título do trabalho em estilo normal; a continuação: “en”, nome do compilador/es ou editor/es ou coordenador/es, logo, entre parênteses o rol abreviado (“comp.”, “eds.”, “coords”), o título do livro em itálico com as primeiras letras em maiúsculo (ponto final). Lugar da edição (seguido por dois pontos): o nome do editorial. Se a edição for mais de uma, deve se incluir o número de edição.
- Artigo em revistas científicas: Autor/es (dois pontos). Título do trabalho normal e sem aspas. Título da obra publicada em itálico, número, volume, data da publicação entre parênteses, dois pontos e por último o número de páginas dentre as quais se estende o artigo.
- Texto consultado na internet: Sobrenome e nome do autor/es, ano de edição, título do artigo (ou livro), em: (citar página consultada e data de consulta).

- Entrevistas pessoais: Sobrenome e nome do entrevistado; lugar da entrevista. Ex. Gutiérrez, Pedro. Calzar S.A. Santa Rosa, La Pampa. Comunicação pessoal, data.

Qualquer dúvida será resolvida conforme as normas APA (American Psychology Association), publicada na 6° edição.

6. Tabelas, gráficos e ilustrações

No caso de incluir tabelas, gráficos e ilustrações, cada um desses elementos deve ser enumerado correlativamente ao longo do trabalho, com o seu correspondente cabeçalho e título. Também, deverá ser indicado as referências no rodapé em tamanho de fonte 11. Elas deverão ser elaboradas em escala de cinza.

7. Envio dos artigos

Os trabalhos serão enviados em formato .doc, .docx ou .odt ao endereço eletrônico da revista: seccienaiytecnic@eco.unlpam.edu.ar (ou o que a Secretaria de Investigação e Pós-graduação indique). A Secretaria acusará recebimento de documento ao/aos autor/es e o encaminhará ao Diretor/a da Revista para constatar o cumprimento dos requisitos formais, superada essa instância será enviada uma avaliação externa, perante endereço eletrônico.

8. Avaliadores

Os avaliadores serão selecionados através do Banco de Dados do Programa de Incentivos do Ministério de Educação da Nação, tendo em consideração a temática de seu conteúdo.

9. Outras informações

O/Os ditame/s (segundo corresponda) dos trabalhos avaliados será/ão comunicado/s aos autores. Os mesmos serão responsáveis do conteúdo de suas contribuições e da exatidão das citações e referências bibliográficas. O corpo Editorial se reservará ao direito de fazer as modificações necessárias para manter o estilo da revista. Ante a prévia de publicação do artigo, o autor ou os autores deverão subscrever um documento que ceda os direitos da reprodução do artigo e que assegure ter cumprido com as exigências éticas de citação e autorização para a publicação do texto.



UNLPam

Universidad Nacional de La Pampa

Imprime 300 ejemplares en la Imprenta de la Universidad Nacional de La Pampa,
dependiente de la Secretaría de Cultura y Extensión Universitaria. Santa Rosa, La Pampa, Julio 2020