

Año 6 | Volumen 6 / Núm. 1 | marzo, 2023

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

SUMARIO

Editorial

Omar Carranza

INVESTIGACIONES

La educación superior en derechos humanos en el sistema universal. Un tema en la agenda de las universidades argentinas.

Verónica Cannarozzo

La vida algorítmica y los derechos humanos. Las llamadas mejoras cognitivas y sus posibles problemáticas

Yamila Juri

La ofensa a la dignidad humana en el trato al paria y al pobre. Aportes de Hannah Arendt y Adela Cortina

Laura Urbina Valor

Los efectos de la inflación en el delito de contrabando

Agustín Ulivarri Rodi

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Denegri desde su peor luz. La aplicación del precedente por parte de la Cámara

Dafne Mancevich y Juan Pablo Seré

RESEÑAS

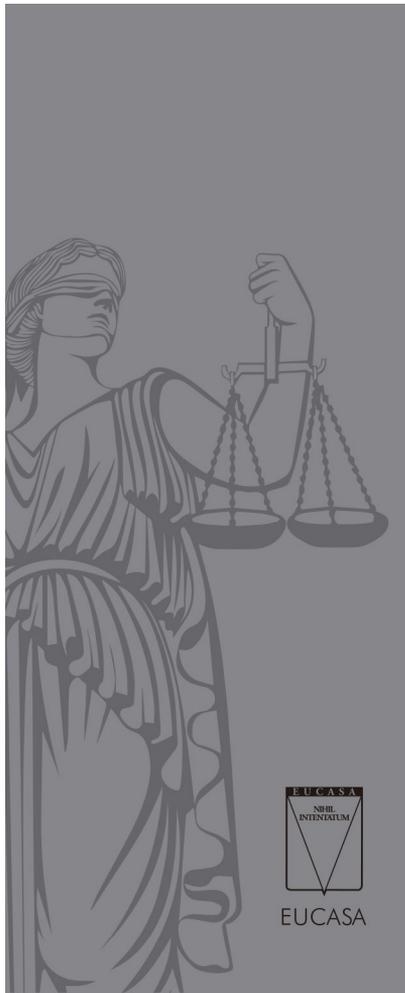
Reseña del libro "Crisis Ecológica. Aportes para una ecología integral"

Eduardo Agosta Scarel

Reseña del libro "Conversión ecológica. Hacia un compromiso con la ecología"

María José Caram

e-ISSN 2618-4699



EUCASA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
(UCASAL)

OMNIA. Derecho y Sociedad
Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas
Vol. 6 - No. 1 | marzo de 2023

CONSEJO EDITOR

Director: Ab. Omar Carranza / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Secretario: Mg. Lic. Víctor F. Toledo / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Dra. Úrsula Basset / Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina / Miembro del Comité Directivo de la International Academy of the Jurisprudence of the Family

Dra. Cecilia Blanco / Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional de Córdoba - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)

Dr. Fernando Charria García / Universidad Externado de Colombia

Mg. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas / Grupo Persona, Instituciones y Exigencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia

Dr. Mariano Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

Ab. Juan Carlos Pérsico / Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata / Instituto de Derecho Internacional Público del Colegio de Abogados de La Plata (CALP)

Lic. Alejandro Gabriel Safarov / Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Santiago del Estero

Dra. Irene Vasilachis de Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

e-ISSN 2618-4699

Domicilio editorial: Campus Universitario Castañares - 4400 Salta - Argentina

Tel.: (54-387) 4268609

E-mail: revistaomnia@ucasal.edu.ar

web: <http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>

www.ucasal.edu.ar/eucasa

COMITÉ EVALUADOR

Lic. Silvina Astigueta / Universidad Católica Argentina
silvina.astigueta@gmail.com

Dra. Cristina Bosso / Universidad Nacional de Tucumán
cbossop@gmail.com

Ab. Sofía Calderone / Universidad Católica Argentina
sofiacalderone@uca.edu.ar

Prof. María Gabriela Cargnel / Universidad Católica Argentina
gabrielacargnel@uca.edu.ar

Mg. Paula Carman / Universidad Católica Argentina
carman@uca.edu.ar

Dra. Mariana Colotta / Universidad del Salvador
mcolotta@usal.edu.ar

Dra. Natalia Gil / Universidad Nacional de Salta
natalia.gil7@gmail.com

Dr. Alejandro Domínguez Benavidez / Universidad Católica Argentina
adominguezbenavides@gmail.com

Dra. Raquel Guzmán de Dallacaminá / Universidad Nacional de Salta
radallac@yahoo.com.ar

Ab. María del Milagro Herrera / Poder Judicial de la Provincia de Salta
mili259@hotmail.com

Dr. Siro de Martini / Universidad Católica Argentina
sirodemartini@gmail.com

Dra. Natalia Monge / Universidad Nacional de La Pampa
natimon87@hotmail.com

Dr. Norman Augusto Javier Tafur González / Universidad Libre de Colombia
javier.tafurg@unilibre.edu.co

Dr. Marcelo Fernando Trucco / Universidad Católica Argentina
marceloftrucco@gmail.com

Dra. Claudina Xamena / Poder Judicial de la Provincia de Salta
clau_xamena@hotmail.com

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Vol. 6 - No. 1 | marzo de 2023



EDICIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
SALTA - ARGENTINA

Omnia. Derecho y Sociedad es la revista científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Argentina, creada en el año 2018 y publicada bajo el sello EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta) (<http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>)

Es una publicación de periodicidad semestral que reúne colaboraciones que versan sobre temas de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Se recogen en ella artículos científicos, ensayos, textos sobre jurisprudencia y doctrina y reseñas de libros. Todos ellos son sometidos a un proceso de evaluación por pares externos. Todos los escritos son inéditos y de carácter original.

La revista ha sido incorporada al Catálogo 2.0 de Latindex (folio 29156) y está indexada también por LatinRev. Mediante resolución del CONICET (RESOL-2021-1295-APN-DIR#CONICET) de fecha 10 de agosto de 2021, ha sido incorporada al Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas por el término de 3 (tres) años.

Su nombre, *Omnia*, obedece a dos razones. En primer lugar, se trata de una publicación que involucra a todas las carreras que se imparten en la Facultad —Abogacía, Lic. en Relaciones Internacionales, Lic. en Criminológica, Lic. en Seguridad, Perito en Accidentología y Martillero Público y Corredor Inmobiliario—. En segundo lugar, se busca dar cabida al más amplio abordaje de los temas de interés de la revista. La denominación, *Derecho y Sociedad*, define un contenido disciplinar propio de las ciencias sociales.

Esta publicación ha sido creada con el fin de promover la divulgación del conocimiento generado en la Facultad de Ciencias Jurídicas como producto de sus funciones sustantivas de investigación, docencia y extensión, así como favorecer la construcción de vínculos con otras instituciones nacionales e internacionales.

OMNIA. Derecho y Sociedad cuenta con las siguientes secciones: "Investigaciones", que reúne resultados parciales o finales de proyectos de investigación o ensayos académicos; "jurisprudencia y doctrina", que recoge análisis de sentencias judiciales y aportes doctrinarios de publicistas reconocidos y "reseñas de libros", en la que se realizan comentarios de libros de relevancia para la temática abordada por la revista.

Es una revista de acceso abierto publicada bajo licencia *Creative Commons* Atribución-NoComercial-CompartirIgual. Es decir que todo su contenido está libremente disponible sin cargo para usos lícitos por los usuarios, sin autorización previa del autor o del editor. Los autores retienen, sin embargo, el derecho a ser adecuadamente citados.

La responsabilidad sobre las opiniones vertidas en los textos y sobre el respeto a la propiedad intelectual corresponde a los autores.

e-ISSN 2618-4699

OMNIA. Derecho y Sociedad is the scientific journal of the Faculty of Legal Sciences of the Universidad Católica de Salta, Argentina, created in 2018 and published under the EUCASA seal (Ediciones Universidad Católica de Salta).

It is a biannual publication that gathers collaborations on topics of legal, political and social sciences. It contains scientific articles, essays, texts on jurisprudence and doctrine and book reviews. All of them are subjected to an external peer evaluation process. All writings are unpublished and original.

The journal has been incorporated into Latindex Catalog 2.0 (folio 29156) and is also indexed by LatinRev. By resolution of CONICET (RESOL-2021-1295-APN-DIR#CONICET) dated august 10, it has been incorporated into the Basic Nucleous of Argentine Scientific Journal for a term of 3 (three) years.

The name of journal, *Omnia*, is due to two reasons. In the first place, it is a publication that involves all the careers that are taught in the Faculty -Law, International Relations Degree, Criminal Law Degree, Security Degree, Accidentology Expert and Public Hammer and Real Estate Broker. Second, it seeks to reflect the broader treatment of the issues of interest. The denomination, *Law and Society*, defines a disciplinary content of the social sciences.

This publication has been created with the purpose of promoting the dissemination of the knowledge generated in the Faculty of Legal Sciences as a product of its substantive functions of research, teaching and extension, as well as favoring the construction of links with other national and international institutions.

OMNIA. Derecho y Sociedad has the following sections: "Investigations", which gathers partial or final results of research projects or academic essays; "Jurisprudence and doctrine", which includes analysis of court decisions and doctrinal contributions from recognized publicists and "book reviews", in which comments are made on books of relevance to the issue addressed by the magazine.

It is an open access magazine published under the *Creative Commons* Attribution-NonCommercial-Share-Alike license. In other words, all of its content are freely available free of charge for lawful use by users, without prior authorization from the author or publisher. The authors retain, however, the right to be properly cited.

The responsibility for the opinions expressed in the texts and on the respect for intellectual property lies with the authors.

e-ISSN: 2618-4699

Sumario

Editorial.....	7
Omar Carranza	

INVESTIGACIONES

La educación superior en derechos humanos en el sistema universal. Un tema en la agenda de las universidades argentinas.	11
Verónica Cannarozzo	

La vida algorítmica y los derechos humanos. Las llamadas mejoras cognitivas y sus posibles problemáticas	33
Yamila Juri	

La ofensa a la dignidad humana en el trato al paria y al pobre. Aportes de Hannah Arendt y Adela Cortina.....	43
Laura Urbina Valor	

Los efectos de la inflación en el delito de contrabando.....	63
Agustín Ulivarri Rodi	

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Denegri desde su peor luz. La aplicación del precedente por parte de la Cámara	87
Dafne Mancevich y Juan Pablo Seré	

RESEÑAS

Reseña del libro “Crisis Ecológica Crisis Ecológica. Aportes para una ecología integral”.....	109
Eduardo Agosta Scarel	

Reseña del libro “Conversión ecológica. Hacia un compromiso con la ecología “	113
María José Caram	

Estimados lectores:

El presente número de nuestra revista da cuenta de su consolidación como publicación semestral, al mismo tiempo que recoge trabajos provenientes de diversas disciplinas e instituciones, hecho que nos enorgullece.

Los artículos que presentamos, si bien poseen diversos enfoques, enfatizan en cuestiones relacionadas con la dignidad de la persona humana. El trabajo de Verónica Cannarozzo aborda como temática la educación en derechos humanos (EDH) y su significación por su carácter preventivo ante violaciones de derechos y su potencial transformador. La autora describe los progresos más significativos en el reconocimiento de la EDH en el sistema universal y analiza el desempeño de la Argentina en la temática.

También desde el punto de vista de la educación, y teniendo en cuenta la incorporación cada vez más frecuente de los algoritmos inteligentes, Yamila Juri indaga y reflexiona sobre cómo estos inciden en el sistema de los derechos humanos, abordando nociones tales como la igualdad, la equidad, la dignidad y la autodeterminación.

La problemática de las migraciones es tratada en el artículo de Laura Urbina Valor. A partir de los enfoques de Arendt y Cortina, el trabajo busca demostrar que, si bien en la actualidad se reconocen la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas desde lo ético y jurídico, los derechos de los migrantes todavía son vulnerados, situación que se ha visibilizado en el contexto de la pandemia del COVID19.

El ensayo de Agustín Ulivarri Rodi se propone estudiar los efectos jurídicos de la inflación en

la configuración del delito de contrabando en la Argentina. Para el autor, se trata de un fenómeno macroeconómico que afecta de forma transversal a todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos y, por lo tanto, demanda decisiones por parte del Estado.

En la sección de Jurisprudencia y doctrina Dafne Mancevich y Juan Pablo Seré abordan el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictado en la causa “Denegri”. El análisis realizado parte de la crítica hacia la decisión de la Cámara de utilizar el precedente europeo “Costeja” por sobre el precedente nacional “Rodríguez” para la resolución del conflicto.

Finalmente, se presentan dos reseñas que son complementarias. Una de ellas fue escrita por Eduardo Agosta Scarel y refiere al libro *Crisis Ecológica. Aportes para una ecología integral* de Verónica Figueroa Clérici (compiladora), publicado por EUCASA en 2020. La segunda reseña, realizada por María José Caram, trata del libro *Conversión ecológica. Hacia un compromiso con la ecología*, también de Verónica Figueroa Clérici (coordinadora) y publicado en 2022 por EUCASA. Ambos trabajos invitan a la lectura de obras necesarias para comprender la relevancia e integralidad de la crisis ecológica en el mundo actual. Queremos expresar nuestro agradecimiento a los autores, quienes han confiado en nuestra publicación para visibilizar sus trabajos y, una vez más, exhortamos a quienes tengan interés en la publicación de artículos a contactarse con nosotros.

El director

Investigaciones



La educación superior en derechos humanos en el sistema universal. Un tema en la agenda de las universidades argentinas¹

Human rights education in the universal system. An issue on the agenda of Argentine universities

Verónica Cannarozzo²

Resumen

Desde los años 90, la Organización de las Naciones Unidas desarrolló iniciativas para promover la educación en derechos humanos (EDH). La EDH es considerada una herramienta para conocer, ejercer y promover los derechos. Su origen está relacionado con el objeto y el rasgo de aceptabilidad del derecho a la educación. La EDH en la educación superior resulta relevante por el impacto que tiene en todo el sistema educativo, su carácter preventivo ante violaciones de derechos y su potencial transformador, ya sea por el ejercicio disciplinar o el diseño de políticas públicas en perspectiva de derechos. Este trabajo tuvo como propósito describir los progresos más significativos en el reconocimiento de la EDH en el sistema universal y conocer cuál ha sido el desempeño de la Argentina en la temática. Se llevó a cabo una indagación documental y un posterior análisis de informes de órganos de tratados y procedimientos especiales y comunicaciones del Estado argentino. Con el regreso de la democracia, diversas universidades desarrollaron

Abstract

Since the 1990s, the United Nations has developed initiatives to promote human rights education (HRE). HRE is considered a tool to know, exercise and promote rights. Its origin is related to the object and de trait of acceptability of the right to education. HRE in higher education is relevant due to the impact it has on the entire educational system, its preventive nature against violations of rights, and its transformative potential, either through the disciplinary exercise and/or the design of public policies from a rights perspective. The purpose of this work was to describe the most significant progress in the recognition of HRE in the universal system and to know what has been the performance of Argentina in the matter. A documentary investigation and subsequent analysis of reports from treaty bodies and special procedures and communications from the Argentine State were carried out. With the return of democracy, several universities developed actions

Derecho/ Artículo científico

Citar: Cannarozzo, V. (2023). La educación superior en derechos humanos en el sistema universal. Un tema en la agenda de las universidades argentinas. *Omnia. Derecho y sociedad*, 6 (1), pp. 11-32.

¹ El presente artículo es una derivación de la tesis de la Maestría en Derechos Humanos *Educación en derechos humanos en el ámbito universitario público argentino. Estudio de caso: El Programa de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires*, dirigida por la doctora Ana María Rodino. Esta tesis fue defendida y aprobada el 24/08/22 por un jurado integrado por la doctora Verónica Cruz; la magister Lucía Colombato y el magister Matías Penhos.

² Universidad Nacional de La Plata.

acciones relacionadas con la EDH de manera desarticulada. En 2022, el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) acordó un programa para la curricularización de la EDH que constituye una iniciativa institucional basada en el intercambio y el consenso.

Palabras claves: educación en derechos humanos - sistema universal - educación superior - curricularización

related to HRE in a disjointed manner. In 2022, the National Interuniversity Council (CIN) agreed on a program for de curricularization of HRE that constitutes an institutional initiative based on exchange and consensus.

Keywords: human rights education - universal system - higher education - curriculum development

INTRODUCCIÓN

La educación en derechos humanos (EDH) es una herramienta que permite conocer, comprender, afirmar y reivindicar derechos. Resulta imprescindible para el desarrollo de una ciudadanía reflexiva, crítica y responsable (Cuéllar, 2010). Constituye también una estrategia mediadora entre el reconocimiento legal de los derechos y su aplicación cotidiana (Rodino, 2014).

En el contexto de la educación superior, se presenta como conocimiento que deviene en práctica, ejercicio activo y capacidad crítica (Kandel, 2014). En nuestro país, históricamente las acciones relacionadas con la EDH en la universidad fueron impulsadas y sostenidas por las mismas personas que las llevaron a cabo, ya sea por razones personales o intereses profesionales y académicos (Manchini et al., 2016). Si bien algunas universidades han tenido avances destacados en el desarrollo de programas de formación académica —particularmente de posgrado— y de extensión universitaria, el desafío emergente es que la EDH sea parte central de una política que se aplique en todo el país. Una política basada en estrategias comunes que tome a los derechos humanos como pilares de las instituciones universitarias y consolide una cultura que permanezca indemne a las influencias de los gobiernos (Cullen como se cita en Manchini et. Al., 2016; Salvioli, 2009).

Salvioli (2014, 2021) señaló que una formación universitaria que contemplara la educación en y para los derechos humanos impactaría en un ejercicio más ético de las profesiones, y generaría una influencia directa en la planificación e implementación de las políticas públicas estatales, en tanto generalmente quienes tienen esa tarea en sus manos han pasado por la educación superior.

Durante las últimas décadas se ha dado curso en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a una serie de iniciativas para promover la EDH en general y algunas acciones para su aplicación en la educación superior, en particular. En ese contexto, la tarea de diferentes órganos de tratados, así como también la labor de algunos procedimientos especiales, ha señalado a la EDH como recomendación en medidas o programas a implementar y desarrollar por los Estados.

Este trabajo se propone describir los progresos más significativos en el reconocimiento de la EDH en el sistema universal y conocer cuál ha sido el desempeño de la Argentina vinculado a los desarrollos en la materia.

Se realizó un rastreo documental y bibliográfico que tomó como punto de partida el reconocimiento del derecho a la educación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema universal, los acuerdos y programas derivados de las diferentes iniciativas de EDH, dentro de los que

se destacan la Declaración sobre Educación y Formación en Materia de Derechos Humanos (2011) y la segunda etapa del Programa Mundial de EDH (2010/2014). Finalmente, se analizaron informes recientes y recomendaciones de los órganos de monitoreo de los tratados ratificados por la Argentina que efectuaron algún señalamiento vinculado a la EDH, así como las acciones desarrolladas por nuestro país en la temática.

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

El derecho a la educación ha sido aceptado por numerosos instrumentos internacionales universales y regionales, comenzando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 1948, art. 26). Fue incorporado con posterioridad en diferentes pactos y convenciones. Ha sido objeto de observaciones generales de diversos órganos de monitoreo, de informes de relatoras y relatores de procedimientos especiales, de conferencias temáticas, así como material central de innumerables documentos de organismos dependientes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

Considerado habitualmente como un derecho “puente” o “llave”, fue mencionado en igual sentido como un derecho “multiplicador” (Tomasevsky, 2004), ya que su realización incrementa el disfrute de otros derechos que tienen relación con la calidad de vida: el derecho a construir un proyecto de vida digna, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, entre otros. El derecho a la educación impacta en to-

dos los derechos, afirmando sus características esenciales: universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación (Nikken, 1994).

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), de 1948, menciona en su preámbulo a la educación como herramienta fundamental para la promoción y el respeto de los derechos humanos:

La Asamblea General proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades. (ONU, 1948)

El artículo 26 no solo establece las características del derecho a la educación, sino que también presenta la particularidad de que es el único derecho para el cual la DUDH explicita una finalidad (Bolívar, 2009):

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. (ONU, 1948)

Posteriormente, siguiendo la línea trazada por la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 —que la Argentina ratificó en 1986 y, al hacerlo, se obligó a cumplir con lo que este establece— contempló el derecho a la educa-

ción orientado hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y explicitó el sentido de la educación en derechos humanos:

La educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz (ONU, 1966, art. 13, inc. 1).

La idea de que la educación es una herramienta para el conocimiento de los derechos humanos y —por lo tanto— que quien conoce sus derechos tiene más posibilidades de ejercerlos afirmándose como sujeto de derechos, ha permanecido con mayor o menor nivel de explicitación en numerosos instrumentos, jurídicamente vinculantes o no. Esta noción de la educación como recurso específico para dar a conocer los derechos, y a través de ella mejorar su ejercicio, consolida el establecimiento de un propósito que fundamenta la educación sobre, por y para los derechos humanos.

Katarina Tomasevsky (2004) se refirió al derecho a la educación como “un instrumento poderoso para la incorporación de los derechos humanos” destacando, además, que la normativa internacional de los derechos humanos constituye una “salvaguardia necesaria” en la medida en que contempla el derecho a la educación, los derechos humanos involucrados en su práctica y su enseñanza específica (p. 3).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) elaboró la Observación General n.º 13 (OG 13) —con la colaboración de Tomasevski, a cargo en esa época de la Relatoría Especial sobre el Derecho a la Educación (Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Uni-

das, 2000)— para abordar y profundizar sobre el contenido y los alcances del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) sobre el derecho a la educación.

Lo primero que corresponde destacar sobre esta OG 13 es el señalamiento de que los Estados parte acuerdan que toda la enseñanza debe ser congruente con los propósitos y objetivos del párrafo 1 del artículo 13, ya que la educación comprendida con esa finalidad manifiesta los propósitos y principios fundamentales de las Naciones Unidas. En ese sentido, el Comité DESC expresa que es obligación de los Estados garantizar la adecuación de la educación a dichos fines (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999).

El documento describe además las cuatro características interrelacionadas que la educación —en todas sus formas y niveles— debe poseer: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

- 1) La *disponibilidad* requiere que el Estado cuente con instituciones y programas de enseñanza suficientes que además posean las condiciones adecuadas para su efectivo funcionamiento.
- 2) La *accesibilidad* implica que las instituciones y programas de enseñanza sean accesibles a todas las personas sin discriminación. Este rasgo contempla además dos dimensiones relacionadas: la accesibilidad material y la accesibilidad económica. La accesibilidad material distingue la cualidad de asequibilidad al considerar la localización geográfica que permita un acceso razonable o a través de la tecnología mediante programas de educación a distancia. Por último, la accesibilidad económica alude a que la educación debe estar al alcance de todos; la enseñanza primaria deberá ser gratuita para todas las personas y gradualmente se

implementará la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior.

- 3) La *aceptabilidad* contempla “la forma y el fondo de la educación”. Esto significa que los programas de estudio y los métodos pedagógicos serán aceptables, de pertinencia cultural y de calidad; este aspecto está directamente relacionado con los objetivos de la educación y, por ello, tiene vinculación con la EDH.
- 4) La *adaptabilidad* se refiere a la flexibilidad que requiere la educación para adaptarse a las necesidades de las comunidades y de la sociedad, considerando la transformación y las demandas en entornos diversos.

La OG 13 señala que los cuatro rasgos mencionados también están comprendidos en lo referente a la educación superior (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 17).

El Comité DESC precisó algunas consideraciones respecto de la autonomía de las instituciones universitarias y de la libertad académica. Subrayó que quienes participan de los procesos de enseñanza/aprendizaje en el nivel superior son especialmente vulnerables a las presiones que amenazan la libertad académica. Esta se materializa a través del derecho a la libre expresión no solo en términos ideológicos sino también respecto del entorno de trabajo. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 39).

Para la realización efectiva de la libertad académica, es necesaria la autonomía de las instituciones de educación superior. La autonomía está vinculada con el nivel de autogobierno requerido para la eficacia en la toma de decisiones en relación con su función, sus normas y su gestión. El autogobierno y los sistemas de fiscalización pública deben ser compatibles, fundamentalmente respecto de la financiación

estatal, sosteniendo una relación equilibrada entre la autonomía institucional y la rendición de cuentas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 40).

En relación con las obligaciones jurídicas concretas de los Estados, el Comité DESC estableció que estos deberán garantizar la orientación de todos los planes de estudio en todos los niveles del sistema educativo hacia los objetivos del párrafo 1 del artículo 13. En ese sentido, están obligados a desarrollar y sostener un sistema que —desde la transparencia y la eficacia— garantice que la educación cumpla con dichos propósitos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 9).

Señalamos antes que la EDH es considerada como “condición de calidad educativa” del derecho a la educación ligada a la dimensión de aceptabilidad (Rodino, 2015, p. 79). La distinción de la EDH como rasgo de calidad del derecho a la educación es fácilmente identificable en la producción conceptual derivada de la Relatoría para el Derecho a la Educación.

Singh (ONU, 2012^a) —cuando tuvo a su cargo el mandato de la mencionada Relatoría— expresó que los conocimientos y capacidades adquiridas en la aritmética, las ciencias y los idiomas no debían ser la referencia exclusiva respecto de la calidad de la educación.

Los valores relativos a los derechos humanos y los principios democráticos, universalmente reconocidos, deben estar en la base de todos los sistemas de educación. La adquisición de conocimientos sobre los valores relativos a los derechos humanos debe estar al frente de cualquier discurso sobre la educación de calidad. (ONU, 2012^a, párr. 18).

La relevancia que se le ha dado a la EDH está fundamentada en su esencia, el fin último de su razón establecido desde el artículo 26 de

la DUDH. Tan es así que las deliberaciones sobre el enfoque de derechos para la agenda de desarrollo pos2015 señalaron “la importancia del derecho a la educación para el empoderamiento de las personas y la realización plena de todos los derechos, incluido el derecho al desarrollo” (ONU, 2013, párr. 23).

La EDH debe considerarse como la herramienta para hacer efectivo el derecho a la educación, ya que los valores en los que se sustentan los derechos humanos, así como también los principios democráticos, deben ser el fundamento de todos los sistemas educativos. La educación es imprescindible para la prevención de los conflictos y para el impulso de la solidaridad, su reconocimiento como “fuerza unificadora mundial” debe considerarse en la agenda para el desarrollo (ONU, 2013, párr. 88, 90).

Hasta aquí identificamos cómo el sentido de señalar una finalidad para el derecho a la educación sentó las bases para el desarrollo de la EDH. Describiremos a continuación una serie de iniciativas llevadas a cabo en Naciones Unidas para fortalecer y desarrollar la EDH.

LA AFIRMACIÓN DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA UNIVERSAL

Si nos propusiéramos rastrear el camino “formal” de la EDH en el sistema universal de derechos humanos, deberíamos considerar como punto de inicio la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena en 1993. En ella se instó a los Estados a incorporar en los programas de estudio de todas las instituciones de enseñanza contenidos de derechos humanos, derecho humanitario, democracia y Estado de derecho. Se subrayó la necesidad de la educación en materia de derechos humanos al declarar la importancia de incluir “la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia

social, tal como se dispone en los instrumentos internacionales y regionales” con el sentido de alcanzar una idea común y la toma de conciencia para el compromiso colectivo por los derechos humanos (ONU, 2016^a).

Luego de la realización de esta conferencia y de los conceptos acordados en ella acerca de la EDH, se estableció para los años comprendidos entre 1995 y 2004 el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los Derechos Humanos (“el Decenio”), aprobado por la Asamblea General mediante la Resolución 49/184 del 23 de diciembre de 1994. El Plan de Acción del Decenio tuvo el fin de impulsar las iniciativas y acciones nacionales y locales, fundamentando su proyección en la idea de asociación entre gobiernos, organizaciones intergubernamentales, ONG, asociaciones profesionales, particulares y demás actores de la sociedad civil. Estableció cinco objetivos: 1) La evaluación de necesidades y definición de estrategias; 2) La creación y fortalecimiento de programas para la EDH en los diferentes ámbitos: internacional, regional, nacional y local; 3) La elaboración de material didáctico; 4) El fortalecimiento de los medios para la difusión; 5) La difusión global de la DUDH (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1997, párr. 23).

Al inicio del Decenio ya se sugería la realización de un estudio que examinara los informes que los Estados remitieran a los órganos de monitoreo de los diferentes instrumentos, respecto de la implementación de medidas vinculadas a la EDH, así como también las observaciones y recomendaciones producidas por los mencionados órganos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1997, párr. 35).

Esta recomendación fue enfatizada en 2003 en un informe de la ACNUDH que estudió las medidas complementarias del Decenio. En el apartado “Mayor uso de los mecanismos existentes de derechos humanos” se hizo referencia

a los “órganos de vigilancia de los tratados” al subrayar la posibilidad de incrementar su potencial para fomentar la EDH por medio del procedimiento de examen de los informes de los Estados. Se instó a las ONG y a las instituciones nacionales de derechos humanos a que participaran de forma activa para generar informes sobre la EDH como “instrumento de cooperación con sus gobiernos y con los mecanismos regionales e internacionales”. Se recomendó también, a los órganos de monitoreo, que consideraran la elaboración de nuevas observaciones generales acerca de diferentes aspectos de la EDH (Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2003, párr. 14).

Respecto de los mecanismos extraconvencionales, el informe sugirió específicamente que “el mandato y las actividades de la relatora especial sobre el Derecho a la Educación debe abarcar plenamente la educación en materia de derechos humanos” (párr. 15). Con el propósito de profundizar los esfuerzos para la promoción de la EDH, todos los procedimientos especiales con mandato —por países o temáticos— deben animar iniciativas de EDH a través de sus acciones y recomendaciones, en particular en las misiones en terreno, considerando y acentuando otras recomendaciones de los órganos de tratados (Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2003).

En 2004, un informe de la ACNUDH que recuperó experiencias y consideraciones de los Estados, relevó los logros y fallos en materia de EDH una vez finalizado el Decenio. Nos interesan particularmente algunas conceptualizaciones expresadas respecto de la educación superior. Durante el periodo señalado, fue en el ámbito de la educación superior en el que varios gobiernos implementaron actividades, cursos, conferencias, cátedras, licenciaturas, institutos y proyectos de investigación en de-

rechos humanos (Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2004, párr. 15). También se informó acerca de la capacitación en materia de derechos humanos de funcionarios de la administración de justicia: policía, profesionales judiciales y eventualmente personal penitenciario, y —con menor frecuencia— el dictado de cursos para funcionarios de la administración local, periodistas y fuerzas armadas (Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2004, párr. 16).

Por último, se subrayó la importancia y la necesidad de profundizar las iniciativas en el sistema de educación superior, teniendo en cuenta que las universidades resultan idóneas para desarrollar metodologías y crear programas de posgrado sobre EDH (Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2004, párr. 39).

Como vimos, durante la década comprendida entre los años 1995 y 2004 se llevaron a cabo importantes acciones para la promoción de la educación y el aprendizaje de los derechos humanos en todos los niveles de la educación formal, así como también en la educación no formal y, fundamentalmente, se sentaron las bases para los avances significativos que —veremos más adelante— se darían en los años siguientes.

Hacia el final del Decenio, mediante la Resolución 59/113^a, el 10 de diciembre de 2004 la Asamblea General proclamó el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos como medida internacional, cuyo objeto fue promover la inclusión de la EDH en todos los sectores.

En 2005, la Cumbre Mundial llevada a cabo en Nueva York emitió un documento final en el que jefes de Estado y de gobierno apoyaron la promoción de la educación y la formación en materia de derechos humanos en todos

los niveles educativos, constituyéndose como herramienta para tal fin —entre otras iniciativas— el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos.

El Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos comenzó en 2005 y se estructuró en tres etapas sucesivas, aunque con posterioridad se estableció una cuarta fase.

La primera etapa (2005-2009) tuvo como objetivo integrar la EDH en los sistemas de enseñanza primaria y secundaria. El Plan de Acción estableció como ejes centrales la perspectiva de una educación de calidad basada en los derechos humanos; un enfoque holístico que implica todos los procesos de enseñanza/aprendizaje en el contexto de derechos, y la premisa de que los derechos humanos en el ámbito educativo promueven el desarrollo social y la consolidación de la democracia. Durante este periodo se trabajó fuertemente para la implementación de la EDH en el plano nacional de los Estados.

La segunda etapa del Programa Mundial (2010/2014) se centró en la educación en derechos humanos en el marco de la enseñanza superior y en la capacitación en derechos humanos destinada a profesores y educadores, funcionarios, agentes del orden público y personal militar. En razón de la importancia que esta etapa supone para este trabajo, se profundizará sobre ella más adelante.

La tercera etapa (2015-2019) se proyectó con dos objetivos: en primer lugar, fortalecer las líneas desarrolladas en las etapas precedentes; en segundo lugar, para poner especial atención en el rol trascendental que para las sociedades democráticas tienen la información y el ejercicio de la libertad de expresión, esto es, para formar con perspectiva de derechos humanos a los medios de comunicación y a quienes se desempeñan profesionalmente como periodistas.

La cuarta etapa del Programa (2020-2024) está centrada en los jóvenes, con énfasis en la educación y formación para la igualdad, los derechos humanos, la no discriminación, la inclusión y el respeto a la diversidad con el objeto de consolidar sociedades inclusivas y pacíficas. Se desarrollará en articulación con el esfuerzo global para cumplir los objetivos de la Agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenible, en particular el objetivo 4 sobre educación (ONU, 2018c).

LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En noviembre de 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre Educación y Formación en materia de Derechos Humanos, estableciendo el derecho a obtener, buscar y recibir información sobre todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y acceder a la educación y formación en materia de derechos humanos (ONU, 2011).

La Declaración propone definiciones conceptuales sobre la EDH, sus alcances y características. La EDH contempla:

- La educación *sobre* los derechos humanos, para conocer y comprender los principios y normativas de derechos humanos, los valores que los fundamentan y los mecanismos de protección.
- La educación *por medio* de los derechos humanos, que involucra la garantía de los derechos de quienes participan del proceso de enseñanza/aprendizaje.
- La educación *para* los derechos humanos, que ofrece herramientas para que las personas gocen y ejerzan sus derechos, respeten y defiendan los derechos de los demás.

La EDH es un proceso permanente a lo largo de toda la vida que afecta a todas las edades, a todos los sectores de la sociedad y a todos los niveles de enseñanza, incluso a la educación superior. Contempla la formación profesional y, en particular, la formación de formadores y funcionarios públicos.

Considera el contexto diverso donde puede desarrollarse la EDH y la necesidad de tener en cuenta las diferentes circunstancias económicas, sociales y culturales, favoreciendo las iniciativas locales a efectos de posibilitar la apropiación del fin común que es la realización de los derechos de todas las personas. Desde un punto de vista más operativo, señala la importancia del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, los medios de comunicación y las artes como herramientas de formación y sensibilización (art. 6).

Entre otros aspectos salientes de la Declaración distinguiremos los siguientes:

Toda persona tiene derecho a obtener, buscar, recibir y acceder a la información y educación sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales. Este conocimiento es esencial para promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de acuerdo con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Se resalta entonces el rol fundamental que la EDH desempeña reafirmando los principios básicos de los derechos humanos y su constitución como medio para realizarlos.

La definición propuesta por esta normativa señala que la educación y formación en derechos humanos constituyen “el conjunto de actividades educativas y de formación, información, sensibilización y aprendizaje que tienen por objeto promover el respeto universal y efectivo de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” para prevenir

los abusos y violaciones de derechos humanos “al proporcionar a las personas conocimientos, capacidades y comprensión y desarrollar sus actitudes y comportamientos en el marco de la creación y “promoción de una cultura universal de los derechos humanos” (art. 2).

La Declaración realiza un señalamiento de género, por cuanto establece que la educación y la formación en derechos humanos —tanto en ámbitos públicos como privados— deberá basarse en los principios de la igualdad, la dignidad humana, la inclusión y la no discriminación —especialmente entre niños y niñas, así como entre hombres y mujeres— (art. 5).

También se refiere a la accesibilidad y la asequibilidad para todos, teniendo en cuenta las dificultades y los obstáculos particulares a los que deben hacer frente las personas y grupos en situaciones de vulnerabilidad y en contextos desfavorables (art. 5). En igual sentido, la EDH deberá abarcar la diversidad de civilizaciones, religiones, culturas y tradiciones y “emplear lenguajes y métodos adaptados a los grupos a los que va dirigida, teniendo en cuenta sus necesidades y condiciones específicas” (art. 3).

En relación con los Estados, se enfatiza su responsabilidad en la promoción de la educación y la formación en derechos humanos, así como su obligación de garantizarlas y adoptar medidas —individualmente o con asistencia o cooperación internacional— para su aplicación progresiva, a través de los medios adecuados y particularmente de la implementación de políticas y acciones legislativas y administrativas. La Declaración es precisa al señalar el deber de garantizar la formación adecuada en derechos humanos y en temas conexos como el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional a funcionarios públicos, magistrados, agentes policiales y militares. En sentido similar, el Estado debe pro-

mover una formación adecuada en derechos humanos a maestros, educadores, instructores y personal privado que desarrolle funciones a cuenta del Estado (art. 7. inc. 4).

Los Estados deberán formular estrategias y políticas siguiendo las pautas establecidas por el Programa Mundial para la EDH sin desconocer las necesidades y prioridades locales y nacionales. Las diversas estrategias, planes de acción, políticas y programas deberán contemplar a lo largo de todo su proceso de diseño, aplicación, seguimiento y evaluación la participación de los actores interesados, entre ellos el sector privado, la sociedad civil y las instituciones nacionales de derechos humanos; ya que estos pueden contribuir significativamente a su promoción y desarrollo.

Si bien la Declaración no es jurídicamente vinculante, señala y alienta la observancia de su contenido —tanto para los órganos de monitoreo como para los Estados— en el cumplimiento de las diferentes obligaciones contraídas a través de sus ratificaciones:

Los mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos deben, conforme a sus respectivos mandatos, tener en cuenta en su trabajo la educación y la formación en materia de derechos humanos (art. 13.1). Se alienta a los Estados a que incluyan (...) información sobre las medidas adoptadas en el ámbito de la educación y la formación en materia de derechos humanos en los informes que presenten a los mecanismos pertinentes (art. 13.2). (ONU, 2011)

Así como en el Preámbulo explicita el deber de los Estados, al referirse a la DUDH y el PIDESC, este tipo de disposición busca crear conciencia y responsabilidad por medio de la conexión con mecanismos de monitoreo de instrumentos que sí son vinculantes.

