

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

SUMARIO

Editorial

Omar Carranza

INVESTIGACIONES

El rol institucional de la Corte Suprema en sus fuentes originarias

Jorge Alberto Diegues

El control de convencionalidad en el ámbito del poder ejecutivo y el acto administrativo inconventional como efecto. Pautas interpretativas de la CIDH (2012 – 2020).

Natalia Leonor Monge

Participación ciudadana y tecnologías digitales. Metodología para el análisis de los gobiernos locales.

Diego Furnari y Clementina Mazzini

Aplicabilidad de la Acción de Protección de Privacidad en el actual contexto tecnológico.

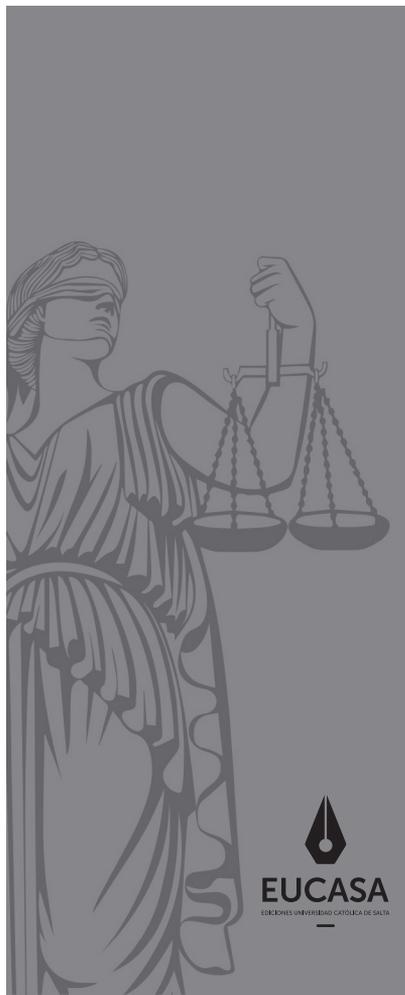
Lyudmila Cesilia Bohórquez Cruz

Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos, reparación y nuevas oportunidades.

Paola Graciela Clutterbuck

Ley 27642 y etiquetado de alimentos: un avance para garantizar el derecho a una alimentación adecuada.

María Julieta Sarmiento Peretti



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
(UCASAL)

OMNIA. Derecho y Sociedad
Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas
Vol. 7 - No. 1 | marzo de 2024

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

Dr. Martín Julián Acevedo Miño / Universidad Católica Argentina
acevedomino@fibertel.com.ar

Dr. Sergio Raúl Castaño / CONICET - Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino
sergioraulcastano@gmail.com

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

Mg. Martín de Lellis / Universidad de Buenos Aires Universidad del Salvador
martindelellis80@gmail.com

Mg. Enrique Horacio del Carril / Universidad Católica Argentina
enriquedel@uca.edu.ar

Mg. María Cecilia Flores Toranzos / Poder Judicial de la Provincia de Salta
mceft@hotmail.com

Ab. María del Milagro Herrera / Poder Judicial de la Provincia de Salta
milli295@hotmail.com

Mg. Tobías Larregui / Universidad Nacional de Córdoba
larreguitobias@gmail.com

Dra. Laura Noemí Lora / Universidad de Buenos Aires
lauranoemilora@derecho.uba.ar

Dra. María Bibiana Nieto / Universidad Católica Argentina
bnieto@uca.edu.ar

Dr. Marcelo Fernando Trucco / Universidad Católica Argentina - Universidad Nacional de Rosario
marceloftrucco@gmail.com

Mg. Guadalupe Valcarce Ojeda / Universidad Nacional de Córdoba
guadalupe.valcarce@gmail.com

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Vol. 7 - No. 1 | marzo de 2024



EUCASA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA



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

El rol institucional de la Corte Suprema en sus fuentes originarias
The institutional role of the Supreme Court in its original sources. 11

Jorge Alberto Diegues

El control de convencionalidad en el ámbito del poder ejecutivo y el acto administrativo
inconvenional como efecto. Pautas interpretativas de la CIDH (2012 – 2020).
*The control of conventionality in the field of executive power and the unconventional
administrative act as an effect. Interpretative guidelines
of the IACHR (2012 – 2020).* 29

Natalia Leonor Monge

Participación ciudadana y tecnologías digitales. Metodología para el análisis
de los gobiernos locales.
*Citizen participation and digital technologies. Methodology for the analysis
of local governments.* 47

Diego Furnari y Clementina Mazzini

Aplicabilidad de la Acción de Protección de Privacidad en el actual contexto tecnológico.
Applicability of the Privacy Protection Action in the current technological context. 73

Lyudmila Cesilia Bohórquez Cruz

Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos, reparación
y nuevas oportunidades.
*Children and adolescents in conflict with criminal law: rights, reparation and
new opportunities.* 91

Paola Graciela Clutterbuck

Ley 27642 y etiquetado de alimentos: un avance para garantizar el derecho a una
alimentación adecuada.
Act 27642 and food labelling: a step forward in ensuring the right to proper nutrition. 105

María Julieta Sarmiento Peretti

Estimados lectores:

El presente número de *Omnia*. Derecho y Sociedad evidencia la consolidación de nuestra revista en el ámbito académico. Gracias al respaldo del Comité Editorial; la asistencia de EUCASA y la colaboración de autores y evaluadores hemos avanzado en la incorporación de *Omnia* en nuevas bases de indexación y hemos sostenido la semestralización de la publicación.

El número que presentamos en esta oportunidad tiene como común denominador la protección de derechos, temática que inspira a nuestra revista.

El artículo “El rol institucional de la Corte Suprema en sus fuentes originarias”, de Jorge Alberto Diegues contiene un relevamiento de las fuentes constitucionales, legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias tanto norteamericanas como argentinas sobre el papel de la Corte Suprema de Justicia de decir el derecho en última instancia.

Natalia Monge, en su trabajo “El control de convencionalidad en el ámbito del poder ejecutivo y el acto administrativo inconvencional como efecto. Pautas interpretativas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante los años 2012 a 2020”, aborda la identificación, descripción y análisis de las construcciones argumentales elaboradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al control de convencionalidad concluyendo que ningún control se repele entre sí, de lo contrario, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad ejercido de forma complementaria.

En “Participación ciudadana y tecnologías digitales. Metodología para el análisis de los gobiernos locales”, Diego Furnari y Clementina Mazzini exponen sobre el divorcio entre las demandas o expectativas ciudadanas y los objetivos, deseos y decisiones gubernamentales y como una instancia superadora, presentan, a partir de la experiencia en el municipio de La Plata, una metodología de análisis de los niveles y estrategias participativas de los gobiernos locales mediante las tecnologías digitales disponibles.

Continuando con el abordaje de problemáticas vinculadas con la tecnología y los derechos, Lyudmila Bohórquez Cruz analiza la naturaleza jurídica, los fines y los requisitos de procedencia del recurso de habeas data regulado en la Constitución Política de Bolivia con la finalidad de demostrar la necesidad de redefinir los límites y alcances de la acción de protección de privacidad, y así poder otorgar una adecuada protección de los derechos de intimidad, privacidad, honra, honor y propia imagen frente al desarrollo de la informática.

Paola Clutterbuck, en “Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos, reparación y nuevas oportunidades”, aborda la protección integral de los niños, las niñas y adolescentes que están en conflicto con la ley penal, arguyendo que, en la mayoría de los casos, no toman contacto con el delito sin que antes hayan sido vulnerados en sus derechos. Finalmente, el artículo “Ley 27642 y etiquetado de alimentos: un avance para garantizar el derecho a una alimentación adecuada”, cuya

autora es María Julieta Sarmiento Peretti, analiza el derecho a una alimentación adecuada y su regulación en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, focalizando en un el etiquetado frontal como un aspecto de este derecho.

Agradecemos a los autores de los reflexivos artículos que integran esta edición, por haber confiado en nuestra publicación para visibilizar sus

trabajos y compartir sus ideas con los lectores. También exhortamos a quienes tengan interés en la publicación de artículos a contactarse con nosotros, a efectos de ir conformando futuras ediciones y así poder mantener el ritmo de publicación que nos hemos propuesto para el año 2024.

El director

Investigaciones



El rol institucional de la Corte Suprema en sus fuentes originarias¹

The institutional role of the Supreme Court in its original sources

Jorge Alberto Diegues²

Resumen

La presente investigación pretende indagar cómo fue pensada la función constitucional de la Corte Suprema en la época de su creación. Precedido por un breve estudio introductorio de los antecedentes británicos, el trabajo contiene un relevamiento de las fuentes constitucionales, legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias tanto norteamericanas como argentinas que se pronunciaron sobre el tema en la época de sanción de la Constitución y durante las primeras décadas posteriores, con el objeto de ofrecer una perspectiva histórica que, como herramienta analítica, contribuya a comprender y contrastar la reconfiguración del rol institucional experimentado por el máximo tribunal entre los tiempos actuales y la época de su creación. El documento incluye también un estudio detenido de los debates en torno a la Corte Suprema y la *judicial review* que tuvieron lugar en el seno de la Convención de Filadelfia de 1787, poco explorados en nuestro país.

Palabras claves: Constitución nacional - Convención de Filadelfia - Corte Suprema - Poder Judicial

Abstract

The present paper intends to investigate how the constitutional function of the Supreme Court was thought at the time of its creation. Preceded by a brief introductory study of the British background, the work contains a survey of the United States and Argentine constitutional, legislative, jurisprudential and doctrinal sources that pronounced themselves on the subject at the time of sanction of the Constitution and during the first decades thereafter, in order to offer a historical perspective that, as an analytical tool, contributes to understand and contrast the reconfiguration of the institutional role experienced by the Supreme Court between the present times and the time of its creation. The document also includes a detailed study of the debates around the Supreme Court and judicial review that took place within the Philadelphia Convention of 1787, little explored in our country.

Keywords: National Constitution - Philadelphia Constitutional Convention - Supreme Court - Judicial Power.

Derecho/ Artículo científico

Citar: Diegues, J. A. (2024). El rol institucional de la Corte Suprema en sus fuentes originarias. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (1), pp. 11-28.

¹ Artículo elaborado sobre la base de la ponencia presentada al XXVII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, Salta, República Argentina, 24 y 25 de agosto de 2023.

² Universidad de Buenos Aires - Universidad Austral.

INTRODUCCIÓN

Con la evolución y el consiguiente protagonismo de la jurisprudencia en el proceso político, el Poder Judicial alcanzó en el siglo XXI una relevancia que no había obtenido jamás en su historia. El paso de la cultura de las normas a una cultura del derecho, el progresivo desencorsetamiento de la letra de la ley por parte de los jueces y la creciente judicialización del proceso político provocaron un notorio incremento de la influencia del poder jurisdiccional, otorgando a ese departamento del gobierno un poder político y jurisdiccional superior a todas las épocas y, a su vez, resignificando el rol de los jueces y de la jurisprudencia. La Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial, encabezó este proceso histórico. El crecimiento de su autoconciencia como poder del Estado, adunado al incremento de su poder jurisdiccional como instancia final de la dialéctica entre lo político y lo jurídico conllevaron una reconfiguración de su rol en el siglo XXI.

En el contexto descripto, pienso que un aporte relevante para estudiar el rol institucional de la Corte Suprema es conocer su punto de partida, esto es, la concepción original que tuvieron sus creadores cuando diseñaron esta institución. Ello proporcionará una perspectiva histórica que, como herramienta analítica, resulta de utilidad para comprender y contrastar la reconfiguración del rol institucional experimentado por el máximo tribunal entre los tiempos actuales y la época de su creación. Para llevar a cabo esta tarea se considera conducente explorar las fuentes constitucionales, legales, doctrinarias y jurisprudenciales que se pronunciaron sobre la materia en el derecho argentino, en la época de su creación, precedido de un estudio comparado con relación a sus antecedentes ingleses y norteamericanos.

EL MODELO CONSTITUCIONAL INGLÉS

Inglaterra no conoció originalmente la división tripartita del poder. Hasta el año 2009 nunca existió una nítida separación entre la justicia y los poderes políticos. La administración de justicia o bien fue un apéndice real o un apéndice del Parlamento. Así, William Blackstone (1765) enseñaba en el siglo XVIII que en ese país “el poder supremo se halla dividido; por un lado en el legislativo, esto es, el parlamento, integrado por el rey, los lores y los comunes; por el otro, el ejecutivo, que lo forma el rey solamente” (I, pp. 142143). La administración de justicia, explicaba este autor, constituye una derivación de la Corona, un medio a través del cual el rey administra la ley. De esta forma, el poder de los jueces representaba una emanación de la prerrogativa real (Blackstone, 1769, III, pp. 2324). En sentido análogo se pronunció Jean De Lolme (1812) quien, si bien reconoció la independencia de los magistrados judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional, calificó a la administración de justicia como la primera prerrogativa real (pp. 40 y 68).

En los albores de su organización, la administración de justicia era llevada a cabo desde los consejos del rey, como el *Witenagenor* —en época de los antiguos reyes anglosajones—, y más tarde por la *Curia Regis* —a partir de la conquista normanda del año 1066—. Estos órganos eran consejos de nobles y obispos que asesoraban al rey en las más diversas cuestiones de gobierno y que contaban con atribuciones tanto legislativas como judiciales (Bianchi, 2009, p. 38).

Hacia principios del siglo XIII la función jurisdiccional comenzó a ejercerse por órganos judiciales específicos mediante cuatro tribunales principales: los comunales, los tribunales feudales, los tribunales reales y los eclesiásticos. Desde fines del siglo XIII y hasta fines del

XVIII, además de los tribunales con competencias específicas, la potestad judicial se concentró principalmente en los tribunales reales que estaban divididos en cuatro categorías: el *Kings's Bench*, el tribunal del *Common Pleas*, la *Court of Chancery* y la *Court of Exchequer*. Empero, en todos los casos, la última instancia judicial residía en el Parlamento, y más precisamente en la Cámara de los Lores. Hubo un breve interregno, entre 1873 y 1875, donde la última instancia de la función jurisdiccional quedó en manos de una *Supreme Court of Judicature* creada como consecuencia de la profunda reforma judicial impulsada por William Gladstone. Sin embargo, esta reforma fue prontamente dejada sin efecto en 1875 y la Cámara de los Lores recobró su jurisdicción como tribunal de última instancia para las causas civiles ese mismo año, y en 1907 en las causas criminales (Bianchi, 2009, pp. 4547 y 199202).

Como puede colegirse, hasta el siglo XXI en el modelo constitucional inglés la administración de justicia actuaba en nombre de la Corona y, en última instancia, era un apéndice del Parlamento. La consecuencia forzosa del modelo constitucional inglés era que no había ningún dique de contención contra los poderes del Parlamento que, en todo momento, podía abolir los derechos contenidos en la Carta Magna o en cualquier otra ley sin que los tribunales pudieran hacer nada contra ello (Macy, 1903, p. 94).

EL MODELO CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO

Puede afirmarse que el departamento judicial nace como un poder del Estado recién en

1787 con la Constitución de Filadelfia, que, tomando el ejemplo de los modelos constitucionales de ciertos Estados (Carson, 1892, I, p. 7)³, se diferenció de los modelos inglés y francés, los únicos conocidos hasta ese entonces. Hasta la Constitución de los Estados Unidos nunca se pensó entronizar a la administración de justicia como un poder del gobierno. Casi todos los pueblos regularon un órgano judicial con facultades más o menos extensas; pero ninguno lo elevó a la categoría de poder político (Barraquero, 1889, p. 321), desconocido hasta entonces por los gobiernos monárquicos. Fue este uno de los grandes descubrimientos y más significativas creaciones constitucionales entre la teoría del Estado moderno (Fayt, 2004, pp. 1112), sin precedentes en la historia (Barraquero, 1889, p. 320). Se inauguró así una nueva era en el constitucionalismo a partir de la adjudicación a un nuevo órgano —el Poder Judicial— del control de constitucionalidad de las leyes (García, 1863, p. 8), retirando del Poder Legislativo la potestad de interpretar y custodiar la Constitución (Rawle, 1829, p. 227; García Mansilla, 2020, p. 73) y asegurando que esta no será un mero instrumento de papel con un catálogo de palabras vacías (Schwartz, 2013 [1955], p. 126).

El Poder Judicial de la Nación como lo conocemos, y la Corte Suprema como cabeza de él, fue diseñado por la Constitución de los Estados Unidos de 1787 en base a tres características definitorias:

a) Tribunal de competencias judiciales limitadas. En la Convención de Filadelfia se remarcó la necesidad de establecer un departamento judicial de competencias limitadas a casos “de

³ En los capítulos III a VII este autor realiza un estudio pormenorizado de los resortes judiciales existentes en la época colonial, como así también del sistema vigente durante el Congreso Continental hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1787, los cuales sirven de antecedentes para mostrar cómo fue evolucionando la jurisdicción federal de la Suprema Corte.

naturaleza judicial” y se sostuvo que “el derecho a interpretar la Constitución en casos que no son de esa naturaleza no debe ser concedido a ese departamento”⁴. Existió asimismo desde un principio unanimidad entre los delegados en torno a la necesidad de un poder nacional superior a todos los poderes autónomos particulares (Magnasco, 1906, p. 62) encabezado por un tribunal supremo⁵ con el objeto de garantizar la unidad nacional a la

que difícilmente se hubiera llegado dejando la ley constitucional a merced de las interpretaciones localistas (Aja Espil, 1971, p. 206). Por otra parte, se debe observar que, aunque la llamada *judicial review* no formó parte de manera expresa de las deliberaciones, hay testimonios documentados entre los debates de la Constitución que acreditan que los convencionales reconocían esta función⁶ como una de las misiones esenciales al departamento judicial

⁴ Intervención del delegado por el estado de Virginia, James Madison, en la sesión del 27 de agosto de 1787 (Farrand, 1911, II, p. 430). Análogo criterio sostuvo el convencional por Connecticut William Johnson al remarcar que la jurisdicción conferida a ese departamento estaba “limitada” a casos de naturaleza judicial (*ibidem*).

⁵ Aunque el 13 de junio se aprobó la primera propuesta de competencias para el departamento judicial formulada por Randolph y Madison, fue en el primer borrador de la Constitución preparado por el Comité de Detalle donde la jurisdicción de la Corte Suprema aparece casi como se la conoce hoy en día (Farrand, 1911, II, pp. 186-187). La jurisdicción apelada despertó fuertes reservas en algunos miembros de la Convención a punto tal que llevó a Edmund Randolph a calificar a esta disposición en la Convención de Virginia como “el mayor mal” del diseño del Poder Judicial (Intervención de Edmund Randolph en la Convención de Virginia, 10 de julio de 1788, en Farrand, 1911, III, p. 310).

⁶ Existen al menos tres momentos en la Convención que lo revelan. Primero: en una parte de los debates se consideró la posibilidad de que las leyes estatales fueran sometidas a revisión del Congreso nacional como requisito previo a su entrada en vigor. Al debatirse el tema el 17 de julio de 1787 el delegado Roger Sherman juzgó como “innecesario” el otorgamiento al Congreso de la facultad de revisión sobre las leyes estatales, alegando que “los tribunales estatales invalidarían cualquier ley que contravenga la autoridad de la Unión” (Farrand, 1911, II, p. 27). Sin perjuicio de considerar “esencial” la potestad en debate, el mismísimo delegado por Virginia James Madison reconoció el poder de los tribunales federales “de dejar de lado esas normas” (*ibidem*), lo mismo que el delegado por Pensilvania, Gouverneur Morris, quien alegó la facultad de los tribunales de dejar de lado una ley que fuera negativa (Farrand, 1911, II, p. 27); reflatada nuevamente por el delegado Pinkney esta propuesta en la sesión del 23 de agosto fue James Wilson quien admitió tácitamente la potestad de revisión judicial al pronunciarse sobre la conveniencia de la propuesta, afirmando que “la firmeza de los jueces no sería por sí misma suficiente” para evitar la aplicación de una ley, por lo que “sería mejor prevenir la sanción de una ley inadecuada que declararla inaplicable una vez sancionada” (Farrand, 1911, II, p. 391). Segundo: se consideró también en algún momento de la Convención la posibilidad que los jueces participaran con derecho a veto, junto con el Poder Ejecutivo, de la revisión de las leyes nacionales sancionadas por el Congreso en lo que sería un “Consejo de Revisión”. Al debatirse la propuesta el 21 de julio el delegado por Pensilvania James Wilson defendió la iniciativa señalando que “las leyes pueden ser injustas, imprudentes, peligrosas y destructivas pero, aun así, no inconstitucionales como para justificar la decisión de los jueces de no darles efectos” (Farrand, 1911, II, p. 73). En el mismo debate los delegados por Carolina del Norte y Virginia, Alexander Martin y George Mason, admitieron la atribución de los jueces de negarse a dar efecto a una ley que consideraran inconstitucional (Farrand, 1911, II, pp. 76 y 78, respectivamente). Por su parte, el delegado John Mercer se mostró contrario al control judicial de constitucionalidad desaprobando “la doctrina de que los jueces, como intérpretes de la Constitución tendrían autoridad para evitar la aplicación de una ley” en la inteligencia de que las leyes deben ser bien y juiciosamente hechas y, por tanto, irrevisables (Farrand, 1911, II, p. 298). Este último criterio fue acompañado también por el delegado John Dickinson al considerar que ese poder no debería existir, señalando el ejemplo histórico del Justicia de Aragón que “se fue convirtiendo poco a poco en el hacedor de las leyes” (Farrand, 1911, II, p. 299). Tercero: durante el debate por la prohibición de las leyes *ex post facto* el 28 de agosto fue el mismísimo James Madison quien se pronunció sobre el tema al juzgar innecesaria la prohibición expresa de estas disposiciones, admitiendo que los jueces tendrían la potestad de “declarar nulas e inaplicables” tales normas (Farrand, 1911, II, p. 440).

aun antes de la sanción de la Constitución y, consiguientemente, con anterioridad al caso *Marbury v. Madison*.

b) Se organizó un departamento judicial en dos instancias de actuación. Aunque en buena parte de la Convención se proyectó un Poder Judicial conformado por la Corte Suprema como único tribunal federal, dejando el conocimiento en primera instancia de los casos a los tribunales estatales, se consideró peligroso confiar la ejecución en primera instancia de las leyes federales a la justicia de cada estado. De esta forma, terminó imponiéndose la idea de organizar una rama judi-

cial federal con dos instancias de actuación: una Corte Suprema y tribunales inferiores, cuya conformación quedaría librada a la discreción del Congreso⁷.

c) Garantías funcionales para sus miembros. Se confió su integración a un grupo independiente de magistrados que durarían de manera vitalicia, con intangibilidad salarial y que debían ser escogidos “por su conocimiento del derecho, como resultado de estudios prolongados y afanosos” (Hamilton, como se cita en Hamilton et al., 1957, p. 345).

En la Convención de Filadelfia se habló del rol de los jueces como “guardianes de los de-

⁷ La creación de la Suprema Corte, explica Aja Espil (1971), marca el punto culminante del Poder Judicial federal (p. 207). Aunque la organización en dos instancias para el Poder Judicial se aprobó originalmente el 4 de junio durante el tratamiento del primer plan de gobierno sometido a la Convención por el delegado por Virginia Edmund Randolph —conocido como “el Plan de Randolph”, “Plan de Virginia” o, con mayor justicia, “Plan de Madison”, presentado a la Convención el 29 de mayo—, en el que, a diferencia del Plan de New Jersey (Farrand, 1911, I, pp. 242 y 245) y del Plan de Alexander Hamilton (Farrand, 1911, I, p. 292, que llamó a la Corte como “Suprema autoridad judicial”), en donde se proyectó un Poder Judicial federal organizado en un tribunal supremo y tribunales inferiores (Farrand, 1911, I, pp. 2122), unos días más tarde comenzó a cuestionarse en la Convención la necesidad de los tribunales nacionales inferiores. Como delegado por Virginia, Madison se opuso a la supresión señalando que, a menos que hubiera tribunales inferiores dispersos por todo el territorio con decisión final sobre determinadas materias, las apelaciones se multiplicarían hasta una cantidad opresiva agregando, además, que la apelación en muchos casos no sería una solución (Farrand, 1911, I, p. 124). En una primera votación los estados decidieron suprimir los tribunales inferiores con una ajustada mayoría de cinco votos contra cuatro, dejando así la composición del Poder Judicial únicamente en un tribunal supremo. Sin embargo, tal vez a modo de compensación, se aceptó la propuesta de Wilson y Madison de dejar librado al Congreso la creación de los tribunales federales inferiores (*ibidem*). Esta decisión quedó plasmada en el primer borrador de Constitución presentado el 6 de agosto por el Comité de Detalle (el comité de cinco miembros de la Convención designado para redactar el proyecto de Constitución una vez que se acordaron los puntos principales), quedando así el departamento judicial organizado en una Corte Suprema y en tribunales inferiores “creados de vez en cuando, cuando el Congreso lo estime necesario” (Farrand, 1911, II, p. 186). La cuestión se reavivó durante el debate por la ratificación de la Constitución en la Convención de Virginia. Frente a la oposición de algunos miembros de la asamblea fue John Marshall quien tuvo a su cargo la defensa de la organización del departamento judicial: “se les ha ocurrido [a algunos delegados] que los tribunales federales no tratarán las causas que puedan presentarse ante ellos con la misma equidad e imparcialidad con que deciden otros tribunales. ¿Cuáles son las razones de esta suposición? ¿Los extraen de la forma en que los jueces son elegidos o de la duración de su cargo? ¿Qué es lo que nos hace confiar en nuestros jueces? Su independencia en el cargo y forma de nombramiento. ¿No son los jueces de la corte federal elegidos con tanta sabiduría como los jueces de los gobiernos de los estados? ¿No son igualmente, si no más, independientes? Si es así, ¿no deberíamos concluir que decidirán con igual imparcialidad y franqueza? Si hay tanta sabiduría y conocimiento en los Estados Unidos como en un estado particular, ¿concluiremos que la sabiduría y el conocimiento no se ejercerán igualmente en la selección de jueces? El principio sobre el que objetan la jurisdicción federal me parece fundado en la creencia de que no habrá un juicio justo en esos tribunales. Si este comité lo considera completamente, encontrará que no tiene fundamento, y que estamos tan seguros allí como en cualquier otro lugar” (Elliot, 1836, III, p. 552).

rechos del pueblo" (Farrand, 1911, II, p. 75)⁸ y como "árbitros entre los Estados Unidos y cada Estado como entre un estado y otro" (Farrand, 1911, II, p. 248)⁹. Así fue como el delegado por Carolina del Sur, John Rutledge, defendió la necesidad de una Corte Suprema como tribunal revisor de última instancia "para asegurar los derechos nacionales y la uniformidad de las decisiones" (Farrand, 1911, I, p. 124)¹⁰.

Con el perfil descrito es que la Constitución federal de 1787 estructuró el departamento judicial como un poder del Estado mediante una organización vertical con un tribunal de última instancia. Por lo demás, en las convenciones estatales que tuvieron a su cargo la ratificación de la Constitución no hubo ninguna objeción seria contra el establecimiento de una Corte Suprema y una jurisdicción de última instancia, sino algunas pocas orientadas a cuestionar competencias puntuales conferidas al tribunal (Story, 1888, II, p. 424).

Los autores de *El Federalista* justificaron la necesidad de un Poder Judicial federal y, más precisamente, de un tribunal de última instancia, entre los defectos a corregir de la Confederación vigente (Hamilton, como se cita en Hamilton et al., 1957, pp. 9091). Atribuyeron a la Corte Suprema una función general, común a todo órgano judicial, y dos específicas, aplicables a la Corte como tribunal de última instancia. Como órgano judicial, Hamilton (1957) veía en el Poder Judicial un contrapeso del

Poder Legislativo, insertando la potestad de negar la aplicación de la ley cuando resultara contraria a la Constitución (pp. 332333).

Reconocida la *judicial review* entre las funciones constitucionales atribuidas a la Corte, esta potestad fue resistida con severidad por los llamados autores "antifederalistas". Bajo el seudónimo de "Brutus", Robert Yates observó que dar a un tribunal de última instancia el poder de interpretar las leyes bajo el espíritu de la Constitución permitiría moldear a esta a su antojo y no tendría modo de controlarse, reclamando por ello imitar el sistema inglés y dejar el poder de juzgar en última instancia en manos del Congreso (Yates, como se cita en Bailey, s.f., p. 299)¹¹. Con este sistema, agrega este autor, la Corte Suprema sería exaltada sobre todo otro poder del gobierno (*ibidem*) y sus decisiones, cualesquiera que fueran, tendrían fuerza de ley porque no habría poder en la Constitución para corregir sus errores (Yates, como se cita en Bailey, s.f., p. 300). Observó asimismo que dejar en manos de un tribunal federal de última instancia el control de constitucionalidad conspiraría contra el poder de los estados locales favoreciendo al Gobierno federal (Yates, como se cita en Bailey, s.f., p. 309)¹².

Aunque no con prodigalidad, en sus primeros años la Suprema Corte tuvo oportunidad de examinar su propio rol en unos pocos precedentes. Cuando en 1821 reivindicó su potestad de conocimiento y revisión de las decisiones de

⁸ Intervención del delegado por Massachusetts, Elbridge Gerry, en la sesión del 21 de julio de 1787.

⁹ Intervención del delegado por Carolina del Sur, Charles Pinkney, en la sesión del 10 de agosto de 1787.

¹⁰ Intervención en la sesión del 5 de junio de 1787. Así, se ha dicho con razón que, como fue pensada en los Estados Unidos por sus fundadores, la función esencial de la Suprema Corte es la de ser un tribunal que mantenga la distribución de competencias otorgadas al Estado federal como garantía para la dinámica operativa del sistema político (Spota, 2001, p. 21).

¹¹ La cita corresponde a los nros. 78 y 79 que, a su vez, corresponden a los ensayos XV y XVI publicados bajo el seudónimo "Brutus" por Robert Yates en el diario *New York Journal* el 20 de marzo de 1788.

¹² Las objeciones antifederalistas obtuvieron la réplica de Alexander Hamilton, quien dedicó la mitad del capítulo LXXXI en *El Federalista* para refutar la conveniencia del modelo inglés y, a su vez, elogiar el plan de la Convención en esta materia.

los tribunales estatales en los casos *Martins v. Hunter's Lessee* (*United States Reports*, 1816, 14, p. 304 [14 U.S. 304 —1816—])¹³ y *Cohens v. Virginia* (19 U.S. 264 —1821—)¹⁴, con citas de *El Federalista*, Marshall explicó que los tribunales estatales y nacionales deben considerarse como un todo, que los primeros son “auxiliares naturales de la ejecución de las leyes de la Unión”, y que una apelación contra ellos terminaría naturalmente en la Suprema Corte, que es “ese tribunal que está destinado a unir y asimilar los principios de justicia natural y las reglas de decisión nacional” (19 U.S. 420 —1821—).

En 1864 el *Chief Justice* Roger Taney volvió a abordar el rol del máximo tribunal con una particular decisión al resolver el caso *Gordon v. U.S.* (69 U.S. 561 —1864—). Tras observar que la Corte no debe su poder ni al legislativo ni a ningún otro departamento del gobierno, que es creada por la Constitución y representa uno de los tres grandes departamentos del Gobierno de los Estados Unidos (117 U.S. 699 —1886—), caracterizó de la siguiente manera al alto tribunal:

La existencia de esta Corte Suprema es, por lo tanto, tan esencial para la organización del gobierno establecido por la Constitución como la elección de un presidente o los miembros del Congreso. Es el tribunal que, en última instancia, decidirá todas las cues-

tionones judiciales confiadas al Gobierno de los Estados Unidos. No hay apelación contra sus decisiones, ni ningún poder otorgado al Congreso o al Poder Ejecutivo para interferir contra sus sentencias o su cumplimiento. Su competencia, poderes y deberes fueron definidos en la ley orgánica del gobierno, y siendo todos sus poderes estrictamente judiciales, el Congreso no puede exigir ni autorizar a la Corte a ejercer ninguna otra competencia o poder ni ninguna otra función. (117 U.S. 700 —1886—)¹⁵

Aunque buena parte de los primeros tratadistas guardaron silencio o no se pronunciaron puntualmente sobre el rol institucional de la Corte Suprema¹⁶, el tema obtuvo tratamiento de parte de ciertos autores.

En 1829 William Rawle centró su atención en la *judicial review* identificándola como la característica definitoria del Poder Judicial. Este autor explicó que se trata de una facultad que solo se pone en movimiento para corregir la desviación causada debido a la “opresión” incurrida por ambas o cualquiera de las otras dos ramas del gobierno (Rawle, 1829, pp. 199-200)

En el mismo sentido se pronunció Alexis de Tocqueville en 1835, quien destacó como principal cualidad del Poder Judicial el control de constitucionalidad de las leyes, calificándos-

¹³ En 1809 la Suprema Corte había extendido las fronteras de la *judicial review* sobre las leyes estatales al resolver *U.S. v. Peters* (9 U.S. 115 —1809—).

¹⁴ Para un relato en castellano de los hechos de “Martins” y “Cohens”, remito a Bianchi, 2008, I, pp. 186-191.

¹⁵ Este fue el último voto proyectado por el *Chief Justice* Roger Taney y no llegó a formar parte de la decisión del caso. Taney escribió la decisión en el mes de abril de 1864 y la entregó al secretario para que, por medio de él, les llegara a los miembros de la Corte en el mes de diciembre una vez que el secretario culminara sus vacaciones. En el ínterin, Taney murió. La Corte resolvió el caso el primero de diciembre de 1864 con las líneas directrices de este voto, el cual permaneció inédito durante veintiún años hasta 1885 cuando se publicó como apéndice en la página 697 del tomo 117 de los *U.S. Reports*.

¹⁶ Es el caso de Joel Tiffany (1874), quien no trató directamente la cuestión pero le asignó un rol “técnico” al Poder Judicial señalando que “toda su misión” es la de interpretar y aplicar la ley “de acuerdo con la mente y fines con que se dictó”, agregando que la misión del juez solo empieza donde concluye la del legislador y nada puede hacer para suplir la deficiencia del legislador (pp. 401 y 61).

lo como “una de las más poderosas barreras que se hayan levantado nunca contra la tiranía de las asambleas políticas” (Tocqueville, 2015, p. 110). Al describir el rol del máximo tribunal, caracterizó en los siguientes términos a la Suprema Corte de los Estados Unidos:

En manos de los siete jueces federales descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión. Sin ellos, la constitución es letra muerta; a ellos es a quienes apela el poder ejecutivo para resistir las usurpaciones del poder legislativo; la legislatura, para defenderse de las obras del poder ejecutivo; la Unión, para hacerse obedecer de los estados; los estados, para rechazar las pretensiones exageradas de la Unión; el interés público contra el interés privado; el espíritu de conservación contra la inestabilidad democrática. Su poder es inmenso; pero es un poder de opinión. Son todopoderosos en tanto que el pueblo consiente en obedecer a la ley; no pueden nada, cuando él la desprecia. (Tocqueville, 2015, pp. 146147).

Se mencionó también entre la doctrina la necesidad de producir uniformidad en las decisiones judiciales, función ampliamente destacada por los constituyentes y los autores más cercanos a la época de sanción de la Constitución. En este sentido, Joseph Story atribuye a la Corte una doble función moderadora y casatoria. Por un lado, la concibe como

la “suprema autoridad judicial de los tribunales de la Unión” asignándole una función de “árbitro definitivo” en la interpretación constitucional (Story, 1888, I, p. 335). Por el otro, le otorga una segunda función de formación y unificación de la jurisprudencia (Story, 1888, II, pp. 427428).

Finalmente, aparece también entre la doctrina norteamericana de la primera época el rol del departamento judicial como un poder contramayoritario. Así, James Kent (1866), uno de los más influyentes autores norteamericanos del siglo XIX, lo caracterizó como un poder contramayoritario para evitar “la tiranía de las facciones” (I, p. 307).

EL PERFIL CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Como sucedió con sus antecedentes constitucionales patrios, y con ligeras diferencias, la Constitución de 1853 replicó el modelo norteamericano de organización y funcionamiento del Poder Judicial apartándose así del modelo colonial español¹⁷. Regulado en los artículos 91 a 100 del proyecto de Constitución, las disposiciones concernientes al Poder Judicial fueron aprobadas por la asamblea constituyente casi sin discusión en la sesión del 30 de abril de 1853 (Ravignani, 19371939, IV, p. 535) observando el proyecto elaborado por el convencional por Santiago del Estero, José Benjamín Gorostiaga¹⁸.

¹⁷En el modelo colonial español la justicia no era concebida solamente como un acto jurisdiccional para la solución de controversias sino como una verdadera virtud que debía inspirar al rey, a los magistrados y a los súbditos (Floria y García Belsunce, 1993, I, p. 118).

¹⁸En lo que respecta a la organización del Poder Judicial, la Constitución de 1853 presenta cuatro diferencias centrales con el proyecto de Gorostiaga: la composición y lugar de residencia de la Corte (art. 91); la atribución reglamentaria y la facultad de nombramiento de empleados (art. 96); la incorporación de la potestad de conocer en conflictos de poderes provinciales y recursos de fuerza (art. 97), con competencia originaria en el primero de los casos (art. 98), y la regulación de traición a la patria y el principio de intransferibilidad de la pena (art. 100). Las restantes discordancias reposan en cuestiones de estilo.

El Poder Judicial quedó así organizado, por un lado, por una Corte Suprema como cabeza de poder con competencias limitadas y funciones regladas por la propia Constitución y, por el otro, por tribunales inferiores cuya existencia, organización, competencia —en parte— y funcionamiento dejó librado al Congreso.

Siguiendo el ejemplo norteamericano, el máximo tribunal fue dotado de una competencia para conocer originaria y exclusivamente en casos fundados en la calidad de las partes, y una apelada basada en la naturaleza de las causas (García, 1863, p. 53). La jurisdicción originaria se encuentra taxativamente estipulada en la Constitución y no puede ser alterada, la apelada se halla también en la Constitución aunque con un perfil susceptible de delimitación por el Congreso (García, 1863, p. 56)¹⁹.