SEGUNDA ETAPA DEL PROGRAMA MUNDIAL PARA LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Mencionamos más arriba la trascendencia de la segunda etapa (2010-2014) del Programa Mundial para la EDH establecido en 2004. Las acciones enmarcadas en esta etapa se concentraron en:

La formación de los ciudadanos y líderes del mañana, como las instituciones de enseñanza superior, y a aquellos que tienen la importante responsabilidad de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos de los demás, ya se trate de funcionarios públicos y fuerzas del orden, o de las mujeres y hombres que forman parte del personal militar. (ONU, 2012c).

El Plan de Acción de esta segunda etapa define a la enseñanza superior como la enseñanza que se brinda en un nivel posterior al secundario tanto en universidades como en instituciones autorizadas para la instrucción y la certificación profesional.

En el ámbito superior, la EDH propicia una perspectiva holística fundamentada en los derechos humanos en dos sentidos, que ya mencionó la Declaración de 2011: a través de la educación para aprender sobre los derechos humanos, al considerar todos los elementos y procesos intervinientes, los planes de estudio, el material didáctico, la metodología pedagógica y la capacitación; y mediante el ejercicio de los derechos humanos cuando se atraviesa el proceso educativo, es decir, el respeto de los derechos humanos de todos los miembros de la comunidad educativa (ONU, 2012).

El Plan de Acción propone la toma de decisiones e implementación de medidas en cinco esferas:

- 1) *Políticas y medidas de aplicación conexas.* Involucra toda política y acciones desa-

rolladas en la enseñanza superior que promuevan de forma explícita la EDH. Su planificación e implementación deberá ser participativa, colaborativa, coherente, con recursos asignados adecuados, y con mecanismos de seguimiento y rendición. Focalizadas en el derecho a una educación de calidad, forman parte de las medidas que el Estado toma para cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia.

- 2) *Procesos e instrumentos de enseñanza y aprendizaje.* Alude al proceso mismo de implementación de la EDH que tendrá en cuenta una perspectiva holística e interdisciplinaria que considere los valores de los derechos humanos y los transversalice en todos los campos disciplinares, sin excluir cursos o programas de contenidos específicos. El enfoque metodológico involucra prácticas democráticas y participativas.
- 3) *Investigación.* Considera la construcción y producción de conocimientos que permita complejizar el pensamiento crítico en el campo de los derechos humanos. Se entiende a la investigación como proceso que enriquezca políticas, prácticas, metodologías e instrumentos de innovación.
- 4) *El entorno de aprendizaje.* Contempla el contexto de libertad académica en el que se producen los procesos de EDH, tiene relación también con las actitudes y los valores involucrados en la enseñanza/aprendizaje: respeto, entendimiento, responsabilidad.
- 5) *Educación y perfeccionamiento profesional del personal docente de la enseñanza superior.* Se refiere a que, para que la EDH pueda desarrollarse en la educación superior, es imprescindible que docentes y no docentes desarrollen su actividad en un contexto en el que sus propios derechos sean respetados, pero también que sean capaces de transmitirlos y asumir su rol con el com-

promiso de promoverlos. Para esto es fundamental la capacitación y el perfeccionamiento profesional en materia de derechos humanos.

En línea con las consideraciones que analizamos cuando mencionamos la OG 13 del Comité DESC, el Plan de Acción reconoce que la autonomía de la educación superior resulta imprescindible, sin embargo, en tanto se considera a la educación como bien público, esta es una responsabilidad de los gobiernos (ONU, 2012, p. 20).

A las funciones básicas de las instituciones de educación superior de investigación, enseñanza y extensión (prestación de servicios a la comunidad, en la letra del plan) se le adiciona la responsabilidad social de proveer una educación ética a la ciudadanía, basada en la construcción de la paz, la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos. Además, el compromiso de generar un conocimiento global para enfrentar retos tales como la erradicación de la pobreza y la discriminación, la reconstrucción posconflictos, el desarrollo sostenible y el entendimiento multicultural (ONU, 2012, p. 21).

LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS COMO ESTRATEGIA DE PREVENCIÓN ANTE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Señalamos más arriba que ACNUDH recomendó a los mecanismos extraconvencionales que articularan cuestiones relativas de sus mandatos con las iniciativas de EDH. Un ejemplo de cómo el enlace entre algunos mandatos y aspectos nodales de la EDH es posible y pertinente ha sido puesto de manifiesto por la Relatoría Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garan-

tías de no Repetición y la Relatoría sobre el Derecho a la Educación en su accionar coordinado acerca de la potencialidad de la EDH como elemento de la prevención de violaciones a los derechos humanos. Esta articulación en particular resulta significativa teniendo en cuenta la historia argentina, atravesada por múltiples asaltos al orden democrático, pero también como antídoto posible ante discursos y conductas negacionistas.

En 2017, Pablo De Greiff, el relator especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición, expresó que una de las formas más efectivas para la comprensión de la idea de las garantías de no repetición es su análisis desde la perspectiva de la prevención. A la hora de planificar un abordaje integral de la prevención, uno de los elementos principales —junto con el arte y la cultura; los archivos y la documentación— es la educación. Estos elementos tienen la potencialidad de sostener la prevención a largo plazo, “incluso en los períodos durante los cuales no cabe esperar que las instituciones garanticen por sí mismas el pleno disfrute de los derechos” (ONU, 2017, párr. 92).

En relación con la educación específicamente manifestó:

La educación, tanto formal como informal puede utilizarse, por su potencial formativo, tanto para calmar como para alimentar el resentimiento. El acceso a las posibilidades educativas puede ahondar o ayudar a resolver las desigualdades horizontales. El contenido específico de las experiencias educativas puede avivar los agravios o promover actitudes y medios para resolverlas. Los métodos pedagógicos pueden producir una inclinación hacia la tolerancia o hacia la intolerancia. Además, la educación es un puente entre las esferas institucional, cul-

tural y personal. Es poco probable que una estrategia de prevención arraigue si en la educación no se introducen cambios en esa dirección a largo plazo (ONU, 2017, párr. 78).

Por su parte, en clara articulación con el aporte de De Greiff, Koumbou Boly, relatora especial sobre el Derecho a la Educación precisó una serie de consideraciones sobre la forma en que el derecho a la educación contribuye a la prevención de crímenes atroces y violaciones masivas o graves de los derechos humanos (ONU, 2019).

Aun cuando las normas —nacionales e internacionales— establecen que la educación tiene el propósito de promover la paz, los derechos y el desarrollo, el proceso de enseñanza/aprendizaje está inmerso en sistemas educativos que funcionan en ciertos contextos que expresan aspectos de las sociedades a las que pertenecen y, en ellos, el entramado de relaciones de poder y dominación imperante se reproduce. Allí es donde las violaciones de derechos o su protección pueden producirse. En estos escenarios complejos, los Estados deben asumir el desafío de adoptar y sostener medidas para potenciar la posibilidad preventiva del derecho a la educación por medio de la EDH.

La pertinencia de la educación respecto del contexto es uno de los factores imprescindibles para favorecer que las personas participen de la sociedad de forma plena. En esos procesos educativos que estimulan la participación es posible que se produzca un incremento de las oportunidades, la reducción de las desigualdades y el favorecimiento de la confianza social. Esto solo puede concretarse en un entorno de instituciones responsables, con un marco jurídico adecuado y con políticas públicas que contemplen la planificación de los materiales de estudio, la pedagogía, la formación

y capacitación de los docentes y la evaluación. Asimismo, es imprescindible la adopción de la perspectiva de género a efectos de avanzar contra la desigualdad basada en cuestiones de género y prevenir crímenes atroces, violaciones masivas o graves de los derechos humanos, dirigidos contra las mujeres.

Boly también mencionó la importancia de la planificación y ejecución de actividades extracurriculares con el objeto de favorecer la adquisición de conocimientos y la comprensión acerca de los crímenes atroces cometidos en el pasado (ONU, 2019). Estas acciones tienen el propósito de que las personas desarrollen empatía con las víctimas, que establezcan una conexión con ellas y se solidaricen con su sufrimiento. Es en ese entramado donde las instituciones de educación superior deben tener un papel protagónico en el desarrollo de reformas que impacten en los demás niveles del sistema educativo (ONU, 2019, párr. 67).

El rol de la educación es un eje que se mantiene en el mandato de Fabián Salvioli, actual relator especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición, como elemento para problematizar y profundizar su función preventiva:

La educación desempeña una función importante en la sociedad al transmitir los conocimientos establecidos y una cultura compartida. En situaciones de transición después de conflictos o de regímenes autoritarios, la educación puede contribuir a la cohesión social y a la paz facilitando la transmisión de la memoria sobre acontecimientos pasados, haciendo participar a la sociedad —especialmente las generaciones más jóvenes— en un diálogo sobre esos acontecimientos, y promoviendo una cultura de derechos humanos y democracia (ONU, 2018a, párr. 46).

La educación debe ser coherente con los propósitos de la justicia transicional, ya que las políticas y las metodologías educativas también pueden profundizar resentimientos, desigualdades e incrementar la intolerancia (ONU, 2018a). En sintonía con esta apreciación, la relatora sobre el Derecho a la Educación subrayó que los sistemas educativos podrían reconstruirse con foco en la prevención a partir de las medidas de la justicia transicional que contribuyan a esclarecer las consecuencias de la represión y los problemas en el ámbito educativo (ONU, 2019).

Hasta aquí hemos relevado la tarea de construcción conjunta de dos procedimientos especiales conectados por el mismo eje: la EDH y su potencial preventivo contra crímenes atroces y violaciones masivas de derechos humanos. Este tipo de acción, recomendada por la ACNUDH, se suma a otra tarea coordinada que llevan a cabo los órganos de tratados y que veremos más adelante en estricta relación con nuestro país.

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS: PANORAMA EN LA ARGENTINA

Después de finalizada la dictadura y con el regreso de la democracia, diferentes universidades desarrollaron acciones vinculadas a los derechos humanos. Estas iniciativas, generadas espontáneamente, se fueron organizando y sistematizando con mayor o menor profundidad e institucionalidad en las diversas casas de altos estudios, alcanzando tanto la esfera académica como la investigación y la extensión. No es objeto de este trabajo relevar las acciones desarrolladas en las universidades argentinas de manera individual, sino indagar sobre acciones colectivas que pueden ser identificadas como representativas del Estado argentino.

A partir de 1994, los tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía normativa igual a la Constitución Nacional, en los términos del artículo 75 inciso 22. La Argentina, al firmar y ratificar un instrumento de derechos humanos, asume el deber de respetar —lo que significa abstenerse de adoptar medidas que obstaculicen o impidan el ejercicio de derechos—; asume la obligación de proteger, esto es, evitar que la acción de terceros no agentes del Estado interfieran en el disfrute de los derechos humanos; y también asume la obligación de realizar, esto es cumplir, satisfacer, facilitar, promover y fundamentalmente garantizar el ejercicio de esos derechos (Krikorian, 2013).

Posteriormente, en 2006, el Congreso aprobó la Ley de Educación Nacional (Ley 26206). En su articulado, esta norma presenta varias referencias sobre EDH. El artículo 3 establece el carácter prioritario de la educación para la nación y su constitución como política de Estado, y menciona la justicia social, la soberanía e identidad nacional, el fortalecimiento de una ciudadanía democrática y del desarrollo social y económico en un marco de respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales como objetivos.

La mencionada ley explicita la relación entre la EDH y el ejercicio de una ciudadanía ética y democrática (art. 11, inc. c). Enumera puntos centrales para la curricularización de los derechos humanos en todas las jurisdicciones: el respeto por la diversidad, la soberanía nacional, los procesos colectivos de memoria y justicia, los derechos de las infancias y adolescencias, la diversidad cultural de los pueblos originarios y la generación de relaciones más igualitarias entre los sexos, basadas en el respeto y la solidaridad (art. 92). Este último punto ligado a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, quizá emerge un tanto desactualiza-

do en relación con las actuales conceptualizaciones derivadas de los estudios de género.

En 2013, en relación directa con las iniciativas Naciones Unidas que describimos antes, la ACNUDH estableció una serie de comunicaciones con los Estados parte para relevar e intercambiar experiencias suscitadas en las diferentes etapas del Programa Mundial para la EDH. Como parte de ese intercambio, la Argentina presentó un informe en el que dio cuenta de lo actuado hasta ese momento y ofreció algunas contribuciones respecto del enfoque y su implementación. Entre las instituciones nacionales que presentaron información, se destacan el Ministerio de Educación y la Secretaría de Derechos Humanos.

El Ministerio de Educación consideró a la EDH como política integral de la cultura de derechos humanos y señaló además que la transversalidad de la EDH constituía el motivo por el que no se contaba con un programa específico que abordara el tema: “los derechos humanos son transversales a la política educativa, y por lo tanto constituyen un componente que está presente en todos los niveles educativos, modalidades, planes, programas y acciones concretas” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2013, p. 5). Sin embargo, todas las referencias a políticas educativas y acciones desarrolladas que se mencionan en el informe analizado tienen como objeto los niveles de escolaridad obligatoria, de modo que no hay ninguna mención expresa a la educación superior.

Por su parte, la Secretaría de Derechos Humanos sí se refirió a la educación superior dentro del “Programa de articulación y difusión interinstitucional”, mencionando la realización de dos encuentros regionales y de un encuentro nacional sobre “universidad y derechos humanos” durante los años 2010 y 2011, a los que asistieron diversos actores académicos y funcionarios de diferentes áreas del Estado. Estos

encuentros tuvieron el propósito de “reflexionar sobre el rol de la universidad en torno a la construcción de la relación entre la educación, investigación y los derechos humanos en el ámbito universitario” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2013, p. 29). A partir de ellos se constituyó la Red Interuniversitaria de Derechos Humanos, integrada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, la Secretaría de Políticas Universitarias y diferentes universidades nacionales. La red tiene como fin “consolidar y fortalecer una cultura de derechos humanos en el ámbito académico y en la sociedad” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2013, p. 29).

EVALUACIONES SOBRE EL ESTADO ARGENTINO

Señalamos más arriba que desde las primeras iniciativas de EDH (A/52/469/Add.1, 1997, párr. 35) se instó a los órganos de tratados y a los Estados a incluir y considerar acciones desarrolladas en la temática en sus informes.

En 2013, el relator especial sobre el Derecho a la Educación subrayaba que las acciones nacionales para la aplicación del objetivo sobre la educación vinculada a la agenda del desarrollo podrían impulsarse siempre y cuando se integraran en la tarea de los órganos de tratados, al igual que en la labor del Consejo de Derechos Humanos. De esta forma, los Estados deberían consignar las medidas adoptadas en materia de educación (ONU, 2013).

A continuación, analizaremos algunas recomendaciones realizadas al Estado argentino durante los últimos años, en las que se expresa claramente la necesidad de trabajar en la EDH en el marco de los compromisos asumidos por medio de las ratificaciones de los diferentes instrumentos.

La Argentina ha sido examinada entre los años 2012 y 2020 por varios órganos de

tratados. En algunos casos, los comités han efectuado recomendaciones respecto de su competencia en articulación con la educación, específicamente en relación con su perspectiva sobre la EDH y en sintonía con los lineamientos del ACNUDH que señalamos más arriba.

En el examen llevado a cabo por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2012, se precisó la preocupación por la existencia de diversos obstáculos en el sistema de salud que impiden el acceso a servicios de salud y, entre ellos, se explicitó la “falta de profesionales sanitarios capacitados en el modelo de derechos humanos de discapacidad” (ONU, 2012b, párr. 39). Como parte del seguimiento de las observaciones finales y su difusión, el Comité recomendó al Estado su transmisión para su análisis y la adopción de medidas a los diferentes integrantes del gobierno, funcionarios y “grupos de profesionales pertinentes, como los profesionales de la educación, de la medicina y del derecho” (ONU, 2012b, párr. 53).

En el año 2016, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer emitió las observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Estado argentino. Dentro del apartado sobre educación expresó su preocupación por la escasa aplicación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral en las provincias (ONU, 2016b, párr. 28). El Comité recomendó —en línea con las preocupaciones expresadas— que el Estado velara por la aplicación de la Ley 26150 que creó el Programa Nacional de Educación Sexual Integral y destacó la necesidad de capacitación docente para impartirlo de manera acorde según la edad en todos los niveles educativos “con el fin de promover un comportamiento sexual responsable y de prevenir embarazos en la adolescencia y enfermedades de transmisión sexual” (ONU, 2016b, párr. 29).

En relación también con la formación de formadores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que examinó a nuestro país en 2017, destacó los esfuerzos del Estado para el cumplimiento del derecho a la educación intercultural bilingüe, pero recomendó que se incrementaran esfuerzos para aumentar la cantidad de maestros de comunidades indígenas y facilitar el acceso a cursos de capacitación (ONU, 2017b, párr. 28).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales examinó a la Argentina en 2018. En sus observaciones finales sobre el cuarto informe periódico, señaló: “El Comité recomienda al Estado (...) garantizar que la educación en derechos humanos se imparte en escuelas de todos los niveles y universidades, y que cubra los derechos económicos, sociales y culturales” (ONU, 2018b, párr. 62).

En el año 2020, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares examinó al Estado argentino en la presentación de su segundo informe periódico. Las observaciones finales emitidas por este órgano de monitoreo explicitaron sus preocupaciones vinculadas a la formación y difusión de información sobre la Convención:

Preocupa al Comité la insuficiente capacitación sobre la Convención en las diversas instancias del Poder Ejecutivo, y el desconocimiento de la Convención en el Poder Judicial, en las autoridades de los gobiernos federados, en las autoridades policiales y en los funcionarios de los servicios sociales, como salud y educación (ONU, 2020, párr. 24).

El Comité reiteró la recomendación de que el Estado impulse programas de formación y capacitación acerca de los contenidos de la Convención; fortaleciéndolos y ampliándolos con el objeto de que sean permanentes y

de que se dicten para funcionarios públicos y otras personas relacionadas con la migración, incluyendo a privados que brinden trabajo a personas migrantes. En igual sentido, recomendó que el Estado vele por que los trabajadores migratorios accedan a la información sobre los derechos reconocidos en el instrumento y que también “colabore con las universidades, las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación para difundir información sobre la Convención y fomentar su aplicación” (ONU, 2020, párr. 25).

Este breve recorrido por algunas recomendaciones de órganos de monitoreo de tratados ratificados por la Argentina es un ejemplo que nos permite visibilizar al menos dos cuestiones. Por un lado, observamos que la EDH es un señalamiento común y constante de los comités que ofrece coherencia y continuidad a las iniciativas que relevamos más arriba. Por otro lado, nos permite reflexionar sobre la necesidad imperiosa de que se implemente una política de EDH en la educación superior que posibilite que no sea la falta de capacitación y formación de profesionales la que impida el acceso y ejercicio de los derechos humanos.

CURRICULARIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN AVANCE PARA DESTACAR

En 2018, con la representación de 38 universidades públicas, se constituyó formalmente la comisión ejecutiva de la Red Interuniversitaria de Derechos Humanos (RIDDHH) en el marco del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN).

Los objetivos de la RIDDHH rescatan el papel asumido por las universidades nacionales para construir conocimiento a través de la EDH, generar una cultura de derechos humanos y desarrollar estrategias para su exigibilidad. La

red propone una articulación interuniversitaria con compromiso público y social que desarrolle acciones para la promoción, prevención y ejercicio de los derechos en el ámbito de la educación superior en todas sus instancias. El estatuto de la RIDDHH establece tres órganos para su funcionamiento: la asamblea, el rector coordinador y la comisión ejecutiva.

Desde 2018 a esta parte, la RIDDHH ha tenido una actividad prolífica e ininterrumpida que contempla encuentros nacionales de derechos humanos, asambleas plenarias, seminarios de grado y posgrado, publicaciones, etc.

A los fines de este trabajo nos interesa particularmente la presentación ante el CIN del documento *Apoyo y fortalecimiento de la curricularización de los derechos humanos en las trayectorias formativas en las universidades públicas argentinas* con el objeto de promover, integrar y fortalecer la EDH en los ciclos de pregrado y grado de las universidades miembro. Como resultado de ese documento, en abril de 2022, el CIN aprobó el Acuerdo Plenario 1169/22. La propuesta tiene como antecedente —entre otras medidas— un ciclo de capacitación de docentes universitarios iniciado en 2020, formación que se actualiza y dicta desde ese año. El programa presentado trazó una serie de objetivos generales y específicos. Respecto de los objetivos generales, la propuesta considera desarrollar estrategias de docencia, investigación y extensión que posibiliten la inclusión de diferentes abordajes sobre derechos humanos en las universidades argentinas, favorecer la gestión para promover e impulsar el derecho a la educación superior y líneas formativas de EDH ligadas a una concepción de ciudadanía “sustantiva y crítica”, fortalecer la EDH en todos los claustros, su curricularización y prácticas institucionales en perspectiva de derechos humanos.

En relación con los objetivos específicos, la propuesta hace hincapié en la formación en EDH del personal docente y no docente —en el entendimiento de que este es un aspecto central para la modificación de las prácticas institucionales cotidianas—, fortalecer las experiencias de curricularización existentes y crear nuevas, elaborar e implementar proyectos de curricularización para la EDH, diseñar y producir material didáctico que consolide una cultura de derechos humanos en las universidades y, por último, desarrollar programas que apunten a la modificación de las prácticas institucionales mediante la reflexión.

Las líneas de acción establecidas están centradas en la formación en derechos humanos, la EDH y su curricularización; la elaboración y revisión de proyectos de curricularización; el desarrollo inter-transdisciplinario de dichos proyectos con una premisa de transversalización en los diferentes campos de saber; la construcción de materiales académicos y de difusión; la planificación de estrategias para la revisión de prácticas cotidianas institucionalizadas.

Sin dudas este acuerdo de curricularización resulta alentador y da cuenta de consensos colectivos sostenidos por los debates e intercambios de los últimos años. Asimismo, resulta coherente con los lineamientos centrales de la EDH para la educación superior. Si cotejamos el detalle del programa del Acuerdo Plenario 1169/22 con las acciones sugeridas por el Plan de Acción de la segunda etapa del Programa Mundial para la EDH observamos que son congruentes en numerosos aspectos. Por ejemplo, el acuerdo analizado constituye una política que promueve la EDH e intenta integrar los derechos humanos en el sistema universitario, es producto de la participación y de la cooperación.

El tiempo dirá si esta iniciativa obtiene los recursos adecuados para lograr su permanen-

cia. Tanto los objetivos como las líneas de acción profundizan lo referido a los procesos e instrumentos de enseñanza y aprendizaje, el contenido, la capacitación, la interdisciplina, etc. y contemplan también el entorno y el contexto donde el proceso de EDH se desarrolla: la educación por medio de los derechos humanos. Como instancia pendiente emergen los procesos vinculados a la investigación, que entendemos tendrán lugar una vez realizados los diagnósticos iniciales y seguramente considerarán los casos específicos del grupo de universidades que ya cuenta con una historia de desarrollo de la EDH, fundamentalmente en la formación de posgrado.

REFLEXIONES FINALES

Este trabajo tomó como punto de partida el reconocimiento del derecho a la educación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema universal, y analizó la forma en que, a través de la explicitación de su finalidad, se fundaron las bases para el desarrollo de la educación en derechos humanos.

Relevamos las iniciativas más importantes de las Naciones Unidas sobre EDH enfocándonos en la educación superior universitaria. Nuestro análisis nos permite afirmar que, desde la década de los 90, los planes, programas y documentos indagados tienen como objetivo fortalecer la toma de conciencia sobre la importancia de la EDH para consolidar un compromiso colectivo por una cultura de derechos humanos.

La evaluación del estado actual como forma de diagnóstico, la consideración del contexto local para favorecer la adecuación y la apropiación son el puntapié imprescindible para la planificación de una política de EDH.

Es importante el desarrollo de acciones en todos los niveles educativos; pero, en particular, la educación superior resulta idónea para la investigación e innovación de nuevas metodologías que impacten en todo el sistema educativo a la vez que contribuyan a la transformación social. La relevancia del diseño y construcción de material didáctico y la capacitación de personal docente y no docente aparecen también como aspectos significativos a tener en cuenta.

Las propuestas de políticas y medidas del Plan de Acción para la segunda etapa del Programa Mundial de EDH resultan pertinentes y contemplan los diversos aspectos de la EDH en la educación superior. Constituyen un marco de referencia valioso para implementar políticas de EDH y permiten la adecuación al contexto nacional.

Desde 1995 los diversos actores del sistema universal analizaron los informes de los Estados parte y la producción de los órganos de monitoreo, así como la tarea de los procedimientos especiales con la premisa de que la EDH se consolide como un elemento transversal a la hora de la rendición de cuentas. Este señalamiento, en el que nos hemos detenido particularmente, resulta curioso teniendo en cuenta que la EDH —quizá no enfáticamente explicitada— está presente nada menos que en la piedra angular del sistema: la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Las observaciones y recomendaciones efectuadas a la Argentina, que fueron explicadas y analizadas, tienen un enorme valor, y son un ejercicio reflexivo para preguntarnos si es posible modificar prácticas cotidianas en los entornos de salud, educación, trabajo, etc., si los agentes del Estado, los privados que entienden en cuestiones que atañen al Estado, quienes diseñan las políticas públicas y quienes las implementan tuviesen en sus carreras

formación y capacitación en materia de derechos humanos.

Finalmente, resulta de vital importancia la iniciativa del CIN a partir de la propuesta de la RIDDHH de acordar la curricularización en derechos humanos en las universidades nacionales. Esta propuesta es el resultado de años de debate y de construcción en todos los ámbitos de la educación universitaria: la enseñanza, la investigación, la extensión y la gestión. En líneas generales, el acuerdo contempla los aspectos más significativos de las iniciativas que relevamos previamente y cuenta con el impulso del consenso colectivo.

Institucionalizar la enseñanza en derechos humanos contribuye a formar profesionales capaces de proyectar esa perspectiva en sus respectivos campos de actuación (privados, públicos, dirigenciales, etc.), en todas las disciplinas.

La EDH implica un compromiso. Un compromiso que cada actor del sistema universitario asume y renueva cotidianamente en las instituciones de educación superior. Los notables avances alcanzados hasta ahora constituyen una base firme para que este proceso histórico asuma nuevos desafíos, hacia su definitiva consolidación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bolívar, L. (2009). El derecho a la educación. [Conferencia en el XXVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. San José, Costa Rica]. IIDH, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 52. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25566.pdf>
- Cuéllar M, R. (julio-diciembre 2010). Aproximación a la dimensión política y pedagógica del derecho a la educación en derechos humanos. *IDH, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (52).

- <https://www.iidh.ed.cr/multic/revistaiidh.aspx?contenidoid=cf53eb8f-a0d2-478c-b17e-b4622b20f25a&Portal=IIDH> Pp. 33-51.
- Kandel, V. (2014). Derechos humanos, ciudadanía y educación. Dilemas y desafíos. La educación en DH del nivel superior: apuntes del presente. *Revista de Ciencias Sociales*, segunda época (25)141150 Universidad Nacional de Quilmes. www.unq.edu.ar/advf/documentos/53e389d522b6b.pdf
- Krikorian, M. (2013). *Derechos humanos, políticas públicas y rol del FMI: tensiones, errores no asumidos y replanteos*. Librería Editorial Platense.
- Manchini, N., Penhos, M., Suárez, O. (enero-junio 2016). El impacto de la Educación en Derechos Humanos en la Universidad Argentina del siglo XXI. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, 4 (1)3361. <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/321>
- Nikken, P. (1994). *El concepto de derechos humanos*. Ed. IIDH. <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1995/seminario-ddhh-habana-1997.pdf>
- Rodino Pierri, A. (2015). *Educación en derechos humanos para una ciudadanía democrática*. Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Rodino, A. (otoño 2014). Pensar la educación en derechos humanos como política pública. *Revista de Ciencias Sociales*, segunda época, año 6(25)129-139. Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes. <http://www.unq.edu.ar/catalogo/330-revista-de-ciencias-sociales-n-25.php>.
- Salvioli, F. (2021). La centralidad de los derechos humanos en la educación superior en Conversaciones en plural. Educación superior, derechos humanos y desigualdad en tiempos de pandemia. Badano, M. y Cruz, V. (Comps). EDULP. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/115556>

- (6 de agosto de 2021). Falta más celeridad en las causas de lesa humanidad. *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/359976-fabian-salvioli-falta-mas-celeridad-en-las-causas-de-lesa-hu>
- (2014). Educación Superior en derechos humanos. Una herramienta para la organización y el desarrollo de la política pública del estado. *Revista de Ciencias Sociales*, segunda época, (129)121128. www.unq.edu.ar/advf/documentos/53e389d522b6b.pdf
- (2009). *La universidad y la educación en el siglo XXI. Los derechos humanos como pilares de la nueva reforma universitaria*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Tomasevsky, K. (2004). Contenido y vigencia del derecho a la educación. *Cuadernos Pedagógicos*. https://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1231064373/Contenido%20y%20vigencia.pdf
- Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, E/CN.4/2000/6, 56° Sesión, NU, E/CN.4/2000/6. (Feb. 1, 2000). *Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Catarina Tomasevsky*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/104/61/PDF/G0010461.pdf?OpenElement>
- E/CN.4/2003/101, 59° Sesión, NU, E/CN.4/2003/101 (28 de feb. 2003). *Promoción y protección de los derechos humanos: información y educación. Estudio sobre las medidas complementarias del Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos (1995-2004)*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/113/34/PDF/G0311334.pdf?OpenElement>
- E/CN.4/2004/93, 60° Sesión, NU, E/CN.4/2004/93 (Feb. 26, 2004). *Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos (1995-2004): Informe sobre los logros y los fallos registrados en el Decenio y sobre las futuras actividades de las Naciones Unidas en esta esfera*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/112/39/PDF/G0411239.pdf?OpenElement>
- Asamblea General de las Naciones Unidas, A/52/469/Add.1, 52° Sesión, NU, A/52/469/Add.1 (20 de nov. 1997). *Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación (1995-2005). Directrices para planes de acción nacionales para la educación en derechos humanos*. <https://digitallibrary.un.org/record/246049>
- Consejo Interuniversitario Nacional (Argentina) (13 de abril 2022). Acuerdo Plenario 1169/22. <https://riddhh.cin.edu.ar/8-destacados/59-voluntad-politica-de-ampliar-y-profundizar-la-formacion-en-derechos-humanos>
- (s.f.). *Estatuto de la Red Interuniversitaria de Derechos Humanos*. <https://riddhh.cin.edu.ar/informacion/estatuto>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1999/10, 21° Sesión, NU, E/C.12/1999/10. *Observaciones generales n° 13. El artículo 13 del PIDESC*. (8 de dic. 1999). <https://undocs.org/es/E/C.12/1999/10>
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina (2013). *Informe ante la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Education/Training/thirdphase/ViewsofStates/States/1.Argentina.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (2020). *Comité de Protección de los Derechos de*

- Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina (CMW/C/CO/2) https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CMW%2fC%2fARG%2fCO%2f2&Lang=en
- (2019). *Informe de la relatora especial sobre el derecho a la educación, Koumbou Boly Barry. El derecho a la educación contribuye a la prevención de crímenes atroces y violaciones masivas o graves de los derechos humanos.* A.G. 243, 74° Sesión, UN A.G., A/74/243 (29 de julio 2019). <https://undocs.org/es/A/74/243>
- (2018a). *Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli.* A.G. 53, 39° Sesión, UN A.G., A/39/53 (25 de julio 2018). <https://undocs.org/es/A/HRC/39/53>
- (2018b). *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina (CESCR, E/C.12/ARG/4).* https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=E/C.12/ARG/CO/4&Lang=Sp
- (2018c). Asamblea General. A/HRC/RES/39/3 (3 de octubre 2018). *Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Cuarta Fase.* <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/293/78/PDF/G1829378.pdf?OpenElement>
- (2017a). Informe de ACNUDH sobre la “Mesa redonda de alto nivel sobre la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en materia de Derechos Humanos: buenas prácticas y dificultades”. A.HRC. 6, 35ª Sesión, UN (junio 2017). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/075/55/PDF/G1707555.pdf?OpenElement>
- (2017b). *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales sobre los informes periódicos 21° a 23° combinados de la Argentina (CERD/C/ARG/CO/21-23).* https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CERD%2fC%2fARG%2fCO%2f21-23&Lang=en
- (2017c). *Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff.* A.G. 523, 72° Sesión, UN A.G., A/72/523 (12 de octubre 2017). <https://undocs.org/es/A/72/523>
- (2016a). *Educación y formación en derechos humanos.* A.HRC. Res.21, 31ª Sesión, UN A/HRC/RES/31/21 (24 de marzo 2016). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/072/63/PDF/G1607263.pdf?OpenElement>
- (2016b). *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina (CEDAW/C/ARG/CO/7).* https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CEDAW%2fC%2fARG%2fCO%2f7&Lang=en
- (2015). *Seguimiento del Año Internacional del Aprendizaje sobre los Derechos Humanos. Informe del Secretario General.* A.G. 166, 70ª Sesión, UN A.G. UN, 2015, A/70/166 (22 de octubre 2015). https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/166&Lang=S
- (2015). *Objetivos de desarrollo sustentable. Agenda 2030.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/>
- (2013). *Informe del relator especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh.* A. A.G.

- 294, 68ª Sesión, UN A.G., A/68/294 (9 de agosto 2013). <https://undocs.org/es/A/68/294>
- (2012a). *Informe del relator especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh. Medidas normativas para una educación de calidad (A/HRC/20/21)*. (2 de mayo 2012). <https://undocs.org/es/A/HRC/20/21>
- (2012b). *Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina (CRPD/CARG/CO/1)*. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRPD%2fC%2fARG%2fCO%2f1&Lang=es
- (2012c). *Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Segunda etapa. Plan de Acción*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/WPHRE_Phase_2_sp.pdf
- (2011). *Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en materia de Derechos Humanos*. (A.G. UN, 2011, A/C.3/66/L.65)
- (2005). *Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos*. <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Education/Education-Training/Pages/Programme.aspx>
- (2004). *Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos*. A.G. Res.59, 113ª Sesión, UN AG/RES/113/59 (10 de diciembre 2004). <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/59/113>
- (1995-2004). *Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos*. <https://www.ohchr.org/sp/issues/education/educationtraining/pages/decade.aspx>
- (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/buscador/search/instrumento/17>
- (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/buscador/search/instrumento/15>
- Poder Ejecutivo de la República Argentina (27 de diciembre 2006). Ley de Educación Nacional n.º 20606/06. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123542/norma.htm>

Verónica Cannarozzo

Perfil académico y profesional: Magister en derechos humanos (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP). Licenciada en Musicoterapia (Facultad de Psicología, UBA). Directora de la Cátedra Libre Musicoterapia (UNLP). Diplomada en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Facultad de Derecho, UBA; Corte Interamericana de Derechos Humanos y Relatoría DESCA de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Docente del curso Arte y Derechos Humanos, edición agosto/noviembre 2019 (Teatro Solís de Montevideo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ministerio de Educación y Cultura, Uruguay). Musicoterapeuta de planta del Hospital Zonal Especializado en Rehabilitación El Dique (Ensenada, provincia de Buenos Aires). veronica.cannarozzo@presi.unlp.edu.ar
ORCID: 0000-0001-9572-8755.



La vida algorítmica y los derechos humanos. Las llamadas mejoras cognitivas y sus posibles problemáticas¹

Algorithmic life and human rights. The so-called cognitive enhancements and their potential issues

Yamila Eliana Juri²

Resumen

Es un hecho constatable que en la actualidad los algoritmos inteligentes logran resolver un gran número de tareas que las personas requieren en su vida cotidiana. Esto lo hacen a través de técnicas como el aprendizaje para máquinas (*machine learning*), redes neuronales, algoritmos genéticos, reconocimiento facial, etc. Sus aplicaciones en bancos, música, compras, salud, redes sociales, o seguridad, nos hacen conscientes de esta realidad. Entre estos avances hoy se mencionan las llamadas mejoras cognitivas. En este trabajo analizamos de qué se trata y cómo influyen en el sistema de los derechos humanos, donde se incluyen nociones tales como la igualdad, la equidad, la dignidad y la autodeterminación, principalmente entre humanos mejorados o revisados —*cyborgs*— y otros que no lo están.

Palabras claves: mejoras cognitivas - derechos humanos - poshumanismo - inteligencia artificial.

Abstract

It is a fact that intelligent algorithms are currently managing to solve a large number of tasks that people require in their daily lives. They do this through techniques such as machine learning, neural networks, genetic algorithms, facial recognition, etc. Their applications in banking, music, shopping, health, social networks and security make us aware of this reality. Among these advances, today we mention the so-called cognitive enhancements. In this paper we analyze what they are about and how they influence the human rights system, where notions such as equality, equity, dignity and self-determination are included, mainly between enhanced or revised humans -*cyborgs*- and others that are not.

Keywords: cognitive enhancements - human rights - poshumanism - artificial intelligence.

Derecho/ ensayo científico

Citar: Juri, Y. E. (2023). La vida algorítmica y los derechos humanos. Las llamadas mejoras cognitivas y sus posibles problemáticas. *Omnia. Derecho y sociedad*, 6 (1), pp. 33-42.

¹ Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Los derechos humanos y la protección de datos ante el avance de la inteligencia artificial” aprobado por Resolución Rectoral 329/21 de la Universidad Juan Agustín Maza, del cual la autora es directora.

² Universidad Juan Agustín Maza.

INTRODUCCIÓN

Una de las preocupaciones que marca el curso de las investigaciones actuales está dada por las posibles discriminaciones asociadas a las mejoras cognitivas y físicas que el uso de la neurotecnología pueda acarrear. En tal sentido se plantea que, si el derecho no interviniese en lo absoluto, las mejoras cognitivas solo podrían ser costeadas por las personas con mayor poder adquisitivo, lo que ahondaría las diferencias entre unos y otros, propiciando grandes dificultades de orden social.

Sin embargo, el movimiento denominado transhumanista sostiene que tal preocupación no es relevante, pues es posible que tales mejoras nos conviertan en poshumanos; es decir, seres con mayores capacidades intelectuales y emocionales que ningún ser humano actual, lo cual sería altamente beneficioso para la humanidad y contrarrestaría cualquier tipo de efecto negativo.

Ahora bien, es importante poder dilucidar qué entiende el transhumanismo por mejora humana. Se trata del intento de sobrepasar los límites naturales del ser humano mediante una serie de tecnociencias que se están desarrollando de modo convergente. Las referidas tecnociencias son, principalmente, “nanociencia y nanotecnología, biotecnología y ciencias de la vida, las tecnologías de la información y de la comunicación, así como las ciencias cognitivas y neurotecnologías, la inteligencia artificial y la robótica” (Ursúa, 2010, p. 313). Veamos, entonces, si toda mejora puede considerarse poshumana o si hay que distinguirla de las ya conocidas mejoras terapéuticas.