La Constitución de 1853 acentuó el rol político de la Corte Suprema asignándole una función de arbitraje para dirimir “los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia”. La reforma de 1860 le retiró esta competencia, juzgándola como destructora del sistema federal²⁰. También le recortó su competencia originaria suprimiendo el conocimiento sobre “los recursos de fuerza” y de las causas “entre una provincia y sus propios vecinos”²¹.

La filiación del poder que la Constitución atribuye a la Corte Suprema estuvo presente entre los legisladores que sancionaron las primeras leyes de organización del Poder Judicial federal, muchos de los cuales, como virtud adicional, fueron constituyentes en las asambleas de 1853 y/o 1860, quedando asociadas de esta forma sus impresiones a lo más cercano a una interpretación auténtica del texto constitucional²².

El Congreso debatió por primera vez la organización del Poder Judicial federal en 1857 y 1858 durante el Gobierno de la Confederación, dando origen a la ley 182. Los propósitos perseguidos con su organización se encuentran expresados en el debate del Senado de la Confederación. Se identifica allí como “rasgo característico” de la justicia federal el ser “el guardián y mantenedor de la observación de la Constitución Nacional por la interpretación y aplicación uniforme y ajustada a ella de las leyes en los casos contenciosos que ocurran”, siendo así “la gran rueda gubernamental del país, la garantía de todos los derechos, el moderador poderoso y constante, pero modesto y oculto bajo el disfraz humilde de un proceso particular, de los otros dos altos Poderes Constitucionales” (Congreso Nacional, 1884,

¹⁹ Entre las páginas 49 y 52 de esta obra, este autor explica de manera clara y concisa la necesidad y los fundamentos de cada uno de los supuestos que determinan la competencia federal.

²⁰ La supresión de esta atribución fue explicada por Vélez Sarsfield en la séptima sesión ordinaria del 7 de mayo de 1860 en la Convención del Estado de Buenos Aires, examinadora de la Constitución federal (Ravignani, 1937/1939, IV, pp. 87/1872).

²¹ Una reseña detallada de las reformas introducidas por la Convención de 1860 y 1866, así como de su sentido y alcance, puede verse en Del Valle, 1895, pp. 570/575.

²² En esta nómina pueden ubicarse a José Benjamín Gorostiaga —Convencional de 1853 y diputado nacional—, Dalmasio Vélez Sarsfield —Convencional de 1860 y senador nacional—, Pastor Obligado —Convencional de 1860 y diputado nacional—, José Mármol —Convencional de 1860 y diputado nacional—, Martín Zapata —Convencional de 1853 y senador nacional en el Congreso de la Confederación—, José María Zuviría —Convencional de 1853 y diputado nacional—.

p. 221)²³. Durante el debate de la ley, el ministro de Justicia Juan del Campillo explicó que el Poder Judicial viene a ser el “contrapeso” de los otros, porque “para evitar los avances del Poder Legislativo y Ejecutivo es necesario crear otro poder tan grande como aquellos, siempre que quede circunscripto en los límites constitucionales” (Congreso Nacional, 1891, p. 524).

Reunificado el Estado argentino, volvió a discutirse una nueva ley orgánica del Poder Judicial federal. Esta se produjo en dos tramos: en 1862, mediante la ley 27²⁴, y, un año más tarde, con la ley 48 que, como correctiva de la anterior, es considerada la norma definitiva. Profundamente influida por la ley de la Confederación, la ley 27 se pronunció en forma expresa sobre la materia en estudio al señalar en su artículo 3 como una de las misiones del Poder Judicial federal el “sostener la observancia de la Constitución nacional, prescindiendo de toda disposición que esté en oposición a ella.” Por su parte, en el debate de la ley 48 que, como lo reconoció el Poder Ejecutivo al remitir el proyecto al Senado, fue preparada por los propios jueces de la Corte Suprema (Congreso Nacional, 1891, p. 184)²⁵, se caracterizó a la justicia federal como un “poder moderador que conserva a los demás poderes en los límites de sus respectivas atribuciones” (Congreso Nacional, 1891, p. 187)²⁶.

Al día siguiente de la jura de los jueces de la Corte, el 16 de enero de 1863 el ministro de Justicia Eduardo Costa envió una circular a los gobernadores provinciales comunicando la instalación de la Corte Suprema. Con el objeto

de ilustrar a los mandatarios locales, describió allí las que a juicio del Poder Ejecutivo eran sus funciones constitucionales:

De esta manera y por primera vez en la República, vendrán a estar constituidos y en ejercicio los tres altos poderes en que la sociedad moderna ha delegado la soberanía del pueblo, y de cuya independencia y equilibrio dependen la libertad, y la conservación que ella ha conquistado.

De hoy en adelante la propiedad particular, la seguridad individual, los derechos todos que la Constitución acuerda a los habitantes de la República, sin distinción alguna, colocados al abrigo de un poder moderador, estarán garantidos contra las invasiones a que la exaltación de las pasiones políticas, tan fácilmente pueden conducir a los poderes públicos, induciéndolos a ultrapasar el límite de sus atribuciones respectivas. De hoy en adelante, también las diferencias que pudieren suscitarse entre una y otra Provincia, sometidas al fallo de un Tribunal respetado e imparcial, serán resueltas por la razón y no por la violencia, y dejarán así de ser un motivo de constante alarma.

La organización del poder judicial de la Nación, es pues, Sr. Gobernador, una prenda de seguridad que viene a consolidar la actualidad de la República, asentando bajo aquellas bases que el adelanto de la ciencia social ha encontrado y respetado por más perfectas y más sólidas, la libertad, la paz, y las instituciones que hemos sido bastantes

²³ Intervención del miembro informante de la Comisión de Legislación y Negocios Constitucionales, senador Martín Zapata.

²⁴ Por esta disposición se plasmó de manera expresa por primera vez en un texto legal la atribución del Poder Judicial para controlar la constitucionalidad de las leyes y se reguló la competencia originaria, aunque encontró importantes déficits normativos en la regulación de la competencia apelada.

²⁵ Mensaje del Poder Ejecutivo al Senado remitiendo los proyectos.

²⁶ Intervención del ministro de Justicia Eduardo Costa.

felices para alcanzar²⁷. (Costa, 1863, como se cita en *El Nacional*, 1863 —tapa—; y en *La Tribuna*, 1863 —tapa—).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también tuvo oportunidad de pronunciarse sobre su rol constitucional en sus primeros años. El primer registro ubicable, aunque carece formalmente de valor jurisprudencial porque no es propiamente una resolución judicial, se encuentra en el prefacio a la Colección Oficial de Fallos escrito por José Miguel Guastavino, el primer secretario regular que tuvo la Corte, en septiembre de 1864. Como lo hizo setenta años atrás Alexander Dallas en Estados Unidos, Guastavino tuvo a su cargo la compilación de los primeros fallos de la Corte argentina. Al presentar oficialmente el repertorio se ocupó de evaluar el rol constitucional del Poder Judicial y de la Corte Suprema, en particular, en estos términos:

De los tres altos poderes del Estado, que forman la repartición del gobierno general, el Judicial tiene la augusta y delicada misión de interpretar y aplicar, en los casos ocurientes, la Constitución y las leyes, dando a los individuos y a los pueblos los derechos naturales y políticos que la ley fundamental les reconoce, les acuerda y garante.
Es la Corte Suprema que con la justicia

de sus fallos y con su acción sin estrépito pero eficaz, está encargada de hacer que la Constitución eche hondas raíces en el corazón del pueblo, se convierta en una verdad práctica, y los diversos poderes, nacionales o provinciales, se mantengan en la esfera de sus facultades. (Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional con la relación de sus respectivas causas, 1864, 1: V [Fallos: 1: V —1864—]).

Pero fue en 1872 cuando, de manera explícita, la Corte se pronunció sobre su rol constitucional al fallar el caso “Ocampo” (Fallos: 12: 134 —1872—). En él se vio obligada a resolver una cruda disputa mantenida con el procurador general Francisco Pico, explicando su rol como cabeza de poder con una potente afirmación:

La Corte Suprema es el Tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún Tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones. (Fallos: 12: 134 —1872—, pp. 154155)28

²⁷ La circular se menciona también en el diario *La Nación Argentina*, Buenos Aires, 21 de enero de 1863, tapa, aunque no se transcribe. La misma función moderadora replicó Bartolomé Mitre pocos meses después en la apertura de sesiones ordinarias el 5 de mayo de 1863 al dar cuenta de la instalación de la Corte Suprema “que tan grande y benéfica influencia está destinada a ejecutar en el desenvolvimiento de las instituciones, como un poder moderador” (Congreso Nacional, 1891, pp. 15).

²⁸ Esta potestad sería reconocida por la propia Corte en su posterior jurisprudencia. Aparece así replicada en los casos “Vázquez” (Fallos: 235: 662 —1956—); “Klappenbach” (Fallos: 245: 429 —1959—); “Banco Popular de La Plata” —voto concurrente del juez Boffi Boggero— (Fallos: 264: 443 —1966—); “Pérez de Smith” (Fallos: 297: 338 —1977—); “Bodegas y Viñedos Amadeo Marañón” (Fallos: 297: 381 —1977—); “Pérez de Smith” —voto del juez Black— (Fallos: 302: 1680 —1980—); “Bordini” (Fallos: 304: 376 —1982—); “Hilanderías Olmos” (Fallos: 307: 1709 —1985—); “Guardia” (Fallos: 307: 1571 —1985—); “Della Valle de Palma” —disidencia de los jueces Fayt y Petracchi— (Fallos: 307: 2458 —1985—); “Camps” —disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué— (Fallos: 310: 1162 —1987—); “Almeida Hansen” (Fallos: 313: 428 —1990—); “Dragonetti de Román” (Fallos:

Mencionó también en este fallo su rol como tribunal de garantías, señalando:

El Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás el poder invasor, el poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías, que tiene por misión hacer efectivas y amparar. (Fallos: 12: 134 —1872—, p. 154)

En 1887, al resolver el caso “Sojo” (Fallos: 32: 120 —1887—), adoptó la principal doctrina que guiaría su percepción jurisprudencial en torno a su rol constitucional. Replicando la opinión del prefacio de sus fallos, la Corte describió su misión como la de “mantener a los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitución” considerándola “como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales” (Fallos 32: 120 —1887—, p. 126). El criterio fue replicado al año siguiente en “Elortondo” (Fallos: 33: 162 —1888—) para explicar de allí en adelante su rol como contralor de la constitucionalidad de las leyes. Tras destacar “el poder político que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los Tribunales de Justicia para juzgar la validez de los actos legislativos” (Fallos: 33:162 —1888—, consid. vigésimoquinto), expresa:

Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos

con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos. (Fallos: 33:162 —1888—, p. 194, consid. 25.º).

A pesar de que, como sucedió en el derecho norteamericano, varios de los primeros tratadistas guardaron silencio (vgr. Vedia, 1907, pp. 513519)²⁹, aparecen en el pensamiento constitucional de los autores nacionales del siglo XIX distintas funciones adjudicativas en torno al rol institucional del Poder Judicial, aunque, en su mayoría, sin referirse directamente a la Corte Suprema.

Entre 1852 y 1854, Juan Bautista Alberdi describe a la Corte Suprema como la “delegataria de la soberanía del pueblo argentino para juzgar en los asuntos federales” (Alberdi, 1886, IV, p. 249). Identifica entre sus funciones principales la de conocer de la constitucionalidad de los actos públicos (Alberdi, 1886, III, p. 473) pero le adjudica también un rol de árbitro entre los conflictos entre las leyes provinciales y nacionales (Alberdi, 1886, IV, p. 327) y la reconoce como el órgano llamado a prevenir la guerra civil por la autoridad de sus decisiones (Alberdi, 1886, IV, p. 468). De este modo explicaba la función de la Corte Suprema:

323: 3672 —2000—); “Sosa” (Fallos: 325: 2723 —2002—); “Ponce” —disidencia parcial del juez Fayt— (Fallos: 328: 175 —2005—); “Farina”, (causa CSJ 2148/2015/RH1 —2019—, consid. 16) y “Defensora Oficial” (causa CSJ 367/2018/C51 —2019—, consid. 23), entre muchas otras.

²⁹Vedia se limitó a explicar la razón de ser del Poder Judicial federal siguiendo las explicaciones de Story y el proceso americano.

¿Cuál es el tribunal llamado a procesar y juzgar las malas leyes? ¿Cuál el llamado a decidir entre las leyes que desea el pueblo, y las que da el Congreso; entre las leyes que ponen realmente la Constitución en ejercicio, y las que la infringen y destruyen con pretexto de organizarla? —La Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino para juzgar en los asuntos federales, es el tribunal a quien corresponde el *conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución* (art. 97). No hay punto que en cierto modo no esté regido por la Constitución. Los puntos de que hablan estas palabras, son los regidos *inmediatamente* por la Constitución, sin intermedio de otra ley orgánica; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la *constitucionalidad* de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución. Es la jurisprudencia de los Estados Unidos, cuya Constitución ha sido imitada por la nuestra en esa facultad dada a la Corte Suprema. En su virtud la Corte ha declarado allí más de una vez inconstitucionales y dignas de reforma muchas leyes del Congreso, reclamadas por el interés perjudicado, en uso del derecho de petición. (...) De este modo la Corte viene a tomar en sus manos la reforma de la legislación realista, o bien sea, la organización de la República, por la condenación de las leyes que la desvirtúan y reaccionan. (Alberdi, 1886, IV, pp. 130132)

En 1869 Florentino González mencionó como característica definitoria del departamento judicial la potestad que tiene de discutir el mérito de la ley cuando es contraria a la Constitución (González, 1871, p. 370) convirtiéndolo por ello en un poder del Estado y di-

ferenciándolo del sistema de justicia europeo.

En 1891 Lucio Vicente López explicó la naturaleza del Poder Judicial federal como un poder regulador que asegura el funcionamiento de nuestro ordenamiento político (López, 1891, p. 265) con el objeto de mantener el ejercicio regular de los poderes del gobierno y la necesidad de una interpretación uniforme de la Constitución y las leyes mediante una autoridad judicial reguladora (López, 1891, p. 260) de última instancia.

En su curso de derecho constitucional, publicado por primera vez en 1895³⁰, Estrada le asignó al Poder Judicial tres misiones constitucionales. Al igual que la censura y el tribunado en Roma, destaca que es reconocido en esencia como un “poder moderador” que actúa como freno de los actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo (Estrada, 1927, III, p. 314); le atribuye asimismo un papel conservador, englobando en este último a la protección de las garantías constitucionales y, finalmente, una función de mantenedor de la paz interior y el equilibrio entre las provincias (Estrada, 1927, III, p. 314) reconociendo al departamento judicial como un órgano investido de poderes políticos de importancia (Estrada, 1927, III, p. 316).

Para finalizar, merece citarse la opinión de Joaquín Víctor González, quien en 1897 describió a la Corte como un tribunal creado como “un árbitro supremo, independiente, ilustrado, para dirimir todo conflicto o duda en el sentido o aplicación de las leyes a los casos litigiosos” (González, 2001, p. 549), asignándole la función jurisdiccional como tribunal de última instancia. Caracterizó asimismo al alto tribunal como “la representación y el árbitro real de la supremacía de la Constitución y leyes nacionales, con exclusión, en este sentido, de cualquier otro tribunal o poder de

³⁰ Estrada falleció en 1874.

la Nación o de las Provincias” (González, 2001, p. 549). Y explicó también que, como representación más alta del departamento judicial, la Corte cuenta con facultades inherentes a todo poder público para su existencia y conservación (González, 2001, p. 555).

CONCLUSIONES

El relevamiento practicado sobre las fuentes constitucionales originarias, como así también sobre las fuentes legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales cercanas a la época de sanción de la Constitución, permite formular las siguientes conclusiones en torno a la función constitucional con que fue concebida la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

1) Se identificó al poder moderador que ejerce la Corte Suprema como rasgo distintivo y predominante de su función constitucional. Este concepto debe su origen a Benjamín Constant, que lo acuñó para designar un cuarto poder a la clásica división tripartita. Denominado como poder “neutro” por este autor, tenía por objeto asegurar el equilibrio a la vez que evitar las exorbitancias de cualquiera del resto de los poderes en perjuicio de la coexistencia armónica entre ellos (Vanossi, 2013, I, pp. 695-698). Como consecuencia de lo expresado, se ha observado con razón que en la doctrina norteamericana el verdadero poder moderador no es otra cosa que la función de control político que asumen los integrantes del Poder Judicial, estando asociado a la figura de “guardián de la Constitución” (Vanossi, 2013, II, pp. 60).

2) Como consecuencia del diseño constitucional norteamericano, seguido por la Constitución argentina en lo que respecta al Poder

Judicial, la Corte posee una función adicional en los sistemas federados: es un poder equilibrador interprovincial y garante del federalismo. Como tribunal federal de última instancia, viene a ser el árbitro final de las disputas entre los derechos de la nación y las provincias, y entre estas últimas entre sí. Cumple a su vez la función de ser el custodio de la vigencia y la correcta aplicación del derecho federal en todo el territorio nacional. Gracias a esta atribución es que la Corte Suprema federal puede revisar las decisiones de los tribunales provinciales únicamente cuando involucren de manera directa e inmediata la inteligencia de una norma federal. Así, como explica Cooley, con este poder de revisión la Corte evita las colisiones de la autoridad judicial que de otro modo serían inevitables y “peligrosas para la paz, armonía y estabilidad de la unión” (Cooley, 1903, pp. 3435).

3) Además de ser un órgano del Poder Judicial, la Corte Suprema es el máximo tribunal de la nación. En su condición de tal es cabeza de un poder del Estado como lo ratifica la propia Constitución en los artículos 108 y 113 al identificarla como el único Tribunal creado por la Constitución que regula sus condiciones de acceso, competencia, potestades reglamentarias y ejecutivas. De esta forma, tiene para sí la responsabilidad política del funcionamiento del Poder Judicial y, a su vez, es la encargada de defender los derechos e intereses de sus miembros.

4) Desde un punto de vista estrictamente jurídico la Corte Suprema es, ante todo, un tribunal de justicia. Como tal, tiene la función primaria que le encomienda la Constitución al Poder Judicial que es el presupuesto desde donde ejerce las restantes: la función jurisdiccional de última instancia, esto es, “decir el

derecho³¹, el poder o autoridad para dirimir en última instancia con fuerza de verdad legal las controversias sometidas a su conocimiento con arreglo a las leyes (Escriche, 1847, II, p. 149; Bielsa, 1959, p. 698)³².

5) Finalmente, como titular de la función jurisdiccional de última instancia y guardián de la Constitución, la Corte tiene también un rol como custodio de garantías, siendo el último resorte de resguardo de los derechos fundamentales de todos los habitantes del país y convirtiéndose así, como explicó José Nicolás Matienzo, en el “supremo protector de las libertades individuales”.

Tales fueron las funciones constitucionales con que ha sido concebida la Corte Suprema según los padres fundadores y las fuentes contemporáneas a su creación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aja Espil, J. A. (1971). *Lecciones de Derecho Constitucional. Teoría constitucional*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Alberdi, J. B. (1886). *Obras Completas de J. B. Alberdi*. Tomos III y IV. La Tribuna Nacional.
- Barraquero, J. (1889). *Espíritu y práctica de la Constitución argentina*. 2° ed.. Tip. Lit. y Enc. del Colegio Pío IX de Artes y Oficios.
- Bailey, B. (Ed.) (s.f.). *The anti-federalist papers*. S.e. <https://www.thefederalistpapers.org/wp-content/uploads/2012/11/The-Anti-Federalist-Papers-Special-Edition.pdf>
- Bianchi, A. B. (2009). *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*. Cathedra Jurídica.

——— (2008). *Historia constitucional de los Estados Unidos*. Cathedra Jurídica.

Bielsa, R. (1959). *Derecho constitucional*. 3° ed. Depalma.

Blackstone, W. (1765-1769). *Commentaries on the Laws of England*. Libros I y III. Clarendon Press. <https://archive.org/details/lawsofenglandc01blacuoft/> y https://books.google.com.ar/books?id=sR5cReHMq1IC&printsec=frontcover&hl=es&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Carson, H. L. (1892). *The Supreme Court of the United States: its history*. Tomo I. A. R. Keller Company. https://books.google.com.ar/books?id=brAOp7K8ukMC&printsec=frontcover&hl=es&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Congreso General Constituyente (1853). Constitución de la Nación Argentina (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/0-4999/804/norma.htm>

Congreso Nacional (13 de octubre de 1862). Ley de organización de la justicia federal y nacional n.º 27. <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/115000-119999/116333/norma.htm>

Congreso Nacional, Cámara de Senadores (1884). Actas de las Sesiones del Paraná correspondientes al año 1857. Imprenta de la Nación.

Congreso Nacional (1891). Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858. Compañía Sudamericana de Billetes de Banco.

Congreso Nacional (1891). Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Sesiones de 1863. Compañía Sudamericana de Billetes

³¹ La palabra jurisdicción encuentra su raíz etimológica en la expresión latina *jus dicere* o *jurisdiccione* que, literalmente, expresa “decir el derecho” (Escriche, 1847, II, p. 149).

³² Además de la fuerza de verdad legal, Bielsa destaca a la autoridad de cosa juzgada como una de las características definitorias de la función jurisdiccional (Bielsa, 1959, p. 183).

- de Banco (reimpresión ordenada por Ley N.º 2312 de 4 de septiembre de 1888).
- Cooley, T. M. (1903). *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 7.º ed. Little, Brown and Company. <https://archive.org/details/treatiseonconsti00coolrich/>
- Elliot, J. (Ed.) (1836). *The debates in the several state conventions on the adoption of the federal Constitution, as recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*. Vol. III, 2.º ed. Impresión del editor. <https://archive.org/details/debatesofseveral03unse/>
- Escrache, J. (1847). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. 3.º ed. Lib. de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja.
- Estrada, J. M. (1927). *Curso de Derecho Constitucional*. 2.º ed. Editorial Científica y Literaria Argentina.
- Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional con la relación de sus respectivas causas [Fallos] (1864-1908). Imprenta de Pablo E. ConiFelix Lajouane. Años: 1864, 1872, 1887 y 1888. Tomos: 1, 12, 32 y 33.
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas [Fallos] (1909-). Imprenta López-Talleres Gráficos Mundial SRL-Gráfica San Lorenzo-La Ley. Años: 1956, 1959, 1966, 1977, 1980, 1982, 1985, 1987, 1990, 2000, 2002, 2005 y 2019. Tomos: 235, 245, 264, 297, 302, 304, 307, 310, 313, 323, 325 y 328.
- Farrand, M. (Ed.) (1911). *The Records of the Federal Convention of 1787*. Vols. I, II y III. Yale University Press. <https://archive.org/details/recordsoffederal01unit/>, https://archive.org/details/recordsoffederal02unit_1/ y <https://archive.org/details/recordsfederalc01farrgoog/mode/2up>
- Fayt, C. S. (2004). *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leadings cases y holdings. Casos trascendentes*. La Ley.
- Floria, C. A. y García Belsunce, C. A. (1993). *Historia de los argentinos*. Larousse.
- García, M. R. (1863). *Estudios sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana a la organización constitucional argentina*. Imp. de Andrés Bettini.
- García Mansilla, M. J. (2020). Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad. *Revista Jurídica Austral*, 1(1)989. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.gar>
- González, F. (1871). *Lecciones de Derecho Constitucional*. 2.º ed. Lib. de Rosa y Bouret.
- González, J. V. (2001). *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*. Edición actualizada por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la Constitución de 1994. La Ley.
- Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J. (1957). *El federalista*. 2.º ed. Fondo de Cultura Económica.
- Kent, J. (1866). *Commentaries on American Law*. Tomo I. 11.º ed. Little, Brown & Company.
- Lolme, J. L. de (1812). *Constitución de Inglaterra. O descripción del gobierno inglés comparado con el democrático, y con las otras monarquías de Europa*. Oficina de Pedregal.
- López, L. V. (1891). *Curso de derecho constitucional*. Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Macy, J. (1903). *The English Constitution: a commentary on its nature and growth*. The Macmillan Company.
- Magnasco, S. (1906). *Breves nociones de Derecho Constitucional. Para los estudiantes de los Colegios Nacionales y Escuelas Normales de la República*. Cabaut y Cía.
- Ravnani, E. (ed.) (1937-1939). *Asambleas constituyentes argentinas. Seguidas de los textos constitucionales legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*. Tomo IV. Casa Jacobo Peuser.
- Rawle, W. (1829). *A View of the Constitution of the United States of America*. 2.º ed. Philip H. Nicklin.

- Schwartz, B. ([1955]2013). *American Constitutional Law*. Cambridge University Press.
- Spota, A. A. (2001). *Recurso extraordinario. Estado y evolución actual de la jurisprudencia. Arbitrariedad-certiorari*. La Ley.
- Story, J. (1888). *Comentario sobre la Constitución federal de los Estados Unidos*. 4º ed. Nicolás Antonio Calvo (trad.). La Universidad.
- Tiffany, J. (1874). *Gobierno y derecho constitucional: o sea un examen sobre el origen y límites de la autoridad gubernativa según la teoría americana*. La Unión.
- United States Reports [U.S.] Años: 1809, 1816, 1821, 1864, 1885 y 1886. Vols: 9, 14, 19, 69 y 117. Isaac Riley, Mathew Carey, R. Donaldson, The Banks Law Publishing Co. y Banks & Brothers. <https://www.loc.gov/collections/united-states-reports/about-this-collection/>
- Valle, A. del (1895). *Nociones de derecho constitucional*. La Buenos Aires.
- Vanossi, J. R. (2013). *Teoría constitucional*. Tomos I y II. 3º ed. Abeledo Perrot.
- Vedia, A. de (1907). *Constitución argentina*. Coni hnos.

Jorge Alberto Diegues

Perfil académico y profesional: Abogado (Universidad de Buenos Aires). Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Exinvestigador doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Exprofesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Exinvestigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

dieguesj@gmail.com

Identificador ORCID: 0000-0001-6262-5768.



El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Ejecutivo y el acto administrativo inconvencional. Pautas interpretativas de la CIDH (2012-2020)

The control of conventionality in the area of the Executive Branch and the unconventional administrative act. Interpretive guidelines of the IACHR (2012-2020)

Natalia Leonor Monge¹

Resumen

Este trabajo se centra en la identificación, descripción y análisis de las construcciones argumentales elaboradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al control de convencionalidad. Entre otros aspectos, se analizará el desarrollo que de esta práctica y sus notas distintivas realiza el Tribunal desde el año 2012 al 2020².

El tema se enmarca en el control de convencionalidad aplicado por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de la función administrativa; pero, centralmente, pretende visibilizar el acto administrativo inconvencional como efecto.

Como problema, se advierte que el control de convencionalidad en contadas ocasiones constituye una práctica diaria en la interpretación del derecho doméstico en el ámbito del referido poder público. En efecto, una de las causas que envuelve a esta proble-

Abstract

This work focuses on the identification, description and analysis of the argumentative constructions developed by the Inter-American Court of Human Rights around the control of conventionality. Among other aspects, the development of this practice and its distinctive notes made by the court from 2012 to 2020 will be analyzed.

The topic is framed in the control of conventionality applied by the Executive Branch in the exercise of the administrative function but, centrally, it aims to make visible the unconventional administrative act as an effect.

As a problem, it is noted that conventionality control rarely constitutes a daily practice in the interpretation of domestic law in the scope of the aforementioned public power. In fact, one of the causes of this problem is that cases are resolved

Derecho/ Ensayo científico

Citar: Monge, N. L. (2024). El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Ejecutivo y el acto administrativo inconvencional. Pautas interpretativas de la CIDH (2012-2020). *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (1), pp. 29-46.

¹ Universidad Nacional de La Pampa.

² El período seleccionado para analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad ha sido aquel que comprende los últimos ocho años; es decir, desde el primero de enero de 2012 al 24 de noviembre de 2020. Se tomó como punto de partida el caso "Gelman vs. Uruguay" del 24 de febrero de 2011, por ser un punto de inflexión para el derecho administrativo. Se llegó hasta el año 2020 por tratarse del año que concentra mayor jurisprudencia, en comparación con los siguientes, hasta llegar a la actualidad.

mática obedece a que los casos son resueltos al amparo de la Constitución y de la ley, pero se pasa por alto que el principio de juridicidad en sede administrativa se ve ampliado a partir de la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos.

A partir de lo expuesto, el objetivo de este trabajo no es detenerse en examinar las causas que motivan el poco uso del control de convencionalidad en sede administrativa sino comenzar por el principio, esto es, afirmar que los órganos de la Administración pública están obligados a realizar control de convencionalidad en el ejercicio de la función administrativa. Dicho en otras palabras, cada sector al momento de expresar su voluntad debería determinar si la norma que está siendo objeto de revisión se adecua o no a lo determinado por la Convención Americana de Derechos Humanos o a la interpretación que de ella ha realizado la Corte Interamericana.

Palabras claves: control - convencionalidad - acto administrativo - Poder Ejecutivo

under the protection of the Constitution and the law, but it is overlooked that the principle of legality in administrative headquarters is expanded from the hierarchization of international human rights treaties.

Based on the above, the objective of this work is not to stop at analyzing the causes that motivate the little use of conventionality control at administrative headquarters but to start from the beginning, that is, to affirm that from the regulatory and jurisprudential point of view the Public Administration bodies are obliged to carry out a conventionality control in the exercise of the administrative function. In other words, it should be a daily practice for each sector to determine whether or not the norm that is being reviewed complies with what is determined by the American Convention on Human Rights or with the interpretation made by the Inter-American Court.

Keywords: control - conventionality - administrative act - Executive Power

1. INTRODUCCIÓN

Con base en las enseñanzas brindadas por Gutiérrez Colantuono (2022) podemos señalar que la convivencia, en un mismo sistema, de varios subsistemas —en especial el del orden internacional de los derechos humanos con los nacionales— genera la necesidad de armonizarlos a fin de que suceda la realización de los valores que los contienen y no la cancelación de espacios de derechos.

La jurisdicción internacional resulta subsidiaria de la interna; solo transitada esta puede accederse ante la internacional alegando responsabilidad fuera de las fronteras del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se adoptó en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Fue suscrita por nuestro país el 2 de febrero de 1984, el instrumento de ratificación tiene por fecha

el 14 de agosto y fue depositado el 5 de septiembre de ese mismo año. En su marco, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) por tiempo indefinido, bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación.

El texto de reserva se concentró en el artículo 21 de la Convención, referido al derecho de propiedad privada y a las limitaciones que pueden imponerse a ese derecho; además, nuestro país formalizó ciertas declaraciones interpretativas en torno al artículo 5, inciso 3; al artículo 7, inciso 7 y al artículo 10, referidos a la pena en relación con la persona del delincuente, a la detención por deudas y al error judicial establecido por un tribunal nacional,

respectivamente. Además, dejó constancia que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención solo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento.

A partir de ello, existe la conveniencia y la necesidad de instrumentar mecanismos o dispositivos de complementariedad entre las jurisdicciones internas e internacionales. De esta manera, el control de convencionalidad interno o difuso se presenta como una herramienta idónea de convergencia de los subsistemas que se interconectan en el plano de unidad sistémica constitucional-convencional, presentando alcances que van más allá del control judicial de convencionalidad; dado que, tal como lo señaló el Tribunal en la causa “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, todas las autoridades públicas internas de un Estado asumen la obligación de brindarle efecto útil al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos².

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CONCEPTO, TIPOS Y EVOLUCIÓN

El control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana se traduce como la manera en que el Estado hará frente a sus obligaciones en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos.

Así, la doctrina constitucionalista de nuestro país sostiene que “[e]l control de convencionalidad tiene por meta asegurar la eficacia funcional del sistema internacional de los derechos humanos, superando los obstáculos

que pudieran presentarse en el orden interno de los Estados” (Sagüés, 2019, p. 1). A su turno, autores mexicanos han expresado que:

El control de convencionalidad se entiende como la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia. (Herrera Pérez, 2016, p. 1)

Indudablemente, la ratificación de la Convención Americana de los Derechos Humanos —con rango constitucional en nuestro país— sujeta a las autoridades de un Estado a su observancia. De este modo, los operadores jurídicos deben permanecer atentos a que la aplicación de leyes internas no sea contraria al objeto y fin de la Convención; ya que, de serlo, sobreviene el deber de no aplicarlas.

Dentro del control de convencionalidad podemos distinguir entre el control concentrado o externo y el difuso o interno. La propia Corte Interamericana se encarga de señalar que el primero es el control que esta misma realiza dada la competencia otorgada por la Convención para interpretar y aplicar dichos preceptos; es decir, va a ser este tribunal quien resulte competente para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del control de convencionalidad, siempre y cuando el análisis se derive del examen que se realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos³.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, voto razonado del Juez García Ramírez, párrafo 11.

³ CorteIDH, “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 26 de noviembre de 2010, voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 11.

El control difuso de convencionalidad consiste en “el deber de todas las autoridades nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte que interpreta ese *corpus iuris* interamericano” (Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 2012, p. 340). Dicho control implica reconocer la relevancia y la pertenencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, este trabajo se centrará en el control de convencionalidad difuso o interno teniendo en cuenta que se trata de una vertiente por la cual el control de convencionalidad es una consecuencia inmediata de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, tenemos que el control de convencionalidad interno:

“Es la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales (...)— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etc.—, con las disposiciones del derecho internacional” (García Ramírez, 2011, p. 126).

Por su parte, Sagüés define el control de convencionalidad interno focalizando en la función que desempeña:

El control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opues-

tas al referido Pacto (...) y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local al Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana. (Sagüés, 2010, p. 1)

En cuanto a su evolución, es oportuno repasar rápidamente las pautas exhibidas por el órgano judicial autónomo de la Organización de los Estados Americanos. En este sentido, se dice que “el avance del control de convencionalidad reconoce por lo menos cinco estadios donde el último se consolida como el más importante para el derecho administrativo” (Alianak, 2015, p. 31).

Primeramente, podemos expresar que existió un control concentrado por el Tribunal Internacional al reputar inválidas normas del derecho local que se oponían al Pacto de San José de Costa Rica.

En una segunda etapa, la Corte impuso un control desde abajo o control nacional de convencionalidad, señalando enfáticamente el deber de los propios jueces nacionales de no aplicar aquellas normas locales opuestas al Pacto o a la jurisprudencia que emane de ella⁴. Esta etapa, cuyo inicio se reconoce en la causa

⁴ CorteIDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26.09.2006, considerandos 124 y 125, en tanto se sostuvo que los jueces nacionales están obligados a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean merados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, debiendo realizar ese control de convencionalidad entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que del tratado ha realizado la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

“Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, permite a ciertos autores de derecho administrativo reflexionar de la siguiente manera:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indica cómo debe efectuarse el mentado control de convencionalidad, pero no resulta suficiente para el operador nacional el mero cotejo entre la normativa interna y lo que diga el tratado internacional, sino que este último ha de ser leído conforme a la interpretación que de él haya efectuado la propia Corte Interamericana. (Canda, 2015, p. 2)

En una tercera etapa⁵, el Tribunal insiste no solo en la necesidad de suprimir o en su caso expedir normas en el derecho interno a fin de garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana, sino también en la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal. Además, la Corte remarca la necesidad de desarrollar, en el orden interno de los Estados, prácticas que conduzcan a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagradas en la Convención. Es decir, este control de convencionalidad no solo refiere a la normativa y jurisprudencia sino también a la necesidad de desarrollar prácticas estatales que aseguren el ejercicio de los Derechos Humanos.

El cuarto estadio de esta evolución consagró un control obligatorio de convencionalidad —de oficio— por parte de todos los jue-

ces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos sus niveles⁶ entre las normas internas y la Convención, así como entre aquellas y la interpretación que de la Convención ha realizado el tribunal.

Por último, el quinto estadio abre un camino trascendente para el derecho administrativo en torno a los órganos activos que tienen el deber de realizar el control de convencionalidad. En este tópico, la Corte Interamericana sostuvo a partir del caso “Gelman vs. Uruguay”⁷ del 24 de febrero de 2011, que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer de oficio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y, en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁸.

En efecto, debemos considerar que esa doctrina jurisprudencial, basada en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos gravita, directa y obligatoriamente, sobre todas las autoridades públicas, nacionales, provinciales y municipales que desarrollan la función administrativa.

En este sentido, Sammartino expresa:

Los compromisos jurídicos fundamentales (negativos y positivos) ingresados al ordenamiento jurídico argentino por conducto de la reforma constitucional de 1994, al tiempo que estrechan los márgenes del obrar de la

⁵ CorteIDH, “Radilla Pacheco vs. México” sentencia del 23.11.2009, considerandos 338, 339 y 340.

⁶ Corte IDH, “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” sentencia del 26.11.2010, considerando 225.

⁷ Véase https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

⁸ Fundamento jurídico del párrafo 193.

Administración, imponen, paradójicamente, nuevos deberes de actuación que orientan a la función administrativa hacia la satisfacción inmediata del interés público consustanciado con los valores que protege el Estado constitucional vigente en la república. (Sammartino, 2012, p. 622)

3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA MIRADA DE LA CSJN

Continuando con el desarrollo, nuestro máximo tribunal nacional no se queda atrás; en la causa Videla⁹ puntualiza que al haber ingresado la República Argentina al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y con más claridad aún, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 (conf. Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22, Constitución Nacional), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por esta Corte (conf. Fallos: 315:1492 voto de la mayoría y considerando 16 de la disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor; 318:514, 1707; 321:2031 disidencia de los jueces Petracchi y Bossert; 323:4008 y 4130 disidencias del juez Petracchi, entre otros)¹⁰.