MEJORAS TERAPÉUTICAS VS. MEJORAS POSHUMANAS

Los avances de la ciencia han hecho necesaria la distinción entre distintos tipos de mejora. La biotecnología aplicada a la terapéutica ha originado lo que se denomina “mejoras humanas” (*human enhancements*)³; es decir, la aplicación de la técnica y de la inteligencia artificial con el fin de perfeccionar o modificar potencias de las personas sanas más allá de su naturaleza, esto mediante una serie de intervenciones médicas que podrían alterar radicalmente el funcionamiento del organismo para convertirlo en otro tipo de ser humano, o bien lograr la prolongación desmedida de su vida.

En este sentido, deberíamos en primer lugar distinguir entre una mejora netamente terapéutica, la cual busca reparar o sanar una carencia en el funcionamiento del organismo, de lo que sería una mejora transhumana, la cual no restablece sino que aumenta las potencias más allá de lo que es considerado un rango normal en el ser humano (*cfr.* Harris, 2009, p. 42).

El objetivo terapéutico es el fin tradicional de la medicina: restablecer las condiciones orgánicas para que la vida logre desarrollarse positivamente. En sentido inverso, la tecnología que aumenta las capacidades más allá de esos estándares de normalidad, incluso creando capacidades inexistentes, desafía el rango humano de actividad, desencadenando un proceso de transición que se ha denominado transhumanismo:

Este proceso consiste en la producción de una persona cuyo estatus estaría situado más allá del ámbito de la normalidad humana. Así, la noción de mejora comienza a utilizarse de modo preferente para aquel-

³ También llamadas “mejoras transhumanas” o “poshumanas”.

las intervenciones distintas a la terapia, destinadas a producir desarrollos que no responden a necesidades médicas. (Madrid, 2021, p.291).

Es entonces cuando nos encontramos con las denominadas mejoras cognitivas que, por sus fines y procedimientos, generan cierta controversia. Pensemos que sobre todo es dificultoso que dentro del objetivo poshumanista la persona involucrada pueda dar un claro consentimiento informado y consciente:

... un ser humano puede imaginarse lo que significa correr veinte kilómetros más rápido de lo que compete a un hombre normal, pero no tiene manera de saber qué implica en realidad correr, por ejemplo, a quinientos kilómetros por hora. Esta última posibilidad queda por completo fuera del ámbito de su experiencia, y por lo tanto en principio no puede aceptarse ni rechazarse en sentido teórico, por lo que constituiría a la vez una irresponsabilidad en sentido práctico. (LópezSilva y Madrid, 2021, p. 71)

Nick Bostrom y varios otros han llamado la atención en torno a la distinción entre mejoras que ofrecen solo ventajas posicionales — por ejemplo, un incremento en la altura— que son ventajas solo en tanto que otros carecen de ellas, y mejoras que proporcionan beneficios intrínsecos o externalidades positivas netas —tales como un mejor sistema inmunitario o la mejora del funcionamiento cognitivo— (cfr. Bostrom, 2003, p. 493506). La mayoría coincide en que debemos promover mejoras del

segundo tipo, pero no mejoras que son meramente posicionales.

Como podemos ver, en general cuando hablamos de mejoras cognitivas nos referimos principalmente a todo lo que se vincula con la selección de información⁴ vinculada a la memoria y el lenguaje, y su repercusión en las conductas basadas en ella, la amplificación o extensión de las capacidades nucleares de la mente. De esta manera la tecnología intentará con estos procedimientos (ya sean químicos o físicos) amplificar cualquier capacidad de un organismo aumentando su información, por medio de intervenciones externas de distinta naturaleza. Un ejemplo de lo que acabamos de enunciar sería estimular de forma magnética la zona craneana o intervenir químicamente en un posparto.

Dentro del conjunto de mejoras que pueden llevarse a cabo en humanos, nos referimos aquí exclusivamente a las que afectan a las capacidades superiores, es decir, aquellas que tienen que ver con la conciencia y la decisión. Esto es lo que se conoce como *neuromejora (neuroenhancement)*: la ampliación de las funciones cognitivas, emocionales y motivacionales de individuos sanos mediante drogas u otros medios.

Los autores que defienden el uso masivo de mejoras biotecnológicas suelen sostener que no existe en realidad una diferencia significativa entre estas y las tradicionales: todas serían mejoras por igual. Habría, pues, una suerte de continuidad entre, por ejemplo, enseñarle a alguien un idioma o un hábito por los medios convencionales, y conseguir que obtenga ese conocimiento a través de un neuroimplante, o mediante el consumo de fármacos; la difer-

⁴ Adquirir información (percibir), seleccionarla (prestar atención), representarla (comprender) y retenerla (memorizar), así como utilizarla para guiar el comportamiento (razonamiento y coordinación de los movimientos externos). Así pues, las intervenciones para mejorar la función cognitiva deben dirigirse a alguna de estas facultades centrales, que serían en realidad procesos.

encia se ubicaría simplemente en el plano cuantitativo y en la eficiencia del segundo tipo de método. De este modo, la introducción de un elemento biotecnológico con una finalidad transhumana sería accidental, para producir más y mejores resultados.

La tesis de la continuidad entre ambos tipos de mejoras lleva a defender un mejoramiento ilimitado, de modo que el proceso termina siendo visto por estos autores como algo lícito y dentro de los parámetros éticos. Otros, por el contrario, consideran que la medicina —y, en general, las intervenciones sobre el ser humano— debiera limitarse a restablecer el funcionamiento normal del organismo, o mejorar moderadamente su funcionamiento.

LAS POSIBILIDADES DE DISCRIMINACIÓN POR ESTAS MEJORAS

Una de las problemáticas que surgen de la no distinción entre mejora humana y cognitiva son los efectos sociales: conllevaría una desigualdad entre aquellos sujetos que pueden acceder a una mejora y aquellos que no, y surgirían así elites con un estatus diferencial, humanos y poshumanos. Sin mencionar lo ventajoso para competir en el mercado laboral con una mejora artificial, que llevaría a que una empresa contrate a quien pueda producir más: “personas cognitivamente mejoradas de forma radical podrían obtener importantes ventajas en ingresos, planificación estratégica, y la habilidad de influir en otros” (Bostrom y Roach, 2008, p.15). Habría que replantearse si, por ejemplo, mediante la incorporación de un elemento de la nanotecnología en el cerebro de un sujeto, este adquiere de inmediato el

dominio de un idioma, si realmente lo sabe o es una especie de prótesis externa que nada tiene que ver con sus capacidades naturales.

Existe una preocupación por la posibilidad de inequidades asociadas al uso de neurotecnologías, lo que no resulta claro es cómo asignar un derecho humano que proteja de manera precisa esta problemática; es decir, cómo podría ser cristalizada en un derecho específico. Un debate que está teniendo lugar se centra de manera predominante en torno a las empresas farmacéuticas en razón de que ciertos medicamentos desarrollados para tratar enfermedades se utilizan en personas sanas para mejorar aspectos como la concentración, el control de los impulsos y la memoria.

En el año 1997, varios países suscribieron el Convenio del consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina. En los artículos 11 a 14 de dicho documento los Estados se comprometieron a prohibir modificaciones al genoma humano que pudieran tener consecuencias hereditarias⁵. Veamos a continuación algunos ejemplos que ya pueden encontrarse en la investigación clínica.

ALGUNOS DISPOSITIVOS EN EXPERIMENTACIÓN

Los dispositivos comercializados actualmente para las mejoras cognitivas suelen ser dispositivos que también se están probando en ensayos de investigación clínica, con la esperanza de que en última instancia se utilicen para tratar a los pacientes. Por ejemplo: hasta la fecha, varios estudios clínicos han informado de algunos efectos prometedores de los estimu-

⁵ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>

ladores de corriente directa transcraneal⁶, en el tratamiento de pacientes con depresión, dolor crónico, esquizofrenia, demencia, la enfermedad de Parkinson y la apoplejía cerebral. Ya sea que se utilicen en investigación, para el tratamiento o para la mejora, los dispositivos modifican la actividad cerebral mediante mecanismos similares y con efectos fisiológicos parecidos.

Estos dispositivos, aunque son similares a los medicinales en sus modos de acción, se venden y utilizan no para tratar enfermedades, sino para aumentar las capacidades cognitivas típicas con fines que van desde la aceleración del aprendizaje académico o el aumento del rendimiento en los juegos en línea. En especial, el vacío normativo está en la regulación, ya que estos dispositivos potencialmente peligrosos son comprados y utilizados por personas con poco conocimiento y formación en la materia⁷.

Otro ejemplo: los estimuladores de corriente directa transcraneal y los dispositivos de *neurofeedback* —también llamados retroalimentación electroencefalográfica— actualmente se comercializan en línea sin que los modelos concretos que se ponen a la venta se sometan a una evaluación clínica exhaustiva. El dispositivo de mejora cognitiva es un equipo que se utiliza para influir en el funcionamiento del cerebro de manera que este rinda en al menos un ámbito cognitivo (la memoria, la atención, el aprendizaje o el reconocimiento facial, entre otros). Cuando el dispositivo se vende y se utiliza para tratar una enfermedad, también puede considerarse un producto sanitario.

Hay ciertos dispositivos de estimulación del cerebro que utilizan la corriente eléctrica para modular áreas específicas de la actividad cerebral; otros son los equipos utilizados para

el entrenamiento de neuroretroalimentación, un proceso mediante el cual las personas pueden aprender a controlar ciertos estados mentales mediante la monitorización en tiempo real de su propia actividad cerebral.

Volviendo a la estimulación transcraneal por corriente directa, se afirma que es el tipo de estimulación cerebral más comercializado para la mejora cognitiva. Aunque no se han publicado cifras de ventas, la última incorporación al mercado de estos dispositivos está agotada. Además, algunas clínicas no médicas lo ofrecen como “terapia experimental” para ayudar con la ansiedad y el estado de ánimo; el rendimiento cognitivo (aprendizaje la memoria, la concentración, la atención), los accidentes cerebrovasculares y la migraña.

Tal procedimiento consiste en una técnica no invasiva en la que un dispositivo envía una pequeña corriente directa entre electrodos colocados en el cuero cabelludo para estimular o inhibir la actividad neuronal espontánea. Se aplican corrientes eléctricas débiles, y los electrodos, que suelen tener un tamaño de 2535 cm², se colocan en el cuero cabelludo por encima de la zona que al experimentador le interesa afectar. Cuando la corriente se aplica constantemente con corta duración (1020 min.) pasa sin dolor a través del cráneo y altera la actividad neuronal espontánea.

En otro orden, se puede llegar, por ejemplo, al “mejoramiento” de las capacidades sensoriales, “de modo que podamos ver en la oscuridad y también en la franja del infrarrojo o del ultravioleta, así como oír fuera de las frecuencias habituales” (Marcos, 2018, p.110). Hasta la fecha, como afirmamos precedentemente, hay una serie de estudios clínicos que han infor-

⁶ <https://www.electrolisisterapeutica.com/tdcs-estimulacion-transcraneal-corriente-directa/>

⁷ Seguimos, para este estudio, el trabajo de Maslen H. et al. (2014) The regulation of cognitive enhancement devices: extending the medical model. *Journal of Law and the Biosciences*, pp. 6893.

mado sobre efectos prometedores en algunos tratamientos de pacientes con depresión, esquizofrenia, etc. Sin embargo, también se han utilizado en individuos sanos, con estudios de diferentes laboratorios que muestran su potencial para mejorar las capacidades cognitivas, como la memoria de trabajo, la atención, el lenguaje, las matemáticas y la toma de decisiones.

LA APERTURA A LOS NEURODERECHOS

Ante estos avances científicos, la pregunta que surge en el ámbito jurídico es si debería existir el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en procesos automatizados, lo que supone el derecho a que se adopten decisiones discrecionales por parte de personas y que puedan impugnarse las decisiones automatizadas o algorítmicas. El parlamento europeo aprobó el 20 de octubre de 2020 tres informes que estudian cómo regular la inteligencia artificial (IA) para impulsar la innovación, el respeto de estándares éticos y la confianza en la tecnología. Estos fueron un informe sobre cuestiones éticas; otro sobre responsabilidad civil y el último sobre propiedad intelectual⁸. Así y todo, es escasa la regulación en la materia.

Si bien hay varios informes sobre los aspectos éticos de la mejora cognitiva, como el de la Asociación Médica Británica publicado en 2007 o el de la Comisión Europea, no ha habido una regulación de las tecnologías de mejoras cognitivas. El objetivo de muchos de estos proyectos es ampliar y profundizar el conocimiento del

papel de la ética en la gobernanza de la ciencia y la tecnología, centrándose en los aspectos éticos de las mejoras humanas. Lo que ha sucedido es que, en general, los informes emitidos proponen ideas de reglamentación; pero estas recomendaciones son específicas para el sector de las tecnologías de la información y la comunicación para los contextos laborales.

El Nuffield Council on Bioethics ha esbozado un modelo para la regulación de las neurotecnologías utilizadas para la mejora, proponiendo que estén normadas de la misma manera que los dispositivos médicos. Sin embargo, aún no se ha llevado a cabo un debate en profundidad sobre la legislación vigente y la exploración de cómo podría aplicarse el modelo utilizado para los dispositivos médicos⁹.

La intervención del derecho, ante la exigencia de la biotecnológica, debiera asegurar, al menos, tres bienes sociales a modo de absolutos morales: la seguridad, la calidad y la autonomía del individuo. Esos valores son asumidos como los más fundamentales. La justicia como fin del derecho parte del reconocimiento de la singularidad y la alteridad. La regulación de las tecnologías puede producirse en muchos puntos, desde las fases de investigación e innovación, pasando por la comercialización, hasta su uso por parte de particulares.

La preocupación por la privacidad de lo mental y el consentimiento informado refieren a la idea de que cada persona debería tener el derecho fundamental de mantener su información neuroeléctrica de manera privada, con la certeza de que no será compartida, excepto que ella decida hacerlo convencida de que es

⁸ Véase <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20201015STO89417/regulacion-de-la-inteligencia-artificial-en-la-ue-la-propuesta-del-parlamento>

⁹ Véase Nuffield Council on Bioethics Report on Novel Neurotechnologies: Intervening in the Brain (2013), Nuffield Council on Bioethics. <https://www.sciencemediacentre.org/nuffield-council-on-bioethics-launch-report-novel-neurotechnologies-intervening-in-the-brain/>

lo mejor, y no que se utilice como producto de las prácticas neurotecnológicas. Esto implica que el derecho determine sanciones para aquellos terceros que accedan sin autorización a datos neuronales de una persona usando dichas prácticas.

En países como Chile existen proyectos concretos a nivel constitucional para incorporar los neuroderechos, los cuales pretenden proteger el ámbito de lo mental y abarcan el derecho a la privacidad mental, el libre albedrío no manejado por la tecnología, el libre acceso equitativo de tecnología de mejoramiento, la protección de sesgos de algoritmos de IA y, en general, la protección de la actividad cerebral. Si bien la Constitución chilena no fue reformada aún, el avance en materia de neuroderechos es notable en el país vecino¹⁰.

CONCLUSIONES

Algunos autores han argumentado que el uso de biotecnologías para la mejora cognitiva o para mejorar otras capacidades humanas es moralmente problemático por razones distintas del riesgo. Por ejemplo, porque expresa invariablemente un deseo objetable de dominar el cuerpo y la mente humanos, o porque cabe esperar que tenga consecuencias sociales perjudiciales y una violación de la autonomía individual de la persona.

Las dos consideraciones éticas más importantes a la hora de regular estas intervenciones son los riesgos que conllevan y las consideraciones de justicia distributiva cuando dichas intervenciones se financian con fondos públicos. Los tratamientos plantean estas preocupaciones de forma similar a las mejoras. Por lo tanto, resulta una cuestión crítica en la eval-

uación de cualquier nueva tecnología, ya sea de tratamiento o de mejora.

El debate sobre la igualdad de las mejoras neurológicas adquiere una trascendencia que no puede ser desestimada. No hay duda de los beneficios que las neurotecnologías podrían aportar a la persona en la lucha contra las enfermedades o en el aumento de algunas capacidades de productividad económica, cultural y social. El problema radicaría, como afirman LópezSilva y Madrid, en que “las mejoras crearían seres humanos con mayores capacidades mentales, lo que rompería la igualdad respecto de aquellos que no han podido acceder a ellas” (LópezSilva y Madrid, 2021, p.70).

Si el Estado no regula dichas mejoras, serían estas de acceso solo (solo) para aquellos que tienen el poder económico para solventarlas, siendo los más ricos los más capaces en referencia a las mejoras que han podido suministrarse, dejando así en situación de desigualdad a los que no pudieron costearlas. En este sentido, hay consenso en afirmar que el avance de estas neurotecnologías debe estar acompañado por un orden normativo, al cual se lo denomina neuroderechos, a fin de proteger la privacidad, la identidad y la dignidad de los seres humanos.

Es claro que “el mejoramiento propuesto por la corriente transhumanista no es correctivo o restaurativo, lo que implica que las mejoras que propone no buscan corregir una deficiencia o alcanzar el estado normalóptimo de un ser humano” (Piedra Alegría, 2017, p.55). Esto lleva a que no esté dentro de los objetivos que la persona sometida a una mejora recupere una funcionalidad de su organismo que esté dañada o disminuida, como, por ejemplo, en el caso de una prótesis de cualquier tipo; y todo esto porque no estamos hablando de un

¹⁰ Véase <https://es.unesco.org/courier/2022-1/chile-pionero-proteccion-neuroderechos>

tratamiento médico en sentido estricto, cuyo fin es curar una dolencia concreta.

Consideramos que, en sentido estricto, una mejora cognitiva no es terapéutica, es decir, no consiste en invertir o compensar deficiencias de la función intelectual producidas por enfermedades mentales o desórdenes neurológicos, o su declive en la ancianidad. Su objetivo es aumentar el desempeño de la facultad más allá de su estado normal; en este sentido, no podemos sostener que realmente exista una especie de continuidad con las mejoras terapéuticas, dado que las diferencias son claramente de otro orden. Por esto, específicamente,

... no podría existir una mejora correctiva o restaurativa, porque en ambos casos no se trataría de una mejora *stricto sensu*, sino de un *ajuste* con el que se volvería a un estado normal. Una mejora tiene la característica de ser potencialmente ilimitada, mientras que la corrección no. (Piedra Alegría, 2017, p.56).

Esto nos lleva a concluir que, cuando estamos experimentando con personas humanas, no cualquier mejora cognitiva debe ser lícita para optar por ella, y esto no solo por lo que implica a nivel económico —situación que sería accidental— sino porque cada ser humano es portador de una dignidad intrínseca que no necesariamente requiere ser modificada (Cohen, 2012). Hay una valía *per se* en la naturaleza humana, que no es reconocida por muchos de estos movimientos transhumanistas. De esta manera, si todos aceptaran “mejorarse” al punto de que la especie humana se hiciera indistinguible en una pluralidad de nuevas entidades, perderíamos algo moralmente valioso (Bugajska-Misseri, 2020).

En un orden más amplio, habría que debatir cómo la mejora —incluida la perspec-

tiva de una futura mejora más radical— podría interactuar con otras macro-tendencias y problemas y perspectivas globales, como el crecimiento económico y la desigualdad, los riesgos existenciales y los riesgos catastróficos, la nanotecnología molecular, la inteligencia artificial, la colonización espacial, la tecnología de vigilancia, la democracia y la gobernanza mundial, junto con las profundas cuestiones epistemológicas, metodológicas y morales que se plantean (Bostrom, 2008).

No podemos dejar de preguntarnos ¿quién toma las decisiones?, ¿en qué contexto cultural y sociopolítico?, ¿a qué precio? Y, por último, ¿qué pasaría con aquellos que, no habiendo querido transformarse, se verán afectados socialmente por fuertes y nuevas desventajas producto de los que si aceptaron mejorarse? Estos son algunos de los dilemas que se vislumbran hoy en el contexto de las mejoras cognitivas, y que la filosofía del derecho no debe dejar de analizar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bostrom, N. (2003). Human genetic enhancements: A transhumanist perspective. *Journal of Value Inquiry*, 37(4), 493-506.
- (Ed.) (2008). *Human enhancement*. Oxford University Press.
- Bostrom, N. y Roach, R. (2008). Ethical issues in human enhancement. En Ryberg, J.; Petersen, T. y Wolf, C. (Eds.) *New Waves in Applied Ethics*.
- Bugajska-Misseri (2020). Sobre la posibilidad de una ética posthumana: propuesta de un enfoque normativo combinado. *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política* (63), 425-449.
- Cohen, G. A. (2012). Rescuing Conservatism: A Defense of Existing Value. *Finding Oneself in the Other*. Princeton University Press.
- Harris, J. (2009). Enhancements are a moral obli-

- gation. En Savulescu J. y Bostrom, N. (eds.) *Human enhancement*. Oxford University Press.
- López-Silva, P. y Madrid, R. (2021). Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la constitución o en la ley. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 4972.
- Madrid, R. (2021). Mejoras, mejoras humanas y mejoramiento moral biotecnológico. *Persona y Derecho*, 84, 287307.
- Marcos, A. (2018). Bases filosóficas para una crítica al transhumanismo. *ArtefactoS. Revista de estudios de la ciencia y la tecnología*, 7(2) 2ª Época, 107125.
- Maslen H. et al. (2014). The regulation of cognitive enhancement devices: extending the medical model. *Journal of Law and the Bio-sciences*, 6893.
- Piedra Alegría, J. (2017). Transhumanismo: un debate filosófico. *Praxis. Revista de Filosofía* (75), 4761.
- Ursúa, N. (2010). ¿Tendrá la convergencia de tecnologías y la mejora técnica del ser humano un impacto similar al del darwinismo? *Endoxa*(24), 310-330.

Yamila Eliana Juri

Perfil académico y profesional: Doctora en Derecho (Uncuyo). Abogada (UM). Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas y Sociales (Uncuyo). Licenciada en Filosofía (UNSTA). Investigadora posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Actualmente es profesora de Filosofía del Derecho y de Ética y Deontología Profesional (Universidad de Mendoza), Derecho Constitucional (Universidad Maza), Derecho Político (Universidad Nacional de Cuyo).
yamilajuri@gmail.com
ORCID: 0000-0002-3136-4144



La ofensa a la dignidad humana en el trato al paria y al pobre. Aportes de Hannah Arendt y de Adela Cortina¹ para pensar esta problemática

The offense against human dignity in the treatment of the outcast
and the poor. Contributions of Hannah Arendt and Adela Cortina to
think about this problem

Laura Urbina Valor²

Resumen

En el mundo globalizado en el que vivimos, asistimos a un inusitado aumento de refugiados políticos y a una dinámica migratoria que expone a esas personas y grupos a innumerables riesgos y vulnerabilidades. En relación con esta problemática, consideramos los aportes realizados por dos filósofas, Hannah Arendt y Adela Cortina, que abordan la cuestión del rechazo al otro que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad —apátrida, refugiado, “sin hogar” o pobre— buscando dar cuenta filosófica de estos problemas en el contexto de la cultura occidental. Sostenemos que, si bien hoy la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas se reconocen desde el derecho y desde lo ético, todavía se vulneran los derechos de los migrantes, sea por actitudes prejuiciosas en los países por los que transitan o se establecen, sea porque no se ha resuelto aún la efectiva articulación entre la dignidad humana, como principio universal, y los derechos fundamentales.

Palabras clave: alteridad - hospitalidad - dignidad - migración - derechos humanos

Abstract

In the globalized world in which we live, we are witnessing an unusual increase in the number of political refugees and a migratory dynamic that exposes these individuals and groups to innumerable risks and vulnerabilities. To reflect on this problem, the contributions made by two philosophers, Hannah Arendt and Adela Cortina, are considered. They address the issue of rejecting the other one who is in conditions of vulnerability - stateless, refugee, “homeless” or poor - seeking to give philosophical account of these problems in the context of Western culture. We maintain that, although human dignity and the fundamental rights of people are recognized today from an ethical and legal point of view, the rights of migrants are still violated, either because of prejudicial attitudes of people in the countries through which they transit or settle, or because the effective articulation between human dignity, as a universal principle, and fundamental rights has not yet been resolved.

Keywords: Otherness - hospitality - dignity-migration - human rights

Sociedad/ Ensayo científico

Citar: Urbina Valor, L. (2023). La ofensa a la dignidad humana en el trato al paria y al pobre. Aportes de Hannah Arendt y de Adela Cortina para pensar esta problemática. *Omnia. Derecho y sociedad*, 6 (1), pp. 43-62.

¹ El presente trabajo fue elaborado en el marco del proyecto de investigación “Cuestiones políticas sobre la alteridad, la hospitalidad y la extranjería” (R. R. N° 91/2021) de la Universidad Católica de Salta del cual la autora fue directora.

² Universidad Católica de Salta.

INTRODUCCIÓN

En el mundo globalizado en el que vivimos, asistimos a un inusitado aumento de refugiados políticos y a una dinámica migratoria — individual o grupal— provocada por factores que, al conjugarse, hacen de esto un proceso muy complejo.

Si bien la gran mayoría de las migraciones que se dan en la población mundial se registra dentro de las fronteras de los países, durante los últimos tiempos fue creciendo significativamente la migración internacional. Según el *Informe sobre las migraciones en el mundo 2022* de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en las últimas cinco décadas aumentó el número estimado de migrantes internacionales a nivel global. Este documento, emitido por una institución perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), señala que se estima que en el año 2020 había un total de 281 000 000 de personas viviendo en un país diferente a su país natal, lo que supera en 128 000 000 a la cifra registrada en 1990 y triplica a la de 1970. Además, explica que las migraciones internacionales no son uniformes en todo el mundo, pues se pudo constatar un aumento importante de ellas en Europa y Asia, representando en el año 2022 el 61 % de la población migrante internacional, seguida por América del Norte con el 21 %, África con el 9 %, América Latina y el Caribe con el 5 %, y Oceanía con el 3 %.

Seyla Benhabib (2005, p. 16) relata que, a partir de la segunda mitad del siglo XX y a la par del crecimiento y de la aceleración de los movimientos migratorios que se han dado y se siguen produciendo en el mundo, se incrementó la tragedia que sufren los refugiados, los aislados, aquellos que son forzados a desplazamientos internos, en un país, o a desplazamientos hacia otros países.

Para el tratamiento de esta cuestión, abordaremos primero lo que se entiende por migración, considerando luego el concepto actual de dignidad humana, para después tratar los aportes acerca del tema del rechazo al otro de las filósofas Hannah Arendt y Adela Cortina. Posteriormente, tomando estas contribuciones, se mostrará que, si bien hoy se reconocen la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas desde lo ético y desde el derecho, todavía se produce la vulneración de los derechos de los migrantes por las actitudes prejuiciosas en los países por los que transitan o se establecen y por la falta de una efectiva articulación entre la dignidad humana, como principio universal, y los derechos fundamentales. Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR MIGRACIÓN?

Según el Manual *Derechos humanos de personas migrantes* (2017):

La migración o el acto de migrar es el desplazamiento desde un territorio de un Estado hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo. Se refiere a cualquier movimiento de población, independientemente de su tamaño, composición o causas. En función de las características de estos movimientos, se habla de migración forzada o migración voluntaria, de migración permanente o temporal. (Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR-Oficina Regional de la OIM para América del Sur, 2017, p. 20).

El fenómeno de olas migratorias voluntarias o forzadas se presenta en diferentes regiones del mundo; fenómeno al que América Latina no es ajena, como se ha podido constatar

a lo largo del tiempo. Fundamentalmente, las migraciones forzadas son producto de situaciones políticas, persecuciones o guerras. Son desplazamientos producidos porque existe alguna amenaza a la vida, por situaciones que ponen en peligro la subsistencia, la seguridad o la libertad de las personas; en tanto que las migraciones voluntarias son ocasionadas por la búsqueda de mejores condiciones de vida. Las causas que las provocan son, por lo general, desigualdades económicas en el contexto de origen (diferencias salariales e intercambio desigual entre países, aumento en la demanda de empleo por parte de los países desarrollados, en especial en servicios o bien por estímulos económicos del país receptor); niveles elevados de pobreza y de precariedad; cuestiones políticas y jurídicas motivadas por conflictos internos, regionales e internacionales; situaciones demográficas (superpoblación); condiciones etnológicas; razones culturales y educativas (formación, calificación y desempeño) e incluso pueden ser provocadas por fenómenos naturales (sea por el desarrollo de cambios naturales o inducidos por el ser humano (Gómez Walteros, 2010).

ACERCA DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

El concepto de dignidad humana presenta algunas dificultades en los ámbitos de la filosofía y del derecho, ya que es difícil definirla con precisión por su carácter general y omnicompreensivo (Andorno, 2011) y porque se lo invoca desde muy diferentes ámbitos o dimensiones y no siempre con el mismo significado por las variaciones que sufrió a lo largo del tiempo (García Moreno, 2003).

En la actualidad, la dignidad humana es considerada desde dos enfoques que resultan complementarios. En primer lugar, se la en-

tiende como el respeto incondicionado que posee todo individuo por su sola condición humana; se trata de un valor absoluto, inherente al ser humano, del cual se sigue el derecho a ser respetado por cualquier otro como persona, a no ser perjudicado en su existencia. En segundo lugar, se la concibe como el fundamento de los derechos humanos, por lo que afirma Pelé (2015, p. 8) que “los derechos humanos tendrían su razón de ser y justificación en la protección y el desarrollo de la dignidad humana”. Por este motivo Martínez Bullé-Goyri (2013) dirá que “los derechos humanos no son sino la expresión jurídica de la dignidad de las personas y su función es precisamente permitir y garantizar su respeto” (p. 41).

De acuerdo con González Valenzuela (2005), la dignidad constituye una manera de comprender al ser humano, de la cual deriva una manera de tratarlo; consiste en la forma en que el ser humano se ve y asume, en la estima que tiene de sí mismo, lo que a su vez no puede separarse de la forma de ver y asumir a sus semejantes, esto es, como un fin en sí y no como medio o instrumento. Por ello, “la dignidad define al hombre tanto en su ser como en su valer” (p. 54).

Francisco García Moreno (2003) aclara que, debido a las terribles experiencias de nuestro tiempo, se promovió el concepto político de dignidad humana dando lugar al derecho de la persona frente a la comunidad, el cual es reclamable por cada ser humano. De este modo, de la aceptación de la dignidad humana ya no se deriva solo un deber sino más bien el derecho de cada ciudadano frente a la comunidad.

En el derecho internacional, en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se afirma que la dignidad es inherente a todos los miembros de la familia humana, y los preámbulos de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966

expresan que los derechos humanos se derivan de ella (Andorno, 2011). Así también, se puede apreciar esta idea en el 2º considerando de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que expresa: "(...) los Estados americanos han reconocido que los derechos del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana (...)".

EL RECHAZO AL OTRO EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

Hannah Arendt y Adela Cortina son dos filósofas que abordan el tema del rechazo al otro que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad —apátrida, refugiado, "sin hogar" o pobre—, buscando dar cuenta filosófica de este problema del mundo de la vida en el contexto de la cultura occidental.

Hannah Arendt: el paria

La obra de Hanna Arendt está signada por las experiencias personales que vivió por su origen judíoalemán, que la llevó a ser crítica de la dura realidad que le tocó presenciar. Sus escritos pretenden ser un llamado ético para que los hechos de violencia totalitaria no vuelvan a repetirse.

Arendt centra su atención en las condiciones en que se desarrolla la existencia del ser humano; por eso, parte del concepto de condición humana con el que se refiere a las manifestaciones que se dan entre el nacer y el morir del ser humano; período en el cual la persona orienta su vida activa de tres modos: la labor, el trabajo y la acción.

Explica que la *labor* es propia de los procesos cíclicos de la vida biológica, del metabolis-

mo del cuerpo humano, de su crecimiento. Es la que asegura la supervivencia individual y de la especie. En la Antigüedad griega pertenecía a lo íntimo del hogar, a la esfera de lo doméstico; pero luego, en la Modernidad, pasó al ámbito de lo público. La labor corresponde a la satisfacción de las necesidades vitales y no genera algo entre las personas, ya que se puede realizar en simple contigüidad con otros, de allí que no constituye una categoría política.

En cuanto al *trabajo*, este proporciona la producción de cosas distintas a lo natural con las que vive y sobrevive el ser humano por medio de él se hace objetivo un mundo artificial producido por el propio ser humano y es capaz de permanecer más allá de la existencia de sus productores. Su condición humana es la mundanidad. Para los antiguos griegos tampoco era un ámbito de libertad porque pertenecía a aquellas actividades mediante las cuales se aseguraba la supervivencia.

Por las razones señaladas, para los griegos la labor y el trabajo correspondían a la esfera de lo prepolítico, a lo doméstico, era lo propio de la casa y la familia. En esa esfera se ejercía la violencia y se justificaba el ejercicio de la fuerza para resolver lo que pertenecía a las necesidades vitales y de esa manera era posible el ejercicio de la libertad en el ámbito público.

En tanto, la *acción* es la actividad del hombre en cuanto hombre, su cualidad específica; posibilita las relaciones entre las personas y corresponde a la condición humana de la pluralidad. La acción es "interacción pública de seres libres en su elaboración conjunta de la vida común" (Giner, 2006, p. 17).

Según Arendt (2003) la pluralidad humana es la condición de toda vida política y es la que crea la circunstancia para el recuerdo, para la historia. La cualidad de ser distinto se pone de manifiesto por el discurso y la acción que son el "tejido de las relaciones y asuntos humanos"

(p. 22). Su realidad depende de la pluralidad humana, “de la constante presencia de otros que ven y, por lo tanto, atestiguan de su existencia” (2003, p. 108).

Este ámbito diferencia al ser humano de las cosas, permitiendo que cada individuo humano sea único e irreplicable, un ser biográfico e histórico; un “quién”, no un “qué”. Es la esfera de la libertad, necesaria para la política en cuanto espacio pleno para su ser. En la violencia no existe una interpelación al otro, solo se lo hace objeto; por ello es muda y niega el discurso y, por ende, su posibilidad de entrar en escena. Además, la violencia, no solo provoca un daño a alguien, sino que también produce la negación como persona a quien perpetra el daño, a lo cual tampoco escapa el espectador del acto de violencia.

Señala Arendt (2003) que no es lo mismo la cualidad de *ser distinto* que la *alteridad* (*alteritas*, que posee todo lo que es), ya que esta última en su forma más abstracta se encuentra en la multiplicación de objetos inorgánicos; en tanto que la vida orgánica manifiesta distinciones incluso entre los individuos de la especie, pero solamente el ser humano puede comunicar su propio yo y diferenciarse por medio del discurso y de la acción y no solo distinguirse (p. 200). Por medio de la acción los seres humanos se presentan unos a otros en cuanto personas, constituyéndose en una especie de segundo nacimiento y pueden tomar una iniciativa. La acción como comienzo corresponde a la condición humana de la natalidad, en tanto que el discurso incumbe a la distinción y manifiesta la condición humana de la pluralidad. Sin embargo, acción y discurso se encuentran en íntima relación puesto que el acto que es específicamente humano también debe contener la pregunta a todo recién llegado: ¿quién eres tú? (Arendt, 2003, p. 202).

La acción es un acto individual, pero se realiza con la cooperación de otros, dando lugar a

una secuencia infinita que nos hace responsables por lo que hacemos y las consecuencias que produce en el todo social, en la medida en que perseguimos ciertos fines por el ejercicio de la razón, que no se reducen a hacer sino a saber hacer. Por lo tanto, para esta filósofa la responsabilidad no es solo personal sino también política, por los resultados de las acciones en la sociedad y las consecuencias que se nos escapan (Mejía Quintana, 2017, p. 6).

La reflexión que realiza Arendt sobre el espacio político tiene que ver con las propias experiencias de esta filósofa en relación con la pérdida del mundo, a lo que considera en sí una forma de barbarie. Y esa pérdida tuvo para ella una doble dimensión, por un lado, por las vivencias del pueblo paria y, por otro, por ser ella misma una apátrida. De allí que Hannah considere que la mayor privación de los derechos humanos consiste precisamente en la carencia del derecho de la persona a tener un lugar en el mundo (Urabayen, 2007, p. 417).

Sostiene esta autora que la Ilustración con su idea de humanidad, de igualdad de todos los ciudadanos, permitió la ciudadanía a los judíos; pero al mismo tiempo que les otorgó derechos civiles y políticos les quitó su identidad, porque les exigió su asimilación. Con ello perdieron el sentido del judaísmo, quedando solo la “judaicidad”, convirtiéndose así en parias sociales (Urabayen, 2007, p. 420). Para Arendt, la identidad judía no consistía rigurosamente en la religión ni en la nacionalidad política, sino en aquello que otorga una identidad propia, personal.

La filósofa sostiene que quienes huyen de su país experimentan la fractura de las propias vidas, con la pérdida de su hogar, de la ocupación, del idioma y, con ello, la familiaridad en este mundo, la confianza de servir para algo, la especial forma de expresar los sentimientos. Esta situación lleva a los refugiados a sucumbir a la tentación de la asimila-

ción y el olvido de su pasado para reconstruir su vida, pero con ello pierden su identidad ante sí mismos y ante los demás.

Esta autora plantea la necesidad de mantener la propia identidad respecto a la asimilación; afirma que es posible lograr la integración sin renunciar a la propia tradición, porque ella es el aporte universal que se puede hacer como pueblo.

En su obra *Hombres en tiempos de oscuridad*, Arendt (1990) señala que la humanidad se manifiesta más frecuentemente en hermandad en épocas de oscuridad entre grupos de personas perseguidas o esclavizadas, en los pueblos parias, en aquellos que en el siglo XVIII eran llamados los *desdichados* y, en el siglo XIX, los *miserables* (p. 23). Esa hermandad en dichos grupos, a su vez va acompañada de una pérdida radical del mundo —entendido como espacio intermedio—, que puede llegar a ser una carencia de mundo, lo que constituye una forma de inhumanidad (p. 24). La persecución produce calidez, afabilidad en las relaciones humanas de quienes integran el grupo de perseguidos, la que prácticamente no se verifica en otras circunstancias. Las personas se refugian en esa calidez, dejan de relacionarse con el mundo común a todas las demás, por avergonzarse de cómo se presenta ese mundo, y se esconden en la oscuridad de la invisibilidad. Sin embargo, esa forma de humanitarismo, esa calidez, no es transmisible; no puede extenderse fuera del grupo a quienes tienen una posición diferente en el mundo y que, por tenerla, les cabe una responsabilidad en relación con ellos. De allí que sean insuficientes la compasión o el compartir el sufrimiento.

Arendt aclara que, en el siglo XVIII, quienes eran humanitarios revolucionarios querían ser solidarios con los desdichados a través de la compasión, e intentaron mejorar la situación de estos en vez de pretender lograr jus-

ticia para todos. Señala Hannah que también en la Antigüedad se consideró la compasión, pero con un sentido diverso a la estima que demostró por ella la Modernidad, dado que reconoció que esta y el temor son de naturaleza afectiva y que llevan a la pasividad y no a la acción. Para la filósofa alemana, la compasión se dirige a una sola persona, no va más allá del padecimiento de esta y anula la distancia que es necesaria entre las personas para lo político; por ello, la compasión no se propone transformar las condiciones del mundo a fin de aliviar el sufrimiento humano.

Para esta filósofa, los sentimientos de hermandad solo emergen en la oscuridad, en el reino de lo invisible, y no se los puede identificar en el mundo.

A partir de esto, la autora se plantea acerca de la apertura a los demás, que constituye una de las condiciones previas de la humanidad. Afirma que la crueldad es la antítesis de la compasión, que es “una perversión, un sentimiento de placer allí donde debería sentirse naturalmente dolor” (Arendt, 1990, p. 26).

Arendt (1990) señala que en la Alemania nazi se dio el fenómeno de la “emigración interior” (p. 29). Este tuvo dos formas de presentarse. Una de ellas consistía en que algunas personas se comportaban como emigrantes que no pertenecían al país. La segunda se trató de personas cuyo comportamiento se caracterizó por una especie de huida a un mundo interior, donde eran invisibles pensamientos y sentimientos, porque la realidad les era insostenible. Pero esa huida al interior no implicaba solo el abandonar la realidad sino también la pérdida de humanidad. Esta situación, nos dice la autora, es quizás la que dio lugar en Alemania a esa posterior incapacidad de enfrentar los hechos del pasado, a esa especie de olvido de los aspectos negativos ocurridos, a esa dificultad para encontrar una actitud razonable.

Hannah sostiene que “humanizamos aquello que está sucediendo en el mundo y en nosotros mismos con el mero hecho de hablar sobre ello y mientras lo hacemos aprendemos a ser humanos” (p. 35); porque el mundo no se vuelve humano solo porque la voz del hombre resuena, sino cuando podemos discutir sobre asuntos diversos con nuestros semejantes.

La filósofa considera que “la base de cohesión de la sociedad no puede ser entonces ni la compasión, ni la piedad, ni la caridad, sino la amistad y la solidaridad que reconoce la pluralidad y la dignidad” (Urabayen, 2007, p. 418).

Lo que el totalitarismo realiza es una destrucción de la vida privada, llevando a las personas a la experiencia de soledad, al individualismo, a la destrucción de la pluralidad, por el desarraigo que genera respecto al mundo y a la ruptura de la solidaridad humana. Por ese motivo el totalitarismo compromete el mismo sentido de lo político y afecta a la esfera privada de los sujetos al aislarse por el terror y la violencia; en tanto que el imperialismo entiende los seres humanos de acuerdo con la categoría de raza, entorpeciendo el ejercicio del principio de igualdad de los seres humanos, razón por la cual ataca las mismas bases democráticas.

Arendt está convencida de que el poder reside en la cohesión del espacio político, donde las personas interactúan, tienen una voluntad común de lograr el entendimiento y realizar acciones concertadas para el logro del bien común. Para ella, el poder surge allí donde estas actúan en conjunto y no por contrato. Considera que se precisa un espacio público que posibilite una adecuada relación entre lo público y lo privado, que dé garantías de igualdad política, de respeto de los derechos individuales, de las minorías y de los refugiados.

Para esta filósofa, el problema está justamente en que estas dos esferas del ser humano —lo público y lo privado— si bien son

reconocidas, no están debidamente articuladas. En efecto, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se reconoce la dignidad humana como un valor esencial que requiere ser resguardado por el derecho, pero la dificultad se presenta cuando una persona pierde la ciudadanía (sea de hecho o por ley) y, con ello, la pertenencia a una comunidad política; deja de contar con el necesario respaldo legal y la dignidad se transforma así en algo intangible. Precisamente la autora estima que esta cuestión es clave ya que, por el colapso en Europa del sistema de Estados nacionales durante las guerras mundiales, muchas personas quedaron “sin Estado” y la desnacionalización —con la consiguiente falta de garantía de sus derechos— dio lugar no solo a que estuvieran privadas de una ciudadanía sino también de los derechos humanos (Benhabib, 2005, p. 46). Esto fue, a su juicio, un arma poderosa para la política totalitarista en la medida en que permitió el desprecio a la vida humana, imponiendo su norma de valores.

En el prólogo a la primera edición de su libro *Los orígenes del totalitarismo*, Arendt advierte:

Antisemitismo (no solo el odio hacia los judíos), imperialismo (no solo conquista), totalitarismo (no solo dictadura) —uno tras otro, uno más brutal que el otro— han demostrado que la dignidad humana necesita una nueva garantía que solo puede ser encontrada en un nuevo principio político, en una nueva ley universal cuya validez abarque a toda la humanidad ya que su poder tendrá que estar esta vez estrictamente limitado, enraizado y controlado por entidades territoriales definidas de nuevo. (Arendt, [1951] 1974, p. 11).

Para la filósofa alemana, debido a la profunda imbricación existente entre los derechos ciudadanos y los derechos humanos, la pérdida de

los primeros representó políticamente la pérdida de los segundos. En la misma obra, sostiene:

La privación fundamental de los derechos humanos se manifiesta primero y sobre todo en la privación de un lugar en el mundo que haga significativas a las opiniones y efectivas a las acciones. (...) Se hallan privados, no del derecho a la libertad, sino del derecho a la acción; no del derecho a pensar lo que les plazca, sino del derecho a la opinión. (...) Llegamos a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, solo cuando emergieron millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva situación política global. (...) el derecho a tener derechos o el derecho de cada individuo a pertenecer a la Humanidad tendría que ser garantizado por la misma Humanidad. No es en absoluto seguro que ello pueda ser posible. Porque, contra los intentos humanitarios mejor intencionados de obtener de las organizaciones internacionales nuevas declaraciones de los derechos humanos, tendría que comprenderse que esta idea trasciende la idea actual de la ley internacional que todavía opera en términos de acuerdos recíprocos y de tratados entre Estados soberanos; y, por el momento, no existe una esfera que se halle por encima de las naciones. (Arendt, [1951] 1974, pp. 247248).

Entonces, para esta filósofa, el derecho a tener derechos se puede concretar solo en la comunidad política, puesto que es en esta donde se juzga a las personas por sus opiniones y por sus acciones y no por las características de na-

cimiento, volviéndose unas iguales a las otras en cuanto miembros de un grupo, construyendo un mundo en común con sus iguales (Benhabib, 2005, p. 52).

Adela Cortina: la aporofobia

Otra filósofa cuyos aportes consideraremos aquí es Adela Cortina, para lo cual nos centraremos en su obra: *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*.

La autora española señala que los turistas extranjeros que llegan a su país, y que en ocasiones incluso pertenecen a otras razas y etnias, son recibidos con cortesía y por un sentido básico de hospitalidad; pero se trata de personas que dejan ingresos. En otros casos, cuando son otro tipo de extranjeros, es decir, personas que llegan a veces desde muy lejos y que son refugiados políticos o inmigrantes pobres que dejan su tierra por la guerra, el hambre o la miseria, el trato es diferente porque se les cierran las puertas, se establecen murallas, se les impide el paso en las fronteras.

Explica Cortina que no se trata de xenofobia o aversión al que viene de fuera, porque no importuna el extranjero en sí; lo que molesta es que sea pobre, que no aporte recursos, y se piensa que solo traerá dificultades.

Esa actitud es algo cotidiano, casi invisible, pero implica un atentado contra la dignidad humana y el bienestar de personas concretas. Por eso es la necesidad de poner nombres a las cosas, fundamentalmente a aquellas que no pueden señalarse pero que forman parte de la trama de la realidad social, que son efectivas, que producen actos concretos. El ponerle un nombre a este tipo de rechazo ayuda a tomar conciencia de esa cotidiana forma de discriminación; posibilita que se reconozca esa patología, que se estudien sus causas y se las trate de superar. Por tal motivo la autora propone el

uso del término “aporofobia” (del gr. *á-poros*, pobre, y *fobéo*, espantarse)³ para designar esa actitud de “rechazo, aversión, temor y desprecio hacia el pobre, hacia el desamparado que, al menos en apariencia, no puede devolver nada bueno a cambio”, excluyéndolo de “un mundo construido sobre el contrato político, económico o social, de ese mundo del dar y el recibir, en el que solo pueden entrar los que parecen tener algo interesante que devolver como retorno” (Cortina, 2017, p. 6).

Esa tendencia a excluir a los pobres, a los desamparados, que atenta contra su dignidad y que degrada a quien la ejerce, tiene para la autora un alcance universal y se encuentra presente en el mismo cerebro humano, aunque tiene además bases sociales. Sin embargo, es algo que requiere ser modificado si se toman con seriedad dos claves de la cultura, que son “el respeto por la igual dignidad de las personas y la compasión, entendida como capacidad de percibir el sufrimiento de otros y de comprometerse a evitarlo” (Cortina, 2017, p. 7). En este caso, se trata de una compasión no sentimental sino productiva, capaz de compartir el sufrimiento hasta el límite de las propias fuerzas.

Respecto a los delitos de odio al pobre, Cortina considera que la fuente de la que surge el desprecio está en la misma persona que la ejerce. Esta asume una actitud de prepotencia, humillando y haciendo sentir su superioridad a quien se encuentra en situación de indefensión y vulnerabilidad, y justifica su propia actitud culpando al colectivo que rechaza.

Por otra parte, la autora señala que los delitos de odio, desde una perspectiva sociológica, son actos de violencia, de hostilidad e intimidación que se ejercen sobre determinadas personas en razón de su identidad, que es

percibida como diferente (Cortina, 2017, p. 19). Este acto tiene por base un prejuicio hacia cierto grupo social y se verifica como maltrato vejatorio o como agresión física.

Los delitos de odio se diferencian de otras patologías sociales como los incidentes de odio y los discursos del odio. Los primeros de estos, los incidentes de odio, hacen referencia a comportamientos constantes de desprecio y de maltrato hacia determinados grupos, pero que no se encuentran encuadrados como delitos. En tanto, se entiende por discursos del odio a todo tipo de expresión cuyo fin consista en propagar, incitar, promover o justificar el odio hacia ciertos grupos sociales, estigmatizándolos para que sean hostilizados. Aquí se encontrarían precisamente las diversas formas de odio y de intolerancia como la racial o la religiosa, y también la xenofobia, la homofobia, la misoginia y la aporofobia, entre otras.

Los discursos de odio utilizan diversos tipos de expresiones: ya sea la sátira, la ironía, el desprecio o la incitación a la violencia o la amenaza creíble (Cortina, 2017, p. 29). A veces es la expresión de grupos y partidos.

Adela Cortina señala que los delitos de odio tienen que ser tipificados como tales, es decir, como infracciones penales o administrativas reconocidas en el Código Penal. Estos no se dirigen a una persona determinada, sino al colectivo al cual ella pertenece y al que representa.

Unas de las características de estos delitos es que están dirigidos a denigrar a un grupo porque se le atribuyen actos perjudiciales para la sociedad; pero sobre la base de un prejuicio, sin comprobación. A veces, se toma como objeto de odio a un colectivo a partir de la incitación producida por las invenciones de quienes acusan a los inmigrantes y refugiados políticos

³ Adela Cortina indica que fue Emilio Martínez quien acuñó la voz “aporofobia” en el *Glosario para una sociedad intercultural*, que en 2002 publicó la Fundación Bancaria (Cortina, 2017, p.15).

de ser “terroristas” o que van a su territorio a “quitar el trabajo”. En otros casos, quien comete este tipo de delito tiene el convencimiento de su superioridad en relación con la víctima, de la existencia de una jerarquía estructural que no posibilita un trato igualitario y que justifica la inferioridad del agredido. Además, quien promueve este tipo de desprecio no da argumentos, solo proporciona pretextos para justificar el maltrato e incitar a la violencia.

Para Adela Cortina estos delitos afectan un valor clave de la vida democrática que es la igualdad. Porque si no hay igualdad, y no se respeta ni garantiza la dignidad de las personas, es imposible una sociedad justa y pluralista donde se pueda optar por opciones de vida buena. Por eso es necesario que esos delitos sean castigados por medio del derecho.

Por otra parte, la filósofa señala que la aporofobia, en cuanto pobreza involuntaria, a diferencia por ejemplo de la etnia o del sexo, no es un rasgo de identidad de la persona ni es una opción. La pobreza implica carencia de los medios necesarios para la supervivencia; pero, además, es falta de libertad por la imposibilidad de poder realizar los propios planes de vida. Quien la padece puede llegar a resignarse ante su situación, o bien intentar mejorarla o elegir dentro de sus posibilidades (preferencias adaptativas).

La aporofobia, en cuanto actitud vital, implica el desprecio y rechazo a los peor situados, sea económica o socialmente. Al proceder de ese modo los deja en el desamparo, desprotegidos ante el sufrimiento injusto.

La autora sostiene que la persona no vive aislada, sino que siempre establece vínculos, relaciones con los demás y necesita ser reconocida por los otros como persona; por eso la peor condena que alguien puede recibir es la falta de reconocimiento, el desprecio y la invisibilidad.

Asimismo, según Adela Cortina, es importante en la democracia la virtud del respeto activo como clave para no dañar la autoestima, ya que quien respeta al otro no pronunciará discursos intolerantes que menoscaben su dignidad. Coincide además con Arendt en que “la violencia es prepolítica” y que se necesita que la deliberación se instale en la comunidad política, reivindicando el valor de la palabra para deliberar conjuntamente sobre lo bueno y lo malo.

La autora señala que en sociedades pluralistas y democráticas existe un gran abismo entre las declaraciones y las realizaciones. Esto, porque mientras la moral escrita que legitima las instituciones económicas y políticas defiende los derechos humanos y los valores de la Ilustración, condenando el trato desigual y la discriminación, en la práctica las personas que trabajan en esas mismas instituciones defienden y favorecen a individuos o a grupos, poniéndose de manifiesto actitudes egoístas en la moral de la vida cotidiana. Esta incoherencia entre el juicio y la acción es lo que se llama “debilidad moral” (akasia); se la puede explicar biológicamente y se da en forma individual, pero también social.

Cortina sostiene que las personas tienen derecho a recibir ayuda de la sociedad para superar la pobreza; pero que la sociedad no educa en la vida cotidiana para respetar la dignidad ni para asumir una actitud compasiva. Por eso, para poder superar la aporofobia como forma de discriminación cotidiana que puede derivar en xenofobia, homofobia, misoginia, racismo, o aversión a creyentes de otras religiones, se requiere de la educación. A través de ella se puede orientar la conciencia personal y social, generando motivación moral para obrar acorde con normas universales de protección a todas las personas. En este sentido, afirma la autora, no basta con educar en el razonamiento, en la argumentación, sino que

se requiere modificar las emociones que guardan estrecha relación con la motivación moral.

Por otra parte, aclara que dicha educación —de las familias, las escuelas, y universidades— ayuda a que se construya la igualdad y se luche por el respeto a la dignidad de todas las personas; pero debe estar acompañada por las instituciones políticas y económicas, y por los medios de comunicación, que también educan.

La autora considera necesario lograr una *hospitalidad cosmopolita*. Para ello sigue la idea de Kant, para quien la humanidad tiene dos problemas difíciles de resolver: el gobierno de las sociedades y la educación. Analizando a este último autor, Cortina consideró que era necesario educar para un mundo mejor, para lograr una sociedad cosmopolita donde no exista exclusión de personas, que sea capaz de garantizar la paz entre las personas y los pueblos (Cortina, 2017, p. 104). En relación con el término *hospitalidad*, la autora expresa que este proviene del “vocablo griego ‘*filoxenia*’, amor o afecto a los extraños, y tiene su origen en el latín ‘*hospitare*’, que significa ‘recibir como invitado’. Se trata de una actitud amable por parte del que acoge y da cobijo a extranjeros y visitantes” (p.106).

Ante la crisis migratoria, la pregunta que tiene que plantearse no es si debe o no recibirse al inmigrante en condiciones de vulnerabilidad, sino en cómo llevarlo a cabo. Se necesita “ir construyendo una sociedad cosmopolita, en la que todos los seres humanos se sepan y sientan ciudadanos” (Cortina, 2017, p. 105). Para ello rescata la importancia de la *virtud de la hospitalidad*, considerada por un lado como una actitud personal y como el *deber de hospitalidad* que se relaciona con el *derecho a la hospitalidad* por parte del extranjero. Es decir, que ese deber de hospitalidad personal se convier-

te en un deber jurídico, una obligación institucional por parte de las instituciones jurídicas, políticas y sociales y del Estado. Existe, además, la *exigencia incondicionada de hospitalidad* que se concreta a través del deber y del derecho de hospitalidad, para lo cual se requiere de las leyes y de la acción política, pues no se trata solo de hospitalidad doméstica sino de una hospitalidad institucional y universal.

La hospitalidad doméstica era común en el mundo antiguo, donde la respuesta a la vulnerabilidad del necesitado o del extranjero era la acogida; lo extraño, lo que debía justificarse era el rechazo al forastero. Lo esperable era una actitud hospitalaria a nivel personal. Sin embargo, ante las grandes necesidades del mundo de hoy se necesita que esta no solo sea una actitud personal, sino que se institucionalice.

Afirma esta filósofa que, para Kant, la sociedad cosmopolita tenía que ser construida a partir del derecho cosmopolita, que sentaría las bases para una hospitalidad universal que fuera un deber legal correspondiente a un derecho legal. La forma de asegurar la paz no sería, entonces, a través del aumento de armamentos o de una guerra preventiva, sino estableciendo relaciones entre los Estados y tratando de lograr la construcción de una sociedad cosmopolita⁴. La base de esta es la hospitalidad universal que es, por una parte, un *derecho* a un trato hospitalario y no hostil, siempre que el comportamiento del extranjero sea amistoso y cumpla con ciertas condiciones del país al cual llega. Sin embargo, para no quedar solo en lo ideal, necesita plasmarse en leyes. De este modo los Estados, si bien deben proteger a los ciudadanos, tienen que permitir el ingreso de quienes van a visitarlos desde fuera y, sobre todo, de aquellos para quienes un rechazo causaría su ruina (p. 112).

⁴ Kant expresó este ideal cosmopolita en el opúsculo *Sobre la paz perpetua*, de 1795.

La responsabilidad ética y política de hospitalidad se funda en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, pero también en la solidaridad para con quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad, y aún más en la compasión y en el reconocimiento de que nuestras vidas se encuentran vinculadas.

Cortina insiste en la necesidad de la eliminación de las desigualdades económicas, la promoción de una democracia que tome en serio la igualdad y el fomento de una hospitalidad cosmopolita que guíe la construcción —condicionada— de instituciones jurídicas y políticas. Por eso se requiere de una ética de la corresponsabilidad.

Adela Cortina concluye así:

A mi juicio, una educación a la altura del siglo XXI tiene por tarea formar personas de su tiempo, de su lugar concreto, y abiertas al mundo. Sensibles a los grandes desafíos, entre los que hoy cuentan el sufrimiento de quienes buscan refugio en esta Europa, que ya en el siglo XVIII reconoció el deber que todos los países tienen de ofrecer hospitalidad a los que llegan a sus tierras, el drama de la pobreza extrema, el hambre y la indefensión de los vulnerables, los millones de muertes prematuras y de enfermedades sin atención. Educar para nuestro tiempo exige formar ciudadanos compasivos, capaces de asumir la perspectiva de los que sufren, pero sobre todo de comprometerse con ellos. (Cortina, 2017, p. 118).

LAS DIFICULTADES DE LOS MIGRANTES

El sufrimiento que atraviesan los migrantes en muchos lugares del mundo, y que afecta en nuestro siglo a millones de personas en el planeta, nos muestra que a pesar del recono-

cimiento a nivel internacional del derecho que poseen las personas a emigrar, aún se continúan vulnerando sus derechos humanos.

Esta realidad responde, en parte, a actitudes prejuiciosas y desprovistas de humanidad que no permiten la integración de los migrantes a la comunidad y, por otra parte, a las dificultades que aún se dan en poder realizar la efectiva articulación entre la dignidad humana, como principio universal, y los derechos fundamentales.

En relación con lo primero, la ONU denuncia en algunos documentos la situación de sufrimiento y muerte de millares de personas que buscan seguridad y que tratan de escapar de la violencia y de la pobreza y, manifiesta una profunda preocupación porque frente a ese escenario se verifica un inquietante aumento de discursos xenofóbicos y racistas que siguen ganando aceptación política y social.

En el prólogo del documento *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales* de la Organización de las Naciones Unidas, publicado en 2015, el alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, expresa:

en las fronteras terrestres, marítimas y aéreas del mundo, los migrantes sufren discriminación, decisiones arbitrarias, selección ilícita por perfiles, interferencia desproporcionada con su derecho a la intimidad, torturas, violencia sexual y de género, prácticas de interceptación peligrosas y detenciones prolongadas o arbitrarias. Además, la legislación nacional y los reglamentos administrativos pueden caracterizar las fronteras como zonas de exclusión o excepción de las obligaciones de derechos humanos y tratar de eximirlos del cumplimiento de las salvaguardias, controles y contrapesos en materia de

derechos humanos que suelen incluirse en las legislaciones nacionales. (Organización de las Naciones Unidas, 2015, p. iii).

Por su parte, el secretario general de la ONU, en la introducción del informe de 2016 titulado *En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes*, realizado con vistas a la Cumbre de la ONU sobre los Refugiados y los Migrantes de ese año, manifiesta:

Aunque los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes no son ningún fenómeno nuevo, las imágenes de los últimos años han sacudido la conciencia mundial: embarcaciones precarias cargadas hasta los topes de personas en busca de seguridad; mujeres, hombres y niños ahogados en su intento de escapar de la violencia y la pobreza; vallas erigidas en fronteras que la gente solía cruzar libremente; miles de niños y niños desaparecidos, presas, muchos de ellos, de los grupos delictivos. Incapaz de encontrar vías seguras para desplazarse, la gente sufre y muere buscando la seguridad mientras cruza el desierto del Sáhara, el mar de Andamán, el Mediterráneo, y tantas otras decenas de lugares peligrosos en todo el mundo. A la llegada, los derechos de quienes sobreviven a esos recorridos azarosos se vulneran con frecuencia. Muchos solicitantes de asilo y migrantes son detenidos y, en ocasiones, la acogida que reciben dista mucho de ser cálida. La retórica xenófoba y racista no solo parece ir en aumento, sino también ir ganando aceptación política y social (p.2).

Este escenario llevó a que se firmara en Marruecos, en diciembre de 2018 y en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Mundial para la Migración Segura,

Ordenada y Regular (GCM), el cual constituye el primer acuerdo intergubernamental que abarca de forma holística y completa las diferentes dimensiones de la migración internacional. El secretario general de las Naciones Unidas, a fin de apoyar la aplicación del Pacto, creó la Red de Naciones Unidas sobre Migración, para tratar de mejorar la gobernanza migratoria.

Lo cierto es que quienes se hallan en este tipo de situación migratoria sufren innumerables riesgos y vulnerabilidades. Tanto en los desplazamientos hacia un país, o bien residiendo ya en el lugar de destino, muchas veces los migrantes se encuentran con escenarios como cierres de fronteras, la aceptación en los países de solo grupos reducidos de personas o largos confinamientos en centros creados específicamente para alojar a inmigrantes o a demandantes de asilo. A esto se suman el trato con base en prejuicios infundados, la discriminación, los abusos o la falta de oportunidades ya sea por edad, diferencias de género, condición étnicoracial, socioeconómica o asociada al lugar de origen, que los sume aún más en la desprotección y el desamparo (Maldonado Valera et al., 2018).

También el papa Francisco se refiere a esta realidad en la carta encíclica *Laudato si*, donde expresa que la cultura del relativismo lleva a que se trate al otro como mero objeto y que se continúa tolerando que algunos se consideren más dignos que otros, admitiéndose en la práctica que unos se sientan más humanos que otros. Por eso invita a un cambio de actitud, proponiendo una *ecología integral* que incorpore “las dimensiones humanas y sociales” (papa Francisco, 2015, p. 137).

En la encíclica *Fratelli tutti* dedicada a la fraternidad y a la amistad social, el papa Francisco expresa que la fraternidad abierta que promovía San Francisco “permite reconocer, valorar y amar a cada persona más allá de la

cercanía física, más allá del lugar del universo donde haya nacido o donde habite” (papa Francisco, 2020, 1). Con ello pretende aportar a la reflexión para que “frente a diversas y actuales formas de eliminar o de ignorar a otros, seamos capaces de reaccionar con un nuevo sueño de fraternidad y de amistad social que no se quede en las palabras” (papa Francisco, 2020, 6). Señala que, entre otras dificultades del mundo actual, se encuentra “la tentación de hacer una cultura de muros, de levantar muros, muros en el corazón, muros en la tierra para evitar este encuentro con otras culturas, con otras personas” (papa Francisco, 2020, 27).

Podemos afirmar que la falta a los derechos fundamentales de las personas reviste gravedad no solo porque se vulneran los derechos de esas personas concretas, sino porque afectan la misma dignidad humana. Esta situación lleva a González Valenzuela (2005) a expresar lo siguiente:

... la infracción o violación de los derechos humanos es no solo un quebranto legal sino también ético de los valores humanos y, de manera más radical, compromete la propia condición humana. Y esta se cifra, en definitiva, en la naturaleza libre y comunitaria del hombre, en su constitutiva igualdad, su racionalidad, su individualidad y su diversidad. Se trata, es verdad, de valores, ideales y virtudes que gravitan todos en torno a la idea central de la dignidad humana. (González Valenzuela, 2005, p. 53).

En este sentido, rescatamos los aportes de H. Arendt y de A. Cortina, que sostienen que la violencia totalitaria perpetrada contra los grupos de personas perseguidas o esclavizadas (los parias), así como los delitos de odio contra el pobre, no solo dan lugar a una forma de sufrimiento injusto, sino que provocan la pér-

didada de la propia humanidad tanto por parte de quienes reciben ese trato como de quienes realizan estos actos.

Como pudimos apreciar, Arendt asegura que quien recurre a la violencia y desposee de derechos al otro cae en una perversión — porque experimenta un sentimiento de placer cuando en realidad tendría que sentir dolor—; pero este acto no solo daña al otro en su dignidad y en su propio respeto por reducirlo a algo trivial, sino que se daña a sí mismo incurriendo en la negación de un aspecto importante de su ser persona, dando también lugar a la negación de la pluralidad.

Como ya hemos mencionado, para Adela Cortina la falta del reconocimiento del otro — que provoca su desprecio e invisibilización— ocasiona un daño profundo, porque la persona tiene la necesidad de estrechar vínculos con los demás. Por lo tanto, los delitos de odio, entre los que se encuentra la *aporofobia* como forma de discriminación cotidiana —que puede derivar en xenofobia, homofobia, misoginia, racismo, o aversión a creyentes de otras religiones— afectan dos claves de la cultura: el respeto por la igual dignidad de las personas y la compasión, entendida esta como capacidad de percibir el sufrimiento de otros y de actuar con compromiso para evitarlo.

Recordamos que Arendt recalca que se aprende a ser humano en la medida en que es posible discutir con los semejantes aquello que sucede en el mundo. Entonces, la construcción de la comunidad solo podría darse a través de la consideración tanto de la *acción* como del *discurso*. La *acción* es la que lleva a reconocer la pluralidad que nos caracteriza como seres humanos y, a su vez, viabiliza el *discurso* que nos distingue en cuanto tales y manifiesta la necesidad de reconocimiento. Lo auténticamente humano implica libertad, originalidad y pluralidad, y por eso la identidad se

da en las relaciones con otros seres humanos. Para Arendt la acción siempre posee una responsabilidad personal y política por las consecuencias en la sociedad. La cohesión social no se da por la compasión, que al ser afectiva no lleva a la acción, sino que es dable con la amistad y la solidaridad, que tienen por base el reconocimiento de la dignidad y la pluralidad. El poder se da en la cohesión del espacio político, donde las personas actúan en conjunto y buscan el entendimiento para lograr el bien común. Allí se tiene que garantizar el ejercicio del principio de igualdad de los seres humanos, los derechos individuales, de las minorías y de los refugiados.

Según la posición arendtiana entre los derechos de las personas están el de tener un lugar en el mundo y el de poder conservar su identidad, por lo cual los refugiados tendrían que poder lograr la integración sin renunciar a la propia tradición; de este modo se evitaría la pérdida radical de su mundo y con ello de la propia humanidad.

Cortina, por su parte, reafirma la necesidad de que en la sociedad democrática esté presente la virtud del respeto activo para no dañar la dignidad y la autoestima de las personas. Advierte que, en la vida cotidiana, la sociedad no educa en el respeto a la dignidad ni para asumir una actitud compasiva. Sin embargo, no es posible una sociedad justa y pluralista ni la vida democrática si se agrede con los delitos antes señalados el principio de igualdad, y si no se garantiza la dignidad de las personas, así como su posibilidad de optar por opciones de vida buena.

Para enfrentar estos problemas, la filósofa española defiende una responsabilidad ética y una política de hospitalidad que se basa justamente en el reconocimiento de que nuestras vidas se encuentran vinculadas, en el respeto de la dignidad humana, en la solidaridad y la

compasión con quienes se encuentran en una situación vulnerable. Aboga por una hospitalidad cosmopolita, que no se reduzca a una actitud personal, sino que se institucionalice.

Arendt apuesta a una ética de la vida compartida, a la importancia del discurso, de la deliberación y la acción en el ámbito político para lograr el bien común, donde se garanticen la igualdad política, los derechos individuales, de las minorías y de los refugiados. Adela Cortina apela a una ética de la corresponsabilidad, que exige gestionar las condiciones jurídicas y políticas actuales desde el reconocimiento compasivo, orientando la construcción de una sociedad cosmopolita, sin exclusiones. Este es para ella un objetivo ineludible de la educación, que debe empezar en la familia y en la escuela y continuar en los distintos ámbitos de la vida pública; acompañada por las instituciones políticas y económicas, y por los medios de comunicación —que también educan—.

Pasamos a considerar ahora las dificultades que algunos autores señalan para efectivizar la articulación entre la dignidad humana como principio universal y los derechos fundamentales.

Ya la filósofa alemana Hannah Arendt había señalado que el colapso del sistema de Estadonación en Europa entre las guerras mundiales dio lugar a que muchísimas personas y pueblos fueran objeto de desnaturalizaciones masivas que las dejaron sin derecho a tener derechos, quedando en condición de apátridas, arrojadas al anonimato. Al dejar de tener una ciudadanía en su país vieron disipada su libertad de acción, pero lo más grave fue que no solo perdieron sus derechos civiles, sino también sus derechos humanos. En efecto, la filósofa aclara que en esos grupos de personas se verificó primero la pérdida del hogar, luego la de la protección del gobierno y del estatus legal en su país y en cualquier otro y, como

consecuencia, al dejar en absoluto de pertenecer a una comunidad, al estar privados de la acción y del discurso, devinieron en un *ser humano en general*, sin algo que pudiera identificarlos consigo mismos, transformándose así la dignidad en algo intangible.

Por esto Arendt afirma el *derecho a tener derechos*, lo que hace referencia a dos ámbitos íntimamente relacionados. La primera parte de la expresión, a saber, el *derecho*, apunta a un imperativo moral a la membresía, a que “se debe tratar a todos los seres humanos como personas pertenecientes a algún grupo humano y a quienes corresponde la protección del mismo” (Arendt, 2005, p. 51). Se refiere al reconocimiento que se le debe a toda persona por el solo hecho de ser humana, que no depende de la precondition de ser ciudadana y, al ser la humanidad la destinataria de este reconocimiento, obliga a todo individuo o comunidad humana a respetarlo siempre. La segunda parte de su afirmación expresa: *a tener derechos*, con lo que alude al derecho que se apoya en el anterior, a poder ser miembro de una comunidad humana organizada (con derechos y obligaciones) donde las personas actúan y discurren, y donde son juzgadas por sus acciones y opiniones.

Advierte que si el Estado nación es la única autoridad jurídica que reconoce y realiza los derechos humanos, estos pasan a depender de la ley —la cual no requiere como fuente un concepto de humanidad—, quedando así subordinados a una forma de realización específica. El peligro es que esos derechos, al quedar sujetos a la condición de ser ciudadano, serán respetados en la medida en que la nación que da la ciudadanía quiera realizarlo; pero esto mismo carece de significado para las personas que pierden su pertenencia a una entidad política. La advertencia de esta situación es la que lleva a Arendt a referirse al *derecho a tener derechos*, ya que, al remitir los derechos del individuo a su

condición de ser humano, toda persona o comunidad humana se ve obligada a respetarlos siempre (derecho moral a la membresía) y a la vez existe el reconocimiento a tener derechos como miembros de una comunidad organizada (Delgado Parra, 2016, p. 16).

De este modo, la justificación del derecho cosmopolita a nivel filosófico no radica en la posesión en común de la tierra, sino en el derecho de humanidad y en el derecho a la libertad.

Arendt muestra que estos dos aspectos señalados en el *derecho a tener derechos* no están presentes en las declaraciones tradicionales de derechos humanos, incluyendo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, porque no hacen referencia a un ser humano real, pues su base es la relación de dichos derechos con la ciudadanía.

Por su parte, Benhabib (2005), sostiene que “el sistema moderno de Estados naciones ha regulado la pertenencia en términos de una categoría principal: la ciudadanía nacional” (p. 13), pero hoy nos encontramos con un mundo de políticas crecientemente desterritorializadas, donde existen nuevas formas de membresía por las cuales las fronteras estatales ya no pueden considerarse apropiadas para la regulación de la condición de miembro. Las migraciones transnacionales ponen en evidencia la existencia de un dilema en las democracias liberales. Dicho dilema consiste en la afirmación, por una parte, de la autodeterminación soberana de los Estados y, por otra, en la adhesión a los principios universales de los derechos humanos. Esto provoca en concreto una serie de contradicciones entre la defensa de los Estados al control de sus fronteras, así como de la admisión de extranjeros (en cantidad y calidad) y las declaraciones de derechos humanos (Benhabib, 2005, p. 14).

Esa dificultad de articulación también se presenta en la Declaración Universal de los

Derechos Humanos de 1948 (Benhabib, 2005, pp. 1920) —lo que da lugar a que algunos afirmen que esta defiende un orden interestatal—, pues en su artículo 13 reconoce el derecho de las personas a emigrar, a dejar el país (libertad de circular a través de las fronteras), pero no hace referencia a una obligación por parte de los Estados a permitir el ingreso a inmigrantes. En cuanto al artículo 14, en él se afirma el derecho a recibir asilo en caso de persecución, mientras que en el 15 se sostiene el derecho de toda persona a poseer una nacionalidad, pero no señala obligaciones de los Estados a recibir asilados ni de permitir la ciudadanía a personas residentes o extranjeras. Esta es la razón, según Benhabib, por la que se puede decir que estos derechos no tienen destinatarios específicos y que tampoco establecen obligaciones específicas a ser cumplidas por las partes implicadas.

Por otra parte, tanto en la *Convención sobre el estatuto de refugiados* (Ginebra, año 1951), como en su protocolo (agregado en 1967) —ambos constituyen documentos legales internacionales de gran importancia en relación con los movimientos transnacionales— se puede apreciar que solo son de cumplimiento obligatorio para los Estados firmantes y pueden ser desconocidos completamente por los no firmantes (Benhabib, 2005, pp. 1819). Entonces, esto lleva a reconocer que, si bien existen muy importantes avances en relación con la protección de personas sin Estado, de refugiados y asilados, y que el trato arbitrario de los Estados a ciudadanos y residentes en su ámbito territorial fue deslegitimado a nivel internacional, todavía persiste el conflicto entre los derechos humanos y la reivindicación de la soberanía de los Estados (Benhabib, 2005, p. 59).

Para Seyla Benhabib, el proyecto de solidaridad posnacional constituye un proyecto moral que va más allá de las fronteras estatales

existentes y justamente allí, en los límites de los territorios estatales, es donde se producen esas tensiones entre “las demandas de la solidaridad universalista posnacional y las prácticas de pertenencia exclusiva” (Benhabib, 2005, p. 23). Por eso, aunque algunas prácticas de cierre democrático pueden tener mayor justificación, en realidad todas pueden ser cuestionadas.

Según la autora, para salvar la brecha señalada por Arendt entre derechos humanos y derechos ciudadanos es necesaria la incorporación de los derechos de ciudadanía a un régimen universal de derechos humanos.

A MODO DE CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos sostenido que las vulneraciones de los derechos humanos de los migrantes se dan, por una parte, por actitudes prejuiciosas que impiden que puedan integrarse efectivamente a una comunidad y, por otra, por la brecha que persiste en la articulación entre la dignidad humana como principio universal y los derechos fundamentales.

Respecto a lo primero, tenemos el convencimiento de que nos encontramos ante la necesidad de hacer realidad una postura cosmopolita, que reconozca la *humanidad*, con aspiraciones y preocupaciones más universales que las meramente locales, para no levantar muros entre las personas y propiciar el diálogo respetuoso y en términos de justicia. Ya no se puede tolerar —como afirma el papa Francisco— que algunos se consideren más dignos que otros ni la indiferencia ante esta realidad. Como sostuvimos anteriormente, más allá del deterioro legal y ético de los valores humanos, la violación de los derechos fundamentales compromete la misma condición humana en la que se basa la dignidad que gozamos por pertenecer a la familia humana.

Afirmamos, con Hannah Arendt y Adela Cortina, que la cuestión del rechazo al otro no solo tiene que ser abordada desde una posición ética, sino que requiere que se involucre también la vida política democrática, abogando por la dignidad de la persona, la igualdad, la posibilidad de optar, la defensa de la pluralidad y el rechazo a toda forma de violencia, y otorgando importancia al valor de la palabra para deliberar en la comunidad política.

Respecto a lo segundo, si bien en nuestra época existen esfuerzos para resolver a nivel internacional las dificultades de los cada vez mayores grupos de migrantes, todavía continúa el conflicto entre los derechos humanos y la reivindicación de la soberanía de los Estados, lo que constituye uno de los dilemas de las democracias liberales. Las fronteras políticas son las que siguen definiendo quién es miembro y quién es extranjero; es decir, la pertenencia sigue marcada por la condición de tener la ciudadanía nacional. Se reconoce el derecho a pedir asilo como un derecho humano, pero la obligación de otorgarlo todavía sigue siendo una prerrogativa de los Estados. Por eso, las prácticas actuales de pertenencia exclusiva de los Estados entran en conflicto con la necesidad de atender a las crecientes demandas de una solidaridad universalista posnacional. En este sentido, acordamos con Adela Cortina en que la pregunta que se tiene que plantear no es si se debe o no recibir al inmigrante en condiciones de vulnerabilidad, sino en cómo llevarlo a cabo. La dificultad, como dice Arendt, sigue estando en que la ley internacional opera en términos de acuerdos recíprocos y de tratados entre Estados soberanos.