Luego, en "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER-dto. 310/98 s/amparo Ley 16986"¹¹ se pronuncia en torno al artículo 3.º, inc. a) de

la resolución del COMFER 16/99, concluyendo que este resultaba violatorio del artículo 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8.º y 10.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.º y 25.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.º inc. 3.º aps. a y b, y 14 inc. 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)¹². La disposición cuestionada, restringía en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —y ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en forma legal y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada.

⁹ CSJN, 21.08.2003, Fallos 326:2805.

¹⁰ Considerando 11 del voto de Enrique Santiago Petracchi.

¹¹ CSJN, 14.10.2004, Fallos 327:4185.

¹² Considerando 6.

Este fallo, en palabras de Canda (2015) es representativo de la necesidad de que el control de convencionalidad lo realice el propio Poder Ejecutivo.

Más tarde, la Corte interviene en la causa Mazzeo¹³ —alineada con la doctrina labrada en Almonacid Arellano—, y a lo largo del párrafo 21 dispone que

... el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Por último, a través del caso “Losicer, Jorge Alberto y otro c/BCRA-Resol. 169/05 (expte. 105666/86 SUM FIN 708)”¹⁴ el Tribunal pone de manifiesto que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues “en el Estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el artículo 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial —en el ejercicio eminente de tal función— sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales”. Por la razón mencionada, esa Corte considera que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter

materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana” (caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71)¹⁵.

De esta manera, a partir de la jurisprudencia citada se puede advertir que la Corte nacional introduce en el orden local una técnica formal de control llamada a compatibilizar el orden jurídico interno a la Convención Americana y la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana por medio de su jurisprudencia. Esta obligación determina que la administración, al momento de manifestar su voluntad y ejecutarla, respete ambos aspectos.

4. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

El período seleccionado para analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de control de convencionalidad comprende los últimos ocho años, es decir, desde el primero de enero de 2012 al 24 de noviembre de 2020, tomando como punto de partida el caso “Gelman vs. Uruguay” del 24 de febrero de 2011.

4. a) Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012¹⁶. Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo

13 CSJN, 13/07/2007, Fallos 330:3248.

14 CSJN, 26/06/2012, Fallos 335:1126.

15 Considerando 8.

16 Véase https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

que Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003 el padre de las niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva.

Con base en el control de convencionalidad, la Corte señaló que “era necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se aplicaran adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal” (párrafo 284).

4. b) Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013¹⁷.

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como de la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García.

En cuanto al control de convencionalidad, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, in-

cluyendo la jurisprudencia de este Tribunal (párrafo 65). Así, en varias sentencias, la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párrafo 66).

El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así, adquiere sentido el mecanismo convencional que obliga a todos los jueces y

¹⁷ Véase https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf

órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad (párrafo 72).

La pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte es, en realidad, un falso dilema; pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente mediante sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ambos ejercidos de forma complementaria (párrafo 88).

4. c) Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de enero de 2014¹⁸. El caso se refiere a la investigación y proceso penal seguido contra el señor Alibux por el delito de falsificación, fraude y violación de la norma sobre divisa extranjera. La Corte determina la vulneración de su derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior y del derecho de circulación y residencia, mientras que no encuentra vulneración de los principios de legalidad y retroactividad, ni del derecho a la protección judicial.

Sobre el control de convencionalidad, la Corte expresa que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y conven-

cionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (párrafo 124).

4. d) Comunidad garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de octubre de 2015¹⁹. El 8 de octubre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado hondureño era responsable por la violación del derecho a la propiedad colectiva, con motivo de la falta de garantía del uso y goce de su territorio, a través de su saneamiento y la falta de adopción de medidas de derecho interno, a fin de garantizar el derecho a la consulta y a la identidad cultural. Asimismo, declaró que el Estado violó los derechos a la protección judicial y garantías judiciales, debido a que los recursos dispuestos no fueron efectivos para la protección de los derechos alegados, en perjuicio de la comunidad garífuna de Punta Piedra y sus miembros. En torno al control de convencionalidad, la Corte recuerda que la interpretación de la normativa aplicable en materia indígena, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben

¹⁸ Véase https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf

¹⁹ Véase https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf

tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Lo anterior resulta especialmente aplicable a la interpretación de la legislación en materia de minería a la luz de los estándares expuestos en la presente sentencia (párrafo 222).

4. e) Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de diciembre de 2016²⁰. El caso se relaciona con las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el marco de tres procesos penales seguidos en contra de la víctima por supuestos delitos relacionados con la administración de fondos públicos. Andrade Salmón ocupó los cargos de concejala del Concejo Municipal de La Paz (1995-1999), de presidenta de ese concejo (1998-1999) y de alcaldesa de La Paz (1999-2000). En los procesos judiciales se le impusieron medidas cautelares de prisión preventiva, estas fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional boliviano, el cual ordenó que se aplicaran medidas cautelares sustitutivas de la privación a la libertad al señalar que la autoridad recurrida no había tomado en cuenta la normativa boliviana, según la cual esta medida tiene un carácter excepcional. Como medidas sustitutivas se le aplicaron, entre otras, las medidas de arraigo y de fianza.

El Estado garantizó efectivamente el derecho a la libertad personal de la señora Andrade mediante las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que a su vez constituyó un oportuno y adecuado control de convencionalidad, concluyendo la Corte en el cese de la alegada violación (párrafo 100).

4. f) Vereda La Esperanza vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017²¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por la desaparición forzada de 12 personas y la privación arbitraria a la vida de otra, situaciones ocurridas en la Vereda La Esperanza del municipio de El Carmen de Viboral, departamento de Antioquia, entre el 21 de junio y el 27 de diciembre de 1996.

En el Sistema Interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos, se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso, ya han resuelto la violación alegada, han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un de-

²⁰ Véase https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf

²¹ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_341_esp.pdf

recho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados (párrafo 261).

4. g) Caso Herzog y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de marzo de 2018²².

Aquí, la Corte Interamericana declaró responsable al Estado de Brasil por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con sus artículos 1.1 y 2, y en relación con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), en perjuicio de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. Lo anterior, como consecuencia de la falta de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la tortura y asesinato de Vladimir Herzog cometidos en un contexto sistemático y generalizado de ataques a la población civil, así como por la aplicación de la Ley de Amnistía y de otros eximentes de responsabilidad prohibidos por el derecho internacional en casos de crímenes de lesa humanidad. Además, la Corte consideró que el Estado es responsable por la violación del derecho a conocer la verdad en perjuicio de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog y Andre Herzog, en virtud de no haber esclarecido judicialmente los hechos violatorios del presente caso y de no haber deducido las correspondientes responsabilidades individuales en relación con la tortura y asesinato de Vladimir Herzog, de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención. De igual manera, consideró que el Estado es responsable de la violación del derecho a la integridad personal, previsto en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento,

en perjuicio de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog y André Herzog.

Sobre el control de convencionalidad, el Tribunal concluye que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado que cerraron la investigación en los años 2008 y 2009. Asimismo, en 2010 la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con sus artículos 1.1 y 2. El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). En el marco de lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno (párrafo 311).

4. h) Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 4 de febrero de 2019²³. La Corte Interamericana declaró responsable internacionalmente a El Salvador por la violación de los

²² https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf

²³ Véase chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf

derechos a las garantías judiciales, protección judicial, el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad, las obligaciones de respetar y garantizar derechos y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno del señor Colindres Schonenberg. Dichas violaciones se suscitaron debido a la destitución arbitraria, por demora excesiva de un proceso civil de daños y perjuicios, del señor Eduardo Benjamín Colindres Schonenberg de su cargo de magistrado del Tribunal Supremo Electoral, al haber sido removido por un órgano incompetente, y sin que existiera un procedimiento previamente establecido. Además, tampoco tuvo acceso a un recurso efectivo para garantizar su protección judicial.

Respecto del control de convencionalidad, el Tribunal remarcó que en el Sistema Interamericano existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso, ya han resuelto la violación alegada, han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados. Por tanto, para que no se declare la responsabilidad estatal debe evaluarse si lo hizo cesar y si reparó las consecuencias de la medida o situación que lo configuró (párrafo 75).

4. i) Urrutia Laubreaux vs. Chile con sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de agosto de 2020²⁴.

Los hechos del caso se relacionan con las violaciones de derechos humanos en el marco del proceso disciplinario que habría culminado con una sanción de censura, después reducida a amonestación privada, en contra del juez Daniel Urrutia Laubreaux, presuntamente por remitir un trabajo académico a la Corte Suprema de Justicia criticando sus actuaciones durante el régimen militar chileno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia, declarando internacionalmente responsable al Estado chileno por violar los derechos a la libertad de pensamiento, expresión, debido proceso, y principio de legalidad, perjudicando al juez Daniel Urrutia.

La Corte recuerda que el control de convencionalidad es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. Dicho control es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad de los Estados parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus res-

²⁴Véase https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_409_esp.pdf

pectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados (párrafo 93).

El último caso analizado en el desarrollo de este trabajo ha sido “Nina vs. Perú”²⁵ con sentencia de fecha 24 de noviembre de 2020. Aquí, la Corte declaró internacionalmente responsable a Perú por la violación de los derechos a las garantías judiciales, de permanecer en el cargo en condiciones de igualdad, a la estabilidad laboral y a la protección judicial en perjuicio del señor Julio Casa Nina, como consecuencia de la decisión de separarlo del cargo de fiscal adjunto provincial provisional. La contienda judicial comenzó luego de que en el año 2003 se diera por concluido el nombramiento de Casa Nina por “necesidades de servicio”. Ante esta decisión, el señor Casa Nina interpuso recursos de reconsideración, de agravio constitucional, de apelación y una acción de amparo, siendo todos estos rechazados.

Respecto del control de convencionalidad, el Tribunal reiteró que las distintas autoridades estatales, incluidos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, están en la obligación de ejercer de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; en esta tarea, las autoridades internas deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. De esa cuenta, con independencia de las reformas normativas que el Estado deba adoptar, deviene imperativo que las autoridades competentes para decidir

el nombramiento y remoción de las y los fiscales, así como los tribunales de justicia, ajusten su interpretación normativa a los principios establecidos en esta sentencia (párrafo 139).

En términos generales, podría sostenerse que el control de convencionalidad, como una figura propia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, consiste en i) la obligación de inaplicar normas internas contrarias a la Convención o ii) hacer una interpretación conjunta entre la Convención y el orden interno para establecer la que sea más favorable a la protección de los derechos humanos de las personas involucradas. Los elementos de este control son ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de la Corte, y se consolidan a partir de su práctica judicial y la de las autoridades nacionales. En definitiva, lo que creo es que la Corte debe privilegiar en sus decisiones el ejercicio del control de convencionalidad a través de la interpretación conforme, para evitar que los retrasos propios de los cambios normativos, por lo general trámites de larga duración, dificulten la aplicación pronta de las normas convencionales y de los estándares establecidos por la Corte. (párrafos 19 y 23 del voto del Juez Antonio Sierra Porto).

A partir de lo expuesto, no caben dudas de que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana el control de convencionalidad es un concepto instalado y, como tal, los órganos que integran los distintos poderes del Estado deben incorporarlo como una práctica doméstica en el desarrollo de sus funciones. Con base en esta idea, seguidamente examinaremos uno de los efectos derivados de esta tarea, cual es el acto administrativo inconvencional.

²⁵ Véase https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_419_esp.pdf

5. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL TEST DE CONVENCIONALIDAD: SUJETOS Y EFECTOS

El tratamiento de las sentencias examinadas puso de manifiesto algunos puntos en común que la Corte examina, tales como el debido proceso, la igualdad, la motivación, el acceso a cargos públicos, la imparcialidad, etc., cuyas conclusiones fueron reiteradas en más de una oportunidad al momento de interpretar la Convención.

En este sentido, resulta fácil advertir cómo el Sistema Interamericano y el derecho internacional de los derechos humanos impacta y atraviesa de modo transversal el derecho administrativo en aspectos procesales, procedimentales y sustantivos. Las nuevas miradas que la Corte Interamericana aporta a tópicos fundamentales de esta disciplina producen y producirán transformaciones profundas en esta rama del derecho, y su obligatorio seguimiento por todos los órganos del Estado, incluidos los órganos administrativos. Ello abre un campo ampliado de derechos y garantías para los ciudadanos, deberes de ineludible cumplimiento por las autoridades públicas y la actualización y adaptación normativa a los estándares y principios supranacionales.

En este sentido, Brewer-Carías expresa:

El control de convencionalidad puede decirse que se está desplazando del ámbito del derecho constitucional hacia el ámbito del derecho administrativo, en el cual se ubican las normas de la mayoría de los tratados y convenciones internacionales, como los que se refieren a la protección del medioambiente; a las relaciones comerciales; a la lucha contra la corrupción; al régimen multilateral de servicios públicos, como los de salud, de transporte, de navegación, de correos; al uso de espectro radioeléctrico, y tantos otros. (2017, p. 139).

Ahora bien, haciendo especial hincapié en el Poder Ejecutivo como órgano de aplicación y emisión de normas, los estándares convencionales definidos de antemano conllevan indagar, por un lado, qué sucede con la decisión de la administración que en ejercicio de la función administrativa confronta con la Convención Americana y con las pautas interpretativas elaboradas por la Corte y, por otro lado, qué sujetos están obligados a velar que el efecto útil de la Convención no se vea mermando por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin.

Sobre la primera cuestión, consideramos estar en presencia de un acto administrativo nacional que además de ser inconstitucional es inconvencional. Recordemos que, a partir del año 1994, incorporamos un modelo de Constitución convencionalizada y las decisiones que adopten las autoridades administrativas de un Estado en el ejercicio de sus competencias deben adecuarse a la Constitución Nacional pero también a la Convención Americana; esto significa que deben estar en sintonía con los derechos, garantías y principios que consagra el Pacto y con la interpretación que la Corte realiza. Dicho en otras palabras, la decisión del órgano administrativo estatal que —en su examen de compatibilidad— colisiona con alguna/s disposición/es contenida/s en el Pacto de San José de Costa Rica y su jurisprudencia, mermaría el derecho convencional ratificado, sobre todo, tratándose de derechos humanos.

Sobre la segunda cuestión —sujetos convocados al control de convencionalidad—, seguimos las ideas planteadas por Sagüés (2015), quien sostiene que en materia de control de convencionalidad realizado por el Poder Ejecutivo hay que distinguir dos regiones. En la primera, el Poder Ejecutivo actúa como órgano de emisión de normas y, en estos supuestos, rigen las pautas propias del control legiferante

de convencionalidad, en su doble versión; es decir, tales normas deben conformarse con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cabe corregir las que colisionen con estos dos parámetros de convencionalidad. En la otra región, el Poder Ejecutivo actúa como órgano de aplicación de normas, debiendo distinguir entre el control constructivo de convencionalidad donde todos los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad con el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y el control represivo de convencionalidad donde el órgano administrativo en cuestión inaplica o desaplica la regla local que contraviene ambos aspectos.

A partir de entonces, podemos plantear algunos interrogantes, por ejemplo, ¿qué sucede cuando el mismo órgano que emite la norma se percata que ella confronta con el bloque de convencionalidad? Acorde con las ideas de Sagüés (2015), el mismo órgano que la dictó estaría facultado a dejarla sin efecto. Ahora bien, la cuestión luce más compleja cuando la confrontación convencional es detectada por un órgano subordinado al que la dictó o por el jefe de Estado. Claro está, primero se deben agotar los dispositivos de control constructivo de convencionalidad; pero si estos mecanismos resultan infructuosos, la incógnita se ubica en si estos podrían, por sí mismos, realizar el control represivo de convencionalidad, e inaplicar la ley en cuestión. Frente a tal circunstancia y a fin de hacer primar el tratado nuestra respuesta es positiva.

Sin perjuicio de ello, no caben dudas de que en esta tarea un papel trascendental queda en manos del Ministerio Público Fiscal, pues su intervención en las causas contencioso-administrativas ya no se limita a dictaminar sobre las inconstitucionalidades planteadas por las partes, sino que su deber será el de controlar la legalidad en sentido amplio de todas las

normas que se encuentren en juego en la contienda y, en su caso, requerir o declarar, aun de oficio, la inconvencionalidad de aquellas que colisionen con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

En tal sentido:

Este actuar proactivo es lo que exige el nuevo paradigma jurisdiccional, tal como ha sido puesto de manifiesto en el XXV Congreso Argentino de Derecho Procesal, donde se concluyó que “Los jueces nacionales deben ejercitar de oficio el control de convencionalidad sobre toda norma y acto emanado de autoridades locales conforme los recientes criterios esbozados por el tribunal regional” y entendemos que ello es predicable, aún con imperatividad al Ministerio Público, atento a su papel de tutor de la legalidad que le impone la Constitución local y nacional. (Ferrer Arroyo, 2015, p. 182)

6. CONSIDERACIONES FINALES

Como pudo apreciarse, este trabajo tomó como punto de partida el control de convencionalidad y sus etapas de evolución, pieza fundamental a fin de asegurar la eficacia funcional del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, superando así los obstáculos que pudieran presentarse en el orden interno de los Estados.

Seguidamente, se examinaron distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también de algunos tribunales nacionales para exhibir ciertos aspectos relativos al control de convencionalidad y al acto administrativo.

En este sentido, podemos definir al control de convencionalidad como una institución que se utiliza para aplicar el derecho interna-

cional de los derechos humanos y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. Asimismo, es una obligación que pesa sobre todas las autoridades estatales que supone controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados.

Como figura propia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, se trata de inaplicar normas internas contrarias a la Convención o hacer una interpretación conjunta/conforme entre la Convención y el orden interno para establecer la más favorable a la protección de los derechos humanos de las personas involucradas sobre la base del principio hermenéutico pro-persona.

Ningún control se repele entre sí, de lo contrario, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad ejercido de forma complementaria.

Sobre el acto administrativo, podemos concluir que su inconventionalidad se verifica a lo largo de toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, que transgrede de forma directa alguna disposición convencional o la interpretación que ha formulado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y produce como efecto jurídico principal que dichas disposiciones se vean mermadas por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin.

Entonces, partiendo del deber que se impone a los órganos administrativos de ejercer el control de constitucionalidad o convencionalidad de oficio, corresponde concluir que cuando un órgano administrativo al realizar el examen de compatibilidad estima que el acto o la práctica estatal del derecho interno se contraponen a los estándares ratificados, el acto o la práctica es inconstitucional e inconventional y

la Administración deberá realizar la interpretación de esa norma o acto conforme con los parámetros constitucionales o convencionales o, ante su imposibilidad, deberá dejar de aplicar el derecho que resulta repugnante con el tratado ratificado.

Solo a partir de allí verificaremos que el acto y la práctica se ligan con el compromiso de la Constitución Nacional y los derechos humanos, con la vocación de efectividad de los derechos fundamentales, con el principio de dignidad y con la necesidad de armonizar las potestades públicas con los derechos humanos. Todo ello a fin de garantizar el ejercicio de una buena administración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfonso, S. (2018). Discurso de apertura del ciclo lectivo 2019. Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Procuración del Tesoro de la Nación. *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado*, (2) 13. <https://revistaecae.ptn.gov.ar/index.php/revistaecae/article/view/14>
- Alianak, R.C. (2015). El renovado derecho administrativo a la luz del control de convencionalidad. *Revista Eurolatineamericana de Derecho Administrativo*, 1(2).
- Brewer-Carías A.R (2017). Derecho administrativo y control de convencionalidad. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXVII(268).
- Canda F. (2015). Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de tutela administrativa efectiva. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional. *El Derecho* (13828).
- Ferrer Arroyo, F. J. (2015). El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interame-

- ricana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14(1).
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En Ferrer MacGregor, E. (Coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, V(28).
- Gutiérrez Colantuono, P. (2022). Control de convencionalidad en la Administración Pública. 1.º ed. Astrea
- Herrera Pérez, A. (2016). El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional. Comentarios a la jurisprudencia 20/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (35).
- Kelsen, H. (2006). *Teoría Pura del Derecho*. 4.º ed. Eudeba.
- Pizzolo, C. (2002). Los mecanismos de protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino. En Méndez Silva (Coord.) *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica (98).
- Rodríguez Arana Muñoz, J. (2015). *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Derecho Global.
- Sagüés, N. P. (2019). *El control de convencionalidad y la problemática de sus topes* [ponencia]. Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "La Democracia Constitucional en América Latina: a 45 años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y a 40 años de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional". 21 al 23 de mayo de 2019, Buenos Aires.
- (2015). Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XXI*.
- (2010). *Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el Sistema Interamericano*. La Ley.
- Sammartino, P. M. (2022). Extinción del acto administrativo en el Estado Constitucional (Parte General). *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado*, 6(8).
- (2012). El procedimiento administrativo en el Estado constitucional social de derecho. En Pozo Gowland H., Halperin D., Aguilar Valdez O., Lima F. J., Canosa A. (Dir.) *Procedimiento Administrativo Tomo I. Aspectos generales del Procedimiento Administrativo, relaciones con otras ramas del derecho*. La Ley.

Natalia Leonor Monge

Perfil académico y profesional: Procuradora. Abogada. Magíster en Derecho Civil. Especialista en Derechos Humanos y en Administración y Control Público por la FCEyJ-UNLPam. Diplomada posmagistral en Derecho Administrativo Profundizado por la Universidad Austral de Buenos Aires. Maneja específicamente las áreas de derecho internacional privado y derecho administrativo. Docente en la FCEyJ-UNLPam. Coordinadora de la Competencia Interuniversitaria de Derecho Internacional Privado de la FCEyJ-UNLPam.

natimon87@hotmail.com

Identificador ORCID: 0000-0003-3182-0135



Participación ciudadana y tecnologías digitales. Metodología para el análisis de los gobiernos locales¹

Citizen participation and digital technologies.
Methodology for the analysis of local governments

Diego Furnari y Clementina Mazzini²

Resumen

El presente artículo presenta una metodología de análisis de los niveles y estrategias participativas de los gobiernos locales mediante las tecnologías digitales disponibles. Se busca adaptar el índice Infoparticipa en tanto metodología para la evaluación de la participación ciudadana en las páginas *web* de los ejecutivos locales en la Argentina y definir un conjunto de componentes, dimensiones e indicadores ponderados. Lo anterior no es ni más ni menos que la consecuencia de un proceso de conceptualización de los elementos característicos de la participación, estableciendo así el posicionamiento desde el cual se propone analizar la realidad municipal en su dimensión *web*. Finalmente, se presentarán los resultados parciales del análisis de la *web* del municipio de La Plata, Argentina, durante el mes de junio del 2023 como un primer ejercicio de aplicación empírico dejando en claro que el instrumento en cuestión requiere posibles adaptaciones y ajustes.

Abstract

This article presents a methodology for analyzing the levels and participatory strategies of local governments through available digital technologies. It seeks to adapt the Infoparticipa index as a methodology for the evaluation of citizen participation in the web pages of local executives in Argentina and define a set of components, dimensions and weighted indicators. The above is neither more nor less than the consequence of a process of conceptualization of the characteristic elements of participation, thus establishing the positioning from which it is proposed to analyze the municipal reality in its web dimension. Finally, the partial results of the analysis of the website of the municipality of La Plata, Argentina, during the month of June 2023 will be presented as a first exercise of empirical application, making it clear that the instrument in question requires possible adaptations and adjustments.

Derecho/ Artículo científico

Citar: Furnari, D. y Mazzini, C. (2024). Participación ciudadana y tecnologías digitales. Metodología para el análisis de los gobiernos locales. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (1), pp. 47-72.

¹ El presente trabajo es el resultado de la investigación financiada por la Universidad Católica de La Plata bajo la Resolución 1101/22, titulada "De las políticas de comunicación a la comunicación de la política. Estrategias comunicacionales en tiempos de polarización".

² Universidad Católica de La Plata.

Palabras claves: tecnologías digitales - participación - gobiernos locales

Keywords: digital technologies - participation - local governments

INTRODUCCIÓN Y BREVE ESTADO DEL ARTE

El tema sobre el cual versa el presente trabajo no es en lo absoluto nuevo. No es ni será el primer ni último intento por discutir el uso de las nuevas tecnologías digitales de la información y la comunicación en el escenario público en general ni el político/gubernamental en particular. No obstante, considerando la velocidad de los cambios que experimentan no solo las tecnologías digitales sino, fundamentalmente, su mediación respecto del fenómeno político es que la actualización permanente de este tipo de estudios se ha vuelto una necesidad. A su vez, en este artículo se pretende incorporar, como una mirada novedosa, no solo el aporte respecto del relevamiento de los canales y herramientas digitales que han utilizado a lo largo de veinte años los gobiernos locales en la provincia de Buenos Aires sino, también, su análisis transdisciplinario.

No solo se desarrollará un análisis crítico desde la comunicación, sino que ello se complementará desde la perspectiva politológica y el análisis de los contextos infocomunicacionales que afectan la toma de decisiones y los modos de vinculación entre los actores sociales en el marco de prácticas cada vez más complejas. A su vez, la contraposición de las decisiones gubernamentales, las herramientas aplicadas y las diferentes miradas teóricas de quienes vienen trabajando estos temas en los últimos años, configura otro de los aportes del presente al entendimiento (al menos al intento de entendimiento) de los efectos de las nuevas tecnologías en ámbitos gubernamentales.

Por otro lado, la comunicación política ha experimentado una transformación sin precedentes en las últimas décadas, impulsada en gran medida por el desarrollo y la adopción generalizada de nuevas tecnologías, en general, y de las digitales en particular. La llegada de Internet y de las redes sociales ha revolucionado la forma en que los ciudadanos se relacionan con la política y sus interlocutores. A su vez, la participación ciudadana, entendida como un conjunto de acciones orientadas a influir en la toma de decisiones políticas, ha experimentado un cambio radical gracias a la democratización de la información. Ello sobre todo si se la compara con las dinámicas generadas en torno a los medios de comunicación tradicionales y la posibilidad que ellos brindaban para que los ciudadanos pudiesen conectarse, discutir, organizarse y generar influencias.

A su vez, el contexto actual, marcado por la creciente complejidad de los problemas sociales, económicos y culturales, pondera la capacidad de las gestiones de gobierno para comunicar sus ideas, propuestas y compromisos, así como la mayor vinculación con la ciudadanía como un factor determinante para aumentar los márgenes de confianza y legitimidad. Lo anterior se suma a los usos y apropiaciones actuales de las tecnologías digitales y a un entorno de altísima velocidad de la toma de decisión, con gran cantidad de medios de comunicación, con tiempos sociales cortos y con procesos de disenso y de controversia cada vez más activos. De ahí que un gobierno en la actualidad esté cada vez más en el centro de la escena y por ello sea visto y juzgado desde los 360 grados; en particu-

lar, los gobiernos locales en tanto espacios de cercanía con la ciudadanía y sus problemas.

Ahora bien, es importante reconocer algunos antecedentes que dan cuenta de la relevancia del tema en cuestión, como por ejemplo los libros *Anatomía política de Twitter en Argentina*, de Ernesto Calvo (2015); *Fake news, trolls y otros encantos*, de Ernesto Calvo y Natalia Aruguete (2020); *Big data y política*, de Luciano Galup (2019); *Hackear la política*, de Cristina Monge y Raúl Oliván (2019), entre otros. Estos y otros trabajos tienen como común denominador la mirada puesta en los usuarios y sus interacciones a nivel global o nacional. No abordan, o lo hacen solo a modo de ejemplo, las realidades locales y las problemáticas de los territorios de cercanía. Ello no es necesariamente un aspecto negativo de dichos trabajos sino, más bien, un espacio de vacancia para quienes venimos analizando los gobiernos locales.

Otros trabajos recientes y que intentan robustecer el marco teórico y las estrategias prácticas en torno a la comunicación gubernamental se reconocen en el trabajo titulado *Comunicación gubernamental más 360 que nunca* (2020), compilado por Luciano Elizalde y Mario Riorda. Más vinculado con la nueva gobernanza local y su inexorable relación con la participación ciudadana, es posible reconocer aportes valiosos como los de Aguilar Villanueva, *Gobernanza y gestión pública*, del año 2006; *Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar*, del año 2009, y *Democracia, gobernabilidad y gobernanza*, publicado en el 2016. En ellos el autor coordina una serie de investigaciones y reflexiones sobre las administraciones públicas latinoamericanas y sus nuevos desafíos a partir de la reconfiguración de los actores políticos, estatales y sociales. Dichos trabajos constituyen aportes para el debate sobre el camino a seguir por los gobiernos a partir del reconocimiento de la preeminencia de la gestión local de las políticas públicas.

Sostiene el autor que el foco de atención se desplaza de la dotación de las capacidades gubernativas (enfoque de la gobernabilidad) hacia la utilización efectiva de dichas capacidades (el enfoque de la gobernanza).

En una línea similar, es posible citar el trabajo de compilación realizado por María del Carmen Pardo en 2004, titulado *De la administración pública a la gobernanza*. Allí se presentan diversas investigaciones que, desde una mirada revisionista de los procesos políticos en América Latina, plantean la idea de una nueva administración pública. Basada en la noción de gobernanza como construcción de redes asociativas, esa propuesta describe cómo se alteró el rol tradicional del Estado ante nuevos desafíos y renovadas alianzas sociales. Es una mirada que prioriza la gestión de gobierno en tanto conducción del aparato estatal, promoviendo la inclusión de otros actores que colaboran en la toma de decisiones y en su ejecución con el objeto de favorecer dicha conducción. Nuevamente aparece con fuerza la necesidad de pensar en modalidades colaborativas, de co-producción de las decisiones a partir de lo que cada actor pueda aportar.

Por último, es importante destacar el trabajo realizado por Carolina Foglia y Adriana Rofman, *Gobernanza participativa local en el gran Buenos Aires: una radiografía actual de los 24 municipios*, publicado en el año 2020. En él las investigadoras desarrollan un análisis sobre los gobiernos locales, describiéndolos como aparatos estatales estructurados con base en demandas y necesidades tradicionales, y con capacidades y competencias limitadas. Afirman que esos municipios enfrentan restricciones normativas y presupuestarias que les dificultan el logro de sus objetivos y el desarrollo de políticas públicas propias. Uno de los aspectos más relevantes del artículo está relacionado con la afirmación respecto de que,

pese al diagnóstico inicial, los gobiernos locales están dando señales y pasos concretos en el plano de la gobernanza local a partir de tres ejes principales: la participación, la descentralización, y la modernización.

En cuanto a las tecnologías digitales, estas han trastocado los modos de ejercer; no solo de ejercer el poder estatal sino también el ciudadano. De ahí que deviene necesario analizar cómo el espacio virtual se constituye como espacio público y escenario de disputa de poder y de sentido. En términos de Boczowosky y Mitchellstein (2017), a diferencia de los medios tradicionales, las redes sociales no son herramientas que utilizamos ocasionalmente, sino que se constituyen como espacios de vinculación con otros. De allí la importancia de que los cambios sociales y culturales encuentren en el mundo virtual otro entorno de lucha importante, tal y como se menciona en Castells (2009).

Además, numerosos autores han analizado en los últimos años el poder de las narrativas multimedia y transmedia para captar la atención de los públicos y generar experiencias inmersivas, como Irigaray y Lovato (2014), Gifreu Castells (2011), Ardini (2018), y Scolari (2013). Estos recursos se han afianzado en los últimos años para generar mensajes más efectivos en organizaciones tanto de la esfera pública como privada. Dicho ello, la necesidad de suscitar espacios de participación mediante las tecnologías digitales se ha convertido en un objetivo clave para las gestiones gubernamentales. Lo anterior responde tanto a una demanda social como a una necesidad de las administraciones públicas a la hora de ganar legitimidad, apoyo y, en definitiva, poder.

Ahora bien, la combinación de bajos niveles de confianza y de legitimidad de los gobier-

nos³, ciudadanos más activos, nuevos actores en disputa por el poder y tecnologías digitales revitalizadas, accesibles y ampliamente difundidas, ha generado un contexto complejo para la participación ciudadana. Si bien dichas tecnologías presuponen mejores condiciones para el acceso a la información, la participación y el diálogo, no siempre los gobiernos toman decisiones direccionadas hacia ese camino. De ahí que, independientemente de la cantidad de canales digitales, tecnologías y espacios virtuales de los que disponga una gestión gubernamental, lo más importante es analizar la calidad que ello aporta, en este caso, a la participación. No se trata, al menos desde la perspectiva aquí planteada, de sustituir la práctica tradicional sino, más bien, de completarla para mejorar la experiencia ciudadana.

En ese sentido, es posible identificar espacios que van desde la réplica casi absoluta de las prácticas *offline* (ventanillas de trámite *online* que derivan al usuario a las oficinas públicas o a una línea telefónica), hasta complejas plataformas digitales que despersonalizan el vínculo entre ciudadanos, gobierno y problemas públicos (por ejemplo, presupuestos participativos reducidos a sistemas de votación *online*). Comprender la importancia y la enorme utilidad de las tecnologías digitales como complemento y potenciación de la participación ciudadana en tanto construcción colectiva, coproducción de políticas públicas y mecanismo de auditoría gubernamental, es clave para una mejor democracia.

En virtud de las transformaciones antes mencionadas es que se vuelve cada vez más urgente intervenir en las prácticas gubernamentales desde una concepción amplia, no solo de las nuevas tecnologías digitales sino de las

³ Basta con analizar el informe 2020 del Latinobarómetro, en donde consta que más del 73 % de la ciudadanía argentina confía poco o nada en el gobierno. Véase <https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>

estrategias de participación. Si el objetivo es la mejora en la prestación de los servicios públicos y el empoderamiento ciudadano (con su consecuente aumento de legitimidad para los gobiernos), debe planificarse la política pública desde la integralidad de sus agencias y desde la inclusión real del ciudadano por medio de los múltiples canales, tanto digitales como físicos. Por ello, y en virtud de los objetivos señalados al comienzo del presente, se desarrolló una metodología de análisis de las *webs* municipales y las tecnologías digitales puestas a disposición por el municipio de la ciudad de La Plata, con el objeto de clasificarlas en virtud del grado de inclusión ciudadana en términos participativos.

METODOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN DEL ÍNDICE

Las dificultades presentes a la hora de analizar las políticas participativas, sobre todo en su dimensión digital, obligan a repensar las estrategias metodológicas para avanzar en la comprensión de las concepciones detrás de las herramientas, áreas, políticas o canales participativos. En ese marco, y considerando la expansión de las tecnologías digitales en los gobiernos locales, se consideró oportuno tomar como referencia a las *webs* municipales en tanto insumos principales de información, publicidad y vinculación entre los ciudadanos y el gobierno. Lo anterior no implica desconocer la existencia de otros espacios, tanto digitales como físicos, en los que se desarrollen estrategias participativas, sino más bien definir un universo específico, un recorte posible de analizar.

En virtud de lo anterior es que se trabajó en la adaptación de un instrumento de recolección de información que pudiese ponderar diferentes aristas de la participación ciudadana

en las *webs* locales. La consecuencia de ello fue la construcción de un índice de participación ciudadana y tecnologías digitales a partir de las herramientas y canales que los municipios ponen a consideración. A su vez, y con la intención de iniciar un proceso de testeo, se avanzó en la aplicación de este índice en un caso de estudio: la *web* de la municipalidad de La Plata⁴. Para ello se tomó en cuenta la *web* local durante los meses de junio y julio para relevar, describir y analizar los indicadores del índice propuesto.

Más allá de reconocer antecedentes de trabajo sobre políticas participativas, sobre todo en el marco de las estrategias de gobierno abierto, no es menos cierto que resulta complejo identificar trabajos que profundicen en la definición taxativa de los componentes de la participación y, menos aún, en su medición. A su vez, las tecnologías digitales incorporan una dimensión compleja y poco analizada relacionada con la convivencia entre las prácticas analógicas y las virtuales, así como con las concepciones que se encuentran detrás de las decisiones políticas.

Por ello se avanzó, en el marco teórico propuesto más adelante, con el objeto de enriquecer los análisis existentes con el desarrollo conceptual de los componentes vinculados a la participación ciudadana en el ciclo de políticas públicas, la existencia de canales de interacción y el acceso a la información pública.

Para la construcción del índice en cuestión se tomó como referencia el índice de transparencia del Laboratorio de Periodismo y Comunicación para la Ciudadanía Plural de la Universidad Autónoma de Barcelona, denominado Infoparticipa. Este trabajo representa un primer paso para analizar las *webs* de las alcaldías en España, que fue retomado por Muñoz Lalinde y Molina RodríguezNavas (2020) para adap-

⁴ Véase www.laplata.gob.ar

tarlo a la realidad de las alcaldías colombianas.

Tomando lo anterior como punto de partida, se propone no solo elaborar un índice para relevar el uso de tecnologías digitales participativas en las *webs* municipales, sino también dar cuenta de su aplicación en un estudio de caso como es la ciudad de La Plata. Para ello, en primer lugar, se distribuyeron los componentes o dimensiones de análisis (participación ciudadana en el ciclo de políticas públicas, la existencia de canales de interacción, y el acceso a la información pública). Luego, y considerando las definiciones teóricas respecto de las características de estos elementos, se elaboraron los indicadores (22).

La dimensión participación en el ciclo de políticas públicas tiene que ver con la existencia de instancias de coproducción entre ciudadanos y Estado, los programas o canales participativos, la publicidad de los resultados de las prácticas participativas, y las normas que regulan dicha participación. En cuanto a la dimensión canales de interacción, se releva información referida a los canales de diálogo, reclamo o sugerencias; la lógica de los canales digitales respecto de lo analógico; y la accesibilidad y usabilidad de la *web*. Finalmente, respecto a la dimensión disponibilidad de información pública, se trabaja sobre la publicación de noticias, datos e información; la existencia o no de explicaciones sobre las decisiones públicas; la difusión de las normas y regulaciones vigentes; la información básica del municipio y sus políticas; y las características de toda esa información (perceptible, operable, comprensible, robusta, abierta).