La realidad del sufrimiento de un número creciente de personas migrantes reclama un esfuerzo como humanidad para la búsqueda de soluciones que salven las dificultades presentes, para que la dignidad humana no sea

algo intangible y sea efectivo el respeto de los derechos fundamentales. En consecuencia, necesitamos repensar aquellas estructuras que fundamentan la hospitalidad, con la construcción de una visión política que posibilite una convivencia bajo la tolerancia mutua, el respeto y la aceptación de las diferencias, considerando al otro con igual y efectiva dignidad, asumiendo el compromiso con la comunidad de todos los seres humanos más allá de las fronteras de los países.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andorno, R. (2011). Dignidad humana. En *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Universidad de Deusto-Comares. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/120>
- Arendt, H. (2003 [1958]). *La condición humana*. Paidós.
- (1990 [1968]). *Hombres en tiempos de oscuridad*. Gedisa.
- (1974 [1951]). *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus Ediciones.
- Benhabib, S. (2005). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Gedisa.
- Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. [Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia]. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-americana-derechos-deberes-hombre.pdf>
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós.
- Delgado, C. (2015). *Los dilemas de la ciudadanía moderna y la dignidad de los derechos humanos. De Arendt a Benhabib*. Universidad Autónoma de la Ciudad de México y Editorial Gedisa.

- Delgado Parra, M. C. (octubre 2016/marzo 2017). El concepto de libertad en Hannah Arendt para el ejercicio de los derechos humanos. *Tla-Melaua, revista de Ciencias Sociales*, (41) 625. Nueva época, año 10. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. <https://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v10n41/1870-6916-tla-10-41-00006.pdf>
- García Moreno, F. (2003). El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a lo largo de la historia de la filosofía. *El Búho*, (1), Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía. <https://elbuho.revistasaaafi.es/buho1/Buho1/04%20dignidad.pdf>
- Giner, S. (2006). Hannah Arendt: la primacía moral de la política. *Claves de Razón Práctica*, (168).
- Gómez Walteros, J. A. (2010, enero-junio). La migración internacional: teorías y enfoques, una mirada actual. *Revista Semestre Económico*, 13(26), 81100. Universidad de Medellín. <https://www.redalyc.org/pdf/1650/165014341004.pdf>
- González Valenzuela, J. (2005). *Genoma humano y dignidad humana*. UNAM-Anthropos. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR Oficina Regional de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) para América del Sur. (2017). *Derechos humanos de personas migrantes. Manual regional* <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>
- Kant, I. (1998 [1795]). *Sobre la paz perpetua*. Tecnos.
- Maldonado Valera, C.; Martínez Pizarro, J. y Martínez, J. (agosto 2018). *Protección social y migración: una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Naciones Unidas. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44021/1/S1800613_es.pdf
- Martínez Bullé-Goyri, V. M. (2013, enero-abril). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (136), 39-67; nueva serie, año XLVI. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mejía Quintana, J. (2017). *Violencia, reconocimiento del otro e identidad. Una postura inspirada en Hannah Arendt y Emmanuel Levinas*. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.
- Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH). (2015). *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales*. <https://www.ohchr.org/es/migration>
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (21 abril 2016). *En condiciones de seguridad y dignidad: Respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes: Informe del secretario general*. <https://www.refworld.org/es/docid/5732e3704.html>
- (2018). *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. <https://www.un.org/es/conf/migration/global-compact-for-safe-orderly-regular-migration.shtml>
- Papa Francisco (2015). *Laudato Si. Sobre el cuidado de la casa común*. <https://www.oas.org/es/sg/casacomun/docs/papa-francesco-enciclica-laudato-si-sp.pdf>
- (2020). *Fratelli tutti. Sobre la fraternidad y la amistad social*. https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html
- Pelé, A. (2015, julio-diciembre). La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales. *Revista Brasileira de Direito*, 11(2), 717. <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/?lang=ES>

- Torrado, J. L. (2013, febrero). El fundamento de los derechos humanos. *Argumenta Journal Law*, (16), 223-246. UENP. <https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/221>
- Urabayen, J. (2007). La comprensión de la identidad y la alteridad en el seno de Europa en la obra de Arendt y Levinas. *Pensamiento*, 63(237), 413-436. Universidad de Comillas.

Laura Urbina Valor

Perfil académico y profesional: Profesora de Filosofía por el Instituto Superior del Profesorado "San José" (Corrientes) y por la UCASAL. Licenciada en Psicopedagogía por la UCASAL. Doctoranda en Humanidades (Universidad Nacional de Tucumán). Jefa del Departamento de Filosofía y Ética del Vicerrectorado de Formación de UCASAL. Docente e investigadora del área Ética. Fue capacitadora nacional de Formación Ética y Ciudadana en el Ministerio de Educación de la Provincia de Salta. Integrante de las comisiones de ética aplicada y de responsabilidad social universitaria de UCASAL. Dicta cursos de Ética y Valores, Ética Profesional, Ética Empresarial y Responsabilidad Social Empresarial.

lurbina@ucasal.edu.ar

ORCID: 0000-0003-1017-2351



Los efectos de la inflación en el delito de contrabando en la Argentina

The impact of inflation on the offence of smuggling in Argentina

Agustín Ulivarri Rodi¹

Resumen

El presente ensayo tiene como objetivo analizar los efectos jurídicos de la inflación en la configuración del delito de contrabando, de acuerdo con el monto objetivo de punibilidad establecido por el legislador para diferenciarlo de las infracciones aduaneras (art. 947 del Código Aduanero). En él abordaremos la evolución normativa y jurisprudencial de la materia, relacionando la noción de “significancia económica” de la mercadería con el fenómeno de distorsión de precios y las posibles vulneraciones a derechos constitucionales. Para finalizar, analizaremos algunas soluciones que ha brindado la jurisprudencia nacional para evitar que, a causa de la inflación, el delito de contrabando amplíe su campo de aplicación a hechos insignificantes no queridos por el legislador.

Palabras claves: contrabando - inflación - contravención - mercaderías - insignificancia

Abstract

The aim of this essay is to analyze the legal effects of inflation in the configuration of the offence of smuggling, in accordance with the objective amount of punishability established by the legislator to differentiate it from customs offenses (art. 947 of Customs Code). In this essay we will address the legislative and case-law developments of this matter, linking the concept of “economic significance” of goods with the phenomenon of price distortion and potential violations of constitutional rights. Finally, we will analyze a few solutions issued by courts to address the problem, seeking to prevent the offence of smuggling from extending its scope to trivial matters unwanted by the legislator.

Keywords: smuggling - inflation - contravention - goods- insignificance

Derecho/ ensayo científico

Citar: Ulivarri Rodi, A. (2023). Los efectos de la inflación en el delito de contrabando. *Omnia. Derecho y sociedad*, 6 (1), pp. 63-84.

¹ Universidad Católica de Salta.

INTRODUCCIÓN

La inflación ha sido tradicionalmente definida como el aumento sostenido del nivel general de precios. Muestra diferentes niveles de gravedad, siendo la inflación “galopante” aquella que oscila entre dos y tres dígitos al año y genera graves distorsiones económicas, marcando una pérdida muy deprisa del valor del dinero (Samuelson y Nordhaus, 1995, pp. 586-591).

No hay dudas de que se trata de un fenómeno macroeconómico que afecta de forma transversal a todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos y demanda decisiones categóricas del Estado para responder a las circunstancias extraordinarias que genera².

El derecho no es una excepción a este fenómeno, y mucho menos el derecho penal. Sin embargo, existe en la jurisprudencia y en la doctrina una tendencia a admitir soluciones superadoras de estos problemas coyunturales económicos solo en el campo civil, pero restringiéndose notablemente en el ámbito penal, donde se advierte una reticencia a buscar vías resolutivas que importen una interpretación más allá de la letra de la ley.

Ahora bien, si la alteración del valor del dinero por la inflación trae tanta preocupación en la economía y en el derecho privado por corregir distorsiones y poder determinar —por

ejemplo— qué suma debe devolverse o pagarse en cumplimiento de obligaciones civiles, y si para ello se han construido teorías como la de la imprevisión; cómo los jueces no van a poder actuar proactivamente frente al efecto del fenómeno inflacionario en este tipo de casos, en donde ese hecho no jurídico tiene la capacidad de desplazar una infracción al campo del delito, someter a un ciudadano a un proceso penal y, aún más, privarlo de su libertad por el mero transcurso del tiempo y sin que haya operado una reforma legislativa.

Entonces, en este ensayo nos proponemos reflexionar sobre el efecto de la inflación en el monto objetivo de punibilidad establecido por el legislador en el art. 947³ del Código Aduanero para diferenciar entre el delito de contrabando de mercaderías y la infracción de contrabando menor. Como es sabido, el sistema adoptado por ese cuerpo normativo es de valor fijo, debiendo ser actualizado por el Congreso de la Nación cuando lo considere oportuno y conveniente. La última actualización es del año 2017⁴ y el monto vigente asciende a la suma de 500 000 pesos.

Ahora bien, desde esa fecha nuestra moneda ha sufrido un deterioro ostensible. Por ello, si bien la cifra resulta igual aritméticamente para todo el período de su vigencia, su valor real no es constante y se va modificando sustancial-

² La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el ejercicio del poder del Estado puede ser admitido de forma más enérgica en situaciones críticas que en períodos de sosiego y normalidad, pues acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (fallos 200:450; 313:1513; 314:1764; 318:1887; 321:1984; 323:1566; 325:1418).

³ El art. 947 del Código Aduanero (Ley 22415) establece, en su redacción vigente, que “[en] los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865 inciso g), 871 y 873, cuando el valor en plaza de la mercadería objeto de contrabando o su tentativa, fuere menor de pesos quinientos mil (\$500.000), el hecho se considerará infracción aduanera de contrabando menor y se aplicará exclusivamente una multa de dos (2) a diez (10) veces el valor en plaza de la mercadería y el comiso de esta. Cuando se trate de tabaco o sus derivados el hecho se considerará infracción aduanera de contrabando menor cuando el valor en plaza de la mercadería objeto de contrabando o su tentativa, fuere menor de pesos ciento sesenta mil (\$160.000). Cuando se trate de las mercaderías enunciadas en el párrafo anterior, el servicio aduanero procederá a su decomiso y destrucción”.

⁴ Ley 27430 (Boletín Oficial 27/12/2017).

mente a medida que transcurre el tiempo, lo que tiene por efecto ampliar el campo de aplicación del tipo penal, ámbito reservado constitucionalmente para el legislador nacional.

Cabe aclarar que el tema en cuestión no suele ser abordado en profundidad por la doctrina y la jurisprudencia actuales —como sí lo fue durante otros procesos inflacionarios históricos (sobre lo que se explicará más adelante)— en tanto si bien reconocen la inconveniencia del sistema de monto de punibilidad fijo en un escenario económico difícil, relegan la búsqueda de posibles soluciones en el entendimiento de que resulta un campo exclusivo del Congreso de la Nación.

Sin embargo, con el registro de la inflación anual más alta de los últimos 30 años (Quiroga, 2023), aparece como necesario y pertinente un replanteo sincero del tema, siendo ese el puntapié de esta propuesta de reflexión.

A tal fin, primero ahondaremos en la evolución normativa del monto objetivo de punibilidad, precisando las reformas legislativas que se efectuaron tanto en gobiernos constitucionales como *de facto*, con sus respectivos antecedentes; ello, desde que los trabajos preparatorios, los debates parlamentarios o las exposiciones de motivos permiten desentrañar la intención tenida en mira por el legislador al redactar las normas (Capitant, 2000, pp. 11-19) siendo “útiles para conocer su sentido y alcance”⁵.

En segundo lugar, se analizará la relación e incidencia del fenómeno inflacionario respecto al sentido y la finalidad de la norma que establece un monto mínimo para la persecución judicial del contrabando, con especial énfasis en los principios y derechos constitucionales que el escenario económico coyuntural pone en riesgo.

A continuación, reflexionaremos sobre el papel que el juez —ante el silencio del legislador— debe adoptar para solucionar un problema al que se enfrenta diariamente al momento de conocer en causas de contrabando de mercaderías. Y, al respecto, se analizarán dos alternativas que surgen de la jurisprudencia nacional como vías de escape, teniendo en cuenta sus ventajas y debilidades: la primera, la indexación judicial del monto objetivo de punibilidad del art. 947 del Código Aduanero; la segunda, tener como referencia para el aforo de la mercadería el momento histórico en que el legislador actualizó el monto y no la fecha de constatación del ilícito.

Para concluir, brindaremos nuestra opinión sobre cuál podría ser una solución jurisprudencial provisoria, plausible y viable para matizar la secuela nociva de la inflación en el campo del derecho penal aduanero, hasta tanto se realicen las reformas legislativas pertinentes; aclarando que estas ideas son un punto de partida (no de llegada) para la constante reflexión que merece un tema tan candente para los argentinos y que, sin excepción, también penetró en la órbita del derecho penal, generando efectos probablemente no previstos —ni queridos— por el legislador.

EVOLUCIÓN DEL MONTO OBJETIVO DE PUNIBILIDAD DEL CONTRABANDO

Desde la época hispánica, el problema del contrabando ocupó una parte importante en la agenda política y judicial del Estado, pero siempre en torno al riguroso control económico de la metrópoli sobre los puertos ame-

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Santiago del Estero, Provincia de c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/ acción declarativa”, sentencia del 13/11/1990, Fallos 313:1149, entre otros.

ricos. Así, constituyó el tercer delito con mayor cantidad de causas en trámite ante la Audiencia de Buenos Aires en el período entre 1785 y 1810 (Levaggi, 2012, pp. 112-113). Sendos dictámenes del fiscal Manuel Genaro de Villota, de 1807 y 1809, daban cuenta de la importancia de controlar las introducciones clandestinas por cuanto destruían las rentas del erario y afectaban el comercio interno, las artes y la agricultura. El problema era principalmente económico, y así lo definió el fiscal de la Audiencia cuando recomendó que la autoridad indiana revendiera a los consumidores rioplatenses el tabaco negro brasilero incautado del contrabando para así “sacar un partido ventajoso de la especie prohibida cuyo uso no es posible impedir [advirtiendo que —de otro modo—] perderá la renta por sostener unos principios que no alcanzan a destruir ni debilitar los del contrabando” (Levaggi, 1981, pp. 436-437).

Por entonces, la introducción clandestina de mercadería estuvo asociada al perjuicio económico y, concretamente, al de carácter fiscal. Sin embargo, dicha concepción restringida fue modificándose, no solo a lo largo de la evolución legislativa de las disposiciones aduaneras⁶, sino también en virtud de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷.

En lo que aquí interesa, en la actualidad la doctrina sostiene que la sola afectación al control —aunque sin lesión o peligro a otro bien jurídico (*vgr.* salud pública, seguridad común)— podrá escapar a alguna hipótesis específica de contrabando (como el contraban-

do de estupefacientes del art. 866 del Código Aduanero); pero quedará encuadrada en la figura básica de contrabando simple (arts. 863 y 864), precisando que, sin embargo, “ello no significa que cualquier acto que incida sobre el control aduanero se lo considere contrabando (...) debiendo verificarse si la tipicidad no desaparece por insignificancia de la afectación al bien jurídico tutelado por la norma” (Vidal Albarracín, 2018, pp. 87-88).

Sentado lo anterior, cabe recordar que la idea de diferenciar los hechos de poca entidad económica de aquellos contrabandos que tuvieran una magnitud tal que resulte merecedora de una sanción grave se inició en el año 1952, cuando se sancionó la Ley 14129. En ella se establecía que cuando la mercadería secuestrada objeto de contrabando no excediera de 1000 pesos moneda nacional, los jueces podrían sustituir la pena de prisión por la de multa. Entre los fundamentos del proyecto remitido por el Poder Ejecutivo se explicaba que esta norma “se basa en el deseo de no extremar el rigorismo de la sanción en los contrabandos de escaso monto”⁸.

Luego, en 1954, el Poder Legislativo —mediante la Ley 14391— actualizó dicho monto a la suma de 3000 pesos moneda nacional, debajo del cual los hechos no constituirían el delito previsto en el art. 182 de la Ley de Aduana, sino una infracción aduanera; siendo esta la primera vez que la norma —con el establecimiento de un límite monetario— diferenció el ámbito delictual del campo del contrabando menor, este último reservado para aquellos hechos que, habiendo afectado el control aduanero,

⁶ La Ley 14129 (Boletín Oficial 31/7/1952) agregó como párrafo final del art. 187 de la Ley de Aduana: “para la configuración de este delito no es necesaria la concurrencia de perjuicio fiscal”.

⁷ El Alto Tribunal sostuvo en “Legumbres” (Fallos 312:1920) que “el bien jurídico que se pretende tutelar mediante la incriminación del contrabando excede al de la integridad de la renta aduanera”.

⁸ Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 7.º reunión, 2.º sesión ordinaria, 18/7/1952.

no tuvieran una entidad económica que mereciera la instrucción de un sumario penal.

Trece años después de esta última norma, el gobierno *de facto* de Juan Carlos Onganía emitió en 1967 la Ley 17138, elevando así el monto objetivo de punibilidad a 50 000 pesos moneda nacional, lo que representó una actualización de más de 1600 % respecto de la suma anterior.

Sin embargo, en el año 1973, apenas tres días después de asumir Héctor José Cámpora como presidente constitucional, se dictó la Ley 25509 por la que perdían eficacia todos los decretos leyes penales dictados por el gobierno *de facto*, a excepción de seis normas que fueron ratificadas expresamente (art. 4). En dicha ley se dispuso que quedaban derogadas todas “las disposiciones que crean o modifican delitos o penas de delitos ya existentes y que no hayan emanado del Congreso Nacional. Aclárase que recuperan su vigencia las normas en vigor al momento de dictarse las que pierden ahora eficacia” (art. 1).

Este acto legislativo de la democracia, tendiente a reprimir la vigencia de las normas *de facto*⁹ y contradecir la doctrina nacida en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el dictado de la acordada del 10 de septiembre de 1930¹⁰, tuvo en la *praxis* judicial —y respecto de la Ley 17138— un efecto pernicioso en tanto dejaba sin vigencia la actualización de 50 000 pesos moneda nacional (que,

vale aclarar, había cambiado su nominación a la de “peso argentino” —Ley 18188— con una relación de un peso igual a 100 pesos moneda nacional), retrocediendo al monto establecido 19 años antes (Ley 14391).

Tal circunstancia implicó una ampliación repentina del campo del tipo penal del delito de contrabando, contrariando principios constitucionales como la razonabilidad de las leyes y la proporcionalidad entre el castigo y la infracción del precepto penal (arts. 18 y 28 de la Constitución Nacional).

Ese contexto llevó a que en 1974 la Corte Suprema de Justicia de la Nación debiera conocer —paradójicamente— en una causa por contrabando de “un cartón de cigarrillos y un whisky extranjero” por un valor de 14 900 pesos moneda nacional (o sea, 149 pesos argentinos según Ley 18188), en tanto —como se dijo— el monto había quedado nuevamente en 3000 pesos moneda nacional (30 pesos argentinos, según Ley 18188), de acuerdo con la última actualización democrática de 1954 (Ley 14391).

En esa oportunidad, el Alto Tribunal ratificó la vigencia de la norma dictada por el gobierno militar —negando que se encontrara alcanzada por la derogación genérica de la Ley 20509— en tanto aquella lograba mantener intacta la intención del legislador *de iure* de 1954 de dejar en la órbita de las contravenciones aquellas conductas económicamente insignificantes, de acuerdo con los valores

⁹ Algo similar ocurrió durante la presidencia de Raúl Alfonsín con el dictado de la Ley 23062 (“Instrumento de Reparación Histórica”) que —más allá de las críticas que tuvo por parte de juristas e historiadores— dispuso que “en defensa del orden constitucional republicano basado en el principio de la soberanía popular, se establece que carecen de validez jurídica las normas y los actos administrativos, emanados de las autoridades de facto surgidas por un acto de rebelión”.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación” del 10/9/1930, Fallos: 158:290. Cabe aclarar que tal criterio adoptado en 1930 (inmediatamente luego del golpe de estado de José Félix Uriburu) fue modificado por la integración democrática del Alto Tribunal posterior a 1983. Así, la Corte sostuvo que “la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo *de facto* está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que la suceda, la reconozca” (cfr. Fallos 306:174 “Dufourq”; 312:326 “Rivademar”; 319:3378 “Herraíz”; 328:4768 “Colegio de Abogados s/ Stegemann”, entre otros).

reales a ese momento histórico en el que fue considerada la norma por el Congreso de la Nación. La Corte dijo:

La elevación del monto [previsto por el legislador militar] se dirigió a adaptar una norma legal para mantener en el campo de lo infraccional, no delictual, los auténticos contrabandos menores. De no haber mediado dicha actualización por parte del legislador *de facto*, a raíz del proceso de desvalorización monetaria público y notorio se habría modificado la voluntad del legislador *de iure*, incorporando al campo de los delitos de contrabando hechos que, por el valor real de las mercaderías comprometidas en su momento, se habían colocado en el ámbito de las contravenciones (...) Procuró así el legislador *de facto* evitar que el mantenimiento nominal de aquel valor trastocara los topes previstos por el legislador *de iure* y condujera, en definitiva, a desplazar al campo del delito, hechos que —cuantitativamente y a valores constantes— el Congreso Nacional, a su tiempo y en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, configuró como simples infracciones o contravenciones¹¹.

Luego de dos leyes (14391 y 17138) que habían adoptado el sistema de valor fijo del monto mínimo de punibilidad, en 1978 —de nuevo, durante un gobierno militar— se sancionó el Decreto Ley 21898 que elevó a 400 000 pesos argentinos el límite monetario entre la infracción de contrabando menor y

el delito de contrabando simple, pero disponiendo una actualización anual automática de conformidad con la variación de los índices de precios al por mayor elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos. En la exposición de motivos, los redactores del proyecto, encabezados por el entonces ministro José Alfredo Martínez de Hoz, reconocieron que “resultaba prudente actualizar el importe fijo que operará como límite entre ambas figuras”¹².

Además, y con la intención de aclarar algunas interpretaciones jurisprudenciales que se habían dado en el fuero penal económico respecto del momento que debía tomarse para calcular el valor en plaza de la mercadería, la norma dispuso que el “valor (...) será el que fije la autoridad aduanera, con relación al momento de la constatación del hecho” (art. 1); descartando una doctrina que propiciaba, en el contexto inflacionario previo, que el precio de las mercaderías fuera calculado, no al momento del hecho, sino en la fecha de la última actualización del monto objetivo de punibilidad, lo que permitía mantener “intacta” la intención original del legislador respecto de qué hechos configuraban infracciones y cuáles delitos (sobre lo que se volverá más adelante).

Apenas tres años después, todavía bajo el último gobierno militar, se dictó el Código Aduanero (Ley 22415) que rige hasta la actualidad. Allí se estableció en el art. 947 que en los supuestos de los arts. 863, 864, 865 inc. “a”¹³ y “h” (agravante por importación o exportación de mercaderías sujetas a prohibición absolu-

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vicente Crocitta”, sentencia del 20/12/1974, Fallos: 290:375.

¹² Boletín Oficial de la República Argentina, edición del 7/11/1978.

¹³ La Ley 25986 (Boletín Oficial 5/1/2005) excluyó al inc. “a” del art. 865 de los supuestos contemplados por el art. 947.

ta¹⁴) y 871 y 873, el hecho se considerará infracción aduanera de contrabando menor cuando el valor de la mercadería objeto de contrabando o de su tentativa fuere menor de 1 394 672 pesos; aclarándose que en esos casos se aplicará exclusivamente multa y decomiso. En dicha oportunidad, el legislador *de facto* explicó la razón de incluir un supuesto agravado de contrabando —como lo es el de aquellas mercaderías con prohibición absoluta (actual inc. “g”)— dentro del campo del art. 947 del Código Aduanero, aplicándose en consecuencia el monto objetivo de punibilidad. Sostuvo:

[Debe] considerarse que también aquí la insignificancia económica de una mercadería deba tener por efecto excluir un tratamiento tan severo como el que corresponde al contrabando agravado (...). Si la exportación o importación de la mercadería se halla prohibida, cabe descartar el supuesto de contrabando agravado cuando el valor en plaza de la misma no supere el límite monetario que fija el art. 947. El fundamento por el cual se limitó el tratamiento de la excepción a ese supuesto es que en él la agravación cede o se neutraliza frente a su insignificancia económica. Por el contrario, en las otras hipótesis calificantes, dado que ninguna incidencia corresponde asignarle a la entidad económica de lo contrabandeado, no es del

caso otorgarle un tratamiento más benigno, ya que contienen otros fundamentos de agravación que no residen en el aspecto económico.¹⁵

A su vez, el legislador reiteró en el art. 953 la actualización automática anual, explicando que:

En el art. 953 se recoge el sistema de actualización automática del importe que distingue la infracción de contrabando menor del delito de contrabando. Con ello se pretende superar las distintas interpretaciones jurisprudenciales tendientes a evitar las consecuencias que planteaba el desajuste del tope fijo que rigió desde la sanción de la Ley 17138 hasta que entró en vigor la Ley 21898, provocado por la desvalorización monetaria¹⁶.

Finalmente, se estableció en el art. 952 que “a los fines de considerar al hecho como infracción o delito, en todos los casos, el valor en plaza de la mercadería será el que fije la autoridad aduanera con relación al momento de la constatación del ilícito”.

En 1991, durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, se efectuó la última actualización automática del monto del art. 947¹⁷ porque ese año entró en vigor la Ley de Convertibilidad (Ley 23928) que derogó todas las normas que establecieran o autorizaran la indexación

¹⁴ Se aclara que las letras de los incisos del art. 865 fueron alteradas por la Ley 23353 (Boletín Oficial 10/9/1986) que incorporó otros supuestos de agravamiento, siendo actualmente el art. 865 inc. “g” el que corresponde a la importación o exportación de mercaderías sujetas a prohibición absoluta. Sin embargo, esa reforma no corrigió dicho cambio en el art. 947, considerándose obviamente un error involuntario del legislador, que fue subsanado recién con la Ley 25986 (Boletín Oficial 5/1/2005).

¹⁵ Boletín Oficial de la República Argentina, edición del 23/3/1981.

¹⁶ Boletín Oficial de la República Argentina, edición del 23/3/1981.

¹⁷ La resolución 2344/1991 de la Administración Nacional de Aduanas elevó a 5 068 000 de australes el valor del art. 947, aclarando que en virtud del art. 10 de la Ley 23928 quedaban derogadas todas las normas legales o reglamentarias que establecieran actualizaciones monetarias con efecto a partir del 1/4/1991.

por precios, la actualización monetaria, la variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios.

Por tal motivo, recién en 1995 se actualizó —pero esta vez por ley del Congreso— el monto del art. 947 a 5000 pesos¹⁸, de acuerdo también con la nueva nominación que había desplazado al austral. Del debate parlamentario surge que los legisladores recogieron una exhortación del Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 2 de la Capital Federal a los poderes Ejecutivo y Legislativo en la que se afirmaba que:

Las mismas razones de política criminal, valoradas al día de hoy y de acuerdo con la experiencia que transita diariamente ante nuestros estrados, advierte inequívocamente que el límite de 506 pesos para determinar lo que es delito de infracción debe ser modificado, ampliándolo significativamente. Una modificación en tales términos tendría un efecto altamente descongestionante de la labor de los tribunales (...) y los contados medios se concentrarían en los grandes contrabandos, con la cual se respetaría el espíritu que en 1954 dio origen a la diferenciación entre contrabando y contrabando menor¹⁹.

Respecto al proyecto, en la Cámara de Senadores de la Nación, el miembro informante, senador Pedro Villarroel, sostuvo que

Al desactualizarse el monto mínimo del delito, infinidad de hechos que por su magnitud

no merecen la tramitación de causas penales, pudiendo ser resueltas con la actuación administrativa, quedan incluidos dentro de la competencia de la justicia, que debe dedicar su esfuerzo a investigar y juzgar estas causas menores, desviando recursos —siempre escasos— que merecerían ser utilizados para la persecución de asuntos de mayor importancia²⁰.

En 2002, la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (Ley 25561) ratificó la derogación de todas las normas indexatorias. De ahí que se mantuviera sin efecto la actualización automática del art. 953 del Código Aduanero, tal como venía sucediendo desde 1991.

La penúltima actualización que hizo el legislador fue a fines del año 2004 mediante Ley 25986²¹, cuando el Congreso elevó el monto a 100 000 pesos. En el mensaje del Poder Ejecutivo se explicó que:

[Ello] tiende a lograr una mayor celeridad en la tramitación de las causas por contrabando más relevantes, por el alivio de trabajo que las reformas propuestas implicarían para los tribunales de justicia. Paralelamente, el incremento del monto de la multa para el contrabando menor permitirá que dicho ilícito, juzgado en la órbita administrativa, tenga una rápida solución y se desaliente la comisión del mismo. (Vidal Albarracín, 2018, p. 265).

Finalmente, en el año 2017, mediante Ley 27430, el Poder Legislativo hizo una nueva ac-

¹⁸ Ley 24415 (Boletín Oficial 5/1/1995).

¹⁹ Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 12.ª reunión, 8.ª sesión ordinaria, 18/8/1994.

²⁰ Honorable Cámara de Senadores de la Nación, 52.ª reunión, 21.ª sesión ordinaria, 7/12/1994.

²¹ Boletín Oficial de la República Argentina, edición del 5/1/2005.

tualización del monto del art. 947 del Código Aduanero, llevándolo a 500 000 pesos. En dicha oportunidad, el diputado nacional por la provincia de Salta, Javier David, expuso:

La propuesta apunta a la necesidad de cambiar un artículo del Código Aduanero para aumentar un monto mínimo por el cual se pasa de la infracción aduanera al delito, que hoy está en 100 000 pesos. Evidentemente, ha quedado desfasado en el tiempo, y entonces, los juzgados de frontera —como ocurre en el norte de Salta, en ciudades como Orán y Tartagal— se ven atiborrados de causas judiciales por lo que podría ser, por ejemplo, el contrabando de cinco o seis celulares, al precio de hoy. Estos mismos juzgados, que ya de por sí son pocos, tienen que encargarse de temas tales como el narcotráfico, la trata de personas y los delitos económicos²².

En suma, desde 1954 hasta 1978 y desde 1991 hasta la actualidad —es decir, por 55 años— rigió en nuestro país el sistema de valor fijo del monto objetivo de punibilidad para la distinción entre la infracción de contrabando menor y el delito de contrabando; mientras que solamente durante 13 años se aplicó el régimen de actualización automática a los fines de atemperar los efectos de los distintos procesos inflacionarios y de depreciación monetaria que provocaban un desajuste de los valores y la consecuente ampliación del tipo penal de contrabando. Por lo demás, durante estos últimos 23 años, el monto objetivo de punibilidad se actualizó tan solo en dos oportunidades (2005 y 2017).

LA “SIGNIFICANCIA ECONÓMICA” ANTE EL FENÓMENO INFLACIONARIO

Tal como se advirtió al inicio de este ensayo, y luego del *racconto* sobre la evolución legislativa en torno al monto objetivo de punibilidad del delito de contrabando, puede apreciarse que la intención del legislador, tanto *de iure* como *de facto* —según los distintos momentos históricos en los que se llevaron a cabo las reformas aduaneras— fue la de no castigar penalmente aquellos hechos que no fueran económicamente significativos, aun cuando importaran una burla al control aduanero y se tratara —incluso— de mercaderías sujetas a prohibiciones absolutas.

Asimismo, el legislador *de iure* de las leyes 24415 (1995), 25986 (2005) y 27430 (2017) incorporó la idea de que la actualización monetaria no solo tenía que ver con mantener el valor del monto frente al proceso inflacionario, sino que también guardaba relación con una finalidad de descomprensión de los juzgados de frontera que se encontraban superados por causas de contrabando de poca entidad.

En este sentido, la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que “la finalidad perseguida con dicho límite es mantener dentro de la esfera del derecho penal, en consonancia con el principio de *ultima ratio*, solo aquellas conductas que involucran bienes de cierta magnitud económica”²³. Y, en otro caso, reafirmó que la intención del legislador “es reservar el ámbito criminal a la sanción de los ilícitos vinculados con mercadería de cierta significación económica”²⁴.

²² Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 25.ª reunión. 2.ª. sesión, sesión extraordinaria del 19/12/17.

²³ Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “Leveque, Gabriel Eduardo y otro s/recurso de casación”, sentencia del 8/9/2020.

²⁴ Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “Zuazquita, Atilio Ricardo s/recurso de casación”, sentencia del 25/10/19.

Tal circunstancia es conteste con los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad y razonabilidad (arts. 18 y 28 de la Constitución Nacional), pues no sería adecuado imponer una sanción penal cuando se trata de hechos que no tienen tal trascendencia económica para impactar en las arcas del Estado (por los gravámenes no ingresados, que resultan de la aplicación de una alícuota sobre la mercadería) ni en la economía local por el ingreso de aquella al mercado (Borinsky y Turano, 2021, p. 172).

Sin embargo, la idea de “significancia económica” que pudiera tener el legislador al momento de sancionar una actualización del valor del art. 947 del Código Aduanero, queda distorsionada a poco que se repare en el grave contexto inflacionario que existe en la actualidad; lo que se traduce en una peligrosa imprecisión del tipo penal que —a partir de un hecho de la realidad incontrolable para el ciudadano— extiende su campo delictual, absorbiendo conductas bagatelares cuya represión penal no le interesó originariamente al legislador.

En otras palabras, teniendo en cuenta que el fenómeno de la inflación tiene como efecto disminuir el valor real del dinero, dicho proceso va ampliando *de facto* (sin que haya cambiado la norma represiva) la figura penal respecto a la órbita que le asignó la ley al comienzo de su vigencia (y, obviamente, para toda su vigencia) de acuerdo con lo que el legislador entendió razonable como expresión de un valor económico significativo.

Tal fue la idea plasmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reseñado fallo “Crocitta”, cuando entendió que la actualización realizada por el legislador *de facto* en 1967 había respondido a la correcta idea de evitar desplazar al campo del delito, hechos que —

cuantitativamente y a valores constantes— el Congreso Nacional, a su tiempo y en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, configuró como simples infracciones o contravenciones. Y no debe olvidarse que, en dicha causa, por efecto del proceso inflacionario, se había activado todo el sistema judicial penal para perseguir el contrabando de apenas un cartón de cigarrillos y un whisky extranjero, debiendo intervenir incluso la máxima instancia de nuestro país.

Algo similar ocurrió en 1975, cuando la justicia nacional en lo penal económico debió conocer en un contrabando de “dos pantalones vaqueros y dos mantas de algodón”, oportunidad en la que se sostuvo que “la inflación monetaria ha desvirtuado la intención del legislador” aclarando que el mismo hecho “por el que ahora podrían resultar condenados los encartados, no hubiera constituido delito de contrabando, sino simple infracción, a la fecha en que se actualizó el tope”²⁵.

Y comentando estos hechos paradójicos de la *praxis* judicial, la doctrina entendió que la justicia debía procurar que el monto determinado por ley constituyera un valor real constante, ello a los fines de no caer en indebida analogía, la que se producía cuando se utilizaba el valor en plaza al momento del hecho cometido “ocho años después de la sanción de la ley”; circunstancia que mal se compagina con el principio de legalidad (González, 1976, p. 333). Además, el referido autor advertía que la política monetaria que producía la inflación era concretada en los hechos por el Poder Ejecutivo a través del Banco Central, emitiendo moneda y fijando su valor sin pedir autorización al Parlamento, no siendo aceptable entonces que “uno de los elementos del tipo penal quede a merced de la política económi-

²⁵ Juzgado Nacional en lo Penal Económico n.º 2 de la Capital Federal, “Godoy, Andrés y otros”, sentencia del 24/9/1975.

ca implementada fundamentalmente por el Poder Ejecutivo (...) en tanto ello importaría aceptar que el Presidente de la Nación puede alterar las leyes” (González, 1976, pág. 331).

En esa concepción de “valores reales”, recuérdese lo explicado por el legislador cuando efectuó la última actualización en el año 2017 respecto a que era preocupante que, a partir de la desactualización del tope, los juzgados tuvieran que conocer en “contrabandos de cinco o seis celulares”²⁶. En ese orden, en una causa de contrabando de hojas de coca para expendio legítimo de conformidad al art. 15 de la Ley 23737, un juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta recordó que “en el año 2017 para sostener la hipótesis delictiva de encubrimiento de contrabando hizo falta acreditar 450 kilogramos de hoja de coca. Hoy, por efecto de la inflación, es delito 91 kilogramos”²⁷.

Lo expuesto demuestra que la inflación resulta un hecho de origen no legal que transforma a los infractores en delinquentes por el mero transcurso del tiempo y la evolución en alza de los precios de las mercaderías; circunstancia que, naturalmente, no responde a un cambio en la valoración social del delito plasmada en una ley por el Congreso de la Nación, sino a un hecho del mundo económico no jurídico cuya evolución no ha sido prevista razonablemente por las normas vigentes; corriéndose el riesgo de que en el futuro pueda desaparecer la diferencia entre infracciones de contrabando menor y delito, como pasa

cuando la justicia penal debe conocer en la introducción clandestina de “dos pantalones vaqueros”, de un “cartón de cigarrillos y un whisky” o de “cuatro o cinco celulares”.

Y la penalización de estos hechos que quedan bajo la órbita delictual por la desactualización del monto objetivo de punibilidad, a raíz del proceso inflacionario y la depreciación monetaria, no puede pasar válidamente un control de constitucionalidad. Es que lo contrario importaría no solo aceptar una ampliación indefinida del tipo penal sobre un elemento que carece de permanencia e inmutabilidad —vulnerando gravemente la seguridad jurídica y los principios de legalidad y reserva (art. 18 y 19 de la Constitución Nacional)— sino también una flagrante violación de la igualdad ante la ley (art. 16 del texto constitucional), en tanto acciones iguales, y bajo la misma norma, son consideradas como delitos o contravenciones, según la época en que se realizaron, sin mediar —naturalmente— una reforma legislativa ni un cambio sobre la valoración social de estos hechos.

Tal ha sido la postura de calificada doctrina:

Sobre este punto se ha observado la inconveniencia de establecer como pauta legal para la diferenciación de un delito grave como es el contrabando y una infracción aduanera, montos dinerarios fijos, que por el irremisible proceso de la desvalorización monetaria convertirá en delito, por el mero transcurso del tiempo, hechos que

²⁶ Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 25.ª reunión. 2.ª sesión, sesión extraordinaria del 19/12/17.