Una vez definidos los componentes o dimensiones y sus indicadores, se avanzó en la ponderación de dichos elementos, entendiendo que ello representa un paso adelante en pos de un análisis que permita repensar la toma de decisiones. Lo anterior robustece los indicado-

res y organiza un sistema de puntuación respecto del cumplimiento de los componentes de acuerdo con la descripción desarrollada en el marco teórico para obtener una clasificación relacionada con los diversos niveles de participación ciudadana en torno al uso de las tecnologías digitales. Dicha ponderación se estableció en virtud de la mayor o menor preponderancia de cada indicador dentro de cada dimensión, teniendo en cuenta el marco teórico definido en el presente documento.

Con relación a la ponderación para cada componente, se decidió que el acceso a la información pública y la participación en el ciclo de políticas públicas representen lo más importante con 40/100, mientras que los canales de interacción cierran el índice con 20/100. Dicha decisión se relaciona con la construcción teórica desarrollada a continuación y a diversos trabajos, ponencias e investigaciones desarrolladas por miembros del equipo de investigación. A su vez, y considerando la necesidad de superar las miradas tradicionales, se propuso otorgar mayor relevancia a la disponibilidad de información y a la inclusión en el ciclo de políticas públicas; ello por considerar que son elementos indispensables para una participación real. Dejar de lado los simulacros participativos, las “cáscaras vacías” o la existencia de espacios que no conducen a cambios en la realidad, es una tarea fundamental que no puede desarrollarse sin información de calidad y en formato abierto, así como de instancias de incidencia en las políticas públicas.

El índice propuesto da cuenta de los componentes o dimensiones y los indicadores interrogativos que orientan la observación sobre la *web*. Más allá de la asignación del puntaje por parte del observador, se estableció un espacio para comentarios, aclaraciones o sugerencias respecto de ese puntaje y de lo relevado. Esto último es de suma importancia porque per-

mitirá cruzar el relevamiento cuantitativo y la ponderación final con una mirada cualitativa de los procesos, lo que permite diagnosticar las necesidades de mejora, continuidad o cambio para las gestiones locales.

A continuación, y con la intención de dejar en claro el posicionamiento teórico desde el cual se propone abordar los procesos participativos, se desarrollarán algunas reflexiones en torno a las estrategias de participación ciudadana mediante el abordaje y la definición de sus componentes (algo clave para la construcción del índice). También se abordarán algunas definiciones sobre las tecnologías digitales en tanto plataforma o soporte de interacción con el ciudadano.

MARCO TEÓRICO

1. Participación ciudadana

En el marco de los nuevos desafíos que enfrentan los gobiernos, uno de los que se destaca por sobre el resto es la mayor dificultad para reaccionar (y resolver) las demandas ciudadanas en un entorno cada vez más complejo, incierto y dinámico. De ahí que las propuestas vinculadas a la inclusión de actores no tradicionales a la toma de decisiones se valoren positivamente. Los gobiernos se enfrentan a una ciudadanía cada vez más reflexiva y crítica, con acceso a nuevas tecnologías y con valores renovados, manteniendo las tradicionales dificultades para satisfacer las demandas con la provisión de servicios públicos tradicionales (Malacalza, 2004).

Sostienen Gomá y Blanco que:

Las dificultades mayores del gobierno democrático tradicional se asientan a lo largo de cuatro ejes muy dinámicos: a) las crecientes dificultades de conocimiento, dado el intrínseco carácter incierto de la sociedad

postindustrial, y el alto grado de fragmentación cognitiva que esta implica; b) la complejidad de los valores, intereses y preferencias en juego, que no solo poseen múltiples sujetos, sino que son también ellas mismas cambiantes e inestables; c) el carácter insostenible de la concepción jerárquica de los procesos de gobierno, y d) la creciente interdependencia de problemas y de actores políticos, que cuestionan seriamente el modelo clásico de políticas públicas segmentado y unidireccional. (Gomá y Blanco, 2002, p. 1)

De los cuatro ejes, la creciente interdependencia de problemas y de actores políticos que cuestionan seriamente el modelo clásico de políticas públicas segmentado y unidireccional es el que se relaciona con la necesidad de implementar espacios participativos. Instancias en donde la ciudadanía no solo sea una fuente valiosa de información y control, sino que se involucre en el proceso de formulación de políticas públicas para convertirse en colaboradora activa, en coproductora de las decisiones estatales.

Un aspecto previo para la concreción de estos espacios es la existencia de mecanismos que garanticen la difusión de la información pertinente (acceso a la información pública). Sin ello, la ciudadanía difícilmente se involucre, colabore y, en última instancia, se empodere (Kaufman, 2013). Más aún en contextos donde las tecnologías digitales amplían las posibilidades de difusión, reproducción y reutilización de información, tanto desde las administraciones públicas como desde las organizaciones de la sociedad civil.

Por tanto, la participación ciudadana, ya sea individualmente o por medio de las distintas formas asociativas formales o informales, debe orientarse a la inserción de los actores, a la coproducción de la política pública, al menos en

alguna de sus instancias. El aprovechamiento de esos espacios redundaría en beneficios tanto para los propios ciudadanos como para los gobiernos. Legítimas decisiones y procesos, adecuando de mejor manera las acciones gubernamentales a las necesidades puntuales de las comunidades (Furnari, 2023).

Ahora bien, ese relacionamiento no solo debe orientarse a la incorporación de los ciudadanos al circuito gubernamental mediante diferentes instancias, mecanismos y alternativas que le otorguen cierta capacidad de influir sobre las reglas y los procesos. Además, debe asegurarse algún grado mínimo de influencia real sobre la toma de decisiones, tanto en los procesos de formación de la política, en su ejecución, como en el control (Oszlak, 2013). Las opiniones, sugerencias, aportes, denuncias, experiencias o cualquier otra forma de participación deben ser tomadas en cuenta para la construcción de alternativas de política pública o para su corrección, perfeccionamiento o sustitución.

A su vez, deben establecerse canales de recepción con respuesta inmediata para las inquietudes u opiniones; esto significa que la mera disposición de instancias *online* no constituye un espacio de participación si solo se reduce a un reservorio de consultas. No se trata de ampliar los buzones de sugerencias, ahora en formato digital, sino, más bien, de transformar la lógica de las herramientas de gestión para empoderar al ciudadano. La ciudadanía debe poder influir y sentirse parte del gobierno y, como consecuencia de ello, mejorar la prestación de los servicios públicos.

Como sostiene Oszlak (2013): “Se trata de una concepción participativa que trasciende el acto del sufragio electoral y propone el empoderamiento de la ciudadanía alentando su acción colectiva” (p. 6). Por tanto, aquellas perspectivas que no consideren la participación ciudadana por fuera de la lógica electoralista,

que dejan de lado su rol activo en la coproducción de las políticas públicas, difícilmente se constituyan en herramientas para mejorar la calidad democrática y la eficiencia de las políticas públicas.

A partir de esa manera de comprender los modelos participativos, a continuación se desarrollarán una serie de reflexiones en torno a los componentes que constituyen la participación ciudadana: disponibilidad de información pública, existencia de canales de interacción entre la ciudadanía y el gobierno, y su inclusión en el ciclo de políticas públicas (Furnari, 2023). Si bien es posible reconocer la existencia de otros elementos o de propuestas alternativas, consideramos que estos tres constituyen los más significativos y los que mayor consenso presentan entre las investigaciones actuales.

Ahora bien, es necesario destacar que la identificación de estos componentes permite establecer criterios para la configuración de una participación ciudadana real y activa en contraste con las experiencias de participación simuladas o que solo reproducen prácticas electoralistas. La participación real tiene lugar cuando los miembros de una comunidad pueden incidir efectivamente en la naturaleza de las decisiones políticas (por lo menos en algún aspecto). Implica ejercer alguna influencia sobre la identificación de los problemas, la determinación de prioridades de acción, las estrategias a desarrollar, la implementación de los distintos cursos de acción y su evaluación, o el acceso a la información, entre otros (Furnari, 2023). Por el contrario, la participación simulada o limitada a prácticas electorales es aquella que —a pesar de la existencia de instancias formales en donde se promociona la participación ciudadana— se encuentra limitada al acto electoral, a escasos tópicos de debate o su resultado final no implica una verdadera transformación de la realidad política (Abal Medina, 2008).

A su vez, la descripción de los componentes permite establecer las dimensiones de análisis para la construcción de los indicadores que luego serán utilizados para el índice de participación en las webs municipales.

1.1 La disponibilidad de información pública

Este primer componente constituye una condición indispensable para un verdadero empoderamiento y, por tanto, un aprovechamiento integral de las instancias colaborativas. No es casualidad comenzar a describir los elementos constitutivos de la participación ciudadana desde la disponibilidad de datos, resultados, diagnósticos o cualquier otro elemento relacionado con el proceso de toma de decisiones. La conversión de ciudadanos en coproductores de política pública requiere un esfuerzo en doble sentido: por un lado, desde el Estado para abrir sus canales informativos; por el otro, de los vecinos para comprometerse en su uso (para ello las tecnologías digitales son una de las claves).

En ese sentido, es importante que los gobiernos estén dispuestos activamente a generar los mecanismos necesarios para poner a disposición información relacionada con el conocimiento de la o las políticas, sus antecedentes, estructuras, competencias y funcionamiento de las instituciones implicadas, así como de los mecanismos disponibles para participar.

A su vez, la información debe ser pertinente, clara y estar disponible en lenguajes según perfiles, así como en datos “crudos”. Esas características permiten un procesamiento posterior y la generación de procesos de innovación. Finalmente, la información debe estar en permanente actualización y brindar la posibilidad de ser ampliada, complementada o, incluso, modificada ante los requerimientos de los actores sociales (formato abierto). En ese sentido Oszlak y Kaufman sostienen que:

Open data (datos abiertos) es un movimiento digital al que están adhiriendo paulatinamente gobiernos e instituciones de todo el mundo para poner los datos que administran a libre disposición de las personas e instituciones —sin restricciones de *copyright*, patentes u otros— en formatos que permitan su reutilización para cualquier fin, por ejemplo, el desarrollo de nuevos análisis o de aplicaciones *online*. (Oszlak y Kaufman, 2014, p. 75)

Las características en las que la información o datos se ponen a disposición constituyen un elemento clave a la hora de valorar y, posteriormente, clasificar a las gestiones en torno a estrategias participativas. Retomando lo señalado por Oszlak:

La información constituye un insumo crítico en la implementación participativa de políticas. En principio, una experiencia exitosa depende centralmente de que se haya determinado a tiempo cuán claros son los resultados y las metas a lograr por las partes y cuál es el conocimiento disponible acerca de la relación causaefecto entre utilizar ciertos insumos y lograr determinados productos. Al hacer referencia a información, corresponde distinguir entre datos, información y conocimiento: solo la conversión de datos en información y de estos en conocimiento es capaz de generar los fundamentos técnicos y políticos para la elección de cursos de acción. En segundo lugar, la información requerida debe guardar proporción con la dimensión del fenómeno que pretende ser abarcado o explicado mediante su acopio y sistematización. (Oszlak, 2013, p. 17)

Las administraciones gubernamentales muchas veces no logran (o no quieren) distinguir la diferencia entre un dato, una información y un

conocimiento. Una participación real y efectiva debería poder transitar el camino desde un dato duro, vacío de análisis y descontextualizado, hacia un proceso que lo complejiza. A partir de su complemento con información pertinente y en código abierto, los datos pueden convertirse en promotores para construir conocimiento.

Por otro lado, existe una creencia generalizada respecto de que la mera publicación de los actos de gobierno (inicio de una obra, presupuesto destinado para tal o cual política, el lanzamiento de un plan de acción o los resultados de un proceso de auditoría, por citar algunos ejemplos) constituye un acto de apertura de información pública. La realidad es que, en general, lo que se publican son datos y esporádicamente algún tipo de información, generalmente desactualizada o incompleta. Pocas veces se encuentran dadas las condiciones para la construcción de conocimientos por parte de la ciudadanía. El carácter abierto de los datos e información cobra sentido solo si ello permite su interconexión con otras fuentes, el contraste con datos históricos, la comparación con otras políticas; siempre y cuando la información esté completa.

Finalmente, la disponibilidad de información pública puede clasificarse en tres categorías o esquemas de acuerdo con sus características y modo de aplicación: esquemas amplios, restringidos y publicitarios. Los esquemas amplios son aquellos que, partiendo de un formato abierto de la información, se muestran predispuestos activamente a suministrar datos e información pertinente, periódica y accesible, así como un contexto que permite al ciudadano construir conocimiento. Son modelos regulados por normativas conceptualmente amplias sobre el tema y que consideran al acceso a la información pública como un verdadero derecho más allá de una obligación.

Los modelos restringidos se presentan

cuando dicha normativa establece limitantes o condicionantes para el acceso (por ejemplo, demostrar legítimo interés, restricciones de uso o costos para su adquisición). Implica una relativa pasividad por parte del Estado a la hora de poner a disposición los datos, así como falta de actualización o cierta imprecisión en la información (Furnari, 2023).

Por último, aquellas gestiones gubernamentales cuya información pública es clasificada como publicitaria solo brindan datos aislados o informaciones inconexas sobre determinadas acciones puntuales o decisiones de política pública, pero sin explicaciones que permitan comprenderlas. Son esquemas cerrados al interior de los procesos decisorios que se sienten cómodos con modelos propagandísticos y “marketineros” que solo presentan el resultado final de un proceso de política pública y que, además, no permiten el estudio de las decisiones por parte de la ciudadanía.

1.2 La existencia de canales de interacción entre la ciudadanía y el gobierno

En virtud de lo anterior, es necesario señalar que la disponibilidad de información pública requiere de la existencia de canales o espacios para su difusión, debate o reutilización. Instancias, herramientas y acciones que permitan y faciliten no solo el acceso a los datos, sino también el intercambio de opiniones, consultas, sugerencias y reclamos. Esos espacios de encuentro (sean presenciales o virtuales) se convierten, a largo plazo, en un reservorio de demandas, sugerencias y respuestas que van consolidando una historicidad.

Por otro lado, las posibilidades de establecer canales de vinculación se han multiplicado en virtud de las tecnologías y entornos digitales. Estas han generado novedosas maneras de relacionamiento entre las personas, pero también entre ellas y las instituciones. Esas nuevas

dinámicas facilitan el acceso a la información y ponen a disposición canales de vinculación que, en principio, asoman como más eficientes (aunque necesariamente complementarios) que los utilizados hasta este momento.

Si bien es cierto que en la actualidad existen más canales para la inclusión de la sociedad en la relación con el Estado, no es menos cierto que lo más relevante en el marco de la construcción de una participación ciudadana real (Abal Medina, 2008) tiene que ver con tres elementos principales. En primer lugar, lo referido a la accesibilidad de esos canales, es decir, los modos en que se presentan (usos y apropiaciones). En segundo término, las posibilidades que ellos brindan (respecto del uso de la información pública y de la generación de diálogo). Por último, los efectos finales, es decir, la incidencia en términos de transformación de dichos espacios en relación con las prácticas políticas, particularmente a la hora de pensar las etapas del ciclo de política pública.

Ahora bien, y en relación con la participación en entornos virtuales, las tecnologías digitales deben considerarse como complemento de las modalidades presenciales, sin intentar reemplazar una por otra (al menos no de manera definitiva). Lo anterior implica no dejar de lado la territorialidad y las posibilidades que brinda el encuentro cara a cara, las alternativas de construcción colectiva y de mutuo aprendizaje entre los actores que se encuentran en el espacio.

En relación con el segundo (uso y diálogo), es necesario analizar qué tipo de participación, vinculación o intercambio ofrecen estos canales. En ese sentido, es posible reconocer espacios restringidos a determinadas áreas o temas definidos por el gobierno que no necesariamente son los más determinantes para la comunidad. A su vez, los canales deben incluir a toda la ciudadanía sin distinciones ni

obstáculos. Es fundamental que los espacios de participación posibilitem instancias de diálogo y relacionamiento para aumentar la legitimidad del espacio y la efectividad de los procesos. No hay coproducción de políticas públicas sin discusión e intercambio. Aquí se retoma la necesidad de descartar, salvo casos o momentos puntuales, los canales de participación que simplemente reproducen lógicas electorales como elemento principal de las políticas participativas.

Respecto del tercer elemento del presente capítulo, tanto la filosofía de gobierno abierto como sus componentes se orientan hacia la transformación de los procesos y de las políticas públicas. Por tanto, si los canales de interacción no traen como consecuencia la incidencia real de los ciudadanos o sus organizaciones en las decisiones, espacios y políticas públicas, estos tendrían poco sentido o, al menos, no contribuirían verdaderamente al cambio en cuestión. Pensar en cómo esos canales pueden alterar las lógicas tradicionales mediante las cuales opera el Estado para facilitar y promover la coproducción es uno de los objetivos claros del gobierno abierto y, por tanto, de las instancias de participación.

En virtud de lo anterior, es posible pensar en tres categorías de clasificación para los canales de interacción: abiertos, cerrados o aislados. Los primeros permiten una circulación de demandas, denuncias, sugerencias y respuestas activas tanto por parte del gobierno como de la ciudadanía. Implican que la información suministrada por los actores sea recogida por los funcionarios para modificar el rumbo de una política, tomar mejores decisiones o sancionar a quien corresponda frente al incumplimiento de los deberes públicos. Los canales son accesibles, con amplias posibilidades de influir y con consecuencias de transformación real en la política pública (Furnari, 2023).

Los canales cerrados son aquellos presentes en instancias donde es el gobierno quien unidireccionalmente suministra cierta información, proporciona datos y explica determinadas decisiones. Si bien prevé determinados espacios para que el ciudadano pueda aportar sus demandas, reclamos o sugerencias, no permite el diálogo constructivo ya que, por lo general, estos no son respondidos en tiempo y forma o se limitan a la selección entre alternativas (lógica electoralista). Poca accesibilidad, escasas posibilidades de intervención en el escenario público y casi ningún cambio de rumbo o efecto real en las decisiones.

Finalmente, los canales aislados son aquellos en donde los organismos públicos simplemente brindan datos e información (generalmente escasa), pero no prevén espacios de devolución para con la ciudadanía. Suelen estar presentes los espacios más tradicionales, como pueden ser el inicio de un expediente, el reclamo formal por las vías administrativas dispuestas al efecto, la derivación a un número telefónico o, incluso, a presentarse ante la oficina correspondiente. No existe diálogo y hay escasa accesibilidad (a la información y a los funcionarios) y, por tanto, nulas posibilidades de influir en las políticas públicas. En general el ciudadano se encuentra frente a simulacros muy bien organizados y publicitados pero que, en realidad, no alteran los destinos de los territorios y mucho menos mejoran las capacidades estatales.

1.3 La participación en el ciclo de políticas públicas

Tanto la disponibilidad de información pública como la existencia de canales de interacción entre Estado y actores sociales se orientan (o deberían hacerlo) a consolidar esquemas de participación reales. Instancias que influyen en la toma de decisiones, es decir, en

la política pública, al menos en alguna de sus etapas. Lo que se busca es promover estrategias de colaboración en donde las opiniones, la información, las sugerencias, los reclamos y el conocimiento de los ciudadanos (tanto en su condición de vecinos como de organizaciones de la sociedad civil y del sector privado) encuentren receptividad. Esa apertura referida a las diferentes etapas del ciclo de política pública puede darse tanto en el esquema de definición, elaboración, aplicación o evaluación de las decisiones y acciones gubernamentales.

La puesta a disposición de información pública de calidad y en formato abierto, así como la construcción de canales de interacción entre ciudadanos y gobierno, encuentran su complemento ideal y necesario cuando ambos componentes se materializan en una incidencia real en el ciclo de políticas públicas. Ello podría generar algún tipo de transformación en la realidad, particularmente en los modos de aplicación de las políticas. La multiplicación de esfuerzos para ampliar los espacios tradicionales y salir de las lógicas conservadoras vinculadas con esas instancias debe constituirse en un eje clave de los gobiernos que pretenden establecerse como abiertos.

Este tercer componente es el que le da sentido final a la participación ciudadana y al uso de la información pública, ya que permite orientarla hacia modelos de incidencia real en la toma de decisiones. Abre verdaderamente las puertas del Estado en aquellos aspectos centrales para la transformación de la realidad de quienes participan.

Por otro lado, el excesivo uso de las tecnologías digitales en muchos casos desdibuja, reduce o elimina las instancias deliberativas y de intercambio entre actores (parte esencial de las lógicas participativas). No obstante, es importante que los gobiernos las aprovechen como complementos para mejorar la calidad

y el acceso de los espacios tradicionales de participación, pero sin dejar de lado las lógicas deliberativas con anclaje territorial.

A partir de las características antes señaladas, la incidencia en el ciclo de política pública puede clasificarse en tres grandes modelos: electoralistas, asamblearios o colaborativos. Los primeros están limitados a que la ciudadanía solo pueda elegir entre opciones o temas predeterminados por las instituciones públicas. Por lo general son pocas las áreas habilitadas a tal efecto y no suelen estar vinculadas a temas de gran trascendencia.

Los esquemas asamblearios, además de ofrecer instancias de selección de alternativas, implican cierto proceso de debate, discusión y ampliación de los temas a tratar. Aquí se ponen en juego las realidades particulares, las necesidades y lógicas de cada territorio y se producen encuentros “cara a cara” entre los propios vecinos y entre ellos y sus funcionarios.

Finalmente, los modelos colaborativos son aquellos que contienen a los anteriores, pero que conceptualmente superan la concepción de la ciudadanía como simple receptora de una determinada política y la incluyen como un actor influyente en diversas etapas del ciclo. Suelen participar no solo en la identificación y definición de las políticas, sino también en su aplicación y evaluación.

2. Tecnologías digitales

Lo virtual es parte de nuestro espacio público, que según Washington Uranga (2005) es “el lugar por excelencia en el cual los actores intercambian y negocian para producir sentido social” (p. 11). Las redes sociales y las plataformas digitales, al contrario de lo que sucede con los medios de comunicación tradicionales, se encuentran imbricadas en nuestro hacer cotidiano y forman parte de las maneras de ser y estar con otros. No son herramientas que utilizamos oca-

sionalmente, sino que constituyen entornos en los que compartimos y construimos con otros (Boczowosky y Mitchelstein, 2017).

Al igual que los medios tradicionales, Internet no se constituye como un espacio inocuo, sino que es un espacio de poder atravesado por la cultura y por relaciones de poder y las tensiones por la apropiación y legitimación de discursos (Castells, 2009). A lo largo de la historia, los hombres y mujeres siempre han creado tecnologías, definidas por Raymond Williams como:

(...) el marco de conocimientos, tanto teóricos como prácticos, de los que provienen las habilidades y los ingenios (inventos técnicos), y el marco de conocimientos y condiciones a partir del cual se desarrollan, combinan y preparan para su uso. Lo que importa en cada nivel es que una tecnología siempre es, en el sentido más amplio del término, social. (Williams, 1992, p. 184).

Definir a las tecnologías como “sociales” implica, entre otras cosas, no desligarlas del contexto en el que se desarrollan. No son simples herramientas inocuas, sino que se encuentran atravesadas por las lógicas políticas, sociales y económicas de las sociedades en las que fueron creadas. Asimismo, estas herramientas también producen efectos en los individuos y en sus modos de ser y estar con otros.

Sin embargo, esto no significa que las tecnologías tengan la capacidad de alienar a las personas, de dictarles qué hacer o qué pensar. Los individuos se apropian de ellas, las utilizan a partir de sus propias realidades y contextos sociales.

La llamada cultura digital, por su parte, se constituye a partir de las diferentes formas en que se expresan y entremezclan las culturas colectivas a través de modos de producción y distribución en los que la mediatización es de naturaleza digital. Al mismo tiempo, la cultura

es influenciada por lo digital, y las tecnologías digitales son intervenidas por las narrativas de la cultura mediática tradicional. Se erige así un nuevo pacto que opera exacerbando como nunca antes la recepción activa (Igarza, 2012).

A lo largo de este trabajo utilizaremos como sinónimos distintas expresiones relacionadas con lo digital, como *online* o virtual. Sin embargo, es importante destacar que no entendemos a lo virtual como antónimo de lo real, sino como aquello que ocurre en Internet y no por esto se constituye como falso, y a lo *offline* como aquello que sucede en el espacio físico (Racioppe, 2015). En este marco, es necesario que las organizaciones con y sin fines de lucro, los funcionarios públicos y los partidos políticos comprendan las lógicas de la virtualidad, para así poder disputar espacios y fortalecer sus discursos también desde y en las plataformas. Desestimar el escenario virtual sería desconocer su dimensión social y política y su rol como lugar cotidiano de interacción.

En este contexto de incorporación de tecnologías en las organizaciones, tanto las entidades gubernamentales como los municipios no fueron la excepción. En palabras de Rodríguez:

Los sitios *web* gubernamentales deben considerarse de forma diferente que cualquier otro sitio *web*, debido a que son el único canal de comunicación de los gobiernos en Internet. A través de los sitios *web* gubernamentales los ciudadanos pueden acceder a información, interactuar con agencias del gobierno realizando consultas o brindando opiniones, además pueden obtener servicios de estas agencias entre otras cosas. (Rodríguez, 2010, p. 1067).

Lograr la mayor interactividad posible con el usuario pareciera ser el objetivo de todo tipo de sitios *web*; pero ¿qué entendemos por interac-

tividad? Una definición posible es entenderla como la posibilidad de darle al usuario un mayor poder tanto para la selección de contenidos como para la expresión y la comunicación (Rost, 2004). Sin embargo, es importante destacar que existen dos grados de interactividad, la interactividad selectiva y la interactividad comunicativa. El primer término se refiere a la capacidad de ofrecer al usuario un menú de contenidos y brindarle la posibilidad de elegir y de construir su propio camino de lectura. En cambio, la interactividad comunicativa se relaciona con los espacios que proponen el sitio *web* para la expresión de opiniones y el diálogo con otros internautas. En este trabajo analizaremos también qué tipo de interactividad se fomenta en los sitios *web* seleccionados.

2.1 Usabilidad, accesibilidad y experiencia de usuario

Los conceptos de usabilidad, accesibilidad o experiencia de usuario son utilizados de manera corriente en el ámbito de la comunicación digital. Sin embargo, no son lo mismo ni deben ser utilizados como sinónimos. Por el contrario, son conceptos muy diferentes que incluso no necesariamente deben exigirse a la hora de evaluar un sitio *web* o aplicación, sino que dependen de la función que cumple el producto y a qué tipo de público se dirige.

La usabilidad es la eficacia, eficiencia y satisfacción de un producto con la que determinados usuarios pueden lograr objetivos concretos en un contexto específico. Se refiere a la facilidad en su uso (Hassan Montero y Martín Fernández, 2005; Hassan Montero, 2015).

La experiencia de usuario representa una evolución en el concepto de usabilidad. Ya no solo se ocupa de mejorar la interacción del usuario con el producto, sino también de la generación de placer y de la diversión en su uso. Es el resultado de diferentes variables, como las expectativas del

usuario, las características culturales y el diseño de la interfaz (Hassan Montero, 2015).

Por otra parte, la accesibilidad es la capacidad de un producto de ser utilizado por la mayor cantidad de personas posibles, sin importar las limitaciones del individuo o del contexto en donde se usa. Con limitaciones nos referimos a discapacidades permanentes o temporales, nivel de conocimiento o barreras impuestas por el momento y lugar de utilización, como iluminación, ruido, barreras físicas o de *software* (Hassan Montero, 2015).

Sostiene Hassan Montero que un producto accesible debe ser:

Perceptible: la información y los componentes de la interfaz de usuario deben ser mostrados a los usuarios de forma que puedan percibirlos. Operable: Los componentes de la interfaz de usuario deben ser manejables. Comprensible: La información y las diferentes opciones deben ser comprensibles. Robusto: Maximizar la compatibilidad con actuales y futuros agentes de usuario, incluyendo tecnologías de asistencia o productos de apoyo. (Hassan Montero, 2015, p. 11)

Una primera mirada podría considerar que, de los tres conceptos analizados, un sitio *web* de una organización pública debería al menos cumplir con el de usabilidad y el de accesibilidad. A lo largo del análisis daremos cuenta de la presencia o ausencia de elementos que colaboran con estos requerimientos.

ANÁLISIS DE CASO: LA WEB DE LA MUNICIPALIDAD DE LA PLATA

Tal como se sostuvo al inicio del presente, y con la intención de poner en práctica el índice construido, se seleccionó la *web* de la munici-

palidad de La Plata para la realización de un relevamiento. La decisión se basó en la importancia de esta ciudad como capital de la provincia de Buenos Aires y porque forma parte de investigaciones previas realizadas por uno de los miembros del equipo de investigación. Durante los meses de junio y julio de 2023 se desarrolló un registro semanal del estado de la *web* local con el objeto de relevar sus diferentes características en virtud de los indicadores del índice, prestando especial atención a la existencia de cambios o novedades.

En primer lugar, es importante destacar que la *web* local experimentó un cambio de formato, estilo y estética respecto de cómo había iniciado el año 2023 y de lo que se venía observando desde 2016. Esto impactó en algunos indicadores de manera positiva y dio cuenta de un avance parcial en el uso de las tecnologías digitales, aunque insuficiente para considerarla como un éxito rotundo.

En segundo lugar, el resultado global del relevamiento asignó un puntaje total de 32/100 (véanse tablas 1, 2 y 3), lo cual representa un valor bajo para la *web* local en clave participativa, aunque el desagregado de los componentes permite conocer con mayor profundidad los motivos que lo explican.

El relevamiento sobre el componente o dimensión participación en el ciclo de políticas públicas (3/40) lo mostró como un área de vacancia de las más significativas, un aspecto a mejorar. No fue posible reconocer instancias concretas y reales de participación ciudadana con influencia en los procesos decisorios. Tampoco se identificaron convocatorias abiertas, programas o canales para incentivar la participación (políticas tradicionales como el presupuesto participativo están descontinuados desde 2018). No se registra información sobre organismos de la sociedad civil que promuevan instan-

cias colaborativas ni se brindan normas que aprueben o regulen políticas en ese sentido. En aquellos espacios en donde podrían registrarse instancias participativas (como la solapa atención al vecino) solo se reconocen un conjunto de elementos como guías de trámites, solicitud de turnos, servicios municipales, entre otros, que nada tienen que ver con instancias de coproducción.

Tampoco el organigrama da cuenta de áreas, programas o políticas relacionadas, pese a la existencia de la Secretaría de Participación Ciudadana, cuyas funciones no se encuentran detalladas en la *web*. Finalmente, no se registraron normas específicas sobre áreas o políticas participativas en vigencia, aunque desde el Boletín Oficial es posible acceder a algunos decretos de años anteriores.

DIMENSIONES O COMPONENTES	%	POND.	NRO	INDICADORES	POND.	POND. OBT.	OBSERVACIONES (descripción)
PARTICIPACIÓN EN EL CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	40	40	1	¿Se establecen instancias de colaboración o coproducción entre ciudadanos y gobierno?	12	2	Oficina de Fortalecimiento Institucional: denuncias <i>online</i> , presencial o telefónicamente. No se identifican instancias, convocatorias o canales de coproducción. El área de turismo es una de las pocas que cuenta con página propia pero tampoco se registran instancias de coproducción
			2	¿Se da información en la <i>web</i> sobre canales, programas o políticas que permitan la participación ciudadana en la formulación de políticas públicas?	8	0	No. Solo una guía de trámites en el <i>link</i> atención al vecino. El Presupuesto Participativo fue descontinuado desde 2018. No hay referencia a políticas antes aplicadas como los foros de seguridad.
			3	¿Se da cuenta de los resultados de las instancias de participación?	8	0	No
			4	¿Se ofrece en la <i>web</i> un listado de áreas u organismos del municipio u organizaciones de la sociedad civil vinculados a instancias de participación ciudadana?	6	1	Se da cuenta del organigrama pero la mayoría de las áreas carece de funciones. Existe la Secretaría de Participación Ciudadana pero no se describen las funciones ni se da cuenta de las políticas ejecutadas. No hay referencias a organizaciones del tercer sector.
			5	¿Se da información en la <i>web</i> sobre normas que regulen los mecanismos de participación ciudadana?	6	0	No.
					40	3	

Figura 1: relevamiento de participación ciudadana en el ciclo de políticas públicas.

Fuente: elaboración propia.

En relación con el componente canales de interacción (13/20), este presentó aspectos relevantes y positivos, así como algunos espacios de diálogo o intercambio con la ciudadanía (como la línea 147), ciertas instancias de presentación de reclamos o sugerencias (como el Sistema Único de Atención Vecinal), y la accesibilidad o usabilidad de la *web* (favorecida por la reforma reciente de la página). En este sentido, es interesante la presencia de información jerarquizada, relativamente sencilla y en diversos formatos (texto, audio, videos subtitulados, entre otros). También se destaca el aumento en la difusión de las redes sociales institucionales como X (antes denominada Twitter), Facebook e Instagram.

Por otro lado, la ausencia casi absoluta de respuestas públicas a los reclamos, sugerencias o pedidos vecinales, así como la derivación constante a los canales analógicos o presenciales impactan negativamente, ya que ello desalienta la participación.

Por último, el componente acceso a la información pública (16/40) presenta importantes falencias y contradicciones. En el relevamiento fue posible observar, por un lado, una importante cantidad y variedad de noticias e información publicitaria sobre acciones del gobierno. No obstante, esta carece, salvo excepciones, de datos concretos o explicaciones sobre el proceso decisorio. También se reconoce la existencia de diversos motores de búsqueda

(tanto de noticias como de normas) que facilitan la tarea del ciudadano. En cuanto a las normas, es destacable la existencia de tres espacios diferentes en donde puede accederse a decretos, ordenanzas y al Boletín Oficial (aunque en algunos casos no hay registros previos al inicio de la gestión actual). Otro dato positivo es la publicidad de las vías de contacto con funcionarios u organismos municipales (*mail* y teléfonos) y la actualización parcial de la información publicada en la página.

En cuanto a los aspectos negativos o pendientes, pueden destacarse la ausencia de datos concretos que brinden explicaciones de las decisiones adoptadas (sobre todo con relación al financiamiento); la falta de actualización del portal de datos abiertos; la relativa accesibilidad de información (algunos archivos están en formato JPG y otros no permiten descarga con *software* libre); la ausencia de espacios para la petición de acceso a la información pública; y la inexistencia de una agenda de actividades municipales (con la excepción de eventos culturales o planes de vacunación).

Por último, la ausencia absoluta de instancias de solicitud de información pública limita más las posibilidades ciudadanas de peticionar frente a las autoridades para empoderar su posición de manera previa a la participación. Sin información de calidad, sin datos y condiciones que permitan construir conocimiento, no es posible desarrollar estrategias participativas exitosas.

DIMENSIONES	%	POND.	NRO	INDICADORES	POND.	POND. OBT.	OBSERVACIONES (descripción)
CANALES DE INTERACCIÓN	20	20	6	¿Se prevén espacios o instancias de diálogo entre ciudadanos y funcionarios, tanto presenciales como virtuales?	5	3	En algunas áreas se brindan teléfonos de contacto, <i>mails</i> o direcciones de oficinas. El área de Atención al Vecino replica la guía de trámites y algunos trámites <i>online</i> . Existe una línea telefónica específica, el 147 (se requiere registro previo e iniciar sesión). Al momento de ingresar la página esta cae. Existe el Programa de Mediación Vecinal como un intento de generar diálogo entre vecinos aunque solo se deriva a la oficina presencial y se explica el procedimiento.
			7	¿Se establecen canales para que el ciudadano deje reclamos, comentarios o sugerencias?	3	3	Oficina de Fortalecimiento Institucional: denuncias <i>online</i> , presencial o telefónicamente. También hay un apartado de defensa del consumidor con la misma lógica. Existe un apartado sobre reclamos (en servicios al vecino) donde explica cómo hacer un reclamo presencial. También existe el SUAV (Sistema Único de Atención Vecinal) que establece un <i>link</i> de reclamos al SUAV donde deriva: a través de la <i>web</i> www.apronline.gov.ar/suav . Telefónicamente al 147 (nueva línea) o desde el interior, al 0800-999-5959. Los reclamos telefónicos obtienen respuesta de confirmación <i>por mail</i> .
			8	¿Existe respuesta a los pedidos, reclamos o sugerencias de los ciudadanos?	3	1	No se registran espacios (foros, buzón de sugerencias o similares), ni noticias que den cuenta de algún tipo de respuesta a la interacción. Existe respuesta a trámites analógicos a través del <i>mail</i> .
			9	¿Los canales de interacción representan lógicas diferentes a la atención analógica?	3	0.5	En general repiten la lógica presencial (salvo pocas excepciones como los trámites <i>online</i>).
			10	Accesibilidad: ¿los textos tienen tipografías y colores que permiten su correcta visibilidad? ¿Los videos tienen subtítulos? ¿Se permite la navegación con el teclado?	3	3	La <i>web</i> experimentó un cambio durante el 2023, volviéndose más amigable, o al menos, más interesante para su navegación, priorizando cierta información y estableciendo diagramas de navegación más atractivos. En cuanto al texto, este es claro y bien organizado. Varias áreas presentan buscadores y la gama cromática acompaña la identidad institucional. En la <i>web</i> no se registra contenido audiovisual aunque sí un <i>link</i> al canal de <i>youtube</i> . Allí la mayoría de los videos presentan subtítulos. Permite la navegación por teclado
			11	Usabilidad: ¿el menú es claro y está ordenado jerárquicamente? ¿Existen accesos directos a la información principal? ¿El botón para volver al inicio es visible en todo momento?	3	2.5	Los menues en general son claros y están ordenados aunque parte de la información no es tan sencilla de encontrar; no obstante, ha mejorado respecto de la versión de comienzos de año. Hay una clara jerarquía de la información inicial y se puede volver rápidamente a la página de inicio.
				20		13	

Figura 2: relevamiento de canales de interacción.

Fuente: elaboración propia.