²⁷ Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Sala I, Vocalía n.º 3, “Villalba, Mario Armando”, audiencia del 13/10/22. Luego, en dicha causa la fiscal general decidió solicitar el sobreseimiento del acusado porque “el valor de las mercaderías supera escasamente el monto objetivo de punibilidad” (570 000 pesos) precisando que “los principios de lesividad y mínima intervención del derecho penal obligan al Ministerio Público a realizar una selección racional de los casos en los que el Estado no posee interés público en la persecución, para dar lugar a la investigación de hechos de mayor trascendencia que merecen aumentar los niveles de respuesta social”. El imputado fue sobreseído en audiencia del 17/11/22.

con idéntico texto legal, idéntica conducta e idéntica mercadería, no demasiado tiempo antes constituían una simple infracción. (Alais, 2011, p. 150).

EL JUEZ ANTE EL PROBLEMA

No se discute aquí que la grave incidencia de la inflación en el tipo penal de contrabando debe ser solucionada de forma definitiva desde el Congreso de la Nación por medio de las reformas aduaneras que considere necesarias y adecuadas según la mejor técnica legislativa. Ello no solo porque se trata de una atribución constitucional específica de ese órgano (arts. 18, 39, 75 inc. 12, 99 inc. 3 y 126 de la Constitución Nacional), sino también porque en virtud de dicha competencia —y a diferencia del Poder Judicial— tiene la potestad de generar preceptos con aplicación *erga omnes* que respondan a necesidades comunitarias generales y a aspectos coyunturales como lo son las crisis económicas²⁸.

Sin embargo, y aun cuando “la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen”²⁹, el problema de la inflación respecto al monto objetivo de punibilidad es evidente, sin que se advierta que sea un tema prioritario de la agenda legislativa a razón de que hubo solo dos actualizaciones desde que comenzó este siglo.

De ahí que el problema está latente en el seno de los tribunales nacionales, que deben resolver todos los días hechos de contrabando que cumplen con el monto objetivo de punibilidad con cantidades de mercaderías que, al momento de la actualización del año 2017, eran considerados infracciones por su “insignificancia económica”.

Ahora, ¿es la solución declarar inconstitucional el monto objetivo de punibilidad o, acaso, las normas derogatorias de la regla de actualización del art. 953? ¿Pueden los jueces indexar judicialmente el valor del art. 947?

Respecto a lo primero, conocida es la jurisprudencia en cuanto a que “la declaración de inconstitucionalidad de una ley o decreto constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como la última *ratio* del orden jurídico”³⁰, porque “las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional, gozan de presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución solo cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indudable”³¹.

Lo contrario, importaría:

desequilibrar el sistema constitucional de los tres poderes que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige

²⁸ Desde antaño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “no le corresponde hacer declaraciones generales en ningún caso” (Fallos: 1:27) y que “los órganos del Poder Judicial de la Nación están llamados a decir qué es el derecho, pero en el seno de una causa o controversia” (Fallos: 319:1654, entre otros)

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Funes López”, sentencia del 4/10/2022, Fallos: 345:1086 y sus citas de Fallos: 306:721; 307:518; 319:2249; 326:704.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Banco Europeo para América Latina c/ Cura Hnos. I.M.S.A”, sentencia del 8/9/1983, Fallos: 305:1304, entre muchos otros.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Chukwudi”, sentencia de 11/11/2021, Fallos: 344:3458; “Standard Bank Argentina SA”, sentencia del 21/11/2018, Fallos: 341:1675, entre muchos otros.

el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley³².

Ahora bien, pretender que el Poder Judicial aplique sin más el monto objetivo de punibilidad en un contexto de inflación “galopante”, ateniéndose de forma exclusiva al contenido literal de la norma, transformaría a los jueces en autómatas ciegos, imposibilitados de apreciar el problema en profundidad y de armonizarlo con los principios y derechos constitucionales en juego; extremo que también caería en el riesgo de quebrar la división de poderes y el sistema de “frenos y contrapesos” que tiene nuestra ingeniería constitucional.

Es que en ese supuesto del juez “espectador”, la función jurisdiccional queda reducida a una actividad puramente reproductiva de la producción parlamentaria que excluye la labor valorativa del intérprete; lo que, además de contradecir la doctrina del *judicial review* inherente a nuestra Constitución, revela un retroceso histórico en la materia, en tanto la tarea jurisdiccional se asimilaría al positivismo revolucionario inspirado en la doctrina de Montesquieu, según la cual “el juez no es sino la boca a través de la cual se manifiestan las palabras de la ley” (Montesquieu, 1979, p. 301) o a la magistratura de los tiempos del despotismo ilustrado, época en la que los jueces coloniales tenían prohibido fundar sus sentencias, respondiendo las soluciones a un

sentido literal del derecho divino emanado del soberano, tantas veces confuso y por demás injusto (Martiré, 2009, pp. 72-73).

Ahora bien, la doctrina nos recuerda que entre las delicadas funciones interpretativas del Poder Judicial está:

La que efectúa una exégesis de tales textos de acuerdo con lo estatuido por la Constitución y tal hermenéutica puede ser negativa, que es cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma, o positiva cuando, a partir de la vinculación o “puesta en correspondencia” de un proceso o una situación jurídica con la ley suprema, se otorga a aquel o a aquella un alcance “de conformidad con la Constitución”, la cual, de tal modo, “irradia” el entero ordenamiento jurídico y, más aún, la totalidad de la vida social. (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2020, p. 274).

Según reconocidas directrices de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la primera regla de interpretación de las leyes es “dar pleno efecto a la intención del legislador”³³ como también su espíritu “el que no debe subordinarse a las palabras sino estas a aquel, máxime cuando aquella *ratio* se vincula con principios constitucionales que siempre han de prevalecer en la interpretación de las leyes”³⁴. Asimismo, “los jueces deben superar las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal en procura de una aplicación racional,

³²Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Servicios Aéreos Cruzeiro Do Sul Ltda. c/ Municip. de la Ciudad de Bs. Aires”, sentencia del 17/9/1953, Fallos: 226:688, entre otros.

³³Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Conte”, sentencia del 2/9/2021, Fallos: 344:2115; “San Juan S.A”, sentencia del 27/10/2015, Fallos: 338:1156, entre muchos otros.

³⁴Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Morrone, Roque A. y otros s/ infr. Ley 23771”, sentencia del 19/8/1999, Fallos: 322:1699.

cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho³⁵.

Por lo demás, de acuerdo con una directriz teleológica de interpretación que cabe tener en cuenta en el problema que inspira este trabajo, no debemos olvidar las enseñanzas de Soler en cuanto a que:

Si bien los fines de la ley vienen dados por el legislador histórico, no resulta menos contrastable que las normas ostentan su propia racionalidad y que esta con el transcurso del tiempo y la inevitable mudanza del contexto que la vio nacer, cobra vida propia y autonomía. (Soler, 1962, p. 123).

Es por todo ello que, en el estado actual de las circunstancias, el juez debe ser tanto o más proactivo que el propio legislador y hacer un esfuerzo para buscar, aun de forma provisoria, una solución superadora conteste con el principio *pro homine* y de ultima *ratio* del derecho penal y que responda a una interpretación de la ley con profundo sentido constitucional.

LA INDEXACIÓN JUDICIAL

Llegado el momento de analizar algunas de las soluciones que se han propuesto en torno al problema de la inflación y el delito de contrabando, en la jurisprudencia se observan casos en los que se solicitó que sean los jueces quienes indexen los valores del monto objetivo de punibilidad de acuerdo con la norma del art. 953 del Código Aduanero, para de esa

manera desplazar hacia el campo infraccional aquellas conductas que, por efecto de este fenómeno económico, son consideradas delito.

Sobre el tópico, cabe recordar que en el año 1986, mientras aún regía el sistema de actualización anual del art. 953 del Código Aduanero —en un contexto de alza de precios, suba del dólar estadounidense, elevación de las tasas de interés y aumento sostenido del costo de vida, indicadores que habían llevado al entonces presidente Raúl Alfonsín a proclamar una necesaria “economía de guerra” (Rodríguez Varela et al., 1993, p. 649)— la justicia en lo penal económico de la Capital Federal comenzó a modificar la regla de indexación legal, estableciendo una de carácter judicial (con una actualización más periódica) que debía resultar de una “debida ponderación de las circunstancias económicas que influyen en los valores de las mercaderías” (Fernández Lalanne, 1997, p. 1601).

En este sentido, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Penal Económico sostuvo que “no obstante la actualización anual que prevé el art. 953 del Código Aduanero, el juez puede actualizar los montos allí previstos ante un caso concreto y al momento de la constatación del hecho³⁶. Por su parte, la Sala II explicó que “el monto no puede reducirse a un dato meramente histórico, sino que tiene que adecuarse a las derivaciones que las circunstancias económicas produzcan sobre los valores de las mercaderías³⁷”.

Sobre esos años, en los prolegómenos de la hiperinflación, la doctrina sostenía que:

La indexación anual prevista legalmente,

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “De Maio, Ana de las Mercedes”, sentencia del 16/9/2014, Fallos: 337:1006.

³⁶ Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal, Sala III, “Chaparro, B. s/ presunto contrabando”, sentencia del 22/4/86.

³⁷ Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal, Sala II, “Fischman, G. L c/ contrabando”, sentencia del 23/6/86.

si bien soluciona en parte el problema monetario, no se compadece con la realidad económica argentina de los últimos años. Ello así, porque ante el hecho de existir una inflación virulenta de elevadísimo monto, la indexación anual puede transformar el tope legal en irrisorio (Bonzón, 1987, p. 77).

Sin embargo, esa jurisprudencia fue modificada por la Corte Suprema cuando —respecto de una decisión judicial de actualizar de forma mensual los montos del Código Aduanero— sostuvo que:

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que prescindió de la aplicación de disposiciones contenidas en el art. 953 del Código Aduanero y se fundó en una supuesta interpretación progresista que en realidad reformó la ley e implicó un inequívoco desconocimiento de la solución legal vigente para el supuesto juzgado y su reemplazo por la libre estimación de los jueces que la suscriben³⁸.

Y, luego de la derogatoria general de las normas que preveían actualizaciones, sostuvo que ello constituyó “una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11 de la Constitución Nacional de ‘hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras’³⁹”

Teniendo en cuenta ese contexto normativo y jurisprudencial, la Cámara Nacional en lo Penal Económico consideró que “la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa —

mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria— escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial”⁴⁰

Luego, en un caso en donde la defensa oficial había solicitado expresamente que los jueces indexaran conforme el art. 953 del Código Aduanero, la Sala I de la Cámara Federal de Salta, tras un exhaustivo análisis de la cuestión, expresó:

Toda vez que el art. 953 del Código Aduanero es a los fines de las citadas leyes, una norma legal por la que se establece una actualización monetaria, forzoso es concluir que el sistema de reajuste que previó el art. 953 fue derogado por las llamadas leyes de convertibilidad y de emergencia económica, sin que el órgano constitucional facultado para ello haya modificado los alcances de aquellas leyes (...) de acuerdo con los parámetros reseñados en cuanto a que el Poder Judicial no se encuentra facultado para aplicar indexaciones que no estuvieran previstas en la ley aduanera (“Bogado”), y teniendo en cuenta que “las normas que derogaron el art. 953 del Código Aduanero —sobre actualización de los montos del art. 947— reflejan una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 75, inc. 11 de la Constitución Nacional de hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras” debe rechazarse el planteo

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bogado”, sentencia del 10/8/1993, Fallos: 316:1764.

³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes”, sentencia del 3/3/1992, Fallos: 315:158; “Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Economía s/ amparo”, sentencia del 30/6/2005, Fallos: 328:2567, entre muchos otros.

⁴⁰ Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal, Sala B, “M.C.D.L. y otros s/ infracción a la Ley 22415”, sentencia del 14/6/2017.

de actualización de los montos pretendido por el recurrente⁴¹.

En la misma línea, se pronunció la Cámara Federal de Posadas aseverando que “no puede aplicarse la actualización de los montos del art. 947 por la vía del art. 953 por cuanto este último se encuentra derogado”⁴², lo que “enerva la tesis y fórmulas matemáticas plasmadas por el recurrente en sus presentaciones a fin de que sea la judicatura la que se encargue de una cuestión que, a la par de derogada, no resulta de su competencia”⁴³; doctrina que, a su vez, fue sostenida en reiterados precedentes por las Cámaras Federales de Corrientes⁴⁴ y de Resistencia⁴⁵.

Y, sobre el tópico, también se pronunció la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal, luego de la última actualización de 2017 (Ley 27430).

El valor de la mercadería que el legislador, en uso de sus facultades que le son propias, fija como límite entre una infracción administrativa y un delito penal, son cuestiones ajenas a la vía judicial. En tal sentido, cabe recordar que nuestro más alto Tribunal en numerosas oportunidades, ha expresado que resulta ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia,

oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones y que, en tal sentido, nunca debe suponerse la inconsistencia o falta de previsión del legislador. Máximo en el caso, cuando, recientemente, se ha elevado considerablemente el monto, a los efectos de diseñar una política criminal que centre la atención en hechos que por su magnitud merecen encuadrarse en parámetros de criminalización, resultando claramente abarcable por la conducta aquí investigada.

Finalmente, respecto a la posibilidad de indexar, cabe recordar el debate parlamentario de la Ley 24415 en donde se afirmó expresamente que “por la convertibilidad quedaron derogadas todas las normas que establecieran actualizaciones”⁴⁶. En concreto, el miembro informante del Senado de la Nación sostuvo:

La vigencia de la denominada ley de convertibilidad derogó este mecanismo de reajuste, por lo que desde la fecha de dictado de la resolución citada [última actualización en 1991] el monto permanece sin variaciones. A la inflación acumulada desde esa fecha hay que agregarle los efectos del Plan de Convertibilidad sobre el precio re-

⁴¹ Cámara Federal de Salta, Sala I, “Paoletti, Rodolfo Marcelo y otros s/ infracción a la Ley 22415”, sentencia del 23/8/2017.

⁴² Cámara Federal de Posadas, “Cavalini, Víctor s/ encubrimiento de contrabando”, sentencia del 6/10/2016.

⁴³ Cámara Federal de Posadas, “Balceda, Antonio Luis s/ infracción Ley 22415”, sentencia del 22/12/2014.

⁴⁴ Cámara Federal de Corrientes, “Gaúna, Oscar Victoriano s/ Infracción Ley 22415”, sentencia del 16/12/2020; “Vera, German s/ infracción Ley 22415”, sentencia del 11/4/2017; “Correa Miranda, Ricardo Javier; Correa Miranda, Martín; Sotelo, René Rolando s/ Infracción Ley 22415”, sentencia del 10/11/2016 y “Segovia, Luis Miguel s/ contrabando artículo 864, inc. a - Código Aduanero”, sentencia del 1/09/16.

⁴⁵ Cámara Federal de Resistencia, “Jakimzuk, Eduardo Julio sobre Infracción Ley 22415”, sentencia del 23/11/17, entre otras.

⁴⁶ Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 12.ª reunión, 8.ª sesión ordinaria, 18/8/1994.

lativo al dólar, lo que determina que el valor del monto haya devenido insignificante⁴⁷.

Ello demuestra, en principio, una intención del legislador de no reflotar el sistema de actualización del art. 953 del Código Aduanero. Pero no debe soslayarse que en este último tiempo el Parlamento emitió normas con sentido directamente indexatorio, como cuando en 2016 ligó las multas de la Ley 23737 (Estupefacientes) al valor variable del formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos (lo que implica nada menos que la variación automática de una pena) o, en el ámbito civil, cuando en 2020 y mediante Ley 27551 (Alquileres) exceptuó expresamente a los contratos de locación de las previsiones de la “Ley de Convertibilidad”, permitiendo un ajuste anual de los precios en función de un índice del Banco Central de la República Argentina. Si bien este análisis excede este ensayo, quizás ya no sea tan categórica y terminante —como lo sostuvo la Corte Suprema— la decisión del legislador respecto de prohibir en el país normas que prevean actualización de valores.

Pero, más allá de esto, no desconocemos que indexar judicialmente el monto objetivo de punibilidad según la regla derogada del art. 953 del Código Aduanero, además de contradecir el criterio establecido específicamente por el legislador y la Corte Suprema, resultaría una tarea ardua e inapropiada para la magistratura y la naturaleza misma del Poder Judicial; ya que implica fijar índices judiciales para cada caso que llegue a su conocimiento, difíciles de unificar (por lo menos mientras no haya un pronunciamiento de la Corte Suprema), pudiéndose arribar a un insólito de que existan tantos cálculos como jueces nacionales y causas de contrabando en el país.

UNA SOLUCIÓN DE 1975

Como se anticipó, en el año 1975 el fuero en lo penal económico de la Capital Federal comenzó a aplicar un criterio novedoso para dar solución a la incidencia del problema inflacionario en el monto objetivo de punibilidad. Repárese en que —como ya se dijo— por esos años, a partir del desajuste de precios y de la desactualización del valor implementado por las leyes 14391 y 17138, la justicia penal debía conocer en causas de contrabando de “dos pantalones vaqueros” o de “un cartón de cigarrillos y un whisky”, mercaderías totalmente insignificantes desde el punto de vista económico a la luz del espíritu que inspiró siempre a la norma aduanera en materia de diferenciación entre el delito de contrabando y la infracción de contrabando menor.

Sobre esa época, Vidal Albarracín recuerda:

Surgieron divergencias sobre el momento a tomar para la actualización. La Aduana sostenía que el valor de la mercadería que debía tenerse en cuenta a los fines de delimitar el delito de la infracción era el de la fecha de comisión del hecho, mientras que la justicia en lo penal económico consideraba que era la fecha en que se estableció dicha adecuación de valores, esto es, cuando se dictó la Ley 17138. (Vidal Albarracín, 2018, p. 273)

Este último criterio (tomar como referencia para el aforo de mercaderías la fecha de sanción de la actualización y no la del hecho) fue el que se aplicó en el caso de los “dos pantalones vaqueros” resuelto por juez nacional en lo penal económico n.º 2. En esa oportunidad el magistrado sostuvo:

⁴⁷ Honorable Cámara de Senadores de la Nación, 52.ª reunión, 21.ª sesión ordinaria, 7/12/1994.

Sin duda el principio de igualdad ante la ley está lesionado en el caso, toda vez que es evidente que el mismo hecho por el que ahora podrían resultar condenados los encartados, no hubiera constituido delito de contrabando, sino simple infracción a la fecha que se fijó por Ley 17138 el tope de 50 000 pesos moneda nacional como límite ante ambos tipos⁴⁸.

En esa misma línea, en el año 1976, el fiscal ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico dictaminó:

Para interpretarse la voluntad tácita de los legisladores de derecho y *de facto* que se sucedieron, debe tenerse en cuenta el proceso inflacionario que se abate sobre el país y computarse, en consecuencia, el valor de la mercadería objeto del contrabando sobre la base del que le correspondía a febrero de 1967. Por la variación del justiprecio — según la época en que hubiere ocurrido el presunto hecho ilícito— unos sujetos serían infractores y otros delincuentes, con grave quebrantamiento del principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional)⁴⁹.

Dicha solución fue recogida por el tribunal de alzada de ese fuero, explicando que:

Es obvio que se ha producido una nueva situación con la que el legislador no ha podido contar al momento de acuñar la figura introduciendo en su estructura un elemento

variable. Consecuente con esto, es lógico, entonces, atento al contenido y naturaleza del precepto, que el juez desentrañando el espíritu y finalidad de la ley, lo subsuma de conformidad con los valores reales y no con los de una moneda depreciada⁵⁰.

Sin embargo, esta interpretación jurisprudencial fue dejada sin efecto en el año 1978 con el dictado de la Ley 21898 que estableció que “el valor en plaza de la mercadería será el que fije la autoridad aduanera, con relación al momento de la constatación del hecho” (art. 1, sustituyendo art. 194 de la Ley de Aduanas). En los fundamentos de la norma, el legislador *de facto* sostuvo que “se mejora la redacción cubriendo algunas falencias, como la referente al momento que debe tomarse para considerar el valor a los fines de distinguir entre el delito de contrabando y la mera infracción de contrabando”⁵¹. Finalmente, esa norma fue trasladada al Código Aduanero de 1981 (Ley 22415), subsistiendo hasta la actualidad en el art. 952.

No obstante, no debe soslayarse que dicho precepto contenido en ambas leyes fue así establecido cuando también se preveía el sistema de actualización automática anual, lo que a la fecha se encuentra derogado.

Y este es un punto importante, por cuanto si bien se advierte en los fundamentos de las dos leyes que aquel precepto (sobre el momento que debe tenerse como referencia para el aforo) tuvo como fin erradicar las interpretaciones judiciales que se habían realizado al respecto en 1975 y 1976; lo cierto es que, al mismo tiempo y de forma armónica, el legis-

⁴⁸ Juzgado Nacional en lo Penal Económico n.º 2, “Godoy Andrés y otros”, sentencia del 24/4/1975.

⁴⁹ Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala de FERIA, “Martínez, Jesús”, sentencia del 30/1/1976.

⁵⁰ Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala de FERIA, “Martínez, Jesús”, sentencia del 30/1/1976.

⁵¹ Boletín Oficial de la República Argentina, edición del 7/11/1978.

lador escuchó esa jurisprudencia novedosa e intentó remediar la causa que la originaba, disponiendo un sistema de actualización que evitara en el futuro un desajuste de valores que, a su vez, provocara discusiones como las que se dieron en el fuero penal económico o incluso en la propia Corte Suprema. Hoy, como se dijo, no hay tal coexistencia de normas, aspecto que debe ser tenido en cuenta en la tarea de interpretación judicial.

Con esas aclaraciones, y como se expone más abajo, la solución brindada parece ser la que más se ajusta a la correcta hermenéutica del sentido y naturaleza de la norma en cuestión, máxime cuando no implica actualizar judicialmente la cifra que estableció el legislador. La desventaja es que su aplicación se torna más dificultosa en el caso de contrabando de pesos argentinos (también considerado “mercadería” a los fines del derecho aduanero) por la nominalidad de la moneda y la consecuente ausencia de otro bien que sirva de referencia para calcular su valor real (no nominal) al momento de la actualización legislativa, más que —eventualmente— otra moneda extranjera. Por el contrario, si se trata de contrabando de divisas extranjeras (en los casos que no aplique régimen de equipajes), la solución es totalmente plausible porque se toma el valor de cambio oficial al momento en que el legislador actualizó el monto del art. 947.

CONCLUSIONES

El presente ensayo tuvo como fin plantear un problema que existe y se manifiesta en la práctica tribunalicia todos los días, repasando la evolución legislativa de la norma y las distintas soluciones que la jurisprudencia, a su tiempo y de acuerdo con las circunstancias económicas coyunturales, fue encontrando

para evitar desnaturalizarla con una aplicación automática que evitara graves situaciones de inequidad y un recargo excesivo e innecesario de la labor de la justicia.

Entendemos que a esta altura del análisis no podría sostenerse, con mínimo de sentido común, que el legislador cuando estableció el monto objetivo de punibilidad del art. 947 del Código Aduanero, aceptara que ese valor fuera decreciendo con la inflación y —de forma proporcionalmente inversa— aumentando el campo de aplicación del derecho penal sobre hechos totalmente insignificantes. Tal criterio no resulta admisible ni para una buena técnica legislativa ni para una hermenéutica sustancialista del derecho que la doctrina de la Corte Suprema manda a acoger en este tipo de casos.

Es por ello que, ante la ausencia de una solución legislativa, son los jueces los que tienen la tarea de realizar el derecho en cada una de las causas que se someten a su conocimiento, buscando una alternativa que —como se explicó— armonice e integre las normas en juego, dando pleno efecto a la intención del legislador y al espíritu de la ley, como también cuidando que la inteligencia que se le asigne no conduzca a la pérdida de un derecho.

Aún más, la búsqueda de soluciones judiciales al fenómeno de la inflación en el ámbito penal no hace más que consolidar el deber de la magistratura de asegurar y optimizar en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas los principios en tensión (Alexy, 2014, pp. 70-76 y 91-95) evidenciando ello la efectiva vigencia de la división de poderes, con los jueces en su rol más importante de garantizar el respeto irrestricto de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado y la emergencia económica tan recurrente en nuestras épocas.

De ahí que, en el contexto actual de la cuestión —y aun cuando no se soslaye que se

trató de una jurisprudencia aislada que luego se erradicó con las sanciones legislativas de los años 1978 y 1981— la solución propiciada desde el fuero penal económico en 1975 y 1976 (que probablemente haya sido replicado en otras latitudes del país en ese tiempo) podría constituir una vía de escape a la incidencia del proceso inflacionario en la invariable condición objetiva de punibilidad; aun cuando los operadores judiciales no lo tomen como un criterio estricto —en virtud de su contraposición con el art. 952 del Código Aduanero— pero sí como una pauta de análisis de la “entidad económica” de la mercadería a los fines de un eventual examen de tipicidad o de la procedencia de algún criterio de oportunidad o, incluso, de otra salida alternativa como la suspensión del proceso a prueba.

En efecto, considerar el valor de las mercaderías secuestradas a la fecha de la reforma legislativa y no del hecho, importaría asociar directamente el reproche penal —de última *ratio*— a lo que el legislador consideró económicamente “significante” al tiempo de sancionar el nuevo monto y no cinco o diez años después, con una moneda totalmente depreciada y valores desactualizados.

Repárese en que este camino dejaría intacto el monto del art. 947 del Código Aduanero, tal cual lo definió el legislador en la norma; evitando acudir a la tarea prohibida de realizar actualizaciones judiciales de la condición objetiva de punibilidad, reformando en verdad el precepto legal.

Asimismo, en términos procesales, la prueba sobre este aspecto no traería aparejada mayores complicaciones, ya que la autoridad aduanera debería simplemente realizar el aforo de la mercadería a valores de la última actualización de la ley, precios que tiene perfectamente sistematizados y registrados. Con ello se evitaría la difícil tarea de que el juez y

las partes realizaran cálculos aritméticos y discutieran coeficientes y fórmulas sobre el índice de precios al consumidor para determinar cuánto debió ser la actualización de acuerdo con el derogado art. 953 del Código Aduanero, resultados que estarían siempre sujetos a impugnaciones constantes por las partes.

Por lo demás, la viabilidad de esta tesis no se obtura por las dificultades que pueda presentar su aplicación a los casos de contrabando de pesos argentinos (lo que eventualmente podría solucionarse utilizando como valor de referencia la divisa estadounidense); inconvenientes que, corresponde reconocer, no se advierten en el supuesto de indexación judicial (porque ahí se modifica directamente el monto del art. 947). Pues lo importante aquí es que —más allá del problema de la nominalidad— a esta altura de las circunstancias nadie, con un mínimo de sentido común, podría afirmar que en la actualidad el contrabando de 500 000 pesos en efectivo tenga la misma significancia económica que en 2017. Y ese es el *quid* de la cuestión y el puntapié para que el juez (y los demás operadores judiciales) busquen también en estos casos una solución justa no literal.

Salvado ello, lo más importante es que esta vía de escape interpretativa es la que mejor se ajusta a la intención original del legislador y al sentido que informa al precepto del art. 947 del Código Aduanero cuando establece un límite para que no toda introducción clandestina implique el surgimiento de una causa penal; umbral que históricamente —como se vio— ha sido definido bajo el concepto de “significancia económica”. Dicha concepción ha permanecido invariable a lo largo de todas las reformas legislativas y se ha reforzado en las últimas con la idea de que la justicia no debe ocupar sus recursos escasos para perseguir hechos insignificantes.

Cabe preguntarnos, entonces, ¿fue inten-

ción del legislador que actualmente se inicie un proceso penal por el contrabando de dos teléfonos celulares de alta gama o de cinco o seis neumáticos? Aún más, ¿es esa la interpretación que mejor asegura los grandes objetivos para los que fue dictada la norma? Una hermenéutica fundada en una directriz teleológica nos impondría contestar negativamente⁵².

Y en este camino de preguntas podríamos también reflexionar si acaso —por vía del principio constitucional *in dubio pro reo*— no debería estarse a la interpretación normativa más favorable para el imputado, teniendo en cuenta la complejidad jurídica y fáctica que entraña la cuestión y las dificultades prácticas para resolverla; cuando —como se sabe— la aplicación literal de la norma, en las actuales circunstancias coyunturales, no satisface las exigencias de la justicia y de la razonabilidad constitucional.

Todas estas ideas aquí plasmadas (y la posible solución que se aboga) no se constituyen en una meta, sino —por el contrario— en un punto de partida para continuar el debate jurídico en torno al problema que engendra el fenómeno de la inflación en esta materia y lograr en un futuro un desenlace normativo y jurisprudencial superador; debiéndose evitar lo que pronosticaba el juez Holmes en su voto del caso “Hyde v. United States” en cuanto a que “una de las desgracias del derecho es que a veces las ideas se enquistan en frases y por un largo tiempo dejan de provocar ulteriores análisis”⁵³.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alais, H. F. (2011). *Régimen Infracional Aduanero*. Marcial Pons Argentina.
- Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bonzón, J. C. (1987). *Derecho Infracional Aduanero*. Hammurabi.
- Borinsky, M., y Turano, P. N. (2021). *El delito de contrabando*. Rubinzal Culzoni.
- Capitant, H. (1 de julio de 2000). Los trabajos preparatorios y la interpretación de las leyes. *La Ley*, pp. 1119.
- Fernández Lalanne, P. (1997). *Código Aduanero: comentado y anotado*. Depalma.
- González, N. (1976). Inflación y delito de contrabando. *La Ley*, pp. 329335.
- Levaggi, A. (2012). *El Derecho Penal Argentino en la Historia*. Eudeba.
- (1981). *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota*. FECIC.
- Martiré, E. (2009). *Las Audiencias y la administración de justicia en Indias*. Librería Histórica.
- Montesquieu. (1979). *De l'esprit des lois*. Garnier-Flammarion.
- Quiroga, A. (12 de enero de 2023). Nuevo récord: con el 94,8%, la inflación de 2022 fue la más alta desde 1991. *Clarín*.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). *Interpretación jurídica*. Astrea.
- Rodríguez Varela, A., Romero Carranza, A., y Ventura, E. (1993). *Historia política y constitucional de la Argentina: Las presidencias*. A-Z Editora.
- Samuelson, P., y Nordhaus, W. (1995). *Economía*. McGraw-Hill.

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Samuel, Kot S.R.L”, sentencia del 5/9/1958, Fallos: 241:291.

⁵³ Corte Suprema de Estados Unidos, “Hyde v. United States”, sentencia del 10/6/1912, 225 US 347 (1912).

Agustín Ulivarri Rodi

Soler, S. (1962). *La interpretación de la ley*. Abeledo Perrot.
Vidal Albarracín, H. G. (2018). *Derecho penal aduanero*. Didot.

Agustín Ulivarri Rodi

Perfil académico y profesional: Abogado (UCASAL). Jefe de despacho —relator— de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta. Profesor de Historia Constitucional Argentina en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL. Exasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

agustinulivarri@hotmail.com

ORCID: 0000-0001-8686-6259

Jurisprudencia y Doctrina



“Denegri” desde su peor luz: la aplicación del precedente por parte de la Cámara¹

“Denegri” from its worst light: the application of the precedent by the Chamber

Dafne Mancevich y Juan Pablo Seré²

Resumen

El artículo propone estudiar el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictado en la causa “Denegri” en clave de precedente. El análisis parte de la crítica hacia la decisión de la Cámara de utilizar el precedente europeo “Costeja” por sobre el precedente nacional “Rodríguez” para la resolución del conflicto. A tal fin, se evalúa la pertinencia de la invocación del caso internacional y se estudia su aplicabilidad. A su vez, se considera, a la luz de la doctrina del precedente vertical, la jurisprudencia sobre responsabilidad de buscadores elaborada por la Corte Suprema argentina, cuyo caso central es “Rodríguez”. También se incluye un breve análisis del uso del precedente horizontal por parte de la Cámara. Todas estas cuestiones son valoradas en función de lo que resolvió la Corte Suprema en “Denegri”, y consecuentemente, se elabora una solución alternativa a partir de los precedentes sobre libertad

Abstract

This article attempts to study the Courts of Appeals’ decision in “Denegri”, with special focus in the use of judicial precedent. The analysis starts from the criticism towards the decision of the Court of Appeals to use the European precedent “Costeja” above the national precedent “Rodríguez” to solve the problem. Consequently, we question the applicability of the international case as a precedent by the Argentinian court. We also consider, in light of the vertical precedent stare decisis, Argentinian Supreme Court’s caselaw, whose central precedent is “Rodríguez”. We also include a brief analysis of the use of horizontal precedent by the Court of Appeals. We balance all these matters with an eye on the Supreme Court’s final decision in the case and propose an alternative outcome based on the national precedent regarding freedom of speech.

Derecho/ Jurisprudencia y Doctrina

Citar: Mancevich, D.; Seré, J. P. (2023). “Denegri” desde su peor luz: la aplicación del precedente por parte de la Cámara. *Omnia. Derecho y sociedad*, 6 (1), pp. 87-106.

¹ El presente artículo es producto del proyecto de investigación “La sentencia como precedente: metodología y aplicación práctica” aprobado por el Vicerrectorado de Investigación e Innovación Académica (VRI), Resolución n.º 05/2022 para el período del 01/08/2022 al 31/07/2024. El proyecto es dirigido por la doctora Florencia Ratti Mendaña. Agradecemos a Santiago Legarre por los valiosos comentarios que ha hecho a una versión preliminar.

² Pontificia Universidad Católica Argentina.

de expresión. Finalmente, se concluye que es fundamental para la buena práctica del precedente que la Cámara considere la jurisprudencia nacional.

Palabras claves: precedente judicial - préstamos internacionales - derecho al olvido - jurisprudencia comparada - corte suprema

Finally, we conclude that the Court of Appeals should have considered the national caselaw.

Keywords: judicial precedent - international borrowing - right to be forgotten - comparative caselaw - supreme court

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizará, desde la perspectiva del uso del precedente, el fallo de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas”, del año 2020, que precedió al dictado del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 28 de junio de 2022 (CSJN, Fallos: 345:482).

Natalia Denegri participó de programas televisivos a partir de su vinculación con el “caso Cóppola”, el cual finalizó con la destitución de un juez federal por conformar una asociación ilícita que armaba causas penales para extorsionar a personalidades públicas. Con motivo de estos hechos, más de 20 años después, Denegri presentó una demanda contra Google Inc. con la pretensión de que se aplicara el derecho al olvido³ a esos hechos periodísticos vinculados con la causa penal, calificados de antiguos, irrelevantes e innecesarios. De este modo, pidió la eliminación de la información y su desvinculación con el motor de búsqueda.

Para la resolución del caso, los jueces de cámara tuvieron en cuenta el caso del Tribunal

de Justicia de la Unión Europea “Costeja” (que había sido invocado por la actora), donde se consagró el mencionado derecho al olvido en el derecho de la Unión. Finalmente, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia y permitió la desindexación de información considerada como “televisión basura”.

Esta investigación partirá de la crítica hacia el uso del caso “Costeja” como principal precedente para la resolución de la controversia, que se realizó sin considerar la construcción jurisprudencial de nuestros tribunales en la materia.

En primer lugar, haremos un estudio de la aplicabilidad del precedente internacional en los tribunales argentinos. Identificaremos cuál es el uso que la Cámara hace de “Costeja”, para lo cual presentaremos el caso brevemente. Con independencia de este cuestionamiento, comentaremos las diferencias fácticas y argumentativas entre la sentencia internacional y “Denegri”, y propondremos una distinción (*distinguishing*) entre ellas (sección 2).

Seguidamente, nos dedicaremos a hacer un recorrido por la línea jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, para identificar los precedentes nacionales que la Cámara debió tener en cuenta. Empezaremos por el estudio del caso “Belén Rodríguez”, y continuaremos

³ Vaninetti define este derecho como la facultad que tiene un individuo o su familia de que no se traigan al presente hechos verídicos realizados en el pasado, deshonrosos o no, y que por el transcurso del paso del tiempo no son conocidos socialmente, pero que al ser divulgados ocasionen un descrédito público (Vaninetti, 2011, p. 4). De tal modo, tal derecho se ejerce sobre información que perdió actualidad o dejó de ser relevante por el paso del tiempo, pero que no deja de ser verdadera ni su vinculación con su titular deja de ser lícita (Basterra, 2022, p. 6).

con los fallos “Gimbutas”, “Paquez” y “Mazza” que, aplicando la doctrina establecida por este, son parte de la línea jurisprudencial respecto del manejo de datos y de la responsabilidad de los buscadores. Todo el estudio lo haremos a partir de la doctrina del precedente vertical sentada por nuestra Corte en su jurisprudencia (sección 3). Finalmente, buscaremos recoger lo derivado de cada apartado, y haremos hincapié en la importancia de la consideración del precedente nacional (sección 4).

El estudio de los puntos mencionados anteriormente brindará un panorama del uso del precedente en el fallo de la Cámara, que no pierde relevancia por el dictado de la sentencia definitiva de la Corte el pasado 28 de junio. Sino que, al contrario, dará lugar a un nuevo estudio comparativo entre la aplicación del precedente en el tribunal de apelación y el máximo tribunal.

EL PRECEDENTE INTERNACIONAL⁴

En el fallo “Denegri” se tuvo en cuenta que el derecho al olvido, pretendido por la parte actora, no estaba consagrado en ninguna norma del ordenamiento argentino. De este modo, al no poder remitir a ningún tipo de legislación, la Cámara recurrió, para su argumentación, al derecho internacional. Concretamente, recurrió al caso “Costeja”, dictado

por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el año 2014, que consagró el derecho al olvido y se constituyó como precedente en el derecho de la Unión. Para nuestro estudio, tendremos en cuenta que la Cámara utilizó “Costeja” como argumento central para sustentar su decisión.

El uso de “Costeja” por parte de la Cámara se ubica dentro de lo que se conoce como un “préstamo de derecho”, definido como el uso de material jurídico foráneo, en el marco de decisiones judiciales por parte de nuestros jueces locales (principalmente de sentencias y normas). Hay un sujeto activo (quien toma prestado) que es el juez, y un objeto que, en este caso, se trata de una sentencia del Tribunal Europeo (Toselli, 2021 p. 5)⁵. Si bien este tema no es el objeto central de este trabajo, es preciso ahondar un poco en él, con el objetivo de entender cuál es el uso que la Cámara hace del caso “Costeja” y qué críticas merece dicho uso.