DIMENSIONES	%	POND.	NRO	INDICADORES	POND.	POND. OBT.	OBSERVACIONES (descripción)
DISPONIBILIDAD DE INFORMACIÓN PÚBLICA	40	40	12	¿Se publican noticias, informes o datos sobre las acciones y políticas municipales?	6	4	Gran cantidad de noticias y notas. Casi todo en formato publicitario. La página principal da cuenta de las noticias del día. Hay un apartado de novedades con el histórico de las noticias (tiene un buscador). No se identifican explicaciones o intentos de profundizar las decisiones. Pocos datos.
			13	¿Se brindan explicaciones sobre los motivos o argumentos de la toma de decisiones?	5	0	No
			14	¿Se brinda información sobre el financiamiento de las políticas públicas?	6	1	Casi en ningún caso. En algunas obras (como el cambio de luces led) se aclara el monto de inversión aunque nada más.
			15	¿Se publican los decretos y resoluciones del Ejecutivo?	3	3	La <i>web</i> prevé tres espacios: digesto, Boletín Oficial y decretos. El primero deriva a la <i>web</i> del Consejo Deliberante y allí es posible acceder a diferentes normas según varios criterios de búsqueda. En el segundo puede accederse a las diferentes publicaciones (ordenadas por fecha) del Boletín Oficial en formato PDF. El listado llega hasta 2015. En el apartado decretos se observa algo similar a lo anterior (se incluye un motor de búsqueda por año) pero hasta el año 2017.
			16	¿Se da información sobre la situación del municipio: datos demográficos o estadísticos, actividades económicas y culturales?	1	1	Sí, a través del portal de datos abiertos aunque están desactualizados.
			17	¿Se ofrece en la <i>web</i> una agenda de actividades municipales?	1	0	No existe como tal. Se informa sobre actividades puntuales, generalmente culturales
			18	¿Se publican vías de contacto con los funcionarios o áreas de gestión municipal?	2	1.5	En la mayoría de los casos hay <i>mail</i> o teléfono
			19	¿Las noticias, informes o datos presentados se encuentran en formato abierto?	4	2	Las noticias se encuentran como texto que puede ser copiado. La normativa en formato PDF descargable. Las licitaciones igual. Los presupuestos se encuentran desagregados y descargables en formato PDF. Las DD. JJ. están en formato imagen no editables.
			20	¿Las noticias, informes o datos presentados se encuentran actualizadas?	4	2.5	Casi todo se encuentra actualizado a excepción del portal de datos abiertos y la ausencia de algunas DD. JJ. y presupuestos previos a la gestión actual.
			21	¿Existen mecanismos de solicitud de información pública?	4	0	No se registran con claridad esos espacios en la <i>web</i> .
22	La información suministrada ¿se presenta como accesible (perceptible, operable, comprensible, robusta, abierta)?	4	1	No en su totalidad			
					40	16	

Figura 3: relevamiento de disponibilidad de información pública.

Fuente: elaboración propia.

CONCLUSIONES

Tal como se anticipara al inicio del presente, el relevamiento no busca generar conclusiones definitivas respecto del uso participativo de las tecnologías digitales en la *web* municipal. No obstante, permite un primer acercamiento crítico respecto del uso de ciertas tecnologías digitales en clave participativa a partir de los componentes desarrollados en el marco teórico. A su vez, brinda un conjunto de datos básicos para avanzar en futuras investigaciones con carácter complementario (sumando entrevistas en profundidad a los actores intervinientes).

A modo de reflexión previa a las relacionadas con los indicadores trabajados, es necesario señalar que el relevamiento es un aporte más a la hora de evidenciar el divorcio entre las demandas o expectativas ciudadanas y los objetivos, deseos y decisiones gubernamentales. Si bien los sistemas predominantes en el mundo occidental se caracterizan por la delegación de poder (y, por tanto, decisiones) de la ciudadanía hacia sus gobernantes, ello no descarta la participación de aquellos en ciertos procesos y etapas de la política pública. Sobre todo, a la hora de pensar estrategias que fortalezcan y revitalicen las democracias actuales frente a las críticas y a una cierta desconfianza que pareciera comenzar a caracterizar a las nuevas generaciones.

Por otro lado, si bien podría decirse que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han sido un paso importante en el empoderamiento ciudadano frente al Estado, ese proceso no puede completarse definitivamente sin la predisposición de este último a la hora de ampliar los espacios de injerencia. De ahí que la incorporación ciudadana en la coproducción de las decisiones constituye una instancia indispensable en tanto reconfi-

guración del rol estatal. Si bien es cierto que actualmente se observan ciertos espacios de participación (foros vecinales, consultas populares, asambleas barriales, consejos vecinales, presupuestos participativos, entre otros), lo cierto es que la mayoría de esos procesos no implican incidencia real en las políticas públicas. Las gestiones gubernamentales continúan decidiendo principalmente a partir de sus propios objetivos, deseos y expectativas sin que las demandas ciudadanas modifiquen su camino, salvo marcadas excepciones.

La administración de las expectativas, hayan sido generadas en la campaña electoral o por la comunicación gubernamental, constituye un elemento indispensable a la hora de analizar los resultados finales de una gestión de gobierno y de repensar las estrategias políticas en el marco de democracias cuestionadas. Conocer y comprender las demandas ciudadanas, los temas de agenda y los deseos de la comunidad en la que un gobierno se inserta (en particular, los municipios) es un paso ineludible en el proceso de empoderamiento ciudadano y de mejora de los procesos políticos.

Todo lo anterior se observa claramente en la *web* municipal relevada al momento de analizar los indicadores y dimensiones propuestos, constituyendo un ejemplo del no aprovechamiento de un recurso tecnológico que podría generar las condiciones para una mayor participación ciudadana. Implica una oportunidad perdida a la hora de mejorar la prestación de servicios públicos y la construcción de mejores diagnósticos de los problemas públicos.

En cuanto a las conclusiones parciales del ejercicio, es posible dividir las en cuatro aspectos: los vinculados a la inclusión ciudadana en el ciclo de políticas públicas, el de los canales de interacción, el del acceso a la información pública y el del uso de las tecnologías digitales.

Respecto a la inclusión ciudadana en el ciclo de políticas públicas, se observa que es el componente en donde menos avances se registran en la *web*, principalmente respecto de la ausencia de espacios concretos de co-producción o colaboración ciudadana. En este sentido, la falta de políticas explícitas de participación, consulta o colaboración constituye un dato negativo que conspira contra la inclusión ciudadana en términos reales, es decir, de impacto concreto en las decisiones gubernamentales. Tampoco se observaron noticias sobre políticas que se hayan implementado como consecuencia de sugerencias o aportes ciudadanos ni espacios de coproducción con la sociedad civil organizada.

De ahí que todos los indicadores del componente hayan obtenido un puntaje muy bajo o incluso nulo. Es uno de los aspectos en donde más debe trabajar la *web*, ya que, pudiendo existir políticas participativas y de inclusión en el ciclo, no están presentes en la *web* ni se utilizan recursos tecnológicos para favorecerlas.

En cuanto a la dimensión canales de interacción, se observa que la *web* establece diversos espacios o instancias que dan cuenta de la posibilidad ciudadana de expresarse o de realizar reclamos y trámites. Casi todos los indicadores presentaron puntaje superior a los asignados para los restantes componentes, destacándose la existencia de vías para la realización de trámites *online*, reclamos a través del 147 y del Sistema Único de Atención Vecinal (SUAV). Otro elemento destacable tiene que ver con la accesibilidad y usabilidad de la *web* y de dichos canales producto del cambio estético que experimentó la página oficial desde mediados del mes de junio de 2023. La configuración actual del sitio *web* representa una mejora sustancial en relación con su usabilidad, en particular para aquellos ciudadanos que no están acostumbrados a ello. A su vez,

la incorporación de múltiples motores de búsqueda y el modo de organización de la información hace que la navegación por la *web* sea un punto destacable. Sigue siendo un déficit importante la falta de respuesta en la propia página a los trámites y consultas, más allá de que el 147 envía confirmación de trámite vía correo electrónico. En ese sentido, sería importante reflejar para toda la comunidad las respuestas o decisiones adoptadas por la municipalidad.

En cuanto al componente acceso a la información pública, al igual que el primero este representa un aspecto deficitario de la página oficial. En primer lugar, se observa gran cantidad de notas y noticias, pero con carácter predominantemente publicitario, carente de datos concretos o de ampliación de la información suministrada. Salvo algunas excepciones, la mayoría de las áreas o programas de gobierno solo explican superficialmente sus actividades sin profundizar o haciéndolo respecto de aspectos secundarios. Prácticamente no existen datos financieros o presupuestarios sobre la aplicación de las políticas (el programa de instalación de luces led es una excepción) ni información sobre plazos de ejecución o instancias de control.

En relación con los datos propios del municipio, estos se encuentran inicialmente en la *web* institucional pero también dentro del portal de datos abiertos (base de datos dependiente del gobierno de la provincia de Buenos Aires) aunque la información se encuentra desactualizada. También se identificó la ausencia de una agenda institucional que dé cuenta de las actividades del municipio o del intendente (aunque algunas áreas tienen su agenda propia, particularmente las áreas culturales).

Como aspecto negativo, es posible destacar ciertas dificultades en el formato abierto de la información, ya que en muchos casos no está

disponible para descarga o reutilización, además de estar incompleta o desactualizada. La falta de explicaciones sobre las decisiones o políticas también impacta en la calidad de la información, además de la inexistencia de instancias *online* de pedido de información pública.

En cuanto a los aspectos destacables, el Programa Ciudad Cultural representa una de las excepciones, ya que no solo deriva a espacios propios para cada política sino que incorpora datos georreferenciados claros, actualizados y pertinentes sobre la oferta cultural. Otro aspecto positivo es el relacionado con la publicación de normas como decretos, ordenanzas y el Boletín Oficial, para lo cual se establecen diferentes instancias y motores de búsqueda. En general la documentación está ordenada y en formato PDF descargable (no pasa lo mismo con las declaraciones juradas). Tal vez el aspecto menos favorable de lo anterior es que el registro digital del Boletín Oficial solo llega hasta el año 2015; el de los decretos, hasta el 2017.

Finalmente, en cuanto al uso de las tecnologías digitales, el ejercicio de aplicación metodológica del índice permitió identificar ciertas limitaciones en cuanto a las posibilidades que estas brindan, sobre todo en la ausencia de canales de coproducción. Los espacios disponibles muchas veces redireccionan a prácticas *offline* (como comunicarse telefónicamente o dirigirse a una oficina) o dan cuenta de miradas unidireccionales. Sería importante reflexionar sobre la capacidad de las tecnologías digitales para facilitar entornos colaborativos que favorezcan la participación y complementen a los canales tradicionales. Si bien lo anterior no representa necesariamente un problema, sí establece limitaciones a las posibilidades de ampliar las relaciones y modos de vinculación entre gobierno y ciudadanía. A pesar de que es notable la brecha existente en el acceso y en el

conocimiento de lo virtual, es también evidente que gran parte de la ciudadanía se encuentra atravesada por la cultura digital. Mantener al municipio y a su *web*, una sus principales herramientas, solo con la posibilidad de utilizar canales analógicos o digitales de baja interactividad sería ir en contra de los modos habituales de ser y estar con otros que, como se indicó al principio de este trabajo, están mediados por lógicas digitales. Por otro lado, el cambio en la estética y usabilidad de la página representa un aprovechamiento integral en pos de hacer la *web* más amigable y accesible para los usuarios. La multiplicación de motores de búsqueda y una mejor organización de la información también representan mejoras respecto de los registros anteriores (que se identifican desde mediados de 2016, donde también hubo un cambio de estética y usabilidad).

Todo lo anterior requiere un estudio con mayor profundidad, mediante entrevistas y observación participante, sobre los procesos de construcción de la *web* y, en particular, respecto a la concepción de las tecnologías digitales por parte de los funcionarios. Esta primera aproximación al uso de las tecnologías digitales en clave participativa constituye el puntapié inicial para desarrollar investigaciones posteriores que no solo pongan de relieve las características de la *web* municipal de la ciudad de La Plata, sino que también permitan desarrollar estudios comparados. Lo que *a priori* pareciera un punto de coincidencia en el análisis de los componentes y dimensiones es, en realidad, una concepción instrumental de las tecnologías más que una mirada transformadora de ellas para con el rol ciudadano. Este punto se relaciona con la poca predisposición de los gobiernos a ceder posiciones de poder y, por tanto, a ser reticentes ante el empoderamiento ciudadano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abal Medina, J. (h) (2008). *La muerte y la resurrección de la representación política*. 2da edición. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Aguilar Villanueva, L. (2006). *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica.
- (2016). *Democracia, gobernabilidad y gobernanza*. Instituto Nacional Electoral.
- (2009). *Gobernanza: El nuevo proceso de gobernar*. Fundación Friedrich.
- Ardini, C.; Caminos, A.; Colantti, M.; Gual, S.; Secco, N.; Puechagut, P.; Servent, P. y otros (2018). *Contar (las) historias. Manual para experiencias transmedia sociales*. <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/12811/Contar%20las%20historias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Boczowosky P. y Mitchelstein E. (2017). Vivir en las redes. *Revista Anfibia*. <http://www.revistaanfibia.com>
- Calvo, E. y Aruguete N. (2020). *Fake news, trolls y otros encantos*. Siglo XXI.
- Calvo, E. (2015). *Anatomía política de Twitter*. Capital Intelectual.
- Castells, M. (2009). *Comunicación y poder*. Alianza.
- Elizalde, L. y Riorda M. (Comps.) (2020). *Comunicación gubernamental más 360° que nunca*. 2.º ed. Ampliada. La Crujía.
- Furnari, D. (2023). *Transparencia y participación ciudadana: del dicho al hecho. Un análisis comparado de las políticas y estrategias comunicacionales en los municipios bonaerenses de Avellaneda, Berisso y La Plata 2011-2019* [Tesis doctoral]. Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/154489>
- (2018). Del dicho al hecho. Un análisis comunicacional. De los discursos y políticas participativas en la ciudad de la plata: 2015-2018. *Revista Hologramática*, VI(29)4156. Año XV. ISSN 1668-5024.
- Galup L. (2019). *Big data y política*. Ediciones B.
- Gifreu Castells, A. (2011). *El nuevo discurso de la no ficción interactiva y su aplicación para los dispositivos móviles. El caso del documental multimedia interactivo*. *Revista GEMINIS*, 2(1), 232-250. Recuperado de: <https://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/view/50>
- Gomà, R. y Blanco I. (2002, octubre). *Gobiernos locales y redes participativas: retos e innovaciones*. [Ponencia]. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa.
- Hassan Montero, Y. (2015). *Experiencia de usuario: principios y métodos*. https://yusef.es/Experiencia_de_Usuario.pdf
- Hassan Montero Y. y Martín Fernández, F. (2005). La experiencia del usuario. *No solo usabilidad*. http://www.nosolousabilidad.com/articulos/experiencia_del_usuario.htm
- Igarza, R. (2012). Internet en transición: a la búsqueda de un nuevo estatuto para la cultura digital. En *La ruta digital. Cultura, convergencia tecnológica y acceso*. Secretaría de Cultura de la Nación, pp. 147-158. <https://es.scribd.com/document/317609003/Cap-Internet-en-Transicion-Lib-En-La-Ruta-Digital-Igarza-2012#>
- Irigaray, F. y Lovato, A. (Eds.) (2014). *Hacia una comunicación transmedia*. UNR Editora. https://www.academia.edu/9191947/Hacia_una_comunicaci%C3%B3n_transmedia_2014_
- Kaufman, E. (2013). *Hacia procesos participativos y de co-producción en el gobierno abierto*. Red GEALC.
- Malacalza, L. (Comp.) (2004). *Reforma política y participación ciudadana*. Fundación Sergio Karakachoff y Fundación Friedrich Ebert.
- Monge, C. y Oliván, R. (2019). *Hackear la política*. Editorial Gedisa.

- Muñoz Lalinde y Molina RodríguezNavas (2020). Metodología para evaluar la transparencia en las páginas web de las alcaldías colombianas. *RISTI. Revista Ibérica de Sistemas e Tecnologías de Informação*, (35)422435. ISSN-e 1646-9895,
- Oszlak, O. (2013). *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*. Red GEALC. Colección de documentos de trabajo sobre e-Gobierno N° 5.
- Oszlak, O. y Kaufman E. (2014). *Teoría y práctica del gobierno abierto: lecciones de las experiencias internacionales*. IDRC, Red GEALC, OEA.
- Pardo, M. del C. (Comp.) (2004). *De la administración pública a la gobernanza*. El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales.
- Racioppe, B. (2015). *Cultura libre y Copyleft. Hacia una redefinición en la manera de entender la producción artística*. [Tesis doctoral]. Universidad Nacional de La Plata. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/44651>
- Rofman, A. y Foglia, C. (2020). Gobernanza participativa local en el gran Buenos Aires: una radiografía actual de los 24 municipios. *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales* (21)113145.
- Rodríguez, R (2010). Marco de medición de la calidad de gobernabilidad electrónica aplicable a sitios web municipales. *Anales del XVI Congreso Argentino de Ciencias de la Computación*. Pp. 1066-1071.
- Rost, A. (12-15 octubre de 2004). Pero ¿de qué hablamos cuando hablamos de interactividad? *GT-18 Internet y Sociedad de la Información*.
- Scolari, C (2013) *Narrativas Transmedia. Cuando todos los medios cuentan*. Barcelona.
- Uranga W. (2005). *Ciudadanía y espacio público: el derecho de los pobres a la información y a la comunicación*. <http://www.wuranga.com.ar/>
- Williams, R. (1992). *Historia de la comunicación*. Vol. 2. Bosch

Diego Furnari

Perfil académico y profesional: Licenciado en Ciencia Política y Relaciones Internacionales por la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Especialista en Políticas Públicas (UCALP). Doctor en Comunicación (UNLP). Investigador y docente de grado y posgrado en la Universidad Católica de La Plata. Director de la Especialización en Gestión Local y Desarrollo Territorial (UCALP). Se especializa en temas vinculados a la transparencia, la participación ciudadana y la comunicación política.

diegomartin.furnari@ucalp.edu.ar

Identificador ORCID: 0000-0001-7513-5610

Clementina Mazzini

Perfil académico y profesional: Licenciada en Relaciones Públicas por la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Especialista en Comunicación Digital (UNLP). Está finalizando la Maestría en Comunicación Digital Interactiva de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora asociada de la Cátedra de Comunicación Organizacional en las licenciaturas en Relaciones Públicas y en Recursos Humanos de la UCALP. Se especializa en temas relacionados con la comunicación, las tecnologías digitales y su incidencia en la vida social y política.

clementina.mazzini@ucalpvirtual.edu.ar

Identificador ORCID: 0000-0001-6527-5169



Aplicabilidad de la Acción de Protección de Privacidad en el actual contexto tecnológico¹

Applicability of the Privacy Protection Action in the current technological context

Lyudmila Cesilia Bohórquez Cruz²

Resumen

El presente artículo analiza la naturaleza jurídica, los fines y requisitos de procedencia del recurso de *habeas data* regulado en la Constitución Política de Bolivia abrogada y la Acción de Protección de Privacidad instituida en la actual Constitución Política boliviana. Mediante una revisión de la doctrina y la jurisprudencia, se pretende demostrar que es necesario redefinir los límites y alcances de la Acción de Protección de Privacidad, con el propósito de otorgar una adecuada protección de los derechos de intimidad, privacidad, honra, honor y propia imagen, y de esta forma hacerle frente al desarrollo de la informática. Mediante un enfoque crítico se analizan cuatro sentencias constitucionales, que resuelven precisamente sobre la protección de los derechos de intimidad, privacidad y derechos conexos; derechos vulnerados a través de los diferentes medios o herramientas tecnológicas. En estos fallos se puede evidenciar cómo el Tribunal Constitucional de Bolivia emite criterios contrarios, que dificultan la interpretación sobre la naturaleza de la Acción de Protección de Privacidad, lo que genera ambigüedades interpretativas.

Abstract

This article analyzes the legal nature, purposes, and provenance requirements of the *habeas data* resource regulated in the repealed Political Constitution of Bolivia and the Privacy Protection Action instituted in the current Bolivian Political Constitution. Through a review of the doctrine and jurisprudence, it is intended to demonstrate that it is necessary to redefine the limits and scope of the Privacy Protection Action, with the purpose of providing adequate protection of the rights of intimacy, privacy, honor, honor and self-image, and in this way confront the development of computing. Through a critical approach, four constitutional rulings are analyzed, which resolve precisely on the protection of the rights of intimacy, privacy, and related rights, violated through different means or technological tools. In these rulings, it can be seen how the Constitutional Court of Bolivia issues contrary criteria, which make interpretation of the nature of the Privacy Protection Action difficult, generating interpretative ambiguities.

Derecho/ Artículo científico

Citar: Bohórquez Cruz, L. C. (2024). Aplicabilidad de la Acción de Protección de Privacidad en el actual contexto tecnológico. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (1), pp. 73-90.

¹ El presente artículo se enmarca en el Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" para el período 2022-2024 que dirigen los doctores Emiliano Lamanna Guiña y Matilde Pérez, aprobado mediante Resolución VRI N° 05/2022, número de TRAM 800 202203 00012 CT.

² Universidad Católica Boliviana "San Pablo", Sede Tarija.

Palabras claves: Internet - privacidad - intimidad - *habeas data* - Acción de Protección de Privacidad

Keywords: Internet - privacy - intimacy - *habeas data* - Privacy Protection Action

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad estudiar la naturaleza jurídica del recurso de *habeas data* instituido en la Constitución Política de Bolivia abrogada, y la Acción de Protección de Privacidad regulada en la actual Constitución Política boliviana y el impacto del desarrollo de la informática sobre la aplicabilidad de esta acción en el contexto actual.

Con este propósito se ha efectuado una revisión de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, realizando un breve resumen sobre los aspectos principales que hacen a la naturaleza jurídica, los fines, objetivos y el alcance del recurso de *habeas data* y de la Acción de Protección de Privacidad. Estos, de hecho, no presentan diferencias sustanciales en su configuración; es más, el Tribunal Constitucional mantiene muchos elementos jurisprudenciales desarrollados sobre el recurso de *habeas data*, como podrá evidenciarse en el desarrollo del presente trabajo.

Dedicaremos atención, en particular, al desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente a cuatro sentencias —SC 1738/2010R, SC 1978/2011R, SC 0819/2015S3, SC 0524/2018S2— que resuelven sobre hechos similares que versan sobre la protección de los derechos de intimidad, privacidad, honra, honor e imagen vulnerados a través de los diferentes medios tecnológicos. Con este propósito se realiza un análisis comparativo de las sentencias con la finalidad de evidenciar las dificultades, imprecisiones y contradicciones en las que incurre el Tribunal Constitucional por la falta de exactitud sobre

la naturaleza y los alcances de la Acción de Protección de Privacidad.

El tema de la aplicación de la Acción de Protección de Privacidad en un contexto de constante cambio e innovación tecnológica trae consigo innumerables retos y dificultades; por esta razón, el presente trabajo tiene el objetivo de plantear la cuestión sobre la necesidad de redefinir los alcances y límites de esta acción de defensa, principalmente los aspectos que refieren a sus requisitos de procedencia, como ser la legitimación pasiva y el concepto de banco de datos.

A lo largo de los próximos apartados, examinaremos los siguientes aspectos:

1. Recurso de *habeas data*: examinaremos los antecedentes de la protección del derecho a la privacidad e intimidad y los derechos conexos en la Constitución Política de Bolivia abrogada.
2. Acción de Protección de Privacidad: la implementación de esta acción de defensa en la actual Constitución Política de Bolivia del año 2009, su naturaleza jurídica, fines y requisitos de procedencia.
3. La jurisprudencia constitucional: analizaremos cuatro sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia, que versan sobre la aplicabilidad de la Acción de Protección de Privacidad en un contexto de desarrollo de la informática.

EL RECURSO DE HABEAS DATA EN BOLIVIA

Es innegable que la evolución tecnológica ha generado numerosos avances en diferentes aspectos de la vida humana, por otro lado,

también es cierto que estos cambios conducen a nuevos desafíos para la ciencia del derecho. La llegada de la red Internet y el desarrollo de la informática han provocado un tratamiento masivo de información, expandiendo sus efectos al área de los derechos fundamentales, a los que, en definitiva, deben brindarse adecuadas respuestas jurídicas para conferir protección al ser humano (Bazán, 2004). Internet permite nuevas vías de acceso a espacios considerados propios de la intimidad y de la vida privada, logrando así que surja un nuevo mundo virtual con letales herramientas de divulgación ampliada por medio de las cuales nuestra vida se vuelve pública y nuestra identidad conocida (Sánchez, 2015).

En el caso boliviano, el recurso de *habeas data* está instituido como una vía procesal de carácter instrumental, destinado a tutelar la esfera personal respecto de perturbaciones externas no deseadas. Fue incorporado al sistema jurídico mediante la reforma constitucional del año 2004, realizada por la Ley 2631 de Reforma de la Constitución (Rivera, 2001), norma que establece en su artículo 23 lo siguiente:

- I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos, de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de "*habeas data*" ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya.
- II. Si el Tribunal o Juez competente declara procedente el recurso, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos personales cuyo registro fue impugnado.

III. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo.

IV. El recurso de "*habeas data*" no procederá para levantar el secreto en materia de prensa.

V. El recurso de "*habeas data*" se tramitará conforme al procedimiento establecido para el Recurso de Amparo Constitucional previsto en el artículo 19.º de esta Constitución. (Ley 2631/04, art. 23)

Por consiguiente, el *habeas data* se constituye en un procedimiento judicial de tramitación especial y sumaria, un recurso tutelar de protección de los derechos de intimidad, privacidad personal y familiar; de protección a la imagen, honra y reputación. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en su sentencia 0965/2004R efectuada en Sucre, el 23 de junio de 2004, realiza un análisis más detallado acerca de los alcances y derechos tutelados por el recurso de *habeas data*. Define a este recurso como un proceso constitucional de carácter tutelar que protege a la persona en el ejercicio de su derecho a la "autodeterminación informática". Así, la protección del *habeas data* abarca los siguientes ámbitos:

- a) Derecho de acceso a la información o registro de datos personales obtenidos y almacenados en un banco de datos de una entidad pública o privada.
- b) Derecho a la actualización de la información o los datos personales registrados en los bancos de datos públicos o privados.
- c) Derecho de corrección o modificación de la información o los datos personales inexactos registrados en un banco de datos público o privado.

- d) Derecho a la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida, pero que no debería trascender a terceros porque su difusión podría causar daños y perjuicios a la persona.
- e) Derecho de exclusión de la llamada “información sensible” relacionada al ámbito de la intimidad de la persona; es decir, aquellos datos mediante los cuales se pueden determinar aspectos considerados básicos dentro del desarrollo de la personalidad.

El *habeas data* tiene la función primordial de establecer un equilibrio entre el “poder informático” y la persona titular del derecho a la autodeterminación informática, es decir, entre la entidad pública o privada que tiene la capacidad de obtener, almacenar, usar y distribuir la información sobre datos personales y la persona a la que le concierne la información (Vargas, 2020).

Presupuestos indispensables de procedencia

a) Legitimación activa. De conformidad a lo expresado en el artículo 23 de la Constitución Política del Estado abrogada, la legitimación activa del recurso de *habeas data* recae sobre “[t]oda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificadas de los datos (...)”, lo que *ab initio*, y en la dimensión de las personas individuales, presupone la inclusión de todos los ciudadanos del país. Al realizar un análisis de la exégesis normativa del artículo en cuestión, pareciera que se excluye a las personas colectivas o jurídicas según su denominación en la doctrina, puesto que determina que el recurso procede para tutelar los derechos fundamentales a la intimidad, privacidad personal y familiar, y a su imagen, honra y reputación, según la Consti-

tución, y que según el contexto del año 2004 estos derechos estaban dispensados solo al ser humano (Bazán, 2004).

Ambigüedad que es resuelta posteriormente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia 965/2004-R, donde establece que “[l]a legitimación activa del *habeas data* recae en la persona natural o jurídica —aunque el precepto constitucional no lo determina de esa manera en forma expresa, se entiende que dentro de la protección de este recurso se puede y debe abarcar tanto a las personas físicas como a las jurídicas, de quienes también se pueden registrar datos e informaciones— respecto de la cual la entidad pública o privada haya obtenido y tenga registrados datos e informaciones que le interesen a aquella conocer, aclarar, rectificar, modificar, o eliminar, y que no haya tenido respuesta favorable por la citada entidad para lograr esos extremos”.

Ahora bien, conviene precisar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia 134/2002R ha determinado que la legitimación activa “corresponde al afectado que directamente acredita interés en el asunto y en quien recaen las consecuencias jurídicas de la resolución o acto de la autoridad que se impugna”, por tanto, para que se configure la legitimación activa debe existir una relación directa entre el recurrente y el derecho alegado como vulnerado. El recurso de *habeas data* únicamente puede ser interpuesto por quien acredite un interés directo y una afectación a sus derechos.

Sin embargo, de manera excepcional y en concordancia con los artículos 19 y 129 de la Constitución, el recurso puede ser presentado por el Ministerio Público o por el Defensor del Pueblo, en los casos en los que el recurso no pueda ser presentado por la persona afectada. En ese mismo sentido se instituye que la legiti-

mación activa puede recaer sobre algún miembro de la familia (compuesto por el padre, la madre y los hijos), aunque la vulneración del derecho no recaiga sobre la persona que interpone el recurso sino, en forma genérica, sobre la familia (Durán, 2006).

b) Legitimación pasiva. Considerando que el recurso de *habeas data* protege a la persona en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación informativa, contra cualquier tratamiento equívoco o abusivo de su información personal registrada o almacenada en banco de datos públicos o privados, la legitimación pasiva recae sobre el personero legal de la entidad pública o privada que tenga bajo su dominio los archivos o el banco de datos personales de la persona que se considere afectada en el ejercicio de su derecho (Vargas, 2020). Al respecto, Durán nos aclara que, por la naturaleza de este recurso y en función a los derechos que protege (intimidación, privacidad familiar, honor, imagen, reputación), se entiende que el recurso de *habeas data* procede en contra de las personas de derecho privado cuando estas tengan a su cargo un banco de datos cuyo objetivo sea brindar información a terceras personas sobre los datos consignados en sus archivos (Durán, 2006).

En relación con el tema, cabe señalar que la Constitución abrogada se refería a los bancos de datos de una manera muy genérica, dejando la interpretación sobre sus límites y alcances al Tribunal Constitucional, órgano que tiene la difícil tarea de adecuar sus lineamientos de tal forma que puedan contrarrestar los peligros de la informática, puesto que el recurso de *habeas data* fue instituido para ello. Consecuentemente, es importante que, en la configuración de la legitimación pasiva, se realice una interpretación contextual acorde al desarrollo informático.

Dimensiones de su tutela y límites del recurso de *habeas data*

Queda claro que en el periodo comprendido entre los años 2004 y hasta el momento de la reforma constitucional, en el año 2009, no podemos comparar el avance de la tecnología con épocas actuales; es por ello que los límites al recurso de *habeas data* son nacientes o nuevos y quedan obsoletos en comparación con el contexto actual. Es así que la Sentencia Constitucional 0965/2004R, del 23 de junio de 2004, estableció que los límites de la aplicación del recurso de *habeas data* se definen por el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión o a la información.

De los datos el expediente se tiene que *La Razón* tampoco posee un banco de datos sobre aspectos que interesan al recurrente, es un medio de prensa que, además de emitir información general, publica avisos a través de un contrato celebrado con la persona que desea hacer conocer algo a la población. Dentro de esa lógica, el *habeas data* no puede activarse contra la difusión de información a través de los medios masivos de comunicación social, toda vez que este medio no es el adecuado para viabilizar el derecho de réplica por parte de un medio de prensa con relación a una información difundida que la persona considere inexacta o que agravia su derecho al honor, la honra o la buena imagen, o lesione su vida privada o íntima. Este recurso constitucional extraordinario no es una vía para ejercer control sobre los medios de comunicación social, existiendo para ello la vía expedita que el ordenamiento jurídico establece. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia [TCPB], 2004)

ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE PRIVACIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 2009

La Constitución Política de Bolivia del año 2009 amplía el catálogo de derechos civiles y políticos. Es así que en su art. 21.2) se han consagrado los derechos a la privacidad y a la intimidad, la honra, el honor, la propia imagen y la dignidad; en coherencia con ello, se introduce en el artículo 130 de la Constitución

la Acción de Protección de Privacidad, que mantiene en gran parte la configuración clásica del recurso de *habeas data*, modificándose principalmente el *nomen iuris*, no así los aspectos de fondo.

Artículo 130. I. Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, podrá interponer la Acción de Protección de Privacidad; II. La Acción de Protección de Privacidad no procederá para levantar el secreto en materia de prensa.

Naturaleza jurídica, fines y alcance de la Acción de Protección de Privacidad

La Acción de Protección de Privacidad según la actual Constitución esta instituida como una acción de defensa, una garantía constitucional y procesal de carácter instrumental que tiene como finalidad la protección de los derechos de intimidad, privacidad, en su dimensión positiva de conocer, objetar

u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados; dimensión conocida en la doctrina como el derecho a la autodeterminación informativa. Asimismo, según la doctrina y la jurisprudencia, se mantienen los alcances establecidos para el recurso de *habeas data*, los cuales son: conocer la información, actualizar los datos existentes, modificar o corregir la información existente en el banco de datos, preservar la confidencialidad de la información; excluir la información sensible (Rivera, 2011).

Presupuestos indispensables de procedencia

A. Legitimación activa

De conformidad a lo establecido en el artículo 130 parágrafo I de la Constitución Política, la legitimación activa de la acción de protección de privacidad recae en:

Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación (...).

Asimismo, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 59 que la Acción de Protección de Privacidad puede ser presentada por:

- Toda persona natural o jurídica que crea estar afectada en su derecho, u otra persona a su nombre con poder suficiente.

- Las herederas o herederos de una persona fallecida, que crean que esta ha sido afectada en su derecho a la privacidad, imagen, honra y reputación, cuando dicho agravio genere directamente la vulneración de los derechos de ellas o ellos, en virtud del vínculo de parentesco con la difunta o el difunto.
- La Defensoría del Pueblo.
- La Defensoría de la Niñez y Adolescencia.

La normativa constitucional actual es bastante precisa al abordar la legitimación activa, incluso clarifica la ambigüedad que existía en el artículo 23 de la Constitución del año 2004 respecto a si las personas colectivas o jurídicas podían tener legitimidad activa para interponer esta acción.

B. Legitimación pasiva

El artículo 60 párrafo I del Código Procesal Constitucional determina que la legitimación pasiva de la acción recae sobre “[t]oda persona natural o jurídica responsable de los archivos o bancos de datos públicos o privados donde se pueda encontrar la información correspondiente” y sobre “[t]oda persona natural o jurídica que pueda tener en su poder datos o documentos de cualquier naturaleza, que puedan afectar al derecho o la intimidad y privacidad personal, familiar o a la propia imagen, honra y reputación”.

Mientras que, en su párrafo II, establece que en ambos casos “tendrá legitimación pasiva la persona natural o jurídica, pública o privada, que compile datos personales en un registro, que independientemente de tener o no una finalidad comercial, esté destinado a producir informes, aunque no los circule o difunda”.

Por consiguiente, en cumplimiento de la Constitución y el Código Procesal Constitucional, para que proceda la Acción de Protección

de Privacidad es necesario que se dé cumplimiento a dos requisitos esenciales:

- La existencia de un banco de datos, que puede ser público o privado, físico, electrónico, magnético, o informático, que tenga como finalidad proveer informes. Si no se pudiera comprobar la existencia del banco de datos, no sería posible o viable la interposición de la Acción de Protección de Privacidad.
- El banco de datos ha de contener información vinculada a los derechos protegidos por la Acción de Protección de Privacidad. Al respecto, la jurisprudencia constitucional en la sentencia 1978/2011R, del 7 de diciembre, ha determinado que:

Tenemos entonces que la legitimación pasiva recae precisamente sobre los bancos de datos (sean públicos o privados), que consisten en centros de acopio e intercambio de información, o de documentación, destinados a rubros específicos y a la prestación de determinados servicios (bancarios; policiales; comunicacionales; servicios web; compra y venta de distintos bienes; agencias matrimoniales; etc.), que estén expresamente destinados a brindar información a terceros. (TCPB, 2011)

La sentencia concluye de esta manera:

Por lo anteriormente descrito, los bancos de datos no comparten características similares a aquella información de carácter personal que una persona pueda tener en registros privados (computadoras, celulares, correos electrónicos, e-mails, y otros), debido a que son archivos que no tienen por objeto el de la publicidad del contenido de los mismos, es decir que no tienen por objeto el brindar información a terceros, por lo que no pueden ser objeto de

tutela mediante la acción de protección de privacidad, en mérito a la naturaleza jurídica distinta a la de los bancos de datos y a que gozan de su protección constitucional propia, establecida como la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones privadas y los documentos y manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte (así lo establece el artículo 25.I y II de la CPE), por lo que la acción destinada a proteger este tipo de derechos no es la acción de protección de privacidad, sino la acción de amparo constitucional. (TCPB, 2011)

Ahora bien, en el actual contexto de constante innovación y desarrollo de la tecnología, surge la necesidad de modificar los esquemas jurídicos ya preestablecidos, con la finalidad de otorgar una protección legal a los derechos que pudieran verse afectados a partir de los nuevos inventos de reproducción de la imagen y la voz, y la creciente posibilidad de comunicación que otorgan. En ese contexto, surgen dudas de interpretación normativa sobre la definición, el alcance y los límites de los bancos de datos de carácter público y privado. Por consiguiente, la falta de precisión en el texto constitucional dificulta y problematiza la configuración de la Acción de Protección de Privacidad en un contexto de constante innovación tecnológica. Resulta entonces fundamental definir qué se entiende por archivos o bancos de datos públicos o privados; es decir, afinar el interrogante de si “público” debe ser entendido como “estatal”, o como cumplimiento de fines públicos aun cuando sean de naturaleza no estatal, así como también cuál es la naturaleza de lo privado (Bazán, 2004).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: SENTENCIAS Y APLICABILIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE PRIVACIDAD

Las sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia estudiadas a continuación han establecido precedentes sobre los límites y alcances de la Acción de Protección de Privacidad a partir de la Constitución del año 2009.

Mediante la revisión de las sentencias se busca arrojar luz sobre los principios fundamentales que sustentan la salvaguardia de la privacidad en el entorno legal y ofrecer una visión comprensiva de cómo evoluciona esta esfera en constante cambio. La secuencia de las sentencias responde a un orden cronológico.

SENTENCIA 1738/2010-R del 25 de octubre de 2010

Esta sentencia resuelve uno de los primeros casos en los que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la protección de los derechos de intimidad, privacidad y derechos conexos en un contexto de innovación tecnológica.

A) Antecedentes del caso (resumen): la accionante denuncia la vulneración de los derechos a la privacidad, dignidad, intimidad, decoro, honor y a la “seguridad jurídica”, alegando que su hija menor de edad, V.G.Z., enamoró por más de dos años continuos con Oscar Yasmani Justiniano Egüés —mayor de edad—. Así, en el mes de septiembre de 2007, su hija tuvo una relación íntima con el recurrido, quien mediante un aparato celular procedió a filmar parte de la relación sexual. Concluida la relación por parte de la menor, el accionado procedió a amenazarla. En el mes de octubre del año 2007 la víctima se enteró de que imágenes de la relación íntima filmadas por el recurrido estaban circulando en la página *web* [80 | *Omnia. Derecho y sociedad*, vol. 7, núm. 1, 2024: 73-90
e-ISSN: 2618-4699](http://www.boli-</p></div><div data-bbox=)

via.com, y en celulares de diferentes personas, provocando esto en la víctima un daño moral, psicológico, espiritual, y emocional que fue —y va— contra la dignidad, la personalidad, el decoro y fundamentalmente la intimidad de su representada.

B) Fundamentos jurídicos del fallo: a continuación, se extrae del texto original de la sentencia las secciones que se consideran fundamentales para el análisis de la legitimación pasiva y activa en relación con la Acción de Protección de Privacidad.

Presupuestos indispensables de procedencia de la Acción de Protección de Privacidad

- a) La existencia de un banco de datos, que puede ser público o privado, físico, electrónico, magnético, informático, que tenga como finalidad **proveer informes** (las negrillas son nuestras). Así la SC 0965/2004R del 23 de junio, señaló: "(...) la acción del *habeas data* (...) es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación".
- b) Que ese banco de datos contenga información vinculada a los derechos protegidos por la acción de protección de privacidad.

Legitimación activa y pasiva de la Acción de Protección de Privacidad

Legitimación activa. En cumplimiento del artículo 130 de la Constitución, esta acción puede ser interpuesta por toda persona

individual o colectiva, que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático; sin embargo, no se descarta que también pueda ser presentado por un miembro del grupo familiar pues uno de los derechos protegidos es la privacidad familiar.

Legitimación pasiva. Siendo presupuesto indispensable para la procedencia de esta acción la existencia de archivos o bancos de datos tiene legitimación pasiva la persona individual o colectiva, pública o privada, que tiene o administra los archivos o bancos de datos (fundamento jurídico [FJ] III.2).

C) Análisis del caso de autos (resumen): en su parte resolutive, el Tribunal concede la tutela en favor de la accionante, argumentando que, cuando se discuten derechos de los menores de edad, las normas deben ser analizadas conforme al principio del interés superior tal y como lo establece el artículo 60 de la Constitución, ello significa proteger los derechos de la infancia por sobre los derechos de terceras personas. Respecto a la legitimación pasiva este Tribunal concluye que en ningún momento el demandado negó la existencia de la relación amorosa por más de dos años con la víctima, así como tampoco se negó la relación sexual mantenida entre ambos, y la filmación por parte de este de dicho acto sexual; lo que innegablemente da cuenta de que el demandado mediante su celular realizó dicha filmación y por ende es quien tiene la base primigenia de esos datos. Por lo tanto, al ser la única persona que contaba con esas imágenes, es de suponer con absoluta claridad y lógica común inclusive, que el demandado es quien introdujo esas imágenes en la página *web* www.bolivia.com y que también las fue pasando vía *bluetooth* a

diferentes celulares. Bajo este entendimiento se tutelan los derechos de la víctima, puesto que la demora en el acceso a la justicia podría provocar que la filmación, cuyo contenido es de carácter sensible, se siga expandiendo por los diferentes medios electrónicos, provocando un daño mayor y una incesante vulneración de los derechos de la víctima.

En relación con esta primera sentencia, resulta importante destacar los siguientes aspectos: si bien el Tribunal Constitucional decide conceder la tutela en favor de la accionante, optando por proteger los derechos vulnerados, no logra resolver cuestiones fundamentales que hacen a la naturaleza de la Acción de Protección de Privacidad y su aplicabilidad en un medio de constante desarrollo tecnológico. Incluso nos atrevemos a afirmar que la sentencia bajo análisis es ambigua. Por una parte, el Tribunal ha determinado en el fundamento jurídico III.2 que un requisito de procedencia de la Acción de Protección de Privacidad es la existencia de un banco de datos, ya sea de carácter público o privado, y que este tenga la finalidad de proveer informes; sin embargo, evita aclarar y resolver el planteamiento sobre si se amplían o no los alcances de la Acción de Protección de Privacidad, particularmente sobre registros privados, como ser teléfonos celulares o computadoras, entre otros, cuyos fines no sean los de proveer informes.

SENTENCIA 1978/2011-R del 7 de diciembre de 2011

La sentencia en análisis es la única que aclara y define los alcances de la Acción de Protección de Privacidad.

A) Antecedentes del caso (resumen): el accionante denuncia que, en su condición de alumno regular de la Academia Nacional de Policías

(ANAPOL), y sin que hubiese incurrido en delito o falta disciplinaria, José Millán Estrada, ex oficial instructor, autoridad codemandada, basándose en una inestructiva interna —que únicamente prohíbe el uso de los celulares por parte de los cadetes estudiantes, en predios de ese instituto de formación profesional, pero que de ninguna manera autoriza a los oficiales superiores instructores a que accedan a su base de datos y registro—, sin contar con un requerimiento fiscal, previsto en el art. 175 del Código de Procedimiento Penal (CPP), le sometió a una ilegal requisa personal. Luego, sin que mediara orden judicial fundamentada, procedió ilegalmente a aperturar y examinar el registro de asiento de información del celular incautado —que contenía información confidencial y potencialmente privada, con imágenes sensibles, que no debiera trascender a terceros— y difundió tal contenido arbitraria e ilegalmente al resto del plantel de oficiales de la ANAPOL, propiciando un írrito e ilegal hostigamiento y trato discriminatorio. Es así que el recurrente denuncia que se han conculcado sus derechos a la dignidad humana, a la honra, al honor y a la propia imagen, a la “seguridad jurídica”, al principio de legalidad y de reserva legal, citando al efecto los arts. 115, 117, 119 y 21.2 de la Constitución Política del Estado.

B) Fundamentos jurídicos del fallo: siguiendo con la estructura del presente trabajo, extraemos a continuación partes fundamentales de la sentencia.

Legitimación activa. “Corresponde toda persona”, natural o jurídica, nacional o extranjera, que actúa por sí, o mediante su representante; de quien se pueden registrar datos e informaciones acumulables en distintos soportes (FJ III.3).

Legitimación pasiva. El Tribunal ha determinado que la legitimación pasiva recae sobre los bancos de datos (sean públicos o privados),

que consisten en centros de acopio e intercambio de información, o de documentación, destinados a rubros específicos y a la prestación de determinados servicios (bancarios, policiales, comunicacionales, servicios *web*, compra y venta de distintos bienes, agencias matrimoniales, etc.), **que estén expresamente destinados a brindar información a terceros** (las negrillas son nuestras).

Por consiguiente, el Tribunal concluye que los bancos de datos no comparten características similares a aquella información de carácter personal que una persona pueda tener en registros privados (computadoras, celulares, correos electrónicos, y otros), debido a que son archivos que no tienen por objeto el de la publicidad de su contenido, es decir que no tienen por objeto el brindar información a terceros, por lo que no pueden ser objeto de tutela mediante la Acción de Protección de Privacidad, en mérito a la naturaleza jurídica distinta de la de los bancos de datos y a que gozan de su protección constitucional propia, establecida como la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones privadas y de los documentos y manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte (así lo establece el art. 25.I y II de la Constitución Política del Estado), por lo que la acción destinada a proteger este tipo de derechos no es la Acción de Protección de Privacidad, sino la acción de amparo constitucional, tal entendimiento establece que debe entenderse por banco de datos y cuáles serán los que pueden ser objeto de protección por esta acción tutelar (FJ III.4).

C) Análisis del caso concreto (resumen): el Tribunal Constitucional determina que la presente acción no está dirigida contra una base de datos determinada, sino que se denuncia un presunto acto ilegal, refiriéndose a la incautación del celular sin mediar consentimiento.

Respecto de la denuncia en contra de José Millán Estrada, ex oficial instructor de la ANA-POL, autoridad codemandada, quien además de incautar ilegalmente el meritudo celular difundió su contenido a sus oficiales superiores, el Tribunal determina que todos estos actos denunciados entran dentro de la vulneración de la inviolabilidad de las comunicaciones y archivos privados, actos que son objeto de una acción de amparo constitucional.

Ante ello el Tribunal concluye que dentro de la presente demanda **no existe** legitimación pasiva alguna; ya que, como se vio, esta no está dirigida contra ninguna persona que tenga a su cargo una base de datos, sea pública o privada, por lo que no se cumplió con el requisito de quien puede ser demandado mediante esta acción tutelar (que, como se ha visto, serán la o las personas que administren bancos de datos destinados a rubros específicos y a la prestación de determinados servicios de acceso público, que en el presente caso, como se ha visto, no existen). Por tanto, se deniega la tutela solicitada.

Entre todas las sentencias examinadas, esta es la única que proporciona una delimitación clara y precisa tanto de la configuración como de los límites de la Acción de Protección de Privacidad frente a los dispositivos tecnológicos. En el presente caso, el Tribunal Constitucional resuelve la siguiente pregunta: ¿recae la legitimación pasiva de la Acción de Protección de Privacidad sobre los datos registrados por medios electrónicos —como ser computadoras, celulares, entre otros— que no tengan la finalidad de proveer informes? A lo que este responde: se activa la Acción de Protección de Privacidad únicamente cuando se trate de bancos de datos (sean públicos o privados), que consisten en centros de acopio e intercambio de información, o de documentación, destinados a rubros específicos y a la presta-

ción de determinados servicios (bancarios, policiales, comunicacionales, servicios *web*, compra y venta de distintos bienes, agencias matrimoniales, etc.), que estén expresamente destinados a brindar información a terceros. En ese sentido, en el caso en análisis, el Tribunal concluye que la vulneración de los derechos del accionante, mediante dispositivos tecnológicos como el teléfono celular, no es un hecho posible de ser tutelado vía la Acción de Protección de Privacidad.

SENTENCIA 0819/2015-S3

de 10 de agosto de 2015

El presente caso es uno de los más polémicos y difundidos ampliamente a nivel nacional, tanto por la magnitud de la vulneración de los derechos de intimidad y privacidad de la víctima como por la inacción de las autoridades judiciales.

A) Antecedentes del caso (resumen): la accionante denuncia que a finales del año 2011 se encontraba en una relación sentimental con Oscar Medinaceli Rojas, con quien mantuvo una relación íntima en su domicilio en el segundo semestre de 2012, la que morbosa, dolosa y premeditadamente sin su autorización ni consentimiento fue filmada con algún dispositivo digital. Refirió además que en mayo de 2013 decidió cortar la relación, lo cual provocó que el ahora demandado procediera a amenazarla con publicar en los medios de comunicación las fotos y la filmación.

Señaló que el primero de noviembre de 2013, el demandado cumplió con sus amenazas y a través del sitio web www.bolivia-69.com se publicó una fracción de la filmación y posteriormente esta fue transmitida en otras páginas, afectando de esta manera su privacidad, intimidad personal y familia. La accionan-

te alega la lesión de sus derechos a la privacidad e intimidad, a la honra y honor, a la propia imagen, a la dignidad y a la autodeterminación informática, citando al efecto los arts. 21.2, 256 y 410 de la Constitución Política del Estado; V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

B) Fundamentos jurídicos del fallo: para una mejor comprensión del caso en análisis transcribimos las partes de interés.

Deber del Estado de garantizar la protección de los derechos y la red de informática

Hoy en día existe una proliferación de instrumentos de recopilación de datos, tanto por entidades públicas como privadas, lo que implica que muchas veces una persona no conoce a plenitud los fines, alcances y distribución de su información personal; así y en virtud de esa realidad, cabe referirse al uso indebido de esa información, a la eventual invasión a la esfera privada de la intimidad de las personas y al deber del Estado de garantizar la protección de esos derechos. Así lo entiende la Constitución Política del Estado en su art. 21, donde se establecen los derechos de “[l]as bolivianas y los bolivianos (...) 2. A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad”.

Es innegable reconocer que mediante los avances y herramientas tecnológicas, que cada vez son más frecuentes, los actos que vulneran derechos fundamentales como los de privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad también se incrementan en distintas esferas; en ese sentido, el deber del Estado de garantizar la protección y vigencia de tales derechos implica que este organice toda la estructura que en general

manifieste el ejercicio del poder público, para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (FJ III.1).

A) Análisis del caso concreto (resumen): de la legitimación pasiva en el caso concreto.

El Tribunal determina que no le compete declarar que el demandado fue quien lesionó los derechos de la accionante, pues ello implicaría vulnerar la garantía de presunción de inocencia y el debido proceso, toda vez que ello debe determinarse por la autoridad penal competente. De ahí que este no cuenta con legitimación pasiva en la presente acción, aspecto que impide la concesión de la acción de protección de privacidad bajo los términos demandados por la accionante, pues solo se podría determinar la supuesta responsabilidad que tuviere el hoy demandado sobre la distribución y difusión de dicho material en un proceso ordinario, es decir:

... la facultad de valoración de la prueba aportada en cualesquier proceso corresponde privativamente a los órganos jurisdiccionales ordinarios, por lo que el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre cuestiones que son de exclusiva competencia de aquellos, y menos atribuirse la facultad de revisar la valoración de la prueba que hubieran efectuado las autoridades judiciales competentes (...). (SC 1461/2003-R del 6 de octubre).

Sin embargo, cabe resaltar que el video con contenido sexual de la accionante afecta sobremanera su derecho a la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad, lo que alcanza a su familia en la medida en la que, al encontrarse el archivo aún disponible en banco de datos de servidores privados, se vulneran de manera particularmente intensa, constante y repetitiva los derechos ya referi-

dos. Esta Sala no puede ignorar que el error en la interposición de la acción respecto a la legitimación pasiva puede agravar el daño irreparable generado.

Así pues, este Tribunal, mediante la SCP 0033/2013 de 4 de enero, estableció que

La falta de legitimación pasiva no necesariamente provoca la denegatoria de una tutela sino debe atenderse a la urgencia y tipo de la tutela y si no se provoca indefensión, en este sentido, se otorgó tutela de manera excepcional por ejemplo respecto vías de hecho y la concurrencia de legitimación pasiva parcial (...)

Así pues, ignorar la tutela de los derechos vulnerados en la presente acción de defensa implicaría dejar en un estado de absoluta indefensión a la accionante y, por lo mismo, una revictimización; manteniendo de esa manera lesionados sus derechos fundamentales. De ahí que, de forma excepcional, en el presente caso corresponde a esta justicia constitucional, actuando bajo los principios de *pro actione* y *pro homine*, tutelar los referidos derechos en los términos que serán *infra* expuestos.

- Este Tribunal no puede sentenciar como perpetrador de tales vulneraciones a la parte demandada (Oscar Medinaceli Rojas) pues ello significaría una intromisión directa al proceso penal que inclusive ya cuenta con una imputación formal, obviando la garantía de la presunción de inocencia y el debido proceso.
- Sin embargo, del análisis del caso concreto se develó una omisión por parte del Estado, a través del Ministerio Público, y es que la Fiscalía General del Estado es la institución que no solo debe ejercer la acción penal pública sino que, entre otras cosas, debe velar por los derechos de las víctimas

evitando que lesiones constantes y repetitivas, como ocurrió en el presente caso, vayan en desmedro de su integridad. Asimismo, se evidencia que la fiscalía general del Estado no determinó las medidas idóneas para evitar vulneraciones constantes y repetitivas como las perpetradas contra la ahora accionante. De ahí que esta Sala, ante tales omisiones que son contrarias con los deberes internacionalmente asumidos por el Estado boliviano (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) se encuentra impelida de conceder la tutela impetrada, pero no contra Oscar Medinaceli Rojas, sino contra la Fiscalía General del Estado por las razones ampliamente expuestas y sin responsabilidad por no haber sido demandado (FJ III).

Por la gravedad de los hechos, la extrema vulneración de los derechos de intimidad, privacidad, honra y honor, a la propia imagen, a la dignidad de la víctima, el caso en análisis es uno de los más complejos dentro de la jurisprudencia de la presente acción. A tiempo de resolver sobre la petición de la víctima, el Tribunal Constitucional presenta un fallo que en sus argumentos es aparentemente favorable, pero en la parte resolutive desestima la solicitud realizada por la accionante. Por una parte, aclara y reconoce el deber que tiene el Estado en garantizar la protección de los derechos y la red de informática, estableciendo que ante los avances y las nuevas herramientas tecnológicas el Estado debe tutelar los derechos fundamentales como los de privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad; sin embargo, y como ya lo expusimos en el caso de la sentencia 1738/2010R el Tribunal no determina o aclara los alcances de la Acción de Protección de Privacidad frente a desarrollo de la informática, además, entre sus varios ar-

gumentos mantiene la clásica configuración del recurso de *habeas data*. A este punto nos enfrentamos a dos fallos totalmente contradictorios —SC 1738/2010R y SC 1978/2011R— cuyos lineamientos no son aplicados. En conclusión, el Tribunal intenta resolver sobre la tutela y protección exclusiva de los derechos vulnerados.

SENTENCIA 0524/2018-S2 del 14 de septiembre de 2018

A) Antecedentes del caso (resumen): la accionante denuncia que videos e imágenes íntimas personales (de ella desnuda) almacenados por ella con fines estrictamente personales en su teléfono celular, llegaron por razones desconocidas a la base de datos informática de Mariel Estévez Álvarez, representante legal de la productora “GasaseEstévez”, habiendo sido divulgados en el programa televisivo *Divinas y Famosos*, producido y conducido por las codeemandadas, Jeannine Gonzales Gonzales, Regina Vargas Castedo y Lynn Odeli Alero, quienes sin el menor escrúpulo y con objeto “aparentemente comercial”, procedieron a publicar de manera reiterada, alevosa y maliciosa los videos y las imágenes personales, habiendo sido transmitidos a toda la sociedad cruceña, destruyendo y causando daño en su dignidad, decoro, privacidad, intimidad, honra, honor, imagen y reputación, en vinculación con su derecho a la autodeterminación informativa.

B) Fundamentos jurídicos del fallo (resumen): a continuación se transcriben partes de la sentencia que consideramos importantes para el estudio.

Por su parte, la SCP 1445/2013, del 19 de agosto, precisó que, para su procedencia, deben concurrir ineludiblemente, dos presupuestos esenciales:“(…) a) La existencia de un

banco de datos, que puede ser público o privado, físico, electrónico, magnético, informático, que tenga como **finalidad proveer informes**
b) Que ese banco de datos contenga información vinculada a los derechos protegidos por la acción de protección de privacidad” (las negritas son nuestras).

De las legitimaciones activa y pasiva en la acción de protección de privacidad

De la revisión de los arts. 59 y 60 del Código Procesal Constitucional, se tiene que dichas disposiciones procesales constitucionales regulan lo siguiente: “[l]a Acción de Protección de Privacidad podrá ser interpuesta por: Toda persona natural o jurídica que crea estar afectada en su derecho, u otra persona a su nombre con poder suficiente (...)”. El artículo 60 establece:

- I. La Acción de Protección de Privacidad podrá ser interpuesta contra:
 1. Toda persona natural o jurídica responsable de los archivos o bancos de datos públicos o privados donde se pueda encontrar la información correspondiente.
 2. Toda persona natural o jurídica que pueda tener en su poder datos o documentos de cualquier naturaleza, que puedan afectar al derecho o a la propia imagen, honra y reputación;II. En ambos casos, tendrá legitimación pasiva la persona natural o jurídica, pública o privada, que compile datos personales en un registro, que independientemente de tener o no una finalidad comercial, **esté destinado a producir informes, aunque no los circule o difunda**”. (FJ III, las negritas y el subrayado son nuestros).

En la SCP 0819/2015-S3 se estableció en el fundamento jurídico III.1, el deber del Estado

de garantizar la protección de los derechos y la red de informática. Así se expresa:

Es indudable que hoy en día el uso [de] Internet se encuentra presente en casi todos los aspectos de las relaciones [y] actividades sociales, así, cabe destacar la proliferación de instrumentos de recopilación de datos tanto por entidades públicas como privadas, lo que implica que muchas veces una persona no conozca a plenitud los fines, alcances y distribución de su información personal; así y en virtud de esa realidad, cabe referirse al uso indebido de esa información, a la eventual invasión a la esfera privada de la intimidad de las personas y al deber del Estado de garantizar que el indicado ámbito no sea una ventana más de vulneración de derechos fundamentales, pues así lo entendió el constituyente que en el art. 21 de la CPE, estableció los derechos de: “Las bolivianas y los bolivianos (...)
2. A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad”. (TCPB, 2015)

A) Análisis del caso concreto (resumen): resulta claro en el presente caso puesto a consideración de la jurisdicción constitucional mediante la Acción de Protección de Privacidad que es factible efectuar un examen de fondo de la problemática planteada, misma que se encuentra dentro de los alcances de dicha garantía constitucional, habiéndose cumplido además las legitimaciones activa y pasiva descritas en el fundamento jurídico III.3 del presente fallo constitucional; esta sala concluye ser viable la tutela pretendida a través de la acción deducida, por cuanto, de las pruebas adjuntas al expediente, consistentes en disco compacto que contiene datos almacenados en medio digital, referentes a la grabación del programa *Divinas y Famosos* de 19 y 27 de febrero de 2018, en el que se publicaron videos

e imágenes de la —hoy accionante— Pamela Justiniano Saucedo, en diferentes situaciones, incluyendo fotos de ella desnuda, tapando sus zonas íntimas. Resulta innegable que, las code-mandadas, conductoras del programa televisivo referido, en los programas emitidos en las fechas señaladas, lesionaron los derechos a la dignidad, al decoro, a la privacidad, a la intimidad, a la honra, al honor, a la propia imagen y a la reputación, en vinculación con el derecho a la autodeterminación informativa, inmiscuyéndose en la esfera de la vida privada de la accionante, publicando y divulgando fotografías y videos contenidos en su teléfono celular, que como bien refirieron en el programa televisivo, “habría caído en manos de alguien que les envió dicho material contenido en su equipo electrónico” (sic). [Se aprovecharon], en ese mérito, de su condición de periodistas, en abuso del medio de comunicación social televisivo abierto al efecto; obviando que, no obstante que los medios de comunicación social sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, las condiciones de su funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad; siendo fundamental que cumplan la función para la que se halla destinada su profesión, de información a la sociedad, fortaleciendo el debate público, pero sin incurrir en las restricciones instituidas en el marco del respeto del derecho de los demás y del orden público, consagrados en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros. Por tanto, este Tribunal decide conceder la tutela solicitada.

Como se puede evidenciar en los fragmentos extraídos del texto original de la sentencia,

el Tribunal reitera los requisitos de procedencia de la Acción de Protección de Privacidad, los cuales fueron estudiados a lo largo del trabajo, no se toman en cuenta los argumentos expuestos en la SC 1978/2011R. En este caso la acción de defensa es presentada en contra de un medio televisivo, a lo que la sentencia constitucional 0965/2004-R, de 23 del junio de 2004, ha establecido que el *habeas data* no es un recurso que puede activarse en contra de la difusión de información a través de los medios masivos de comunicación social.

CONCLUSIONES

En este trabajo hemos realizado una revisión de la doctrina y la jurisprudencia vinculadas a la Acción de Protección de Privacidad, regulada en el artículo 130 de la Constitución Política del Estado boliviano, antes recurso de *habeas data*, dentro de un contexto de constante desarrollo de nuevas herramientas tecnológicas y del impacto que estas tienen sobre los derechos de intimidad, privacidad, honra, honor, propia imagen y dignidad. Nuestro objetivo ha sido evidenciar la necesidad de que el Tribunal Constitucional unifique la jurisprudencia en relación con la Acción de Protección de Privacidad. Esto se fundamenta en la imperiosa tarea de redefinir los límites de la legitimación pasiva de dicha acción en consideración.

Mediante el análisis de cuatro sentencias constitucionales —SC 1738/2010R, SC 1978/2011R, SC 0819/2015S3, SC 0524/2018S2— se han puesto en evidencia las dificultades que enfrenta la justicia constitucional al proporcionar una adecuada protección de los derechos de intimidad, privacidad y derechos afines que han sido vulnerados a través de diversos medios tecnológicos. A pesar de la complejidad de

los casos estudiados y de la gravedad de la vulneración de los derechos, particularmente los hechos de la sentencia 0819/2015S3, el Tribunal Constitucional no concede la tutela solicitada por la víctima, trasladando esta responsabilidad a la Fiscalía General. Es más, contrariamente a su función y misión, emite fallos con argumentos incongruentes, omitiendo completamente realizar una interpretación contextual sobre la naturaleza, propósitos, objetivos y alcances de la Acción de Protección de la Privacidad.

Por consiguiente, es fundamental que el Tribunal Constitucional reestructure los criterios relacionados con esta acción de defensa, comenzando por establecer una nueva definición de los límites y alcances de la Acción de Protección de Privacidad, especialmente en lo concerniente a la legitimación pasiva, así como en la definición de los bancos de datos, tanto públicos como privados. Si bien el Tribunal reconoce el profundo impacto que el desarrollo de la informática ha tenido en los derechos de intimidad, privacidad, y otros derechos conexos, actuando bajo los principios de *pro actione* y *pro homine* no logra corregir vacíos interpretativos sobre la naturaleza de la Acción de Protección de Privacidad.

El debate sobre el impacto de la informática y los límites de aplicabilidad de la Acción de Protección de Privacidad está lejos de llegar a una etapa conclusiva. Sin embargo, la temática se ha estado ampliando con información adicional, investigaciones y contribuciones que sugieren que es posible avanzar en la construcción de argumentos jurídicos capaces de proteger a la persona frente al desarrollo sin precedentes de la informática. No obstante, y según lo señalado por el Tribunal Constitucional en la SC 1978/2011R, que es la única que analiza los requisitos de procedencia de la Acción de Protección de Privacidad frente a los avances

de la tecnología, si el Tribunal mantiene entre sus argumentos la clásica fórmula del recurso de *habeas data*, no es posible tutelar por este medio los derechos fundamentales vulnerados mediante dispositivos electrónicos, como por ejemplo un celular o un computador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bazán, V. (2004). El *habeas data* en la reforma constitucional boliviana. *Revista Jurídica UCES*. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/377/El_H%C3%A1beas_Data_en_la_reforma.pdf?sequence=1
- Charles, W. A. (1960, 1 de noviembre). Las constituciones de Bolivia. *Hispanic American Historical Review*. <https://doi.org/10.1215/00182168-40.4.626a>
- Durán, R. W. R. (2006). *Contenido y alcances del habeas data en Bolivia*. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-12.pdf>
- Gareca, P. P. (2012). El *habeas data* y el derecho positivo boliviano. En *Acciones de Defensa Constitucional y Jurisprudencial*. Talleres Gráficos "Gaviota del Sur" SRL (3254599).
- Pérez, S., G. (2011). La Web 2.0 y la sociedad de la información. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 56(212). https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182011000200004
- Puccinelli, O. (1999). El *habeas data* en Iberoamérica. Temis.
- Rivera, S. J. A. (2011). *Jurisdicción constitucional: Procesos constitucionales en Bolivia, actualizada con la constitución y la ley 027*. Anexo tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos. José Antonio Rivera Santivañez-Kipus.

- (2001). *Jurisdicción constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia*. Kipus.
- Sánchez, A. N. (2015). *La protección de la intimidad y vida privada en Internet: la integridad contextual y los flujos de información en las redes sociales (2004-2014)*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (España).
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2018, 14 de septiembre). Sentencia 0524/2018S2. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- (2015, 10 de agosto). Sentencia 0819/2015S3. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- (2011, 7 de diciembre). Sentencia 1978/2011-R. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- (2010, 25 de octubre). Sentencia 1738/2010R. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- (2004, 23 de junio). Sentencia 0965/2004R. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- (2003, 6 de octubre). Sentencia 1461/2003R. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- (2013, 4 de enero). Sentencia 0033/2013R. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- (2013, 19 de agosto). Sentencia 1445/2013R. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>
- Vargas, L. A. E. (2020). *Del habeas data a la Acción de Protección de Privacidad en Bolivia. Su evolución y desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional*. Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional del Perú.
- Zeballos P. E. (2013). *La protección de datos personales en España: evolución normativa y criterios de aplicación*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

Instrumentos jurídicos

- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009, 7 de febrero). Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.
- Ley 254 (2012, 5 de julio). Código Procesal Constitucional. Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Lyudmila Cesilia Bohórquez Cruz

Perfil académico y profesional: Abogada (Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, UAJMS). Magíster en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (Universidad Andina Simón Bolívar, UASB). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (Pontificia Universidad Católica Argentina, UCA). Experiencia laboral: Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente es docente de la Universidad Católica Boliviana San Pablo, sede Tarija.

lyudmilabohorquez@uca.edu.ar

Identificador ORCID: 0009-0004-1162-7703



Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos, reparación y nuevas oportunidades¹

Children and adolescents in conflict with criminal law:
rights, reparation and new opportunities

Paola Graciela Clutterbuck²

Resumen

El derecho a la seguridad personal y a la de los bienes materiales ha sido uno de los fundamentos del orden jurídico, cuyo objetivo principal es promover el orden y las relaciones armoniosas entre los miembros de la sociedad. El orden social y el orden jurídico están estrechamente ligados, así como el delito con la necesidad de castigo. Cada vez más niños, niñas y adolescentes llevan a cabo actos que dañan a otras personas, ya sea atentando directamente contra su integridad física o contra su propiedad. El daño genera malestar y exige reparaciones para ambas partes. Los debates en torno a la justicia juvenil se desarrollan entre la discutida lógica carcelaria y los modelos restaurativos. Esta problemática debe ser observada desde la mirada de la protección integral de los niños, las niñas y adolescentes que, en la mayoría de los casos, no toman contacto con el delito sin antes haber sido vulnerados en sus derechos. Siendo así, y desde la perspectiva de derechos, se requieren respuestas acordes con la complejidad que esta cuestión plantea.

Abstract

The right to personal security and of material goods has been one of the foundations of the legal order, whose main objective is to promote order and harmonious relations among the members of society. Social order and legal order are closely linked, as is crime with the need for punishment. More and more children and adolescents carry out acts that harm other people, either directly attacking their well-being or their property. Damage generates discomfort and demands reparations for both parties. Debates around juvenile justice move between the discussed prison logic and restorative models. This problem must be observed from the perspective of the comprehensive protection of children and adolescents who, in most cases, do not come into contact with crime without first having had their rights violated. This being so, and from a perspective of rights, responses are required in accordance with the complexity of this issue.

Derecho/ Artículo científico

Citar: Bohórquez Cruz, L. C. (2024). Aplicabilidad de la Acción de Protección de Privacidad en el actual contexto tecnológico. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (1), pp. 91-104.

¹ Adaptación del trabajo final integrador para la Diplomatura en Justicia Juvenil (*Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal: derechos, reparación y nuevas oportunidades*, año 2022).

² Universidad Católica de Salta.

Palabras claves: delitos - niños/as - adolescentes - protección - justicia restaurativa

Keywords: crimes - children - protection - restorative justice

INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende compartir y profundizar reflexiones generadas a partir de la Diplomatura en Justicia Juvenil, ofrecida por la Universidad Católica de Salta (UCASAL) en 2021, en torno a la compleja problemática de los niños, las niñas y los adolescentes que llevan a cabo hechos tipificados como delitos según el Código Penal de la República Argentina, como así también al abordaje o acompañamiento que se realiza a partir de las intervenciones de los diferentes actores involucrados en el sistema de protección infantil (órganos administrativos, judiciales, comunidad y las propias familias). Se considera un problema sumamente importante dado que involucra a toda la sociedad, pero directamente a gran parte de uno de los sectores más vulnerables: el de los niños, las niñas y los y las adolescentes que han tomado contacto con el delito. Sin el debido abordaje, esta problemática constituye un asunto que también afectará a la sociedad futura, sobre todo si no hay reparación de daños y cambios profundos, los que solo se habrán de lograr con intervenciones diseñadas a partir de aportes multidisciplinares y desde una perspectiva respetuosa de los derechos. Si bien hay mucho camino recorrido en cuanto a reformas legislativas, investigaciones, ponencias y disertaciones sobre la temática, cada una con sus diferentes miradas y posturas ideológicas, en la práctica aún se observan las ineficiencias de un modelo "jurídico" que busca diferenciarse de lo antiguo, queriendo "barrer" con todo indicio del pasado pero que, en esos esfuerzos, pierde de vista aspectos fundamentales; aspectos que se desarrollarán en el artículo. A diferencia de otros trabajos, aquí

se pretende presentar algunas estrategias de intervención concretas fundadas sobre un marco teórico que las justifique. Esto entendiendo al niño, la niña y al adolescente como sujeto de derechos, en proceso de conformación de su subjetividad, pero sin minimizar las conductas que no solo lo exponen a situaciones de riesgo sino que, además, causan daños y perjuicios a otras personas, quienes demandan respuestas y soluciones efectivas frente a la "amenaza" que les significan los delitos cometidos por niños, niñas y adolescentes (NNA) sin consecuencias aparentes y sin acciones reparadoras.

DEL ORIGEN DE LA PENA A LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Antes de entrar al análisis de la situación planteada, se considera relevante abordar el origen de las penas y la necesidad de las sociedades (desde las más primitivas hasta las modernas) de mantener un orden, garantizando su protección y la de sus propiedades, y cómo estas fueron dando forma a las actuales sanciones o penas frente a la comisión de delitos. Para comenzar, cabe recordar que el conflicto existe desde los mismos orígenes del mundo y que, frente a este, la humanidad más o menos civilizada ha ido desarrollando formas de resolverlos si acaso esto fuera posible. Las normas, de alguna manera, aparecen para establecer como un "cerco" que delimita las conductas humanas. Esto, en cierta medida, busca reducir los conflictos; al menos aquellos que tienen que ver con las relaciones humanas, comerciales, económicas, familiares, religiosas, etc. Pero, por otra parte, la norma también origina conflicto al momento de quebrantarla.

Históricamente, las sociedades han tenido el desafío de intervenir frente a las transgresiones de las normas establecidas. En las civilizaciones más remotas esto se resolvía, en el ámbito de lo privado, con prácticas que en la actualidad se considerarían al menos bárbaras, incivilizadas, crueles, injustas, carentes de razón y excesivas. Además, había una activa participación de la persona agraviada, por lo que esta resolución se parecía más a una “venganza personal”. En tanto las sociedades se fueron acercando a la actualidad, los mecanismos de resolución de conflictos tuvieron que ver más con establecer y mantener un orden social (castigar al infractor y que sirviera como ejemplo) que con la reivindicación de la persona afectada, a la cual se fue desplazando del lugar de víctima para dar espacio a que otros, desde una posición de poder, actuaran en su nombre. En palabras de Zaffaroni (2015),

... alguien que manda dice, el lesionado soy yo y aparta al que realmente sufrió la lesión, allí es cuando surge el poder punitivo, o sea, cuando el cacique, rey, señor, autoridad o quien sea reemplaza a la víctima, la confisca (...). La característica del poder punitivo es, pues, la confiscación de la víctima, o sea, que es un modelo que no resuelve el conflicto porque una de las partes (el lesionado) está por definición excluida de la decisión. (p. 30)

Se continuaron aplicando castigos que, incluso siendo regulados, no dejaron de ser crueles y por supuesto poco tenían que ver con reparar el daño sufrido por la víctima, ni mucho menos con intentar lograr que el causante alcanzara una comprensión profunda y empática de los daños ocasionados.

Así, en constante disputa se encuentran, por un lado, el derecho de la persona a su protección y la de sus bienes y, por otro, el dere-

cho a castigar a los infractores. Al respecto, los Estados asumieron esa función con el propósito de poner fin a las intervenciones privadas que llevaban a castigos desproporcionados y de establecer un orden que permitiera a los ciudadanos “correctos” (los que permanecían dentro de los márgenes de la ley) vivir medianamente tranquilos, y al ciudadano “infractor” con miedo al castigo. En torno a esto, Ulloa (2010) sostiene:

El Estado, que hasta el momento estaba aislado y desinteresado de la administración de justicia, en medio de una época de relajamiento de la relación de lealtades personales y familiares con el soberano y, por ende, del control directo sobre los súbditos, para recuperar el terreno perdido encontró en la solución de los conflictos la forma de hacer parte de la vida de sus vasallos, y con el curso de evitar el desorden social se arrogó la función de administrar justicia. (p. 11)

Los Estados se fueron apropiando de atributos que les permitieron realizar algunas definiciones en cuanto a la administración de justicia y al análisis de la pena necesaria, y como soberanos establecieron qué se castigaba y cómo se castigaba, en tanto que cumplían el rol de investigar y de juzgar (Ulloa, 2010). Por mucho que las sociedades se propusieran administrar correctamente la “Justicia”, concepto que estuvo asociado más a lo divino, el Soberano, como representante del “gobierno de los cielos”, asumió el rol de hacer justicia y de defender a Dios, como si Dios, siendo Dios necesitara de los pobres esfuerzos de la humanidad, que no actuaba más que guiada por sus pasiones e intereses particulares, sin pretender ningún tipo de retribución reparadora más que el sufrimiento del infractor por la pena aplicada. Siguiendo con el análisis, Ulloa (2010) agrega:

Así, debido a la concentración de poderes en el soberano y a la ausencia de controles, la pena necesaria que pretendió soslayar la crueldad y falta de moderación del castigo tuvo un final similar al de la utilización de la venganza privada, de la que tan solo se diferenció en que la titularidad de la acción punitiva ya no estuvo en cabeza del particular ofendido sino en el representante de la divinidad. (p. 13)

Entre las medidas sancionadoras que surgen, ya con el Iluminismo (a pesar de que muchos de los pensadores de esta época se los opusieron) fueron las penas privativas de la libertad, vistas como mecanismos de corrección y de resocialización. De este modo, la privación de la libertad se ubicó como principal castigo frente a la violación del contrato social que mantenía a la sociedad libre, en orden, y que sostenía que al elegir cometer un delito se renunciaba a la libertad. Con estas penas surge el principal dispositivo para sostener este modelo punitivo, la cárcel, que garantizaba penas igualitarias, legales, no crueles y medibles (Ulloa, 2010).