Uso autoritativo y no autoritativo del derecho internacional

Una vez identificada la presencia del préstamo, pueden distinguirse dos formas de hacerlo: el uso autoritativo y el uso no autoritativo del derecho internacional. El primero hace referencia a la aplicación del derecho foráneo cuando el juez debe, o considera que debe, observar lo promulgado o decidido por otros

⁴ El préstamo utilizado en la sentencia es expedido por un tribunal supranacional, de allí que lo cataloguemos como “internacional” y no “extranjero”. Es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no responde a un derecho constitucional de un país ni tampoco a un ordenamiento democrático particular con cierta tradición constitucional, sino que corresponde a un bloque conformado por varios países (la Unión Europea), que está dotado de personalidad jurídica y que tiene un derecho propio, que es el Derecho de la Unión. Por consiguiente, en el caso “Costeja” se analiza e interpreta a partir de ese derecho, el cual no encuentra similitud con el derecho argentino.

⁵ El magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el doctor Carlos Rosenkrantz, los define como “la decisión de un tribunal local de usar en una de sus sentencias derecho extranjero cuando dicho uso se hace basado, al menos principalmente, en el hecho de que el tribunal local considera que el derecho extranjero debe tener alguna autoridad local en virtud de que ostenta autoridad en su jurisdicción de origen” (Rosenkrantz, 2005, p. 87).

Estados, haciendo de este uso el argumento central y determinante de la decisión. En estos casos, a pesar de tratarse de materiales que no han sido ni tratados por los órganos políticos del Estado, el juez los debe aplicar o al menos considerar (Rosenkrantz 2005, p. 87).

En segundo lugar, están los préstamos no autoritativos, que son aquellos en los cuales el material prestado no posee autoridad dentro del orden local, y la remisión se da voluntariamente por los tribunales a fin de comparar y aclarar. En este caso, se niega todo tipo de obligatoriedad o efecto en nuestro país más que el de ser una herramienta que colabora para mejorar la aceptación social o la eficiencia de la decisión por haber experiencia extranjera previa (Toselli, 2021 p. 27). Para que sea más claro, podemos ver varias similitudes en esta definición con lo que Legarre llama el rol educativo de los préstamos, entendido como un análisis con el objetivo de comprender y explicar el propio sistema legal. Él sostiene que el derecho extranjero (en este caso, el internacional) puede iluminar el propio sistema legal y ser altamente informativo e instructivo para el juez (Legarre 2020, p. 14).

Un buen criterio para distinguir de qué uso se trata es hacer una supresión hipotética del préstamo y ver si la sentencia seguiría teniendo sentido, o si es clave para su desarrollo (Toselli, 2021, p. 12). Vemos claramente que en la sentencia bajo análisis nos encontramos con un préstamo autoritativo, porque si bien la Cámara parte de disposiciones y normativas nacionales, su interpretación pierde sentido y sustento si no se hubiese mencionado el caso

“Costeja”. Es decir que, sin el citado caso internacional, no se entendería por qué la Cámara terminó resolviendo como lo hizo.

Esta distinción es fundamental, porque una cosa es recurrir a fuentes de “iluminación” para interpretar la propia ley y una cosa totalmente distinta es sustituir la propia ley por la de otros, dándole a esta última una autoridad que no tiene en el propio sistema (Legarre 2020, p. 16). De este modo, se adoptaría un principio internacional que no tiene ningún tipo de vinculación política ni democrática con nuestro país —sobra decir que la Argentina no forma parte de la Unión Europea—, y que podría afectar el derecho y la obligación de la comunidad de gobernarse a sí misma (Rosenkrantz, 2005 p. 86)⁶.

En el caso “Denegri”, nos encontramos con este uso autoritativo del caso “Costeja”, que deriva en una decisión que va contra la propia ley (o, mejor dicho, contra la ausencia de ley; es decir, contra la decisión del nuestro Poder Legislativo de no reconocer ese derecho ni regular la materia) o contra el propio precedente, como se verá. Para sorpresa de nadie, no es la primera vez que ocurre esto en el Poder Judicial argentino: si bien podrían pensarse muchos ejemplos, un caso emblemático en que se dio algo similar es el conocido caso “Sojo”, en el que se declaró la inadmisibilidad de un recurso de *habeas corpus* (instituto reconocido y regulado por la ley argentina), basándose principalmente en el caso “Marbury v. Madison” de los Estados Unidos⁷ (Miller, 1997 p. 1547). Podemos establecer un paralelismo⁸ entre esto y lo que hace la Cámara en el caso

⁶ Cabe aclarar que el doctor y señor Magistrado de la CSJN reprueba o al menos desaconseja todo tipo de préstamo de derecho (Rosenkrantz, 2005).

⁷ Ver disidencia del juez De la Torre y el dictamen del procurador general de la Nación.

⁸ Para profundizar en este paralelismo véase Miller, 1997, pp. 1553-1561.

“Denegri”, en el que vemos una afectación a la libertad de expresión e información a manos de un tribunal judicial sobre la base de una sentencia de un tribunal regional extraño a la Argentina, que se opone a lo que consagra el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹.

Fundamentos de los préstamos autoritativos

A continuación, resumiremos algunos de los argumentos que se utilizan para justificar los préstamos autoritativos que aquí cuestionamos: el argumento genealógico justifica el préstamo debido a una relación de descendencia o historia común, lo cual genera una similitud entre el derecho propio y el extranjero (Rosenkrantz, 2005, p. 79). Por otro lado, el argumento procedimental se basa en la confianza depositada en los procedimientos judiciales de una jurisdicción extranjera, es decir, que el precedente extranjero es investido de importancia por la confianza que genera (Rosenkrantz, 2005, p. 81). En tercer lugar, el argumento de las razones expresivas se desarrolla cuando un país manifiesta su adhesión a ciertos principios, reconocimientos o restricciones que caracterizan al derecho extranjero o internacional prestado (Rosenkrantz, 2005, pp. 81-82).

Dejamos para el cuarto lugar el argumento conocido como el “contextual” (Rosenkrantz, 2005, p. 80), por considerar que este es el que hace la Cámara con el caso “Costeja”. Tal argumento procede cuando el contexto de las dos situaciones es sustancialmente similar (cuestión

que estudiaremos en el próximo apartado) y cuando el caso en la jurisdicción extranjera o internacional fue decidido con conciencia de su importancia (esto se configura, en el caso bajo estudio, porque “Costeja” sienta el precedente del derecho al olvido). Es decir que, al estar ante situaciones similares, por la diligencia y conciencia de los jueces internacionales al decidir, se trataría de una fuente de derecho legítima que podría solucionar conflictos propios.

Este tipo de préstamos suele anclarse en una concepción universal del derecho y la existencia de principios morales comunes que compartimos¹⁰. De todas formas, no se debe dejar de lado el hecho de que entre estos principios universales y la comunidad jurídica en que se insertan hay tantas formas de concreción variadas como comunidades, no manifestándose estos principios de la misma manera y mediante los mismos institutos en los distintos Estados. No podemos obviar la multiplicidad de factores históricos, culturales, económicos y sociales que los tribunales pueden pasar por alto al aplicar de forma autoritativa el derecho extranjero. Por esto, no serán recomendables estos tipos de préstamos: siempre resulta mejor optar por un desarrollo propio de institutos que tutelen estos valores universales (Rosenkrantz, 2005, p. 78).

Refiriéndonos al caso bajo análisis, para evaluar si es sensata una remisión contextual, podemos hacernos la pregunta de si el Tribunal Europeo valora la libertad de expresión de la misma forma que lo ha hecho la Corte Suprema en sus precedentes y la extensa tradición constitucional argentina, en la que se prioriza

⁹ No queremos con esto tomar posición respecto a la cuestión de fondo. Es simplemente para mostrar que estamos en presencia de un apartamiento del propio derecho vinculante, justificado con una sentencia foránea.

¹⁰ Efectivamente, Legarre sostiene que un argumento a favor del uso de los préstamos extranjeros es que los ordenamientos jurídicos se diseñan a partir de la ley natural, la cual es universal, a partir de la concepción clásica de la ley natural (Legarre, 2015, p. 110).

ese derecho fundamental sobre otros y donde únicamente se lo restringe en casos excepcionálissimos¹¹. Esto se observa claramente en las diferencias de las interpretaciones de “Costeja” con “Rodríguez”, sentencias ambas del mismo año y con similares controversias para resolver.

Finalmente, para dejar clara nuestra posición, criticamos el uso de “Costeja” por parte de la Cámara desde el punto de vista de que el préstamo internacional nunca debe ser autoritativo y, de ser usado, debe serlo como *obiter dictum*¹², lo que quiere decir que la decisión judicial no puede recaer únicamente en elementos internacionales que no son reconocidos por el ordenamiento constitucional interno (Legarre, 2015, p. 105). Es decir que, en el caso de usarse, aunque para algunos autores no es aconsejable por motivos de claridad (Rosenkrantz, 2005, p. 94), el préstamo no debe ser determinante para la decisión. Como se ha mencionado con anterioridad, en “Denegri” la Cámara resolvió teniendo en cuenta centralmente este caso internacional, utilizándolo como un verdadero precedente, en el que su *ratio decidendi* fue aplicada al caso.

En contraste, la sentencia de la Corte otorga otro valor al derecho foráneo. La primera mención al derecho extranjero la encontramos en el considerando 7. La Corte cita su propio fallo “Rodríguez” (337:1174), y remite a una sentencia del Supremo Tribunal norteamericano (“Garrison v. Louisiana”), simplemente para reforzar el mismo principio extraído de una sentencia propia. A continuación, en los considerandos 11 y 19, la Corte hace dos

nuevas referencias al tribunal norteamericano de forma muy similar a la mencionada. Ya de por sí, se trata de remisiones que simplemente confirman principios propios. Para eliminar cualquier duda, si se aplica el mencionado método de “supresión hipotética”, vemos que la sentencia no se ve en lo más mínimamente afectada por tal especulativa eliminación.

Concluimos este apartado reafirmando como el doctor Carlos Rosenkrantz, quien cree profundamente que será mejor que nuestras autoridades constitucionales y tribunales siempre miren hacia adentro, antes que afuera, para buscar argumentos (Rosenkrantz, 2005, p. 95). No pretendemos con esto condenar todo uso de préstamos, sino que busquemos remarcar cuestiones y peligros que pueden surgir de su uso desmesurado. Lo que sostenemos con firmeza es la tesis de Legarre, en la que sostiene que la invocación de la ley foránea no debería servir nunca como excusa para reemplazar o sustituir una norma o práctica nacional válida por las preferencias del propio juez; y que tampoco la invocación de ley foránea tiene la aptitud de transformar algo no razonable en algo que sí lo es, siendo que “la comparación constitucional” no es (y no debe ser tratado como) ley (Legarre, 2020, p. 14).

El caso “Costeja” y la omisión de la Cámara en analizar las similitudes

Sin perjuicio de que en los párrafos anteriores desarrollamos la inconveniencia de sustentar y resolver una controversia local de acuerdo

¹¹ Al respecto, véase el apartado dedicado al estudio del caso “Belén Rodríguez” (CSJN, Fallos 337:1174), que refleja la doctrina de la Corte Suprema.

¹² Son aquellas expresiones generales que, si bien integran la sentencia, no constituyen en sí mismas lo decidido, ni el principio ni la regla general que emana del pronunciamiento; es decir, que no son un presupuesto necesario para arribar a la solución del caso (Garay, 2013, p. 72). El *obiter dictum* no tiene fuerza de precedente, carece de autoridad (Legarre, 2016, p. 41).

con un caso internacional y sostuvimos que lo aconsejable es “mirar hacia adentro”, podemos observar que la Cámara se abocó únicamente a precisar los hechos del caso “Costeja” y a indicar cómo se resolvió en dicha oportunidad, sin argumentar por qué el caso “Denegri” posee similitudes con la sentencia internacional ni tampoco fundar por qué se resuelve del mismo modo que en el caso invocado. Para resolver esta cuestión, tendremos que, en primer lugar, delimitar al caso “Costeja”.

El caso versa sobre el señor Costeja, quien había aparecido en una publicación en el diario *La Vanguardia* en 1998, con motivo de un anuncio por subasta de inmuebles. Este hecho estaba relacionado con un embargo por deudas a la Seguridad Social. Por lo cual, al introducir el nombre de Costeja en los buscadores de Google, se obtenían dichos avisos como resultado y se infería su carácter de deudor. Por consiguiente, Costeja presentó en 2010, ante la Agencia Española de Protección de Datos, un reclamo contra el diario *La Vanguardia* y también contra Google Inc. y Google Spain.

La pretensión del actor consistía en exigirle al diario que eliminara o modificara la publicación para que no se exhibieran sus datos personales, y que se utilizaran las herramientas de los motores de búsqueda para proteger dichos datos. También se solicitó que Google eliminara u ocultara dichos datos personales para que no se incluyeran en los resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces del diario. Cabe mencionar que se trataba de información lícita y verídica; pero, en sus argumentos, Costeja sostenía que dicho embargo estaba solucionado hacía años y que carecía de relevancia actual.

De tal modo, la Agencia Española de Protección de Datos consideró que los motores de búsqueda llevan a cabo un tratamiento de datos del que son responsables y frente a los cuales actúan como intermediarios. En consecuencia, determinó que los buscadores están facultados para imposibilitar el acceso a la información que lesione el derecho de protección de datos y la dignidad de la persona, sin suprimirla de la página en donde se encuentra alojada. Dicha resolución fue apelada por los demandados ante la Audiencia Nacional, que finalmente planteó el caso ante el Tribunal de Justicia.

Para la solución del caso, el tribunal argumentó, en primer lugar, que la actividad del motor de búsqueda consiste en un tratamiento de datos, y, como determina los fines y medios de dicha actividad, es responsable por ellos¹³. Luego afirmó que, para encontrar el equilibrio entre el daño potencial a la vida privada, por un lado, y el derecho a la libertad de información por el otro, se debe tener en cuenta la naturaleza de los datos, el carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y el interés del público en disponer de dicha información, que varía según el papel que desempeñe el individuo en la vida pública (considerando 81).

Finalmente, el tribunal entendió que, a pesar de que se trate de información lícita y veraz, se le puede permitir al interesado eliminar del resultado de búsqueda que se efectúa a partir de su nombre, aquellos datos que son inadecuados, no pertinentes o excesivos con respecto a los fines para los que fueron recogidos o tratados (considerando 94). Sin embargo, se aclaró que el derecho que se consagra no debería permitirse en el caso de que se trate

¹³ Esta interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es totalmente opuesta a lo que estimó nuestra Corte Suprema en el caso “Rodríguez” (Fallos: 337:1174), que estudiaremos más adelante.

de una persona pública y que haya un interés público en el acceso a la información (considerando 97). Esta interpretación es la que regirá para la Directiva 95/46 de la Unión Europea sobre el tratamiento de los datos personales.

Aplicado al caso, el tribunal hizo hincapié en el impacto de la información sensible contenida en las publicaciones del diario para la vida privada de Costeja y el paso del tiempo (16 años). A su vez, analizó que no había un interés público que justificara la publicidad de tal información. Se concluyó que Costeja podía exigir que se eliminaran esos datos perjudiciales de la lista de resultados que se obtenía a partir de su nombre.

Entendiendo cuáles son los hechos, lo argumentado y lo resuelto en el caso, pasaremos a evaluar cuál es la *regla general*¹⁴ que emana de la sentencia. Para valorar “Costeja” como precedente, conviene aclarar cuál es la *ratio decidendi* (Goodhart, 1930, p. 161)¹⁵. Esta regla comprende la razón o razones por las cuales un tribunal resuelve de una determinada manera (Legarre, 2016).

Podemos destacar que, por un lado, la sentencia sienta el principio de que la actividad de los motores de búsqueda encuadra el tratamiento de datos, y que, por lo tanto, es responsable del manejo que hace de ellos. En consecuencia, establece la regla de que la persona tiene derecho a exigir al motor de búsqueda que se desvincule cierta información de su nombre, si dicha información posee un carácter sensible para la vida privada de la persona, no es objeto de interés público, no se trata de una persona pública, y si la información es in-

adecuada, impertinente, excesiva con respecto a los fines para la que fue recogida o tratada, desactualizada o ha sido conservada durante un periodo mayor al necesario.

Similitudes y diferencias entre “Costeja” y “Denegri”

En el presente apartado intentaremos precisar, ante la omisión de la Cámara, cuáles son las similitudes y diferencias entre “Costeja” y “Denegri”. De este modo, trataremos, solo a modo de hipótesis, a “Costeja” como si fuera un precedente válido y determinaremos si la regla general adoptada en dicho caso aplicaría a “Denegri”.

Para distinguir si un caso es un precedente aplicable en otro, en principio, se tienen en cuenta los hechos del caso en cuestión en comparación con los del caso que se debe resolver. Aunque se considera que no hay dos casos idénticos —debido a que las circunstancias de uno y de otro nunca pueden ser las mismas—, los hechos de ambos tienen que ser lo suficientemente similares para no justificar un apartamiento del principio general sentado (Garay, 2013, p. 59). Para esto, a partir de la regla general de “Costeja”, estudiaremos la naturaleza de la información, el paso del tiempo y el interés público en conjunto con el rol que se desarrolla en la sociedad en ambos casos. A su vez, tendremos en cuenta lo pedido por las partes.

En primer lugar, en cuanto a la naturaleza de la información y el carácter sensible que puede tener sobre la vida privada de la persona, en “Costeja” se destaca que la información

¹⁴ Este vocablo junto con el de principio jurisprudencial son los utilizados por Garay para referirse a la *ratio decidendi* (Garay, 2013). En el *common law*, este principio es denominado con el nombre de “holding” o “ratio decidendi” (Ratti Mendaña, 2021). Utilizaremos estos términos indistintamente.

¹⁵ Goodhart define al precedente como la decisión judicial que contiene un principio, llamado *ratio decidendi*. La decisión judicial es la que es obligatoria para las partes, pero es la *ratio decidendi* la que tiene fuerza de ley para el mundo en general.

publicada era sobre una subasta de inmuebles debido al embargo por deudas del sujeto. Esta información es sensible, debido a que puede afectar la capacidad de la persona de contratar a futuro¹⁶ y, a su vez, forma parte de los datos personales del individuo. Por otra parte, en “Denegri”, la información sobre la que se reclama versa sobre videos en donde se muestra a la actora discutiendo en televisión pública. Dichos videos, en principio, no se encuentran dentro de la categoría de datos personales. A su vez, se tiene en cuenta el consentimiento prestado en su momento, y la falta de acreditación en la causa de cómo podrían afectar la vida privada de la actora (CSJN, Fallos: 345:482, cons. 20)¹⁷.

Por otra parte, respecto a la variable del paso del tiempo, en el caso extranjero se resalta que pasaron 16 años desde que la información fuera publicada. Esto provocó que dichos datos ya no cumplieran con la finalidad por los cuales fueron recogidos, y dicha información estuviera desactualizada. Es decir, se publicaba información a raíz de que Costeja era deudor y, al momento del juicio, ya no lo era. Por el contrario, en el fallo bajo estudio, la información que se pretende desindexar tiene 24 años de antigüedad. Sin embargo, este paso del tiempo no tiene el mismo efecto que en el caso internacional, ya que la información no se transforma en desactualizada, sino que es meramente antigua pero igualmente rele-

vante, debido a que sigue ilustrando lo que en verdad sucedió en torno al caso “Coppola” de los años 90.

En tercer lugar, refiriéndonos al interés público y al papel que desempeña la persona en la sociedad, en el caso “Costeja” se trata de un civil común, es decir, una persona privada, de la comunidad española, que fue sujeto de embargo por deudas. En consecuencia, no hay ningún interés público que justificara que tal información se mantuviera en Internet para el acceso general. Es más, como se dijo, el propio tribunal de la Unión Europea aclaró que, si fuera una persona pública, sería otro cantar. En cambio, en el caso “Denegri”, Natalia era una personalidad pública¹⁸, que participó de programas de televisión por un caso notorio que implicaba la destitución de un juez. Por consiguiente, no podría admitirse, en principio, que no hubiera interés público en tal información.

Esto está esbozado por la propia Cámara cuando dijo: “Es importante para la sociedad conocer que han existido este tipo de situaciones, por cierto, repudiables” y “es indudable el interés público que despiertan estos lamentables sucesos” (CNCivil, Sala H, 2020, p. 14). Sin embargo, confirmó lo decidido en primera instancia en cuanto a la clasificación de la información en “televisión basura” y aquella relevante para la sociedad. Esta discriminación se llevó a cabo con los argumentos de que aquellos videos o imágenes de peleas

¹⁶Esta reflexión es personal y no está explicitada en la sentencia del Tribunal.

¹⁷Justamente, uno de los requisitos para la procedencia del derecho al olvido es que debe tratarse de un dato que tenga para su titular un efecto dañino o denigrante, ya que debe tratarse de información que cause un daño real o potencial de manera injustificada. Los otros requisitos son el transcurso de tiempo razonable, la ausencia de historicidad en cuanto a la importancia social de los hechos y el agotamiento de la relevancia informativa del evento (Puccinelli, 2019, pp. 83-84).

¹⁸Los precedentes de la Corte Suprema tienden a morigerar la protección de la intimidad y el honor de las personas públicas, entendiendo que tales derechos varían en relación con el rol que la persona ocupa en el Estado. En los casos bajo estudio, Costeja no tenía exposición pública alguna mientras que Denegri no solo consintió en su momento a esa exposición, sino que su condición actual de persona pública reduce el ámbito de protección (Del Carril, 2022, p. 15).

y discusiones entre la actora y otras personas, aunque vinculados con el caso “Coppola”, carecían de valor periodístico ya que pertenecían al consumo televisivo de la época de los 90 y estaban vinculados más con lo *grotesco* que con lo informativo¹⁹.

Esto fue resuelto por la Corte en el considerando 19 de su sentencia, entendiendo que el carácter de desagradable, indignante o desmesurado de la información no estaba fuera de la protección constitucional a la libertad de expresión. Por otro lado, adujo que discriminar a la información de tal manera implicaría recaer en criterios subjetivos que tendría que aplicar el Tribunal en cuánto a sus gustos y sensibilidades, destacando que tal arbitrariedad no era admisible en cuanto a la libertad de expresión²⁰.

Por último, compararemos las pretensiones de las partes, ya que no solo los hechos sino también las peticiones de las partes son los que definen el caso a resolver (Garay, 2013, p. 64). En el caso del tribunal europeo, se exigía a *La Vanguardia* que se eliminara o modificara la información publicada, y a Google que eliminara esa información del resultado de búsqueda, es decir, que dejaran de ser visibles cuando se introdujera su nombre en el buscador. Por otro lado, en el caso nacional, Denegri pretendía que se aplicara el derecho al olvido, pidiendo que el motor de búsqueda impidiera el acceso al sitio en donde se encontraban publicados los videos (YouTube) y que se suprimieran de sus archivos, registros, bases o bancos de datos. En esencia, las dos pretensiones son iguales, ya que recaen en la supresión y la

desindexación de la información. La única diferencia es que en el caso “Costeja”, el pedido de eliminación recae sobre el mencionado diario y no sobre Google, como en el caso “Denegri”. Respecto de este punto, hay coincidencia.

Sin embargo, debemos agregar que la pretensión de “Denegri” fue modificada luego de la demanda, construyendo el caso sobre la base de que solo se pedía la desindexación. Esto sucedió en la sentencia de primera instancia, en donde se entendió la demanda de Denegri meramente como la aplicación del derecho al olvido. Ahora bien, este derecho puede ejercerse por medio de la supresión del dato o de su desindexación en el buscador (Borda y Calderone, 2022). Por consiguiente, el juzgado de primera instancia solamente acogió el concepto de desindexación y resolvió de acuerdo con ello (Juzgado Civil 78, 2020, pp. 9 y 14).

De este modo, se pretendió que la desindexación fuera uno de los puntos cardinales para justificar la restricción a la libertad de expresión, ya que se sostenía sobre la base de que la medida no significaba censura. Esto es así debido a que la información seguiría existiendo, pero no se encontraría en el resultado de búsqueda al restringir u obstaculizar su acceso, lo cual evitaría mayor difusión y circulación que derivaría en un eventual daño (CNCivil, Sala H, 2020, p. 20).

No obstante, como contesta el abogado de Google ante una de las preguntas del doctor Maqueda en la audiencia pública del día 18 de marzo de 2022, sea desindexación o sea eliminación, la obstrucción a la vida real que se produce es la misma siendo que, para el usuario,

¹⁹En este punto, el fallo coloca a los buscadores en una posición de policías de contenidos lícitos, ya que deben evaluar el carácter escandaloso de la información. Esto se contrapone al precedente “Rodríguez” (Borda y Pereira, 2022, p. 13).

²⁰Uno de los planteos que se realizan en torno al derecho al olvido es la posibilidad de crear un derecho a la determinación de la propia información lícita que se funda en la discrecionalidad del individuo o de otra persona (factor subjetivo) más el paso del tiempo (factor objetivo) (Borda y Pereira, 2022, p. 12).

la imposibilidad de acceso será igual en ambos casos²¹. Es más, esto también fue esbozado por la misma Cámara al establecer que si no fuera por los buscadores, las noticias difícilmente serían leídas. Por lo cual, a pesar de esta mutación de la pretensión de la actora, en esencia no modifica la cuestión.

En conclusión, podemos afirmar que los casos “Costeja” y “Denegri” no coinciden sustancialmente, y que, por lo tanto, no se podría aplicar la regla general extraída de “Costeja” para resolver “Denegri”. Siguiendo la práctica del precedente, correspondería, entre estos casos, un *distinguishing*²². Justamente esto es lo que expresa Google (la parte demandada) en la expresión de agravios (CNCivil, Sala H, 2020, p. 2) y es algo que la Cámara no resuelve, ya que, como se ha dicho anteriormente, no analiza si “Costeja” es aplicable o no (más allá de que sea un precedente internacional) al caso “Denegri”.

Recapitulación del precedente internacional

A modo de conclusión parcial, podemos entonces afirmar que el precedente internacional no tiene ningún tipo de fuerza ni obligatoriedad en nuestros tribunales más que para ser *obiter dictum* (Legarre, 2015 p. 105), lo que para algunos autores es incluso perjudicial (Rosenkrantz, 2005). De esta forma, desaprobamos el uso de “Costeja” que hizo la Cámara, y celebramos la diligencia con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación utiliza los préstamos de derecho. Más allá de esto, analizamos los casos y concluimos que correspondería un *distinguishing* entre el caso “Denegri” y el caso “Costeja”.

EL PRECEDENTE VERTICAL: LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA

En el fallo de cámara “Denegri” se efectuó una breve alusión a un precedente local que resolvió, justamente, la cuestión de la responsabilidad de los motores de búsqueda y la posibilidad del bloqueo de información pública. Se trata del caso “Rodríguez”, dictado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2014, que constituyó un precedente para casos posteriores como “Gimbutas”, “Paquez” y “Mazza”, del mismo tribunal. En este apartado, observaremos el apartamiento de la Cámara de la línea jurisprudencial sentada en los casos mencionados, y evaluaremos si dicho apartamiento se hizo como corresponde, según el buen uso del precedente.

Aproximación a la doctrina del precedente vertical

A partir de que “Rodríguez” fue dictado por la Corte Suprema de Justicia (máximo tribunal del sistema judicial argentino) y de que “Denegri” fue sentenciado por una cámara de apelaciones (instancia jerárquica inferior a la de la Corte), ubicaremos el estudio de ambas sentencias en la doctrina del precedente vertical. A grandes rasgos, esta doctrina comprende la obligación de los tribunales de seguir el precedente de sus superiores jerárquicos (Legarre, 2016, p. 30).

Actualmente, en la Constitución Nacional no hay una norma que obligue a los tribunales inferiores a resolver de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte. En consecuencia, la doctrina

²¹ La desindexación, aunque es una medida menos grave que la eliminación, sigue siendo una barrera que dificulta la búsqueda o difusión de datos. La información no sería accesible si no fuera por los buscadores (Laplacette, 2022, p. 18).

²² Siltala define al *distinguishing* como el apartamiento del precedente debido a las diferencias en las plataformas fácticas entre los dos casos (Siltala, 2000, p. 73).

del precedente vertical de nuestra Corte Suprema fue delineada a través de la jurisprudencia de dicho tribunal (Ratti Mendaña, 2020, p. 589), que no ha sido constante a lo largo de los años²³.

De los fallos “Santín”, “Balbuena” y “Cerámica San Lorenzo” surge la doctrina de que los tribunales inferiores pueden apartarse de un precedente de su superior jerárquico siempre y cuando lo justifiquen. Es decir, los tribunales inferiores tienen la obligación de respetar la autoridad de los precedentes de la Corte, pero pueden apartarse y no serán sancionados si sus sentencias están debidamente fundadas (Legarre, 2016, p. 140).

En “Cerámica San Lorenzo”, la Corte explicó a qué se refería cuando señalaba que las sentencias debían estar fundadas: estableció que los tribunales que se apartaran de la jurisprudencia del máximo tribunal debían aportar nuevos argumentos que justificaran modificar la posición sentada. De este modo, si los tribunales no fundamentan su sentencia en razones no examinadas por la Corte y desconocen el precedente, se puede interponer el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (Garro, 1989, p. 104). Esos nuevos argumentos tienen que ser jurídicos y no fácticos, pues de otro modo se trataría de un *distinguishing* (Ratti Mendaña, 2020, p. 591)²⁴.

Esta doctrina delineada es referida por Garay y Toranzo (2005) como una “versión débil de la obligatoriedad de los precedentes”, ya que, ante el caso concreto, es muy factible que el juez encuentre nuevos argumentos para re-

solver en sentido contrario que el precedente de la Corte. Por lo tanto, se tiene en cuenta que el estándar es fácilmente superable ya que, en las sentencias, la Corte no agota todos los argumentos para resolver el caso, y, de este modo, resulta sencillo para los jueces inferiores encontrar razones para apartarse de él (Garay y Toranzo, 2005, p. 6).

En este orden de ideas, Garro afirma que “la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia constitucional reviste, a lo sumo, un carácter ejemplar, pero de ninguna manera obligatorio” (Garro, 1989, p. 104). A su vez, Legarre califica a esta doctrina como “obligatoriedad atenuada”, ya que no es percibida como una obligación para quienes la aplican, es decir, los jueces (Legarre, 2016, p. 150). Por consiguiente, a pesar de que la doctrina del precedente vertical no origina una auténtica obligación en los tribunales inferiores por su falta de vinculatoriedad²⁵, sienta ciertos principios que aquellos tienen que observar al resolver un caso que tiene precedente en la Corte Suprema.

Aplicando lo desarrollado a la sentencia bajo análisis, podemos observar que la Cámara tiene el deber de argumentar por qué la posición de la Corte merece ser modificada ante el caso “Denegri”. Para esto debe elaborar fundamentos jurídicos y no hacer referencia a las diferencias fácticas. Sin embargo, si se determina que “Rodríguez” no es precedente, una buena práctica sugeriría efectuar el *distinguishing*. De un modo u otro, resulta cuestionable que la Cámara no se pronuncie con respecto a la

²³ Garay califica a esta doctrina como laxa y errática, ya que en ciertos casos reconoció la obligatoriedad y en otros, no (Garay, 2013, p.102).

²⁴ De ser diferencias en la plataforma fáctica, sería un *distinguishing*, como ya lo hemos explicado en el apartado anterior.

²⁵ Por este motivo hay numerosos casos en donde los jueces inferiores dejan de lado los precedentes de la Corte cuando están en desacuerdo, lo que demuestra que el acatamiento del precedente no es la regla y el apartamiento su excepción (Ratti Mendaña, 2020, p. 594). Por lo cual, no es inusual que los tribunales inferiores desconozcan de manera frontal sentencias de la Corte Suprema, especialmente en temas altamente controvertidos (Garro, 1989, p. 104).

línea jurisprudencial establecida por la Corte.

La sentencia de segundo grado se refiere a “Rodríguez” únicamente en una ocasión (CNCivil, Sala H, 2020, p. 12), estableciendo cómo se resolvió la cuestión en dicho caso con respecto al bloqueo de información en medios digitales y afirmando que estaba en consonancia con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La resolución del caso parecería no tener concordancia con lo argumentado en las primeras páginas, donde se resalta la importancia de la libertad de expresión y lo dicho por la Corte Suprema. En esto último, la Cámara hace referencia a sentencias de la Corte donde se establece que la libertad de expresión no es absoluta, y a la vez hace caso omiso de lo dicho en “Rodríguez” con respecto a la importancia del mencionado derecho y sus limitaciones en casos excepcionalísimos.

En suma, no es válido que en “Denegri” la Cámara se aparte de “Rodríguez”, no sin proporcionar nuevos argumentos jurídicos ni efectuar un *distinguishing* con el caso. Esta práctica por parte de la Cámara se puede calificar como deficiente.

El caso “Rodríguez” y su línea jurisprudencial

De manera preliminar, no podemos ignorar dónde se encuentra ubicado Rodríguez en la línea jurisprudencial de la Corte sobre la libertad de expresión. El caso cita relevantes fallos como “Ponzetti de Balbín”, “Costa” y “Servini de Cubría”. Estos casos —ilustrativos de una extensa lista de fallos que se pronuncian sobre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor— esbozan la doctrina constante del Tribunal Supremo con respecto a la restricción de la libertad de expresión en casos excepcio-

nales y razonables, siempre que se trató de información ilícita y con el fin de proteger el derecho al honor. De este modo, se observa la importancia que tiene la libertad de expresión en la tradición jurisprudencial.

Explicado cómo es el buen uso del precedente según la doctrina que la misma Corte sienta a través de los años, es preciso y necesario analizar el caso “Rodríguez” para luego poder compararlo con “Denegri” y determinar si se constituye un precedente. De este modo, estableceremos si corresponde la exigencia de nuevos argumentos o de un *distinguishing*.

Los hechos del caso consisten en que el nombre de la actora, así como su imagen y fotografías resultaron expuestas en Internet sin su consentimiento o autorización, y que, en múltiples casos, aparecían vinculados a sitios de contenido sexual, pornográfico u otras actividades relacionadas con el tráfico sexual²⁶. De este modo, la actora exigió la reparación del daño causado, la indemnización por el uso indebido de su imagen, el cese del uso de aquella información y la eliminación definitiva de toda vinculación de su imagen y nombre con aquellos sitios de contenido sexual.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda por “negligencia culpable” de los demandados al no haber eliminado los contenidos perjudiciales e ilegales al tomar conocimiento de estos. La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (misma instancia del fallo bajo análisis) revocó parcialmente el fallo, rechazando la demanda contra Yahoo y reduciendo la indemnización estipulada contra Google. La Cámara argumentó que la actora podría, antes de la demanda, haber intimado extrajudicialmente a los demandados y que, al omitir tal hecho, no se podría in-

²⁶No entraremos en detalle al análisis del caso “Rodríguez”, pero los hechos se encuentran mejor redactados en el voto parcialmente disidente de los doctores Lorenzetti y Maqueda que en el voto de la mayoría.

ferir que los demandados actuaron negligentemente por no haber bloqueado las aludidas vinculaciones al tomar conocimiento de ellas. Esta decisión fue apelada, y el caso llegó a la Corte Suprema.

Para resolver el caso, en primer lugar, la Corte hizo hincapié en que los buscadores no son creadores del contenido perjudicial por el cual se reclama, por lo que, *a priori*, no son responsables. En segundo lugar, sostuvo que no existe una obligación general de vigilar estos contenidos y que, si se responsabilizara objetivamente a los buscadores, la libertad de expresión se vería fuertemente perjudicada; ya que se estaría sancionado al medio que permite la publicación de información y no a aquel que efectivamente la publicó. Sin embargo, la Corte entendió que los buscadores serían responsables en caso de tener efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido y de no haber actuado diligentemente al respecto.

A continuación, para estudiar si resulta procedente que, con el objetivo de evitar que se produzca la repetición de la información lesiva para los derechos, corresponde la tutela preventiva, la Corte se remitió a su propia elaboración jurisprudencial. Allí había sentado la doctrina de que toda censura que se ejerza sobre información se debe presumir inconstitucional, ya que toda restricción, sanción o limitación a la expresión debe ser de interpretación restrictiva.

Finalmente, la Corte resolvió que no había culpa por parte de los buscadores demandados, ya que no se los había intimado y, por lo tanto, no tenían conocimiento de la ilicitud de la información. Por otro lado, también rechazó el bloqueo de información, debido a la impor-

tancia que se le otorga a la libertad de expresión y a la falta de acreditación de una situación que ameritara apartarse de la protección del mencionado derecho. Es decir que, para la Corte Suprema, la desindexación de información lesiona la libertad de expresión, incluso cuando dicha información es ilícita²⁷.

A partir de lo desarrollado, extraeremos cuál es la *ratio decidendi* de “Rodríguez” para evaluar su valor como precedente. De tal modo, podemos concluir que la Corte arribó a tales conclusiones ya que se consideró que los motores de búsqueda son responsables por contenido ajeno únicamente en aquellos casos en donde se conoce la ilicitud de los datos y tal conocimiento no es seguido de un actuar diligente. Por consiguiente, el bloqueo del resultado de la información solo se permite en casos excepcionalísimos y cuando el buscador toma efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido.

Los casos “Gimbutas”, “Paquez” y “Mazza”

La regla aplicada en el caso “Rodríguez” con el tiempo trascendió de este mismo caso, siendo aplicada en otros, por ser sustancialmente similares factualmente. Es así que resulta posible rastrear una línea jurisprudencial a lo largo de los casos “Gimbutas”, “Paquez”, y “Mazza”.

El primer caso tuvo lugar en 2017. Los hechos consisten en que la actora (Gimbutas) autorizó que le tomaran fotos y se publicaran en diversos medios, conservando la facultad de decidir dónde y cómo se publicaba su imagen. Sin embargo, por medio de Google, aquellas imágenes se relacionaron con prácticas sexuales “denigrantes”. Por consiguiente, demandó a Google

²⁷ Por lo tanto, no sería ilógico que la Corte considerara que cuando la información es lícita, como en el caso “Denegri”, tampoco procede el bloqueo, teniendo en cuenta que en dicho caso se afecta menos el derecho que se quiere tutelar, que es el honor. El razonamiento sería: “¿por qué la Corte permitiría la desindexación de información lícita si no lo hizo en el caso de información ilícita, mayormente perjudicial al honor y a la intimidad?”

pidiendo la eliminación de sus datos personales en sus archivos y una indemnización.

Ambas demandas fueron rechazadas, y esta decisión fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones por considerar que se trataba de hechos sustancialmente similares a los del caso “Rodríguez”. La Corte Suprema concluyó lo mismo que en las dos primeras instancias, reafirmando el *holding* de “Rodríguez” y volviendo a mencionar que los buscadores solo responden cuando toman conocimiento de la ilicitud del contenido y no actúan diligentemente en consecuencia.

El segundo caso tuvo lugar en 2019. Paquez era el secretario general de una universidad pública y se publicó información sobre una supuesta agresión a estudiantes que participaban en agrupaciones políticas estudiantiles (lo cual motivó una causa penal) y relatos de antecedentes de violencia y obstrucción en las elecciones del Centro de Estudiantes. El actor pidió una medida cautelar para que se desvinculara aquella información de su nombre. Esta medida fue concedida en la Cámara.

En su sentencia, la Corte se refirió al caso “Rodríguez” y “Gimbutas”, reafirmando nuevamente la *ratio decidendi* de ambos casos anteriores. Se acreditó la falta de circunstancias excepcionales exigidas para cualquier tutela preventiva que implicara una restricción a la expresión y a la información. Se tiene en cuenta que la información está compuesta por opiniones, que no tienen carácter de licitud o ilicitud y por acusaciones que, según la corte, están amparadas por la libertad de expresión (CSJN, Fallos:342:2187, considerando 12). Por lo cual, el precedente se extendió a información de interés público (debido al carácter de funcionario público de Paquez), entendiendo que la tutela preventiva no podría llevarse a cabo en tal caso.

En tercer lugar, cabe hacer mención del caso “Mazza”, del año 2021²⁸. La actora demandó a Google exigiendo reparación por la publicación indebida de su imagen, ya que fue vinculada e incluida en determinadas páginas de Internet de contenido sexual y pornográfico. En primera instancia se dio lugar a las pretensiones de la actora, y la Cámara lo rechazó. Así, por medio del recurso extraordinario federal, el caso llegó a la Corte Suprema. La Corte reconoció la sustancial analogía entre este caso y los anteriores (“Rodríguez”, “Gimbutas” y “Paquez”) por lo que resolvió aplicando los mismos fundamentos.

Comparación de “Rodríguez” con “Denegri”

En este apartado nos ocuparemos de comparar los escenarios fácticos de “Rodríguez” y “Denegri” para determinar si corresponde efectuar un *distinguishing* entre ambos, o si los hechos son tan similares que la regla general extraída de “Rodríguez” aplica a “Denegri” y, por lo tanto, rige la obligación de la Cámara de aportar nuevos argumentos para resolver en sentido contrario. De este modo, tendremos en cuenta los hechos relevantes que observó la Corte en “Rodríguez” para resolver el caso, los cuales son el carácter de ilicitud de la información y el actuar posterior del buscador. Agregaremos a nuestro estudio las pretensiones de la parte actora.

De manera preliminar, tendremos en cuenta que efectivamente la Corte efectuó un *distinguishing* entre el caso “Denegri” y el caso “Rodríguez” (Fallos: 345:482, considerando 22). De este modo, entendió que la diferencia sustancial que había entre el caso actual y sus precedentes radicaba en la naturaleza de la información, ya que en los casos anteriores

²⁸ Podemos llamar la atención en que esta decisión de la Corte Suprema es posterior al caso “Denegri”, que es del año 2020.

se trataba de información ilícita y en “Denegri”, como ya se ha esbozado, se trataba de información lícita. A pesar de este pronunciamiento de la Corte, continuaremos nuestro estudio.

En primer lugar, en cuanto a la ilicitud de la información y el actuar del buscador, en el caso “Rodríguez” se trataba de imágenes que fueron difundidas por Internet sin el consentimiento de la actora y vinculadas con sitios de actividades sexuales. De este modo, con la debida intimación a Google, poniéndolo en conocimiento de la ilicitud de la información, se podría proceder a bloquear esos resultados de búsqueda (CSJN, Fallos 344:1481, considerando 8 del voto parcialmente disidente). Por otra parte, en el caso “Denegri” se trata de videos escandalosos de programas de televisión en donde hubo un consentimiento inicial²⁹, por lo cual la información es lícita³⁰. Como la obligación que pesa sobre el buscador es la del bloqueo de información precedido de la ilicitud de la información, en este caso, no procede. Por consiguiente, tenemos en cuenta que la naturaleza de la información es distinta.

En cuanto a las pretensiones, “Rodríguez” exigió la responsabilidad del motor de búsqueda, la indemnización y el cese del uso de su imagen, y la desvinculación de su imagen con aquellos sitios sexuales. En cambio, “Denegri” no reclamó daños y perjuicios contra Google, pero sí pretendió que se efectuara el derecho al olvido, pidiendo la eliminación de sus datos personales así como también la restricción a su acceso. Por lo cual, ambas pretensiones coinciden en cuanto a la desindexación de cierta información.

Lo evaluado presenta una gran disyuntiva: en el caso “Rodríguez” es relevante la decisión

de que, ante información ilícita, la responsabilidad depende de la diligencia de la respuesta del buscador al ser intimado y de que la tutela preventiva solo tendrá lugar ante casos excepcionales; en “Paquez”, se explicita que la información de interés público no se encuentra dentro de estos casos.

Todo esto significaría resolver “Denegri” en contra de la actora, si no se hubiese introducido el tema del paso del tiempo. De tal modo, nos preguntamos si tal circunstancia puede constituir un nuevo argumento que justifique apartarse del precedente y dar lugar a un *distinguishing*. Sin embargo, la Corte no hizo foco en este punto para resolver el caso, sino en el de la naturaleza de la información.

Con todo lo expuesto, y exclusivamente desde el punto de vista del precedente, consideramos que la Corte Suprema podría haber resuelto el caso a partir de su propia jurisprudencia. El Tribunal podría haber aplicado su extensa línea jurisprudencial en donde restringió la libertad de expresión solamente en aquellos casos que se trataba de información ilícita. Como en “Denegri” este supuesto no se cumplía, entonces no procedía dicha restricción.

A partir de “Rodríguez”, se podría considerar que dentro del enunciado de que el bloqueo de información se permite en casos excepcionales, se encuentran ambos supuestos, tanto información lícita como ilícita. Esto es así porque se podría interpretar que cuando la Corte hace referencia a la información ilícita en el precedente, lo hace a partir del supuesto de que la naturaleza de dicha información puede dar lugar a la restricción de la libertad de expresión (según su propia jurisprudencia). De este

²⁹ Esto es lo alegado al comienzo de la demanda, aunque luego con las audiencias públicas frente a la Corte Suprema se va a decir que la actora no concurrió a aquellos programas voluntariamente, lo cual transformaría a la información en ilícita debido a que no hubo un debido consentimiento.

³⁰ La licitud de la información es algo que caracteriza el derecho al olvido (Basterra, 2022, p. 6).

modo, agrega una protección en cuanto a la tutela preventiva de bloqueo de información en los buscadores, que es la exigencia de un caso excepcionalísimo. Por lo cual, en esta discusión queda excluida la información de carácter lícita, ya que, en los precedentes, nunca se permitió la restricción a la libertad de expresión en tal caso.

A su vez, para fortalecer este argumento, la Corte también podría haber aplicado “Paquez”, ya que en similitud con “Denegri” se trataba de información de interés público. De esta forma, la solución que se expone no contradiría el precedente de la Corte sino, más bien, le hubiera dado un mayor y prudente uso.

EL PRECEDENTE HORIZONTAL

Para agregar a toda esta construcción, y si bien no nos extenderemos en el desarrollo de la doctrina y sus implicancias, existen varios casos de la misma Cámara que han sido resueltos aplicando el precedente “Rodríguez”. Esto implica que la sentencia que estamos comentando contradujo esas otras sentencias del tribunal. Si bien hoy en día no existe ley que lo imponga ni costumbre generadora de un deber jurídico de seguir el precedente horizontal en cámaras de apelaciones en virtud de su obligatoriedad (Ratti Mendaña, 2021 p. 106), compartimos con la citada la importancia de la uniformidad en sus decisiones.

La Sala D sostuvo, en 2010, en “D. C., V. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, que solo son responsables los buscadores por su actuar negligente después de tomar conocimiento de poseer información inexacta o dañosa. Es decir, que solo cabe responsabilidad por su actuar culposo. Lo mismo es sostenido por la Sala H “B., E. C. v. Google Inc. y Otros” en 2012.

Con esta misma regla es que, en “O., P. L. c. Google Inc.”, la Sala H responsabilizó a los buscadores por no proceder a bloquear el acceso a la información después de haber sido informados y ordenados cautelarmente a hacerlo. Finalmente, en 2021, la Sala H volvió a aplicar esta regla en “C. F. A. c. Yahoo de Argentina S.R.L. s/ Daños y Perjuicios”³¹.

Por último, con respecto al precedente horizontal, es válido mencionar el caso “D. P. Y. D. c. Google Inc. y Otro s/ art. 250 C.P.C”, de 2015, que fue distinto por tratarse de una persona pública. En este, la Sala H basó su rechazo de bloqueo de información lícita, en que, al tratarse de información de personas públicas, debía prevalecer el “principio de máxima divulgación de información pública”. Observamos con preocupación que, en la sentencia, la Cámara no remite en ningún momento a estos casos y que, si bien no está obligada a hacerlo, es una práctica que promovemos en miras a la mencionada uniformidad.

CONCLUSIÓN

Con respecto a la sentencia de Cámara dictada en el caso “Denegri”, podemos afirmar que el uso del precedente presenta algunas deficiencias. En primer lugar, porque se utilizó el caso internacional “Costeja” como principal precedente para resolver la cuestión, a pesar de que no tiene ninguna fuerza obligatoria y de que su invocación perjudica la fundamentación de la sentencia. La consideración del precedente nacional, tanto de la propia Cámara como de la Corte Suprema, hubiera sido una práctica más adecuada. En contraposición, la Corte es mucho más cautelosa, al resolver el caso, respecto del precedente internacional.

³¹ Aclaramos que esta sentencia es posterior a Denegri, por lo que no constituye precedente.

En segundo lugar, a partir del estudio de la línea jurisprudencial que comienza con el caso “Rodríguez”, llegamos a la conclusión de que era importante que la Cámara hubiese evaluado lo decidido en ella y, en su caso, justificado el apartamiento, si tenemos en cuenta que ello es lo que la Corte exige de los tribunales inferiores cuando hay casos similares. Al menos, una buena práctica del precedente aconseja que debe ser considerado para determinar si es pertinente para la resolución del caso o no.

Precisamente, la Corte elabora un *distinguishing* entre el caso en cuestión y “Rodríguez” que, si bien no compartimos, consideramos mucho más diligente que la omisión de consideración que efectuó la Cámara. Es así que concluimos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es mucho más acertada que la Sala H de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en el uso del precedente para resolver el caso “Denegri”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Basterra, M. (2022). El caso “Denegri”: una oportunidad para que la corte suprema de justicia recepte el derecho al olvido. En Borda, A. (Dir.) (2022). *El derecho al olvido ante la Corte Suprema. El Derecho*, suplemento especial, 5-10.
- Borda, A. y Calderone, S. (2022). Presentación: un debate para recordar: interrogantes sobre el derecho al olvido. En Borda, A. (Dir.) (2022). *El derecho al olvido ante la Corte Suprema. El Derecho*, suplemento especial, 3-4.
- Borda, G. y Pereira, C. (2022). La “construcción” jurisprudencial del derecho al olvido. A propósito del caso “Denegri”. En Borda, A. (Dir.) (2022). *El derecho al olvido ante la Corte Suprema. El Derecho*, suplemento especial, 11-13.
- Del Carril, E. (2022). ¿Hacia un derecho al olvido argentino? Reflexiones previas al caso “Denegri”. En Borda, A. (Dir.) (2022). *El derecho al olvido ante la Corte Suprema. El Derecho*, suplemento especial, 14-17.
- Garay, A. (2013). El precedente judicial en la Corte Suprema. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 51-108.
- Garay, A. F., y Toranzo, A. (2005). Los efectos de las sentencias de la corte suprema de justicia de la nación. *Jurisprudencia Argentina*.
- Garro, A. M. (1989). Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del derecho comparado. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 95-134.
- Goodhart, A. L. (1930). Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, XL(2), 161-183.
- Laplacette, C. (2022). Derecho al olvido, memoria selectiva y ocultamiento de información pública. En Borda, A. (Dir.) (2022). *El derecho al olvido ante la corte suprema. El Derecho*, suplemento especial, 17-21.
- Legarre, S. (2015). Towards a new justificatory theory of comparative constitutional law. *Strathmore Law Journal*, 1(1).
- Legarre, S. (2016). Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Legarre, S. (2020). From comparative constitutional law to comparative constitutionalism. *Frontiers of Law in China*, 16(4), 1-30.
- Miller, J. (1997). The authority of a foreign talisman: a study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine elite’s leap of faith. *The American University Law Review*, 46(1483), 1483-1572.
- Puccinelli, O. (2019). El derecho al olvido digital. La nueva cara de un derecho tan viejo

- como polémico. *Revista Derecho Constitucional*, 1, 78-91. Universidad Blas Pascal.
- Ratti Mendaña, F. (2021). Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 11(1), 75-107.
- (2020). El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Revista Jurídica Austral*, 1(2), 585-626.
- Rosenkrantz C. (2005). En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6(1), 71-96.
- Siltala, M. (2000). *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Bloomsbury Publishing.
- Toselli, M. (2021). *Análisis y problematización de los “préstamos constitucionales”*. [Tesis de grado]. Universidad de San Andrés.
- Vaninetti, H. A. (2011). Derecho al olvido en Internet. *El Derecho*, 242(566), 1-6.
- “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas”, Sala H, 2020. AR/JUR/30392/2020.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “O., P. L. c. Google Inc.”, Sala H, 2015. AR/JUR/71413/2015.
- Corte Suprema de los Estados Unidos, “Marbury v. Madison”, 5 US (1cranch) 137, 1803.
- CSJN, “Cerámica San Lorenzo”, 1985, Fallos: 307:1094.
- CSJN, “César Aníbal Balbuena”, 1981, Fallos: 303:1770.
- CSJN, “Costa, Héctor Rubén c/ MCBA. y otros”, 1987, Fallos: 310:508.
- CSJN, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, 2022, Fallos: 345:482.
- CSJN, “Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 2017, Fallos: 340:1236.
- CSJN, “Mazza Valeria Raquel c/ Yahoo SRL Argentina y otro s/daños y perjuicios”, 2021, Fallos 344:1481.
- CSJN, “Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias”, 2019, Fallos: 342:2187.
- CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A”, 1984, Fallos: 306:1892.
- CSJN, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 2014, Fallos: 337:1174.
- CSJN, “Santín, Jacinto c/ Impuestos Internos”, 1948, Fallos: 212:51.
- CSJN, “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo. (S. 303 S. 292)”, 1992, Fallos: 315:1943.
- Juzgado Civil 78, “Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. s/ derechos personalísimos: Acciones relacionadas”, 2020.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, “Google Spain, S.L., y Google Inc., c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González”, 2014.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “B., E. C. v. Google Inc. y Otros”, Sala H, 2012. AP/JUR/4524/2012.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “C. F. A. c. Yahoo de Argentina S.R.L. s/ Daños y Perjuicios”, Sala H, 2021. AR/JUR/2839/2021.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “D. C., V. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, Sala D, 2010. AR/JUR/40066/2010.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “D. P. Y. D. c. Google Inc. y Otro s/ art. 250 C.P.C”, Sala H, 2015. AR/JUR/28961/2015.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil,

Dafne Mancevich

Perfil académico y profesional: Estudiante de abogacía en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Participante del proyecto IUS “La sentencia como precedente: metodología y aplicación práctica”, dirigido por la doctora Florencia Ratti Mendaña. dafmancevich@gmail.com
ORCID: 0000-0002-8260-9818

Juan Pablo Seré

Perfil académico y profesional: Estudiante de abogacía en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Participante del proyecto IUS “La sentencia como precedente: metodología y aplicación práctica”, dirigido por la doctora Florencia Ratti Mendaña. serejuanpablo@gmail.com.
ORCID: 0000-0003-3659-2557

Reseñas



Reseña del Libro *Crisis ecológica. Aportes para una ecología integral*¹

Eduardo Agosta Scarel

Sociedad/ reseña

Citar: Agosta Scarel, E. (2023). Reseña del libro *Crisis ecológica. Aportes para una ecología integral*, de V. Figueroa Clérici (compiladora). *Omnia. Derecho y sociedad*, 6 (1), pp. 109-112.

En estas pasadas vacaciones tuve la oportunidad de leer un libro sobre la recepción de la crisis ecológica en el mundo católico gracias a la encíclica *Laudato si'* (LS) del Papa Francisco (2015), que nos ofrece Ediciones de la Universidad Católica de Salta (EUCASA, 2020). ¿Cómo es esto? Bueno, sí, le he “dado la vuelta” a la propia presentación inicial de la obra, la cual se ofrece más bien como el “fruto de la recepción de la encíclica papal” en esta casa de altos estudios, a través de la reflexión y el diálogo cordial entre teología, filosofía, historia, economía y trabajo social, y la expresión concreta de su mensaje en el ámbito de las relaciones internacionales, el problema de la contaminación local y la educación. Diálogo llevado a cabo en la clase inaugural de la carrera de Formación Teológica, dos jornadas interdisciplinarias de ecología integral y un concurso de ensayos para estudiantes. He querido darle la vuelta porque considero que esta obra es un buen documento que expresa el cambio de mentalidad que está ocurriendo progresivamente

al interior de la Iglesia, hacia una mayor sensibilidad y respuesta ante la crisis ecológica de escala planetaria que la comunidad creyente puede realizar desde la fe.

Este cambio de mentalidad que podemos realizar desde la fe puede pensarse dual. Por un lado, es un proceso reflexivo, de entendimiento paradigmático cosmovisional, que converge como punto de llegada en el concepto ecoteológico de **ecología integral** que ofrece la encíclica. Por el otro, es una respuesta humana, una *praxis*, como punto de partida del profundo cambio necesario en la cultura, la economía, la tecnociencia y la política globales, a modo de **conversión ecológica** personal y comunitaria, a la que invita la encíclica, y que se realiza en acciones concretas por el cuidado de la casa común, que van surgiendo como iniciativas multisectoriales. El tema que recorre transversalmente los capítulos de esta obra versa principalmente sobre la primera, la **ecología integral**, como punto de llegada de un largo proceso de comprensión tanto del

¹ Figueroa Clérici, V. (2020). *Crisis ecológica. Aportes para una ecología integral*. Eucasa.

mundo secular como del mundo de la fe.

Como se indica en este libro, el proceso de comprensión secular del problema de la crisis ecológica planetaria tiene como base el conocimiento científico —natural, de la sostenibilidad, del clima; social, económico, político— el cual reclamaba, desde la segunda mitad del siglo pasado, decisiones audaces para lograr un cambio de paradigma en la producción y el consumo. En este proceso histórico de concienciación ecológica, un punto de inflexión ocurrió en 1992, cuando se celebró, en Río de Janeiro, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y el Desarrollo, conocida también como la Cumbre de la Tierra. La Declaración de Río coronó la cumbre con 27 principios para el desarrollo sostenible, la protección del ambiente natural y el respeto de la diversidad de los pueblos, “reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar”². De aquella cumbre mundial de naciones surgieron dos importantes convenciones globales: la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y la Convención sobre la Diversidad Biológica, que dieron lugar a sendas cumbres del clima y de la biodiversidad, respectivamente, convirtiéndose rápidamente en célebres encuentros de países, conocidos como Convención de las Partes o, simplemente, COP³. Con certeza, el cambio climático y la pérdida

de la biodiversidad —temas abordados en los capítulos centrales de esta obra— han sido desde entonces los dos grandes desafíos que enfrenta la humanidad en lo que respecta a los límites planetarios para la sostenibilidad de la vida en la Tierra⁴.

El avance de los acontecimientos históricos del mundo secular, hoy innegablemente marcados por el problema ecológico, es decir, por el deterioro estructural del ambiente natural y social en mutua interpenetración, ha obligado a la comunidad creyente, como era de esperar, a repensar su fe para dar respuestas a los nuevos contextos⁵. En esta obra editada por EUCASA se muestra cómo la encíclica *Laudato si'* ofrece la **ecología integral** también como resultado de un largo proceso de reflexión del quehacer ecoteológico, fundamentado en la Biblia y en la tradición cristiana, en diálogo con las diversas disciplinas del conocimiento. En este sentido, la encíclica papal del 2015 puede pensarse como un punto de inflexión en la doctrina social de la Iglesia, en la que los *signos del lugar* son asumidos, con la ayuda de las ciencias ambientales, a la altura teológica de los *signos de los tiempos* para captar no solo “los mensajes controversiales en los recientes eventos históricos, políticos, culturales y sociales”, sino también “percibir los signos de pecado y ruptura presentes en la geografía local, en

² Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo, principio 8. Véase <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

³ La última cumbre del clima, o COP 27, se celebró en Sharm El Sheikh, Egipto, en noviembre del 2022, y la última cumbre de la biodiversidad, o COP 15, en Montreal, en diciembre del 2022.

⁴ Cf. Steffen W. et al. (2015). Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet. *Science*, 347, 6223. Véase <https://www.science.org/doi/10.1126/science.125985>

⁵ Se destaca, a modo de ejemplo, la inicial expresión de preocupación del papa San Juan Pablo II, con respecto al cambio climático, en su mensaje del primero de enero de 1990 por el Día Mundial de la Paz, en el que hace referencia a “los gases producidos por la combustión de combustibles fósiles”, entre otros factores contaminantes, que “deterioran la atmósfera y el medioambiente”.

el ambiente natural que sostiene aquel barrio, pueblo, ciudad, país, región, o la misma Tierra⁶, dado que no tratamos de dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino de una única y compleja crisis ecológica, socioambiental (cf. LS 139). Así pues, para el creyente del siglo XXI, la **ecología integral** no se limita a respuestas de índole meramente técnica, científica y pragmática, sino que supone nuevas categorías del pensamiento que las trasciende, integrándose en una nueva ética de la solidaridad y la responsabilidad, la sobriedad y el cuidado, tanto local como global, que orienten la producción, el consumo y la capacidad tecnocientífica, dentro de los límites planetarios y colocando al ser humano en su centro. El principio del bien común, la conciencia de la fragilidad y el cuidado de la vida, el desarrollo integral humano, el respeto por la diversidad de culturas, entre otros, consti-

tuyen los pilares de esta ecología integral.

Coordinada por Verónica Figueroa Clérico, la obra interdisciplinar *Crisis ecológica: aportes para una ecología integral*, que edita EUCASA, articula estos aspectos temáticos de la **ecología integral** contenidos en la encíclica *Laudato si'* en un diálogo que invita a la reflexión profunda y a la búsqueda de un mayor compromiso. Se destaca como tal, que la obra constituye una dupla con el título *Conversión ecológica: hacia un compromiso con la ecología*, también editado por EUCASA (2022), bajo la misma coordinación, que versa sobre el segundo momento del cambio de mentalidad requerido como respuesta, el de la **conversión ecológica**. De esta manera, con ambas obras el lector tiene ante sí una comprensión integral del problema ecológico desde la fe, para un obrar consecuente con ella.

⁶ Agosta Scarel, E. (2021). Climate Change in the light of Integral Ecology. *Melita Theological*, Journal of the Faculty of Theology, University of Malta, 71/2, p. 268.

Eduardo Agosta Scarel

Perfil académico y profesional: Doctor de la Universidad de Buenos Aires en Ciencias de la Atmósfera y los Océanos. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina. Profesor en la Facultad de Ciencias Astronómicas y Geofísicas (FCAG), Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Docente de posgrado en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Exactas y Naturales. Pertenece a la Comisión Internacional de Justicia y Paz de la Orden Carmelita en Roma. Miembro en la Convención Marco de Cambio Climático de Naciones Unidas. Experto del Dicasterio para el Servicio del Desarrollo Integral Humano y asesor del Movimiento Laudato Sí.

eduardo.agosta@gmail.com.

ORCID: 0000-0003-1182-8877



Reseña del libro *Conversión ecológica. Hacia un compromiso con la ecología*¹

María José Caram

Sociedad/ reseña

Citar: Caram, M. J. (2023). Reseña del libro *Conversión ecológica. Hacia un compromiso con la ecología*, de V. Figueroa Clérici (coordinadora). *Omnia. Derecho y sociedad*, 6 (1), pp. 113-118.

El papa Francisco publicó el 24 de mayo de 2015 la encíclica *Laudato si'* (LS), con la finalidad de “entrar en diálogo con todos acerca de nuestra casa común” (LS 3). La crisis socioambiental en la que está sumido nuestro planeta a causa del irresponsable uso de sus recursos exige diálogo, reflexión interdisciplinaria entre las ciencias, las humanidades, las culturas y las religiones.

El libro *Conversión ecológica. Hacia un compromiso con la ecología*, coordinado por Verónica Figueroa Clérici (2022), es una contribución que se suma a los esfuerzos por desbrozar caminos que lleven a encontrar una salida viable a la catastrófica situación en la que estamos sumidos. Cada uno de los ocho artículos que componen el libro ensaya, desde diferentes perspectivas académicas, intentos de respuestas a los grandes interrogantes que suscita el gran desafío de la “conversión ecológica”. Como explica en la introducción la coordinadora de esta valiosa obra, este término hace referencia a “un sentido de transformación que no atañe solo al

comportamiento ético o a una adhesión religiosa, sino a una nueva cosmovisión, una novedosa forma de mirar la realidad, una evolución del pensamiento, para lo cual es necesario un ejercicio reflexivo enriquecido por la experiencia y a la vez, direccionado a ella.”

La conversión constituye un desafío de dimensiones planetarias que, como afirma el papa Francisco en la encíclica *Laudato si'*, atañe a todas las personas que habitan la Tierra (LS 3). Hay un consenso cada vez mayor acerca de que la crisis marca el comienzo de una nueva era planetaria denominada Antropoceno, en cuyo significado se encierra la atribución a la actividad humana del gran deterioro ambiental en el que estamos inmersos. Por lo mismo, como indica el documento papal, es importante “unir a toda la familia humana en la búsqueda de un desarrollo sostenible e integral, pues sabemos que las cosas pueden cambiar” (LS 13). El cambio será posible si los humanos tomamos conciencia de nuestra responsabilidad y nos ejercitamos en una sa-

¹ Figueroa Clérici, V. (2022). *Conversión ecológica. Hacia un compromiso con la ecología*. Eucasa.

ludable crítica del daño que nos estamos provocando con nuestras acciones que maltratan los ecosistemas.

Los autores de este libro nos ofrecen valiosas reflexiones desde sus respectivas áreas del saber y nos estimulan a pensar, como ellos, de manera comprometida y unificada con esta realidad de la que no podemos desligarnos, pues formamos parte de ella.

En el primer capítulo, Marta Inés Palacio propone ubicar a *Laudato si'* dentro del campo de las humanidades ambientales, una disciplina novedosa que estudia la cuestión de la crisis ecológica y ambiental procurando restaurar el diálogo roto por la modernidad entre las tradiciones científica y humanista.

La reflexión de la filósofa cordobesa discute tomando como eje axial de las humanidades ambientales el paradigma de la "intrarrelacionalidad", neologismo de su autoría, que le permitirá bosquejar algunas tesis en los planos ontológico, epistemológico y éticopolítico, dilucidando este último aspecto desde "la potencialidad y el alcance de una 'ética de la vulnerabilidad', en diálogo con los planteos filosóficos de E. Levinas. La autora considera que, más allá del carácter eclesial del documento papal, la frase "todo está conectado", repetida cinco veces en *Laudato si'*, bien puede resumir el paradigma intrarrelacional que vertebrata las humanidades ambientales, aunque nunca utilice este término. El paradigma intrarrelacional es vertebrador de las dimensiones relacionales, ética y política; pero también, como agrega *Laudato si'*, de las dimensiones espiritual y mística. Además, como concluye la autora, permite comprender "los sentidos de las tesis del documento sobre la ecología integral la conversión ecológica, la espiritualidad y mística ecológica, la concepción de una nueva temporalidad histórica como tiempo de 'la sublime fraternidad' con todos los seres creados" (LS 221).

En el segundo capítulo de este libro, Román Guridi asume el reto de pensar el controvertido texto de Génesis 1,26-28, que para algunos avaló el sometimiento y dominio humano sobre la creación. Recurre para ello al aporte de tres lecturas teológicas del texto, realizadas por Beauchap, Wénin y Nash, en función de alcanzar "una conversión ecológica nutrida por las imágenes bíblicas". Para el autor, el papel de las religiones resulta crucial en el diálogo sobre la sustentabilidad, porque ofrecen narrativas, creencias, motivaciones, arquetipos, símbolos, significados, valores e instituciones capaces de impulsar una vida ecológicamente sustentable. El cristianismo, particularmente, encuentra en la Escritura su soporte e inspiración. Para el autor, la exégesis bíblica no ofrece recetas de hábitos y conductas ecológicas "sino imágenes y nociones que alienten y legitimen religiosamente la conversión ecológica". Haciéndose eco de las palabras de John Zizioulas, concluye afirmando que "necesitamos no una ética sino un *ethos*. No un programa, sino una actitud y una mentalidad. No una legislación sino una cultura (John Metropolitan of Pergamos, como se cita en Figueroa Clérici, 2022)".

José Ignacio Gere, doctor en Física y profesor en Ciencias Sagradas, es el autor del tercer capítulo en el que, presuponiendo la complejidad de los conceptos, propone la sustentabilidad como principio rector de la conversión. Asumiendo una perspectiva en clave relacional, señala la necesidad de pasar a una mirada integradora y sostenida en el tiempo del ambiente natural y el ambiente humano, porque el ser humano es parte del sistema ambiental. Gere sostiene que esto debe hacerse con un "enfoque que identifique las conexiones entre los sistemas sociales y ecológicos, las clarifique y las optimice para procurar sistemas integrados sustentables". Al mismo tiempo postula la necesidad de salir tanto de los modelos an-

tropocentristas como de los que niegan al ser humano para salvar el planeta. Para ello señala la importancia de un conocimiento convergente, con enfoques inter y transdisciplinarios de los fenómenos físicos, químicos, biológicos, sociales económicos y políticos para responder a la necesidad de restaurar la armonía con el ambiente. Finalmente, se refiere al camino hacia una conversión sustentable, basada en una ética que contemple una triple responsabilidad de la humanidad, cada una de las cuales requiere una conversión: con el ambiente, con la sociedad y consigo misma. Esta responsabilidad corresponde a la formulación cristiana de amar al prójimo como a sí mismo (Mt 22,39) que, en clave ecológica, se extiende a toda la creación.

Pensar el quehacer teológico en tiempos del Antropoceno es el propósito del cuarto capítulo de este libro, escrito por Pedro Pablo Achondo Moya. Su propuesta es realizar una lectura integral pues “hay una raíz común que, fundamentalmente, consiste en la relación que la humanidad ha construido con el medioambiente y su entorno”. En este trabajo el autor estudia los vínculos que se han generado con los alerces, especie endémica de los bosques del sur de Chile y de la Argentina. Tres criterios han intervenido para esta elección: la longevidad de los bosques (contienen ejemplares que superan los 5000 años), la posibilidad de territorializar de forma concreta el problema medioambiental y el hecho de que los bosques de alerces permiten estudiar ciertos dinamismos en la relación con los humanos desde el uso familiar tradicional, la posterior explotación industrial y el reciente establecimiento de normas para su conservación y protección. El enfoque escogido por el autor para su estudio corresponde a la ecoteología, comprendida como teología territorial, que se plantea “la pregunta por un habitar con futuro y sentido”. La reflexión recupera la “cuestión de

la esperanza en una época de crisis” y de padecimientos, e invita a pensar la vida humana y no humana que se desarrolla en la biosfera.

Señala Achondo Moya que en el Antropoceno la ecoteología es profundamente híbrida porque “será sobre todo un diálogo de saberes y espiritualidades, se nutrirá de una colaboración de conocimientos y de una diversidad intercultural de interpretaciones, miradas y sentires”. Si se considera que la era de devastación es consecuencia del antropocentrismo, su tarea será “descentrar al humano del lugar que tanto cierta filosofía como la teología, en general, lo ha situado”. El camino está haciéndose, en la medida en que se acepta el desafío de pensar, sentir y habitar entre humanos y otros-quehumanos.

En el capítulo quinto, Eduardo Agosta Scarel, doctor en Física, circunscribirá su aporte a la conversión ecológica mediante una reflexión comparativa entre la experiencia vivida por la humanidad en la gran pandemia del siglo XXI y la crisis climática. Cada una de estas experiencias globales, con sus diferencias, están llamando a buscar soluciones, que solo serán posibles si se supera el negacionismo de la evidencia empírica y del conocimiento de las leyes que rigen la vida y el clima brindados por la ciencia. A esto deben sumarse las políticas de Estado, las políticas globales y una gran solidaridad internacional. Es sumamente importante, al mismo tiempo, valorar la prevención “para que la llegada de una gran crisis global climática en ciernes no nos tome por sorpresa como la pandemia”. El mal de la recesión ocasionada por el coronavirus podría “ser la oportunidad de encaminar un nuevo rumbo de las trayectorias de emisiones de CO₂”. El cambio que es preciso realizar involucra también los estilos de vida, las convicciones y los pensamientos o ideas cargados de afectividad, que movilicen el actuar humano porque la sola razón es insu-

ficiente, ya que “somos más *homo pathos* que *homo sapiens*”. El autor destaca también la necesidad de la empatía, esa habilidad social nos permite comprender el punto de vista ajeno, vivenciar emocionalmente la experiencia del otro y conectar con su estado emocional. En LS, la empatía está expresada en la invitación a “convertir en sufrimiento personal lo que le pasa al mundo” (LS 19). Ella se transmite por medio de la educación y de la propuesta de modelos de vida coherentes con el cuidado de la creación. Finalmente, Agosta Scarel se refiere al legado de las Escrituras, que con lenguaje simbólico y narrativo transmiten enseñanzas sobre la existencia humana y su realidad histórica (LS 63). Particularmente, menciona la misión de cuidado que tiene el ser humano con la naturaleza y el ambiente: cuidar, labrar, cultivar la creación de Dios. El pecado, entendido como ruptura del vínculo con Dios, entre los seres humanos y con el mundo natural, lo cual tiene consecuencias cósmicas que alteran el orden de la creación. En definitiva, en línea con la tradición judeocristiana, se señala que el mal que aqueja a la naturaleza se origina en el corazón humano y trastoca su equilibrio y armonía. En este contexto, la conversión ecológica consiste en que el ser humano retorne “sobre sus propios pasos para volver a recorrer el camino hecho, pero esta vez en una dirección correcta”. Esta conversión comienza por un cambio interior. Va de la mano de la empatía y requiere sentimiento de responsabilidad, sensación de competencia y saber que la acción es más beneficiosa que la omisión.

En el sexto capítulo del libro, Juan Sebastián Lloret intenta “hacer el ejercicio de tender algunos puentes entre los fundamentos de la carta encíclica *Laudato si'* del papa Francisco (...) y los fundamentos de lo que hoy la Organización de las Naciones Unidas (ONU) llama la jurisprudencia de la Tierra”. La comparación

de ambos enfoques se realiza en los siguientes tópicos, empleados respectivamente por las ciencias jurídicas y la enseñanza magisterial de *Laudato si'*: 1. Estado ecológico de derecho y ecología integral; 2. Jurisprudencia de la Tierra y ética ecológica cristiana; 3. Derechos de la naturaleza y ética social ecológica; 4. Protección de generaciones futuras y justicia entre las generaciones; 5. La idea de trascendencia del ambientalismo y nuevos bienes. La conclusión del autor es que, pese a pequeñas bifurcaciones argumentales, las confluencias entre ambos planteamientos son mayores. La realidad es que “hay una sola y compleja crisis socio-ambiental” (LS 139) abordada por “pequeñas bifurcaciones argumentales respecto a un punto y otro” pero que, en el fondo, comparten que “el verdadero planteo ecológico subyacente es el de una ecología humanista”, que incluye lo social y que, por lo tanto, debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente. Finalmente, estas similitudes se expresan en los 17 objetivos del desarrollo sostenible emitidos por la ONU en 2015, que constituyen “un catálogo ético similar al catálogo teológico que propone *Laudato si'*”

Ariana Díaz Acuña, desde su propia experiencia eclesial plantea en el séptimo capítulo “Nuevas sendas para el servicio de la vida integral”. Su reflexión parte del testimonio de Rita Semperi, líder natural de una comunidad indígena del Perú, donde se desempeña como partera. La intención del artículo es “sustentar teológicamente la posibilidad de crear ministerios laicales estables ligados al cuidado de la vida y de nuestra casa común”. Para ello reflexiona sobre el concepto ministerialidad en la Iglesia católica, ilumina su reflexión con el testimonio bíblico de las parteras egipcias de Éxodo 1,15-21. Plantea la posibilidad de aplicarlo a posibles ministerios laicales que, inspirados en la Palabra de Dios, sean oficialmente con-

fiados a las mujeres indígenas, por ser conocedoras de las tradiciones de su pueblo y porque pueden hablar en su propio idioma. Llegar a concretarlo requiere discernimiento, interdisciplinariedad y participación de diferentes actores: mujeres indígenas, teólogos, canonistas, pastores de la Iglesia, profesionales de la salud, familias y agentes de pastoral”, que actúen de manera sinodal para hacer posible la inculturación de la ministerialidad de la Iglesia.

Finalmente, el octavo capítulo de este libro corresponde a un trabajo de Cristian Arnaldo Gallardo, quien se propone una reflexión cristológica sobre *Laudato si'*. Discurre desde una perspectiva teológica descendente y dialoga con los argumentos de los capítulos segundo y sexto de la encíclica. El autor parte de la

convicción de que “solo en el Verbo encarnado encontramos nuestra realización y alcanzamos a vivir plenamente el entramado de relaciones con la naturaleza, vista como don y tarea” y considera que “la auténtica conversión ecológica brota del encuentro con Cristo”.

En su conjunto la obra que presentamos se ofrece como una valiosa contribución al diálogo interdisciplinar. Conversación que debe involucrarnos a todos los seres humanos para hacer posible la superación de la grave crisis que hoy se expresa angustiosamente en el clamor de la Tierra y de los seres vulnerados por el uso depredador de los recursos que el planeta nos ofrece. Animarse a pensar como lo han hecho los colaboradores de esta obra es un acto de esperanza.

María José Caram

Perfil académico y profesional: Doctora en Teología por la Facultad de Teología San Vicente Ferrer de Valencia, España. Actualmente es profesora de Mariología y de seminarios de posgrado en la Facultad de Teología de la Universidad Católica de Córdoba y directora *ad honorem* del proyecto de investigación radicado en la misma Facultad, titulado “Discursos de la Iglesia sobre su misión frente a las vulnerabilidades actuales: La propuesta programática del documento de Aparecida (2007) y su continuidad en la visión del papa Francisco”. Desde marzo de 2023 asumió la dirección de un nuevo proyecto, radicado también en la Facultad de Teología de la UCC, denominado “Gramáticas de la paz: Horizontes de sentidos para una sociedad y un mundo convulsionados”.