Paralelamente, aunque con más obstáculos, a lo largo de toda la historia fueron surgiendo movimientos con los que las sociedades inician el largo y sinuoso camino hacia el logro de sus derechos. Se llega a la declaración de los derechos humanos, de los niños, de las mujeres y de cada sector vulnerable y descuidado. Estos avances en el campo de las ciencias humanas y sociales surgen no sin revueltas, luchas y gracias a la tenacidad de quienes tomaron la iniciativa de promoverlos, de modo que llegaron a ser parte de los sistemas jurídicos actuales y no meramente una declaración de principios y valores. En palabras de Nikken (2008): “Los derechos humanos resultan de los sufrimientos que son capaces de infligirse unos a otros los seres

humanos, prevalidos del poder y de la fuerza” (p. 64). Con el surgimiento de estos derechos, se puso límites al poder público en el ejercicio de sus facultades, además de la obligación de garantizarlos mediante de los sistemas de justicia. Así, se ha sostenido que

[el] largo tránsito de los derechos humanos hacia el orden jurídico formal (...) muestra cómo la irrupción de los derechos humanos en el derecho interno se vinculó siempre con grandes convulsiones históricas, con revoluciones entre cuyo propósito estuvo vencer la opresión del antiguo régimen. Sobre esa victoria contra las formas opresivas del pasado, se construyeron los derechos humanos. En esas luchas revolucionarias, por cierto, los pobres, los miserables, cumplieron papeles protagónicos e irrumpieron con vigor en la política. (Nikken, 2008, p. 71)

Uno de esos grupos vulnerables y vulnerados que, por años, se encontró invisibilizado por su condición de indefensión es el constituido por los niños, las niñas, y los y las adolescentes. El 20 de noviembre de 1989, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, compuesta por 54 artículos, se reconoce como niños a todos los seres humanos menores de 18 años (art. 1), atribuyéndoles el pleno derecho al desarrollo físico, mental y social. En la introducción a la Convención se la considera como la

... primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los Estados firmantes. Estos países informan al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que han adoptado para aplicar lo establecido en la Convención. (UNICEF, 2006, p. 6)

A partir de este documento, todas las prácticas que involucren a niñas, niños y adolescentes deben tener como marco de referencia todos los derechos reconocidos en la Convención y bajo las formas que se consideren más apropiadas, tendiendo a garantizar el interés superior de estos (art. 3) incluso en el ámbito de la comisión de delitos.

En Argentina, en el año 2005 se sancionó y promulgó la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para integrar el marco legal y jurídico.

En clara oposición se encuentra el denominado régimen penal de minoridad, regido por la Ley 22278 y “aplicable a los menores incurso en delitos”, vigente desde 1980, ley sancionada y promulgada durante la última dictadura militar bajo el mandato del presidente de facto Jorge Rafael Videla; teniendo como fundamento la doctrina de la situación irregular. Según las expresiones de esta ley, el juez asume la figura principal, determinando sanciones y también medidas de resguardo que considere necesarias, como un “padre” que sabe lo que es mejor para su “hijo” y asume todas las facultades. En el artículo 1.º declara que “no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación”. Respecto a las penas establecidas “las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos” (artículo 6.º).

CONSIDERACIONES EN EL CAMPO DE LA NIÑEZ

En relación con los niños, niñas y adolescentes (NNA) que cometen delitos, cabe decir que el problema no es solo una cuestión de seguridad y de orden social sino que, además, se enmarca en el derecho de estos de recibir protección integral por el hecho de ser niños, niñas y adolescentes. Ello implica la búsqueda de alternativas superadoras que puedan fusionar lo penal con los sistemas de protección de la infancia y de la adolescencia. Hay una gran necesidad de examinar las prácticas llevadas a cabo en el campo de la justicia juvenil ya que es innegable, por un lado, el número cualitativamente importante de NNA que cometen delitos y cada vez más graves, con lo que esto representa en sus subjetividades. Mary Beloff (2017), en una disertación en la Universidad de Buenos Aires sobre justicia juvenil, advirtió que el contacto de un menor con el crimen es una “tragedia” y que deberían darse las condiciones necesarias para que tenga la oportunidad de una vida digna. Por otra parte, siguen vigentes las presiones ejercidas por una sociedad que reclama mayor protección y medidas frente al peligro que los menores de edad le significan, haciéndose común la expresión de “puerta giratoria” cuando se trata del tránsito de NNA por el sistema judicial. Si bien las estadísticas dan cuenta de que el porcentaje de delitos graves cometidos por menores de 18 años rondaría el 1 % a nivel nacional (Barbierotto, 2019), no deja de ser preocupante el hecho de que existe un alto porcentaje de NNA que cometen delitos que, aunque “no graves” según definiciones de la ley, los dejan expuestos a riesgos, causan daños a terceros y constituyen el trampolín para otros mayores, que en muchos casos los conducen a la privación de la libertad ya siendo adultos. Según datos ofrecidos por Mary Beloff (2017), “el 80 por

ciento de la población adulta penitenciaria del mundo ha tenido intervención temprana por la justicia juvenil”, lo que daría cuenta que los sistemas actuales no han logrado modificar las conductas delictivas. Lastimosamente parecería que, en la práctica, la sociedad no ha podido superar problemáticas complejas ya presentes siglos atrás. Beloff (2005) cita lo dicho por el diputado Agote en una sesión del Congreso Nacional el 8 de junio de 1918:

... una de las grandes deficiencias de nuestra legislación, y es la referente a ese elevadísimo número de niños que vagan por nuestras calles y que viven como los pájaros, en los terrenos baldíos, en las plazas públicas, en los terrenos ganados al río, en el hueco de los portales y en los tugurios más inmundos, y que van a constituir, por la natural evolución de su vida irregular, el mayor contingente de las cárceles de la Nación. (p. 774)

Claramente no puede sancionarse a un niño, niña o adolescente de igual manera que a una persona adulta que comete delitos; aunque el delito no deja de ser tal ni sus consecuencias menos graves por el hecho de que las personas que lo cometen sean menores de edad. Sin embargo, no se puede perder de vista la inmadurez emocional, mental e intelectual de los y las NNA y, por lo tanto, su situación de vulnerabilidad. A pesar de los avances legislativos, las problemáticas de las infancias siguen vigentes: pobreza extrema, patologías psiquiátricas, carencias materiales y sobre todo afectivas, cuidado negligente, violencias de todo tipo (física, psicológica, sexual) que los hacen salir de sus casas y ocupar las calles en un intento de encontrar un espacio que los acoja y abstraerse de las realidades familiares. Estos padecimientos constituyen parte de las vivencias que, a muy corta edad, forman parte de la

vida de cada vez más NNA de la Argentina. Sumado a esto, aparece la cuestión del consumo problemático de sustancias y de una sociedad en extremo consumista, cuyos medios de comunicación transmiten el mensaje de que la “felicidad” o el “poder” se encuentra en la posesión de determinados bienes y objetos. Diciendo esto no se pretende justificar el delito, pero de alguna manera es un llamado a revisar las intervenciones frente a los NNA infractores, reconociendo la etapa evolutiva por la que transitan con todas las demás variables que, en ocasiones, por una simple cuestión de supervivencia les hacen difícil mantenerse y sostenerse dentro de los márgenes de la legalidad.

En teoría, la institución familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo integral del niño y la niña, así como del ejercicio de sus derechos; es allí donde debería permanecer por el mayor tiempo posible con cuidadores primarios disponibles física y emocionalmente. Sin embargo, es una realidad evidente que hay niños, niñas y adolescentes expuestos a graves riesgos porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable que permita su pleno desarrollo y una adecuada integración social. Además de la satisfacción de las necesidades materiales básicas (salud, educación, vivienda, alimentación, vestimenta), todo NNA necesita un entorno seguro y protector donde reciba afecto y límites. Al respecto, Horno Goicochea (2010) señala:

... una de las funciones clave del entorno familiar, junto con la generación de vínculos afectivos y la socialización de los niños y niñas, es la función normativa. Los niños y niñas necesitan unos límites para la construcción de su desarrollo físico, psicológico y social: límites para establecer pautas de protección física en el crecimiento (higiene, protección física, alimentación, ejercicio

etc.). Límites para generar su autonomía afectiva (seguridad, permitir la separación, permitir los errores y el daño). Límites para su integración social (respeto a los derechos humanos, reglas de convivencia, resolución no violenta de conflictos). Son los límites que permiten que un niño de dos años no se caiga de un árbol, que un adolescente aprenda a manejar la frustración del fracaso, o que los niños y niñas no conciban la violencia como una forma de resolver los conflictos. Hay límites que no se deben cruzar si no se tienen las capacidades evolutivas para afrontar las consecuencias. (p. 116)

Probablemente, muchos de los niños y adolescentes que cometen infracciones a la ley provengan de familias con carencias materiales pero, sobre todo, simbólicas; carencias que les impiden desempeñar los roles parentales de manera adecuada, incapaces de proteger y posicionarse como figuras positivas en la vida de sus hijos, causando daños que repercuten en sus conductas. En el peor de los casos, son las mismas familias las que directamente lastiman, siendo el abuso físico y sexual la principal causa de que muchos NNA encuentran sus espacios en la calle, con la banda que de alguna manera “protege” más que la familia. Allí encuentran sus figuras de identificación, aprenden a defenderse, comienza el consumo y la adicción, reproducen la violencia y, sin una clara noción de riesgo y de las consecuencias, cruzan los límites que los adultos responsables de su cuidado no les enseñaron o que ellos mismos cruzaron violentando sus integridades. Es común encontrarse con NNA que, producto de las vulneraciones sufridas, tienen un daño psicológico tal que dejan de sentir culpa, miedo, alegría, remordimiento, e incluso pierden el sentido del valor por la vida (la suya y la de terceros).

Por esto, es importante que se activen dispositivos específicos disponibles y accesibles, que, de manera articulada con el sistema judicial (si no fueran parte de este), puedan intervenir oportunamente cuando un niño, una niña o adolescente comete un delito, sin importar su gravedad, brindando la orientación y el acompañamiento que se evalúen necesarios tanto para el NNA como para su familia. Se considera fundamental la presencia de equipos técnicos multidisciplinarios que desde un abordaje integral puedan realizar diagnósticos, derivaciones, elaborar planes de trabajo individualizados donde se contemplen acciones específicas para cada área de desarrollo, recurriendo a los recursos comunitarios con los que se cuenten. Cuando sea posible, trabajar con las familias en la reparación de los vínculos, brindar herramientas que les permitan desarrollar habilidades parentales y poner en práctica todo tipo de acciones tendientes a lograr la reflexión, los cambios de conducta y la reparación de daños.

Se puede tomar el aporte de Cazzaniga (1997), quien desarrolla el término de singularidad en el trabajo con las personas, pudiéndose desde este abordaje elaborar estrategias que apunten específicamente a las necesidades y particularidades de cada NNA. Esto consistiría en que el mismo niño, niña o adolescente pueda ser un sujeto activo que participe en su proceso de transformación. La autora define la singularidad como una “concepción de sujeto pleno, con potencialidades y condicionantes, productor de la historia a la vez que producto de esa misma historia. Pensar en la singularidad, es comprender la posibilidad instituyente de todo sujeto” (Cazzaniga, 1997, p. 4). En relación con esto, en el artículo del año 2017, “El rol de los equipos interdisciplinarios en el sistema de responsabilidad juvenil”, se explicita:

La mirada interdisciplinaria resulta clave para alcanzar la pretendida integralidad que demanda la atención de la complejidad de las situaciones planteadas, facilitan su comprensión, entendiendo que se trata de problemas sociales que se expresan singularmente en la vida cotidiana de los sujetos con los que se trabaja. (Consejo Profesional Trabajo Social, s.f.).

Y en adición, se agrega:

Los NNAyJ [niños, niñas, adolescentes y jóvenes] acusados de actos transgresores o de conductas consideradas disvaliosas que ingresan al sistema especializado deberían contar, en la ocasión del tránsito judicial que implica una posible sanción, con espacios donde resignificar los actos y las situaciones en las que se ven expuestos (...). Estos equipos por su especial formación pueden realizar aportes distintivos tanto en la construcción de las medidas socioeducativas como en la resolución alternativa de conflictos y/o justicia restaurativa, todos procesos de intervención que incluyen a los NNAyJ y a sus grupos de referencia con miras a posibilitar un efecto transformador en el sujeto y su entorno más próximo. (Consejo Profesional Trabajo Social, s.f.).

Este tipo de abordaje implica que habrá que plantearse la intervención desde una perspectiva respetuosa de los derechos entendiendo que, a pesar del delito cometido, quienes lo cometen no dejan de ser niñas, niños o adolescentes. A cualquier edad deben existir consecuencias por los actos, aún más cuando se trata de delitos; pero no vistas como castigo sino como medidas educativas o formativas para la vida de estos sujetos que se encuentran en pleno proceso de conformación de su

persona. Por su bienestar y el de la sociedad, deben poder aprender a responsabilizarse de sus actos, incorporar pautas de convivencia y valores para que sean capaces de integrarse a la sociedad y gozar de todos sus derechos, los cuales muchas veces les fueron arrebatados.

Generar un cambio de comportamiento siempre resultará una tarea más ardua y compleja que hacer que solo se cumpla una pena; lo primero necesariamente requiere que se despliegan más recursos (humanos, económicos), pero si se espera un cambio en el campo de la llamada “delincuencia juvenil”, el “infractor” tiene que poder comprender el impacto del daño ocasionado, lograr empatía hacia la persona perjudicada y reparar de acuerdo con las posibilidades del caso. Para eso necesita de una multiplicidad de intervenciones homogeneizadas, articuladas y bajo la misma lógica restaurativa; o sea que las instituciones del Estado en su totalidad (no solo las judiciales) necesitan replantearse sus modos de operar en el campo de la infancia y adolescencia en conflicto con la ley. En este sentido, Mary Beloff (2005) se refiere a una nueva ingeniería institucional:

Esto puede lograrse de muchas maneras: con activismo judicial en el mejor sentido de la expresión, con reforma legal, con educación jurídica de grado y posgrado que integre en sus planes de estudios al sujeto niño, con la implementación de políticas públicas que garanticen una protección integral y universal de la infancia. La reforma legal por sí misma —sin estos otros elementos— no puede operar sino tibios efectos sobre la realidad (...) nueva ingeniería institucional que en el país debe darse para garantizar concretamente mínimos estándares de derechos humanos a su población menor de edad. (p. 766)

También es una realidad que, a pesar de los esfuerzos profesionales ambulatorios que se realicen, muchas veces no se logran generar cambios en la conducta de los NNA porque la permanencia en su núcleo familiar es contraproducente; dado que no se modifican ciertas prácticas familiares por falta de voluntad o de posibilidades. Frente a las dificultades de las familias para cumplir con la responsabilidad, corresponde a otros actores asumir estos roles que impliquen el establecimiento de normas y límites, facilitar un entorno seguro y garantizar todos los derechos de los NNA, en tanto se trabaja en la incorporación de nuevas pautas de convivencia y se procura el desarrollo integral de los NNA en conflicto con la ley.

El alojamiento en instituciones no debe ser pensado como una medida de privación de la libertad sino como una forma de resguardar la integridad de los niños y adolescentes infractores. Las instituciones de acogimiento para NNA, ya sea por protección bajo medida excepcional o como consecuencia de conflictos con la ley (aunque no constituyen el ideal) no dejan de ser necesarias, porque frente a ciertos tipos de delitos —en tanto no se cuentan con recursos (familiares, comunitarios, estatales) verdaderamente eficientes para acompañar, proteger, generar cambios en las conductas delictivas (lo que no se hace de la noche a la mañana) y garantizar que no reincidan— los y las NNA quedan expuestos a riesgos y también siguen siendo un riesgo para las demás personas. Piccinini (2011) afirma: “Las instituciones que alojan niños/adolescentes en situación de vulnerabilidad hablan del fracaso de las instituciones de origen para favorecer su inserción social” (p. 51), lo cual es absolutamente cierto; pero hay que poder ver más allá del fracaso de algunas y procurar nuevas alternativas con mayores expectativas de éxito. Al respecto, en el documento Observación General N.º 10,

“Los derechos del niño en la justicia de menores”, se explica:

La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública. (Comité de los Derechos del Niño, 2007, p. 5).

La ley dispone que son inimputables todos los niños y adolescentes menores de 16 años frente a cualquier delito, y desde los 16 hasta los 18 años quienes cometan delitos cuya pena no exceda los dos años de prisión. Esto deja un ancho margen de niños y adolescentes que comienzan a incursionar en el delito desde muy corta edad y que no reciben ningún tipo de intervención debido a sus edades o a la poca gravedad que se les atribuye a los hechos. La cuestión es que mientras transitan por la ilegalidad sin consecuencias, siguen en riesgo y son potenciales victimarios. La intervención es necesaria en cuanto protege y contiene al niño o adolescente infractor tanto como a la sociedad. Así, Acevedo y Volnovich (1991) advierten: “No debemos pensar las acciones preventivas y las acciones reparadoras como antagónicas sino más bien como complementarias” (p. 13).

La realidad da cuenta de que se necesitan espacios de alojamiento para NNA con conductas delictivas pero con otra perspectiva de abordaje; donde a través de diferentes intervenciones multidisciplinarias puedan, por ejemplo, dar sentido a su existencia, brindar herramientas para la construcción vínculos positivos, contar con operadores debidamente capacitados que, además de establecer legalidades, puedan transmitir afecto y establecer

relaciones de confianza; porque el afecto es un factor fundamental en la reparación de los daños. Para la integración social es esencial favorecer la restauración del vínculo del NNA con la familia y con la sociedad, para lo cual el trabajo en red con los recursos de la comunidad resulta una herramienta útil y necesaria. Incluso con los adolescentes que cometen penas graves y son privados de la libertad, se debe pensar en un modelo “jurídicoterapéutico de intervención”, tal como lo define Cobo Téllez (2014). Esta autora propone la justicia terapéutica, en la que “se debe humanizar la ejecución de las medidas privativas de la libertad aplicadas a los adolescentes infractores, lograr su reintegración social y familiar, así como el pleno desarrollo de su persona, capacidades y sentido de responsabilidad”.

Indefectiblemente tienen que modificarse las infraestructuras actuales para que se conviertan en espacios de “reparación” (si se quiere usar este término) y no en centros de reclusión donde las condiciones de vida hacen difícil poder pensarse diferente, considerando que el encierro despierta sentimientos que no ayudan en el proceso de reflexión y revisión de las conductas.

REFLEXIONES FINALES

Los conflictos sociales, las infracciones y las penas son asuntos que se mantienen en continuo debate. El modelo (punitivo) que históricamente ha demostrado su fracaso, con crecientes cifras de delincuencia y de reincidencia en adultos, es el mismo que sirvió de base para la concepción de la justicia juvenil. Tras siglos de existencia, la humanidad no ha podido resolver adecuadamente qué hacer con los niños, niñas y adolescentes que violan la ley. Sin embargo, muchos niños y ado-

lescentes continúan delinquir, muriendo por las drogas que consumen (y venden), en peleas o persecuciones. Mientras tanto, además, son un potencial riesgo para la sociedad, que se vuelve víctima de quienes también lo fueron o siguen siéndolo.

A comienzos del año 2022, en los medios trascendió la noticia de la muerte de Emanuel, que resulta significativa porque, tristemente, ejemplifica lo desarrollado en estas páginas. Stoianovich (2022) relata que un adolescente de 17 años murió baleado el 22 de enero de ese año, hecho que no fue accidental ni circunstancial. Según lo relatado en el artículo, la psicóloga que lo conocía del barrio contó que a los 12 años Emanuel le dijo “seño, yo no llego a los 20, me matan antes”. En aquel momento Emanuel ya vendía y consumía drogas, era “soldadito” según sus términos. Fue intervenido por el Estado en varias oportunidades. Los años pasaron y las situaciones que fueron ocurriendo en la vida de este niño que se volvió adolescente podían predecir su final. En una ocasión, a raíz de un ataque recibió un balazo en una pierna. Según se relata en el mismo artículo, la Dirección de Niñez

... intervino con distintas medidas de protección, como lo indica la ley provincial en la materia. Fueron tránsitos por varias instituciones estatales y privadas con convenio, y en muchas ocasiones se escapó. También pasó en dos oportunidades por el ex Irar, ahora Centro Especializado de Responsabilidad Penal Juvenil (CERPJ). (Stoianovich, 2022)

El artículo menciona los dichos de la psicóloga, quien refirió que “a mediados del 2020 pasaron unos pibes en moto, había llovido en la casa de Ema, él se cruzó nervioso, medio temblando, y me dijo que lo querían ma-

tar". Casi dos años después el chico muere de cinco balazos. Emanuel representa a muchos niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad que terminan delinquir, a muy corta edad, y que a pesar de que recibió intervenciones del Estado estas no resultaron suficientes o eficientes para evitar que siguiera cometiendo delitos ni para garantizarle su protección, delegándose estas responsabilidades a su familia, que tampoco pudo hacerlo.

Es ingenuo pensar que en lo inmediato se van a poder cambiar estas realidades, porque para lograr cambios todos los dispositivos existentes en el campo de la justicia juvenil tienen que modificarse y muy probablemente se necesite de la creación de otros nuevos, con personal capacitado, y con recursos económicos destinados a construir una nueva estructura. En este sentido, Beloff (2005) señala:

Hoy esas estructuras normativas —inconstitucionales y vacías de contenido— nos recuerdan la imperiosa necesidad de reformar normas, instituciones y prácticas obsoletas, con otra visión pero con el mismo entusiasmo, rigor y efectividad que tuvieron aquellos que, hace casi una centuria, crearon el complejo tutelar en la Argentina. (p. 795)

La cuestión de los niños y adolescentes que cometen delitos es compleja y no compete solamente al campo de la justicia porque, además, la mirada desde lo jurídico está condicionada por los fundamentos que le dieron origen. Igual hay mucho por revisar en el ámbito de lo judicial y de las leyes vigentes, porque, por ejemplo, difícilmente se pueda pensar en una justicia restaurativa cuando un defensor le dice al adolescente que niegue el hecho cometido. De esta forma se da un

mensaje contradictorio y confuso al pretender que, luego, en un espacio terapéutico el "infractor" reflexione sobre el daño y asuma la responsabilidad por algo que desde el principio se le indicó negar para tratar de evitar las sanciones de una ley que probablemente tampoco habría servido.

Lo que se propone es que desde los diferentes campos disciplinares se examinen y repiensen las prácticas que se llevan a cabo con NNA que cometen delitos, ello desde una mirada global y considerando todo el universo detrás de la problemática que va más allá de la comisión de un delito, lo cual ya es grave por las consecuencias sociales y el impacto en la vida de estos NNA. Es fundamental un Estado presente mediante políticas públicas específicas para la infancia y adolescencia en conflicto con ley, asignando presupuesto para la creación y el funcionamiento de espacios multidisciplinarios que asesoren y acompañen a las familias de estos NNA, procurando, también mediante intervenciones comunitarias, la prevención de los delitos.

Para esto se requieren profesionales con experiencia en intervenciones comunitarias, que puedan articular con centros educativos, los centros de salud, los espacios deportivos/artísticos, logrando así la integración de los NNA apenas se detecten las primeras conductas delictivas. Sería necesaria la existencia de áreas, con suficiente personal calificado, que desde un trabajo interdisciplinario realicen análisis de cada caso recibido, pudiendo con todos los elementos posibles elaborar un diagnóstico de la situación del NNA a fin de determinar la mejor intervención o las mejores medidas. Asimismo, entendiendo las medidas como consecuencias naturales de los hechos y desde una mirada restaurativa centrada más en los daños que en la infracción.

Las medidas pueden ser de tipo comunita-

rias, con la activa participación y compromiso de la familia y el trabajo en red con todos los recursos técnicos, materiales y comunitarios disponibles; o medidas que impliquen el alojamiento del NNA en un espacio distinto al de la familia. Es necesario desterrar la idea de “instituto” y pensar en espacios especializados, que a partir de las diferentes instancias de trabajo y siguiendo el plan individual propuesto para cada NNA realicen los esfuerzos posibles para brindar, en primer lugar, en entorno seguro y protector que les devuelva a esos NNA —que se convirtieron en “víctimas y victimarios”— la esperanza de nuevas oportunidades. Procurar mediante intervenciones terapéuticas individuales y grupales que entiendan el sentido de su permanencia en ese espacio para disminuir las posibilidades de que se “escapen” pero, a la vez, brindando un trato digno y afectuoso que ofrezca más bien motivos para quedarse. Durante la permanencia en ese espacio se debería trabajar en la reparación de los daños que ellos mismos tienen, para que luego logren dimensionar los daños ocasionados por ellos y pensar en formas de reparación. Si bien para la ley hay delitos graves y otros que no lo son, siempre es grave que un NNA pase los límites de la legalidad. Esperar a que sean mayores de edad o a que cometan delitos graves para intervenir con medidas de privación de la libertad no parece ser la mejor alternativa cuando hubiera sido posible evitarlos.

Siendo la justicia restaurativa, en palabras de Zehr (2010), “una brújula no un mapa”, no hay un solo camino para llegar a alcanzarla. Y en estas páginas solo se presentaron algunas reflexiones que no llegan ni siquiera a trazar una ruta, pero lo importante es comenzar a pensar la justicia juvenil de otra manera y a partir de allí abrir el camino.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acevedo, M. J.; Volnovich, J. C. (1991). *Selección de textos, El espacio institucional*. Lugar Editorial.
- Barbirotto, P. (2019). Solo el 1% de los delitos graves son cometidos por menores. *Perfil* <https://www.perfil.com/noticias/elobservador/solo-el-1-de-los-delitos-graves-son-cometidos-por-menores.phtml>
- Beloff, M. (2017). ¿Qué hacer con la justicia juvenil? [Video] <https://www.youtube.com/watch?v=IXWd9va0M8w>
- (2005). *Constitución y derechos del niño*. Editores del Puerto.
- Cazzaniga, S. (1997). El abordaje desde la Singularidad. *Revista Desde el Fondo*. UNER. www.fts.uner.edu.ar/publicaciones/publicaciones/desde_el_fondo/pdf/Nro_22/2%20Cazzaniga%2022.pdf
- Cobo Téllez, S. (2014). Hacia un modelo jurídico-terapéutico de intervención a los adolescentes infractores. En *Justicia Terapéutica: experiencias y aplicaciones*. II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica. Poder Judicial del Estado de Puebla.
- Consejo Profesional Trabajo Social (s.f.). *El rol de los equipos interdisciplinarios en el sistema de responsabilidad juvenil*. <https://www.trabajo-social.org.ar/declaracion-elaborada-en-2017-por-profesionales-de-la-justicia-del-fuero-penal-juvenil-de-responsabilidad-penal-juvenil-justicia-nacional-de-menores-y-otras-designaciones-hoy-vigentes/#:~:text=La%20mirada%20interdisciplinaria%20resulta%20clave,con%20los%20que%20se%20trabaja>.
- Comité de los Derechos del Niño (2007). Observación General N.º 10. Los derechos del niño en la justicia de menores.
- Horno Goicoechea, P. (2010). Aprendizajes de vida en las familias. *Papeles Salmantinos de Educación* (14). Universidad Pontificia de Salamanca.

- Nikken, P. (2008). *Los sistemas internacionales de protección de los DD. HH.* IIDH
- Ley 26061 de 2005. Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes. 26 de octubre del 2005. D.O. N.º 30767.
- Ley 22278. Régimen Penal de Minoridad. 25 de agosto de 1980.
- Piccinini, M. (2011). Las instituciones y la constitución de subjetividad. En Goyeneche, R. y Piccinini, M. T. *El arte de acompañar niños y adolescentes*. Letra Viva.
- Stoianovich, M. (6 de febrero 2022). "Seño, no llego a los 20, me matan antes": el presagio de un chico asesinado a los 17 años. *La Capital*. <https://www.lacapital.com.ar/policiales/seno-no-llego-los-20-me-matan-antes-el-presagio-un-chico-asesinado-los-17-anos-n10007510.html>
- Ulloa Ulloa, A. (2010). Fundamentación de la pena necesaria. *Revista Criterio Jurídico Garantista*. FUAC.
- UNICEF Comité Español. (2006). Convención sobre los derechos del niño.
- Zaffaroni, E. (2015). *El poder punitivo y la verticalización social*. Planeta.
- Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Good Books.

Paola Graciela Clutterbuck

Perfil académico y profesional: Licenciada en Trabajo Social (2011), egresada de la Universidad Adventista del Plata. Diplomada en Justicia Civil (2022) por la Universidad Católica de Salta (UCASAL). Diplomada en Recursos Humanos (2022) por la Universidad Tecnológica Nacional (UTN). Desempeña funciones como trabajadora social en espacios de cuidado alternativo para niñas, niños y adolescentes que se encuentran bajo medidas de protección excepcional.
paolaclutterbuck@gmail.com
Identificador ORCID: 0009-0001-5390-2097



Ley 27642 y etiquetado de alimentos: un avance para garantizar el derecho a una alimentación adecuada¹

Act 27642 and food labelling: a step forward in ensuring the right to proper nutrition

María Julieta Sarmiento Peretti²

Resumen

En este trabajo analizaremos el derecho a una alimentación adecuada, deteniéndonos en su regulación en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y nos adentraremos en un aspecto de este derecho: el etiquetado de alimentos. Así, mencionaremos los modelos de etiquetado utilizados a nivel comparado, y destacaremos la complejidad y los desafíos que presenta este derecho para su plena efectividad. Por su parte, haremos un análisis particularizado de la Ley 27642 de Promoción de la Alimentación Saludable (conocida como “ley de etiquetado”) de la República Argentina, sus antecedentes normativos y la protección que brinda para grupos vulnerables. Luego, analizaremos críticamente el derecho a la alimentación adecuada en la República Argentina. Finalmente, concluiremos que garantizar el derecho a una alimentación adecuada implica un gran desafío que exige no solo medidas regulatorias de carácter normativo (como es la ley de etiquetado) sino también políticas públicas concretas, continuas, intensas, claras e interdisciplinarias. Es así que, si bien la ley de etiquetado es un gran paso que acerca a nuestro país a este

Abstract

In this paper we will address the right to proper nutrition, focusing on its regulation in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and we will examine one aspect of this right: food labeling. Accordingly, we will mention the different labelling models used in the world pointing out the complexity and challenges this right present in accomplishing its full effectiveness. Also, we will make a particularized analysis of the Argentinean's Act 27642 of Healthy Food Promotion (known as “labelling law”), its legislative backgrounds and the protection of vulnerable groups. Then, we will make a critical analysis on where the Argentinean's proper nutrition right stands. Finally, we will conclude that accomplishing the effectiveness of proper nutrition right requires a great challenge that demands not only regulatory measures of the normative type (such as the labelling law) but also concrete, continuous, intense, clear, and interdisciplinary measures. Thus, although labelling law is a big step towards

Derecho/ Artículo científico

Citar: Sarmiento Peretti, M. J. (2024). Ley 27642 y el etiquetado de alimentos: un avance para garantizar el derecho a una alimentación adecuada. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (1), pp. 105-123.

¹ Este artículo, con algunos ajustes, fue originalmente realizado como trabajo de investigación en el marco del cursado de la Diplomatura de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UBA).

² Ministerio Público de la Provincia de Salta.

objetivo, no puede resolver el problema por sí misma y deben continuar adoptándose medidas que exigen un compromiso social, político y económico continuo.

Palabras claves: Ley 27642 - alimentación saludable - derecho a una alimentación adecuada - modelos de etiquetado - protección a niños, niñas y adolescentes

that goal, it cannot solve the problem by itself because it demands a continuous social, political, and economic commitment.

Keywords: Act 27642 - healthy food - healthy food promotion food right - labelling models - children's protection

INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos el derecho a la alimentación, enfocándonos en la Ley 27642 de Promoción de la Alimentación Saludable, hoy en vigor en la República Argentina y popularmente conocida como “ley de etiquetado”.

Inicialmente analizaremos el contenido y la complejidad que tiene el derecho a una alimentación adecuada. Luego, ahondaremos en el análisis de la ley de etiquetado como medida regulatoria específica que busca atender una de las aristas del derecho a una alimentación adecuada, como es el derecho a la información y a la promoción de la alimentación adecuada. Así enunciaremos los antecedentes que existían en Argentina para luego analizar la ley en sí, deteniéndonos en la especial atención y protección que brinda esta norma a grupos vulnerables, como son los adultos mayores y los niños, niñas y adolescentes. Finalmente, analizaremos cuál es la situación del derecho a la alimentación adecuada en Argentina y lo que este avance legislativo implica.

EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN ADECUADA

Conceptos básicos y aspecto sociológico

De manera preliminar aclararemos algunos conceptos que servirán de marco conceptual para este trabajo. Así, conforme surge de la Observación General N.º 12 del Consejo Eco-

nómico y Social de la Organización de las Naciones Unidas —en adelante, la “Observación General” y el “Consejo”, respectivamente—, el derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando “todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla” (Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas [CESONU], 1999, punto 6). Algo para destacar aquí es que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes entre sí; por lo tanto, en el caso del derecho a la alimentación adecuada, su pleno ejercicio y garantía estará interrelacionado con la satisfacción de otros derechos como son el derecho a la salud, “el derecho al agua, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la información, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y el derecho a contar con recursos efectivos” (Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [REDESCA], 2023, p. 57).

Por su parte, se considera que hay seguridad alimentaria cuando “todas las personas tienen, en todo momento, acceso físico, social y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades energéticas diarias y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana” (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO], 2011,

p. 1). Es decir que, para que haya seguridad alimentaria, los alimentos deben ser suficientes y su producción estable, autónoma y sustentable (Aguirre, s.f., p. 3). En consecuencia, la inseguridad alimentaria estará directamente relacionada con la pobreza y el hambre. Es por este motivo que lograr la plena garantía del derecho a la alimentación adecuada con medidas aisladas y meramente normativas es sumamente complejo y presenta un enorme desafío; pues mientras esa problemática social no se resuelva mal podremos indicar que el derecho a la alimentación adecuada se encuentra satisfecho. Por esto, se requieren políticas públicas y medidas interdisciplinarias que aborden la satisfacción de este derecho y de aquellos otros derechos con los cuales el derecho a la alimentación adecuada está interrelacionado.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la alimentación será o no “adecuada” según cuál sea la pirámide de valores de un tiempo, lugar y cultura específica. Basta recordar que en el pasado la gordura era símbolo de salud, mientras que hoy no lo es (Aguirre, 2004, p. 1). Asimismo,

[I]a manera cómo comemos depende de las relaciones sociales, de la manera cómo se producen los alimentos, de los derechos de propiedad, la tecnología productiva, de los derechos que legitiman la distribución diferencial según clases sociales, edades y géneros junto a la cultura que da sentido a que sea de esa y no de otra forma. (Aguirre, 2011, p. 3).

Sin perjuicio de lo antedicho, tal como lo disponen los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud, para que actualmente una dieta sea considerada saludable deberían seguirse los siguientes principios:

... limitar la ingesta de azúcares libres, priorizar el consumo de grasas insaturadas con respecto a las grasas saturadas y eliminar las grasas trans industrialmente producidas, limitar el consumo de sodio y asegurar que la sal esté yodada, aumentar el consumo de cereales integrales, hortalizas, frutas, legumbres y frutos secos y garantizar la disponibilidad gratuita de agua potable. (Organización Mundial de la Salud, 2021, p. 7).

ASPECTO NORMATIVO

Pasando ahora a analizar el derecho a la alimentación adecuada desde su óptica normativa, este se encuentra receptado en diversos tratados internacionales, como ser: el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); los artículos 12 y 17 del Protocolo de San Salvador; el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención de los Derechos del Niño (artículos 24.2 y 27); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 12.2; el artículo 47.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (artículos 20 y 23); y los artículos 14 a 19 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales (Pautassi, 2012, pp. 122).

La enorme cantidad de instrumentos (generales y específicos) que se refieren a este derecho denota la importancia y la transversalidad que tiene (así como su nivel de insatisfacción). Es justamente por ello que se aborda y reafirma este derecho desde distintas ópticas

(niños, migrantes, refugiados, mujeres, etc.) para poder compeler a los Estados a adoptar medidas interdisciplinarias y continuas tendientes a lograr su plena efectividad. Como hemos indicado más arriba, el derecho a una alimentación adecuada, como todos los derechos humanos, es indivisible y está interrelacionado con otros (sean civiles o económicos, sociales y culturales) (al respecto, véase el caso de los “Niños de la Calle” — Villagrán Morales y otros— vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 1999, parágrafo 4). Por lo tanto, el pleno y máximo nivel de efectividad y goce del derecho bajo análisis también dependerá de la plena satisfacción de los otros.

LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN ADECUADA EN EL PIDESC

En este trabajo nos detendremos a analizar cómo se regula el derecho a la alimentación adecuada en el artículo 11 del PIDESC. Allí se establece que:

1. Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
2. Los Estados parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

- a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan. (PIDESC, 1966, art. 11)

Conforme surge de la cita anterior, el artículo 11 del PIDESC tiene una enorme riqueza y alcance. En efecto, además de incluir a la alimentación como uno de los elementos que integran el derecho que tiene toda persona a tener un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, reafirma que toda persona tiene el derecho fundamental a estar protegida contra el hambre. Para esto, los Estados parte deben adoptar medidas para asegurar una equitativa distribución de alimentos y para mejorar la producción, distribución y conservación de alimentos (como puede ser divulgar principios sobre nutrición). Es decir, los Estados parte tienen una obligación directa, inmediata y operativa de adoptar medidas para, entre otros aspectos, (i) mejorar los métodos de producción, distribución y conservación de alimentos, (ii) divulgar principios sobre nutrición y (iii) asegurar una distribución “equitativa” de los alimentos.

Ahora bien, para analizar el contenido del artículo previamente citado y el derecho a una alimentación adecuada es menester tener en cuenta lo que dice la Observación General. Allí, el Consejo ahonda y define el

contenido normativo del derecho a la alimentación adecuada al indicar que está integrado por: (i) “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada” y (ii) “la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos” (CESONU, 1999, punto 8). Luego, el Comité va desglosando cuál es el contenido básico del derecho y, en lo que a este trabajo respecta, aclara que por necesidades alimentarias se entiende a aquellas en las que

... el régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación. Por consiguiente, será preciso adoptar medidas para mantener, adaptar o fortalecer la diversidad del régimen y las pautas de alimentación y consumo adecuadas (...). (CESONU, 1999, punto 9).

Repárese en la última oración de esta cita, donde el Comité hace hincapié en la importancia de adoptar medidas sobre consumo adecuado y pautas de alimentación, tal como podría ser el etiquetado de alimentos.

En cuanto a las obligaciones de los Estados parte, el Comité indica que estos tienen las obligaciones de respetar, proteger y realizar (lo cual incluye la obligación de hacer efectivo y facilitar) este derecho a fin de lograr progresivamente su pleno ejercicio (puntos 14 y 15 de la Observación General). En este aspecto, es dable destacar que, si bien es claro que

el Estado tiene discrecionalidad para decidir cuál es el medio más adecuado para cumplir con las obligaciones asumidas, el Comité sí establece que, como parte de la obligación de proteger, los Estados “deben adoptar medidas adecuadas tendientes a garantizar que las actividades del sector privado y de la sociedad civil sean conformes con el derecho a la alimentación” (CESONU, 1999, punto 27).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que

...los conceptos de “adecuación” y “seguridad alimentaria” son particularmente importantes respecto al derecho a la alimentación. El primero, pone de relieve que no cualquier tipo de alimentación satisface el derecho, sino que hay factores que deben tomarse en cuenta, que hacen a la alimentación “adecuada”. El segundo concepto se relaciona con el de “sostenibilidad”, y entraña “la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras”. (Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat —nuestra tierra— vs. Argentina, 2020, párrafo 220).

Finalmente, en noviembre de 2004 la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) aprobó unas directrices voluntarias —en adelante, las “directrices”— que tienen como objetivo “proporcionar orientación práctica a los Estados respecto de sus esfuerzos por lograr la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, con objeto de alcanzar los objetivos del Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación” (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO], 2005, prólogo).

ETIQUETADO DE ALIMENTOS

de azúcar, grasas y sal. (FAO, FIDA, OPS, WFP y UNICEF, 2020, p. 38).

Finalidad e importancia

Como hemos observado en el acápite anterior, los Estados deben adoptar medidas para fortalecer las pautas de alimentación y consumo adecuadas y mejorar los métodos de producción, como puede ser mediante la publicidad de principios de nutrición. Es justamente en este marco que surgieron distintos mecanismos que buscan asegurar que el consumidor obtenga información clara respecto de los beneficios y perjuicios de los alimentos que se ofrecen en el mercado, buscando incentivar una alimentación más saludable, nutritiva y de calidad. Entre estos mecanismos, uno de los más usados es el etiquetado de alimentos. Tiene un costo relativamente bajo para lograr ese objetivo y busca cambiar la conducta de los consumidores sin prohibir el consumo de alimentos, pero brindándoles la información que deben procesar de forma simplificada y antes de tomar la decisión de consumo (Azconzábal, 2021, p. 32).

Tal como se indica,

... para garantizar una vida sana y activa a lo largo del ciclo de vida y una mayor longevidad, y para reducir la morbilidad y mortalidad por enfermedades no transmisibles (ENT), es necesario garantizar sistemas alimentarios que promuevan y permitan el acceso de toda la población a una alimentación no solo suficiente, sino saludable y que proteja la salud de los niños y adolescentes promoviendo la alimentación saludable y desincentivando el consumo y la producción de productos con altos niveles

Por lo tanto, la promoción de una alimentación adecuada sirve tanto para garantizar una vida sana y activa como para reducir las enfermedades no transmisibles (ENT)³.

En particular, como hemos mencionado, el etiquetado de alimentos aborda la arista del derecho a la información del derecho a la alimentación adecuada, permitiendo que el consumidor sepa de manera clara, específica y sencilla, cuáles son los nutrientes críticos que tiene un alimento para así tomar una decisión informada optando cuáles alimentos y productos consumir y cuáles no. En consecuencia, por medio del etiquetado de alimentos se busca fomentar una alimentación adecuada en la vida de los habitantes de un país. Esto, porque es mediante el etiquetado de alimentos que se ayuda al consumidor a evaluar distintos alimentos con base en un análisis previo ya realizado por la empresa productora y plasmado en el producto (sea porque se le informa cuáles son los nutrientes de los alimentos o porque se le muestra una evaluación de su calidad nutricional), para que este pueda elegirlo contando con información adecuada que le permita adoptar una decisión fundada.

Tal como menciona el informe indicado más arriba (FAO et al., 2020, p. 36), es sumamente preocupante el aumento de la obesidad, el sobrepeso y las muertes causadas por ENT en Latinoamérica. En efecto, allí se indica que cerca del 75 % de las muertes del 2016 (2,8 millones) fueron causadas por ENT y entre los años 2000 y 2016 el sobrepeso aumentó entre 7 y 17 puntos porcentuales, y la obesidad entre 6 y 12. Es así como, a nivel regional,

³ Azconzábal (2021) menciona que las ENT son favorecidas justamente por la alimentación no saludable, el tabaco, la inactividad física y el alcohol.

... una iniciativa de FIC4 Argentina (2019), junto con más de cien organizaciones nacionales e internacionales, ha promovido durante 2019 la implementación de un etiquetado frontal de advertencias en pos de la protección de los derechos a la información, la salud y la alimentación adecuada. (Castagnari y Bergallo, 2022, p. 28)

Claramente, a la preocupación antedicha debe indefectiblemente sumarse la grave situación económica de la región, que imposibilita la plena garantía del derecho bajo análisis. Para el año 2019 “1 de cada 3 habitantes de los países de América Latina y el Caribe, no tenía acceso a alimentos nutritivos y suficientes por falta de recursos económicos o de otro tipo” (FAO et al., 2020, p. viii). Es evidente que esta realidad fue dramáticamente profundizada por la pandemia causada por el COVID19 que afectó los hábitos alimentarios y la salud. Por lo tanto, más allá de las políticas macro y microeconómicas que pudieran realizarse dentro de los Estados parte, tanto el etiquetado frontal como la promoción de políticas para mejorar los entornos son fundamentales para prevenir el sobrepeso, la obesidad y las ENT (Fundación Interamericana del Corazón, 2021, p. 1), pues pueden mejorar el bienestar y la nutrición de la población.

Modelos de etiquetado

Actualmente, en el mundo encontramos los siguientes modelos de etiquetado de alimentos:

i. No directivo: aquí se utiliza una GDA⁵ monocromática donde no se hace una evaluación sobre la calidad nutricional de un producto y el etiquetado se limita a informar al consumidor sobre los nutrientes en porcentajes o

valores absolutos respecto a la ingesta diaria recomendada (Azconzábal, 2021, p. 33).

- ii. Directivo: en este modelo no se busca brindar una “información nutricional propiamente dicha, sino que busca destacar los productos que cumplen con criterios nutricionales específicos” (Azconzábal, 2021, p. 33) o que tienen exceso de determinados nutrientes críticos (p. ej. azúcar, sodio, etc.). Aquí hay distintas alternativas: el sistema de etiquetas sintéticas (p. ej. cerradura —usado por Suecia, Noruega y Dinamarca— y *choices programme*, que incluye un logotipo positivo en el envase [Secretaría de Gobierno de Salud, 2018, p. 16]), el de resumen (p. ej. los sistemas de estrellas —o *health star rating*— utilizados por Australia y Nueva Zelanda) y el de advertencia/sello (Chile fue pionero en este tipo de etiquetado). Cabe aclarar que en la alternativa de resumen la información se expresa con una letra y un color conforme el puntaje que se le otorga al valor nutricional general de un producto determinado, y en la alternativa de advertencia se utiliza uno/varios sellos para informar al consumidor que el producto contiene nutrientes críticos en exceso (Fundación Interamericana del Corazón, 2021, p. 2).
- iii. Semidirectivo: finalmente, este modelo busca ayudar a clasificar un producto en virtud del contenido de nutrientes que posee (Azconzábal, 2021, p. 33). Este modelo tiene dos alternativas: (i) GDA con colores o (ii) semáforo (utilizado en Gran Bretaña). Mientras que en el primero se informa mediante un código de colores cuál es el contenido alto/medio/bajo para cada nutriente crítico por porción de un producto (Fundación Interamericana del Corazón, 2021, p. 2), en

⁴ Esta sigla significa “Fundación Interamericana del Corazón”, de Argentina.

⁵ Esta sigla significa “guideline daily amount”, es decir, una guía de cantidad diaria de alimento.

el modelo de semáforo se brinda “información nutricional del porcentaje de ingesta de referencia, al mismo tiempo que usa un tipo de advertencia a través de los colores del semáforo” (Azconzábal, 2021, p. 40) para informar el nivel alto, medio o bajo de nutrientes críticos que tiene.

LA LEY DE ETIQUETADO DE ARGENTINA

En nuestro país, al momento de legislar respecto al etiquetado de alimentos, se optó por el modelo directivo y, en particular, el de sellos/advertencia que destaca aquellos alimentos que tienen nutrientes en cantidades críticas. Se entiende que es el modelo que brinda información de manera clara y evita contradicciones —como podría ocurrir en el sistema semidirectivo de semáforo— (Graciano, 2018, p. 57). Algo destacable es que, de los países sudamericanos, Argentina es el que más cantidad de advertencias incluye, lo que lo torna el más exigente en estos términos (Marichal, 2022, p. 55).

Antecedentes

Previo al dictado de la ley de etiquetado, en el país no existía un mecanismo de etiquetado que obligara a las empresas a incluir en sus productos información precisa sobre determinados nutrientes con miras a prevenir enfermedades crónicas no transmisibles y a fomentar una alimentación adecuada. De esta forma, lo único que existía al respecto eran normas sobre rotulación y publicidad de los alimentos conforme el capítulo V del Código Alimentario Argentino (Ley 18284, del 28 de julio de 1969), que, cabe aclarar, incluía también normativa sobre rotulado del Mercosur. En efecto, el capítulo V del Código Alimentario Argentino incorporaba la Resolución Grupo Mercado Común 26, del año

2003 —Reglamento Técnico Mercosur para Rotulación de Alimentos Envasados— y la Resolución Grupo Mercado Común 46 del año 2003 —Reglamento Técnico Mercosur sobre el Rotulado Nutricional de Alimentos Envasados—. Ahora bien, todas estas disposiciones son “de contenido higiénico sanitario, bromatológico y de identificación comercial y, por lo tanto, no incluyen una perspectiva de prevención de enfermedades crónicas no transmisibles” (Allemandi et al., 2018, p. 645). Además, aunque sin mayores consecuencias materiales, en el año 2016 se creó el Programa Nacional de Alimentación Saludable y Prevención de la Obesidad —Resolución 732— (Ministerio de Salud, 2016).

El mayor problema que tenía la situación previa al dictado de la ley de etiquetado era que la información obligatoria coexistía con mensajes dispuestos discrecionalmente por las empresas, lo que hacía que la información brindada al consumidor fuera confusa (p. ej., muchas veces se destacaban algunos nutrientes o ingredientes y se ocultaban otros, que eran menos “sanos”). Además, no existía normativa que regulara las acciones de *marketing* de alimentos no saludables (Secretaría de Gobierno de Salud, 2018, p. 12). Algo no menor para tener en cuenta es que, para esa época, en Argentina un 60 % de los adultos y un 40 % de los niños tenían sobrepeso, siendo el país de Latinoamérica con los índices de obesidad más elevados —incluyendo la infantil pues un 7,3 % de los niños menores de cinco años eran obesos— (Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación, visita a la Argentina, 2019, p. 12). Todo esto demostraba la urgencia de tomar medidas en este sentido.

Entrada en vigor de la ley de etiquetado

La ley de etiquetado dispuso un plazo máximo de 180 días desde su entrada en vi-

gor para que se cumplieran con sus disposiciones (conf. art. 19). Este plazo podía ser prorrogado “en caso de que el sujeto obligado pueda justificar motivos pertinentes, una prórroga de ciento ochenta (180) días” (conf. art. 20). Cabe aclarar que hay un tratamiento especial para las micro, pequeñas y medianas empresas del tramo 1 (conf. Ley 25300), las cooperativas en el marco de la economía popular y los proveedores de productos del sector de la agricultura familiar (conf. art. 5 de la Ley 27118), pues estas pueden exceder el plazo de 180 días en “un plazo no mayor a los doce (12) meses de entrada en vigencia” y también tienen la posibilidad de solicitar la prórroga de dicho plazo ante la justificación de motivos pertinentes (conf. art. 19).

Así, si bien el 20 de agosto de 2022 se cumplieron los 180 días antedichos, diversas empresas solicitaron prórrogas. Según se informa, el 16 de febrero de 2023 venció la prórroga requerida por la mayoría de los fabricantes; no obstante, es probable que muchos envases todavía no muestren los octógonos hasta tanto no se agote el *stock* de los productos fabricados antes de la entrada en vigor de la ley (*Infobae*, 2023; Iglesias, 2023).

Objeto. Sujetos obligados. Sellos de advertencia

Como bien surge del artículo 1 de la Ley 27642 (ley de etiquetado), mediante esta norma se busca garantizar el derecho a la salud y a una alimentación adecuada al brindar “información nutricional simple y comprensible de los alimentos envasados y bebidas analcohólicas, para promover la toma de decisiones

asertivas y activas, y resguardar los derechos de las consumidoras y los consumidores” (art. 1 inc. a de la Ley 27642) y promover la prevención de la malnutrición y reducir las llamadas ENT en la población.

En cuanto a los sujetos obligados, se adopta un criterio amplio (similar a la responsabilidad solidaria de toda la cadena de comercialización dispuesta en el ámbito de consumo ante daños al consumidor). Así, se incluye a

todas las personas, humanas o jurídicas, que fabriquen, produzcan, elaboren, fraccionen, envasen, encomienden envasar o fabricar, distribuyan, comercialicen, importen, que hayan puesto su marca o integren la cadena de comercialización de alimentos y bebidas analcohólicas de consumo humano, en todo el territorio de la República Argentina. (Ley 27642, art. 3).

En cuanto al sello de advertencia en sí, las pautas con las especificaciones técnicas se detallan en el anexo II del Decreto Reglamentario 151, del año 2022 (Poder Ejecutivo Nacional, 2022). Principalmente, el sello de advertencia es un octógono de color negro y con borde y letras mayúsculas de color blanco, de un tamaño no inferior al 5 % de la superficie de la cara principal del producto⁶ y no puede cubrirse parcial o totalmente con otros elementos (Ley 27642, art. 5¹). Cabe aclarar que aquellos productos donde la cara principal sea igual o menor a 10 cm² se utilizará un microsello que ocupará el 15 % del área de la cara principal.

Por su parte, el artículo 4 establece que el/ los sellos deberán incluirse en la cara principal de los envases de alimentos y bebidas analco-

⁶ Según el Anexo II del Decreto Reglamentario 151/2022 se entiende por cara principal a “la parte de la rotulación donde se consigna en sus formas más relevantes la denominación de venta, y la marca o el logo, si los hubiese y/o la cara principal visible al consumidor sin que este necesite recoger el producto de su lugar de despliegue”.

hólicas envasadas en ausencia del consumidor que tengan la misma o superior composición final a los límites y condiciones dispuestos por el art. 6 del Decreto Reglamentario 151/2022. En cuanto a los sellos que deberán incorporarse en el producto, según corresponda, son: "exceso en azúcares", "exceso en sodio", "exceso en grasas saturadas", "exceso en grasas totales", y "exceso en calorías". Asimismo, cuando el producto contiene edulcorante o cafeína, debe incluirse una leyenda precautoria ("contiene edulcorantes, no recomendable en niños/as" y "contiene cafeína, evitar en niños/as"). Algo para tener en cuenta es que el sello de advertencia debe incluirse no solo en el producto sino también en "cajas, cajones, y cualquier otro tipo de empaquetado que contenga los productos en cuestión" (Ley 27642, art. 4).

Finalmente, las violaciones a la ley de etiquetado serán sancionadas conforme el Decreto de Necesidad y Urgencia 274/19 de Lealtad Comercial. Por lo tanto, conforme el art. 57 de la mencionada normativa, se establece que las sanciones que pueden aplicarse independiente o conjuntamente son:

- a) Apercibimiento. b) Multa por un monto equivalente a entre UNO (1) y DIEZ MILLO- NES (10.000.000) de Unidades Móviles. (...)
- c) Suspensión del Registro Nacional de Proveedores del Estado por hasta CINCO (5) años. d) Pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de los que gozare. e) Clausura del establecimiento por un plazo de hasta TREINTA (30) días. (Poder Ejecutivo Nacional, 2019)

Especial atención y protección de grupos vulnerables

Algo para tener en cuenta es que muchas veces la demanda de alimentos es creada por

la misma oferta alimentaria que segmenta el mercado en categorías (como ser, por la edad) y que mediante la publicidad busca captarla. Patricia Aguirre (2011) así lo explica:

La máxima segmentación se verifica en el "mercado de los pobres" (segundas marcas con menor calidad, envase pequeño y menor precio) y el mercado gourmet (productos con alto valor agregado y fuerte diferenciación). También las preparaciones reflejan la distribución desigual de la riqueza y llegan a la mesa en forma de platos: para los pobres comidas de olla (colectivas), para los ricos preparaciones individuales "emplatadas" para cada comensal. (Aguirre, 2011, p. 6).

Por su parte, cuando hablamos y abordamos la inseguridad alimentaria debe prestarse especialmente atención a los grupos vulnerables, como son especialmente los niños, los adultos mayores, los pueblos indígenas, las personas discapacitadas, o las minorías étnicas, entre otros (FAO, 2006, p. 19).

En el caso de la ley de etiquetado, el legislador en una decisión muy acertada no solo establece la obligación de incluir sellos de advertencia cuando estamos ante alimentos "críticos" (lo cual permite proteger a todos los consumidores), sino que va más allá e incorpora previsiones específicas respecto a publicidad y hábitos de alimentación adecuada con especial énfasis en la protección de un grupo vulnerable como son los niños, las niñas y los adolescentes. Esta decisión puede fundarse en la alarmante estadística que indica que en el año 2021 el 13,6 % de los niños y las niñas menores de 5 años y el 41,1 % de entre 5 y 17 años de edad tenía exceso de peso (Fundación Interamericana del Corazón, 2021, p. 1). Al respecto, Solans (2018) señala:

Los recursos publicitarios de estos productos ultraprocesados, omnipresentes en la vida cotidiana de todos y especialmente de niños y niñas —a quienes se dirigen explícitamente—, constituyen una publicidad agresiva o predatoria que intenta alcanzar la atención de niños y niñas apelando al juego y a la diversión. Asimismo, pueden ser considerados publicidad desleal, ya que buscan dar una imagen de alimentos adecuados, cuando en realidad son inadecuados, por contener alguno de los nutrientes críticos en exceso. (Solans, 2018, p. 95)

En cuanto a hábitos alimentarios, por un lado se encomienda al Consejo Federal de Educación la promoción de actividades que alerten sobre los efectos nocivos de la alimentación inadecuada y contribuyan al desarrollo de hábitos de alimentación adecuada y, por el otro, se prohíbe el ofrecimiento, comercialización, publicidad, promoción o patrocinio de alimentos y bebidas analcohólicas que contengan al menos un sello de advertencia en los establecimientos educativos de nivel inicial, primario y secundario (artículos 11 y 12 de la Ley 27642, o ley de etiquetado). Respecto a la publicidad, directamente se prohíbe “toda forma de publicidad, promoción y patrocinio de los alimentos y bebidas analcohólicas envasados, que contengan al menos un (1) sello de advertencia, que esté dirigida especialmente a niños, niñas y adolescentes” (artículo 10 de la ley de etiquetado)⁷. En los demás casos, se prohíbe destacar cualidades positivas o nutritivas de los productos para evitar que se produzca confusión en el consumidor; asimismo, no

puede realizarse promoción o entrega a título gratuito, y cada vez que se exponga el envase del producto deben mostrarse o enunciarse todos los sellos de advertencia del producto. En adición, se prohíbe la inclusión de personajes infantiles, dibujos animados, celebridades, la entrega o promesa de entrega de premios (entre otras acciones que busquen incitar, promover o fomentar la compra o el consumo) cuando el producto tenga al menos una leyenda precautoria o sello de advertencia. Como puede observarse, reconociendo la necesidad de prestar especial atención a los grupos vulnerables, el legislador regula un aspecto de la oferta alimentaria como es la publicidad. Con esto busca asegurar que la información que reciba el consumidor (en especial, aquellos grupos más vulnerables como pueden ser los niños y los adultos mayores) sea lo más clara posible, buscando que la decisión de consumir un alimento (o no) sea lo más libre posible y así minimizar el riesgo de engaño y de captación involuntaria.

LA ALIMENTACIÓN ADECUADA EN ARGENTINA

En este acápite analizaremos en qué situación se encuentra Argentina respecto a los estándares internacionales en la materia. Como observamos, previo al dictado de la Ley 27642 la Argentina estaba lejos de cumplir dichos estándares, tanto por la falta de información como por la falta de políticas o normativa adecuada. Ahora bien, sería ingenuo pensar que solo con una norma puede solucionarse y alcanzarse la plena efectividad del derecho a la alimentación

⁷ Cabe aclarar que aquellas publicidades o promociones de alimentos y bebidas analcohólicas envasados que contengan al menos un sello de advertencia se rige por la Disposición 6924/2022 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica que es el órgano que fiscaliza y controla las “publicidades, promoción y/o patrocinio dirigido al público y difundido en medios masivos tradicionales y digitales” (art. 10 del Decreto 151/2022).

adecuada, pues es claro que para lograrlo se requiere abordar muchas problemáticas desde distintos frentes (salud, pobreza, vivienda, etc.). Así, de acuerdo con Aguirre (s.f.), en la Argentina —como en el mundo— vemos que

... la alimentación está en crisis no porque haya problemas en un área sino porque se presentan en las tres esferas simultáneamente. Respecto de la producción estamos al borde de una crisis de sustentabilidad, respecto de la distribución enfrentamos una crisis de equidad y desde el punto de vista del consumo sufrimos silenciosamente una crisis de comensalidad. (Aguirre, s.f., p. 1).

Para que haya seguridad alimentaria deben reunirse cinco condiciones: (i) suficiencia, (ii) estabilidad, (iii) autonomía, (iv) sustentabilidad y (v) equidad; sin embargo, en nuestro país,

... al igual que en el mundo, las tres primeras están aseguradas mientras que la sustentabilidad esta cuestionada, habida cuenta del agotamiento de las pesquerías como el reciente colapso de la merluza hubsi, la pérdida de bosques y humedales, la contaminación de los acuíferos con agroquímicos y las denuncias por degradación de suelos ante la aplicación del paquete tecnológico que acompaña la soja. Mientras que la equidad, es decir, que toda la población, y sobre todo los más pobres, tengan acceso a una alimen-

tación socialmente aceptable, variada y suficiente para desarrollar su vida, es una meta a lograr. (Aguirre, 2004, p. 24).

La relatora especial del derecho a la alimentación, al hacer una visita a Argentina, menciona que se encontró con “una falta de fuentes o datos oficiales actualizados que brinden información confiable sobre el hambre y la pobreza en los últimos diez años” (Informe de la Relatora Especial..., 2019, p. 3). Esto, lamentablemente, es algo que se visualiza en la mayoría de los Estados miembros del PIDESC, pues el Consejo en la Observación General también menciona esta preocupación en el punto 2 al indicar que “pocos Estados parte brindaron información precisa y suficiente[,] tan solo unos pocos Estados parte han proporcionado información” (CESONU, 1999).

En cuanto al etiquetado y la información que el consumidor recibía de un producto alimentario (aspecto abordado por la ley de etiquetado), la relatora indica que la regulación del etiquetado alimentario e información nutricional y de salud era inadecuada y no cumplía con los estándares internacionales (Informe de la Relatora Especial..., 2019, p. 13), no había regulación ni restricción específica sobre publicidades de alimentos y bebidas dirigidas a niños y tampoco se aplicaba efectivamente la reglamentación del contenido de publicidad para abordar problemas de deficiente nutrición y obesidad⁸.

⁸ Así, en el Informe de la Relatora Especial (2019, p. 13) se recuerda que “[l]a Ley 26522 de servicios de comunicación audiovisual establece las reglas, principios y autoridades que se necesitan para poder contar con un marco regulatorio de protección para niños y adolescentes en cuanto a la publicidad de productos no saludables. Por otro lado, la Ley 24240 de defensa del consumidor establece la obligación de proporcionar información precisa, y la Ley 22802 de lealtad comercial regula la publicidad engañosa. Además, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, en su disposición 4980/05 establece que al publicitar productos “no deben vulnerarse los intereses de salud pública”. [pero] No hay normas específicas en relación con las publicidades de alimentos y bebidas dirigidas a los niños, ni tampoco restricciones en relación con los criterios nutricionales. Los niños menores de 12 años se encuentran expuestos a más de 60 anuncios de productos con bajo valor nutricional, que se difunden principalmente en los programas o canales dirigidos específicamente a este grupo etario”.

En conclusión, podemos decir que el dictado de la ley de etiquetado implicó la adopción de una medida legislativa concreta de Argentina con miras a solucionar un aspecto del derecho a la alimentación adecuada. Es decir, implicó un gran avance en la materia que acercó a nuestro país a los estándares internacionales en cuanto a la información de los productos alimentarios. Sin perjuicio de esto, para cumplir con todos los estándares internacionales y lograr el pleno ejercicio del derecho a la alimentación adecuada (como lo dispone la Observación General) se requiere de una política alimentaria interdisciplinaria que aborde “procesos ecológicos, tecnológicos, económicos, nutricionales, sociales y culturales” (Aguirre, s.f., p. 1) y satisfacer los cinco ámbitos de acción, a saber: “promoción y capacitación, información y evaluación, legislación y responsabilidad, estrategia y coordinación [e] indicadores y seguimiento” (FAO, 2006, p. 12).

En cuanto a las críticas que pueden hacerse a la ley de etiquetado, en primer lugar cabe mencionar que esta solo alcanza una arista de este derecho (la del etiquetado y, en parte, la de la publicidad y hábitos alimentarios con especial énfasis en grupos vulnerables). En este aspecto debe recordarse que el “derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos” (CESONU, 1999, punto 6).

En segundo lugar, la ley de etiquetado solo regula aquellos alimentos envasados en ausencia del consumidor (salvo azúcar común, aceites vegetales, frutos secos y sal común de mesa —art. 7 de la ley de etiquetado—) y be-

bidas alcohólicas. Por lo tanto, esta ley no es holística, pues excluye los alimentos que son envasados en presencia del consumidor (p. ej., comida rápida) y las bebidas alcohólicas cuya regulación y abordaje también preocupa y debería atenderse para fomentar y lograr una alimentación adecuada.

En tercer lugar, el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende a su vez

... la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos. (CESONU, 1999, parágrafo 8)

En este punto, tomando a las Directrices como lineamiento para los estándares internacionales de este derecho, podemos observar que Argentina no cumple con ellos, y es un desafío pues debe adoptar políticas de desarrollo económico, acceso a recursos y bienes, el apoyo a los grupos vulnerables y lograr una equidad de género⁹. En efecto, actualmente se observa que, en vez de decrecer, la prevalencia de la subalimentación ha aumentado en más del 1 % de la prevalencia y tomando en millones de personas hubo un aumento del 0,2 entre los años 20162018 y 20172019 (FAO et al., 2020, p. 8). Lo mismo ocurre con la prevalencia de la inseguridad alimentaria, pues la subalimentación aumentó casi un 2 % (FAO et al., 2020, p. 15). Como se indica en el informe de la relatora, nuestro país tiene la “superficie

⁹ Tal como se indica en el artículo de “Indicadores de progreso...”, “el derecho a la alimentación adecuada debe también ser implementado por los Estados, al igual que todos los derechos, teniendo en cuenta una perspectiva de género” (Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, 2015).

cultivada suficiente para alimentar a su población” (Informe de la Relatora Especial..., 2019, p. 5) pero el 60 % está dedicada al cultivo de soja, de la cual solo el 2 % es consumida por la población y el resto es exportada. Además, en América Latina en el año 2019 casi 20 millones más de mujeres que de hombres fueron afectadas con la prevalencia de inseguridad alimentaria moderada o grave —25,7 % en hombres, contra el 32,4 % en mujeres— (FAO et al., 2020, p. 16), cifras que demuestran la inequidad de género en este aspecto. Finalmente, la dieta en Argentina es bastante monótona al concentrarse “en tres alimentos básicos principales: carne, leche y pan” (Informe de la Relatora Especial..., 2019, p. 12).

En cuarto lugar, no podemos olvidar que

... el concepto de acceso a recursos está íntimamente ligado al de la nutrición. Cuando se fragmenta la política pública enfocándola solo en la nutrición y se desatiende el acceso a recursos productivos o cuando las políticas públicas solo se enfocan en lo productivo, olvidando la necesidad de una diversidad nutricional, se afectan tanto la dimensión social como cultural de este derecho. (Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, 2015, p. 96)

Aquí, nuevamente Argentina dista de estar a la altura de los estándares internacionales, pues como vimos *ut supra* el sobrepeso infantil sigue en aumento. En la zona norte de Argentina “se evidencia una concentración de territorios altamente rezagados por desnutrición” (FAO et al., 2020, p. 53) y según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de Argentina, para el segundo semestre del año 2022 el 39,2 % de la población estaba por debajo de la línea de pobreza (Instituto Nacional de Estadística y Censos [INDEC], s.f.) y a nivel

nacional la variación porcentual interanual de los precios al consumidor (parámetro usado para medir la inflación) fue de un 138,3 % (INDEC, 2023, p. 3).

Finalmente, a todo lo anterior se suma que todavía resta observar cuál va a ser la implementación, fiscalización y control efectivo de la ley de etiquetado. Esto, para confirmar que realmente se esté buscando avanzar progresivamente en el pleno ejercicio del derecho a la alimentación adecuada y no que quedará solo en una expresión de deseo y buenas intenciones. Así,

... la vigilancia del cumplimiento de sus disposiciones será una tarea adicional para los grupos activistas que movilizaron el debate parlamentario. La efectiva aplicación también depende de la fiscalización en fábrica y en góndola, y de la determinación y aplicación de las sanciones en caso de detectar su incumplimiento. (Marichal, 2022, p. 62).

CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo hemos buscado analizar el derecho a la alimentación, deteniéndonos en una de sus aristas —la del etiquetado— para luego analizar en qué situación se encuentra Argentina respecto a los estándares internacionales de la alimentación adecuada.

Tal como lo indica el Comité, el derecho a la alimentación adecuada está vinculado inseparablemente a la dignidad de las personas y es indispensable para el goce de otros derechos humanos (CESONU, 1999, punto 4). Por su parte, “todos los derechos humanos se encuentran interconectados, y (...) el derecho a la alimentación no puede lograrse sin el derecho a vivienda, educación y salud adecuados para todos, incluidos los migrantes, los pueblos in-

dígenas, los campesinos, los niños y los adultos mayores” (Informe de la Relatora Especial..., 2019, p. 3). Así, es claro que la pobreza tiene una íntima vinculación con el efectivo goce del derecho a la alimentación, pues

...la disminución del poder adquisitivo de los hogares afecta a la calidad de las dietas de los grupos de población con menos ingresos, ya que perjudica la demanda de productos sanos y nutritivos, considerados más caros, y se favorece la de productos más baratos, que suelen tener un alto contenido en calorías, azúcares, grasas y sal, perjudiciales para la salud. (FAO y CEPAL, como se cita en FAO et al., 2020, p. 34)

En este punto, a nivel regional se observa que, en 2019, uno de cada tres habitantes de Latinoamérica y el Caribe no tenía acceso a alimentos nutritivos y suficientes por falta de recursos económicos o de otro tipo (FAO et al., 2020, p. viii). Por su parte, como indicamos arriba, los niveles de inflación y de pobreza de la región y de Argentina son alarmantes.

Por lo tanto, es claro que hasta tanto Argentina no baje los niveles inflacionarios, de inestabilidad económica y social, informalidad laboral y de pobreza que lamentablemente hoy tiene, no podremos afirmar que el derecho a la alimentación adecuada cumple con los estándares internacionales. Podemos entonces afirmar que, mientras haya pobreza (especialmente teniendo en cuenta la interrelación que tienen todos los derechos humanos) no podrá hablarse de una plena vigencia y garantía de un derecho a la alimentación adecuada, pues “(...) la no realización de los derechos humanos no solo suele ser fruto de la pobreza sino también una de sus principales causas, lo cual implica que es vital esforzarse por realizar estos derechos para luchar contra la pobreza” (FAO, 2006,

p. 10). Es así que la garantía de una alimentación adecuada presenta una enorme dificultad ante un contexto de crisis, vulnerabilidad social e inseguridad alimentaria como la que vive Argentina. En consecuencia, su plena y efectiva realización requiere no solo medidas regulatorias de carácter normativo (como es la ley de etiquetado) sino que también exige políticas públicas concretas, continuas, intensas, claras e interdisciplinarias que permitan disminuir la inseguridad alimentaria y la pobreza (p. ej., incluir impuestos selectivos, ampliar los alimentos que deben incluir etiquetado, tomar medidas para asegurar el acceso y la adecuada distribución de tierra, fomentar huertas, autocultivos y diversidad alimenticia, designar al defensor del pueblo, entre otras medidas). Además de esto, también se requiere que todos los actores que intervienen y actúan en esta temática (como ser asociaciones civiles, científicas y profesionales, la academia, etc.) se involucren (Graciano, 2018, p. 103). El norte para seguir es:

... alimentación suficiente (aquella [que] permite satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación); adecuada (alimentos acordes a las condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y de otro tipo imperantes en un espacio y en un tiempo determinado); sostenible (que posibilite el acceso a los alimentos de las generaciones presentes y futuras); inocua (los alimentos deben carecer de sustancias nocivas); que respete las culturas; disponible (que el individuo pueda alimentarse directamente, explotando la tierra u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente); accesible económicamente (los costos personales o familiares asocia-

dos con la adquisición de los alimentos necesarios deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas); y accesible físicamente en todo momento y circunstancia. (Cenicacelaya, 2020)

Por lo tanto, podemos afirmar que nuestro país todavía tiene un camino para recorrer y debe realizar acciones concretas, sostenidas, generales e interdisciplinarias para llegar a cumplir con los parámetros de disponibilidad, accesibilidad, adecuación, sostenibilidad, y aspectos institucionales. No obstante, celebramos el dictado de la Ley 27642 de Promoción de la Alimentación Saludable o ley de etiquetado, pues fue un gran avance en la materia. Justamente, gracias a la ley de etiquetado finalmente se incorpora regulación específica respecto a grupos vulnerables, se establecen pautas para que los establecimientos educativos promuevan una alimentación adecuada y se establecen reglas claras respecto al etiquetado de determinados alimentos mediante un método directivo. Basta reparar el impacto que ya tuvo esta medida regulatoria, pues se estima que “4 de cada 10 consumidores cambiaron alguna marca o producto; sin embargo, la proporción que piensa en reducir frecuencia de compra o volumen escala al doble” (Muscatelli, 2023).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Aguirre, P. (2011). *Consecuencias del ajuste en la alimentación*. https://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/aguirre_patricia_consecuencias_del_ajuste_en_la_alimentacion_.%202011-%20%20Consecuencias%20del%20ajuste%20en%20

[la%20alimentacion.pdf](https://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/aguirre_ricos-flacos-y-gordos-pobres.pdf).

——— (2004). *Ricos flacos y gordos pobres. La alimentación en crisis*. Editorial Capital Intelectual. <https://sociologia1unpsjb.files.wordpress.com/2008/03/aguirre-ricos-flacos-y-gordos-pobres.pdf>.

——— (s.f). *La seguridad alimentaria*. <http://www.assal.gov.ar/bitacoradelaalimentacion/bibliografia/Seguridad%20Alimentaria%20Patricia%20Aguirre.pdf>.

Allemandi, L.; Tiscornia, M. V. et al. (2018). Etiquetado frontal de productos alimenticios en Argentina. *Salud Colectiva, Universidad Nacional de Lanús*, 14(3). <https://doi.org/10.18294/sc.2018.2048>.

Azconzábal, A. C. (2021). *Ley de etiquetado frontal de alimentos: tan necesaria como desafiante*. [Tesis de grado, Abogacía]. Universidad de San Andrés. <http://hdl.handle.net/10908/18796>

Castagnari, V. y Bergallo, P. (2022). Etiquetado frontal de alimentos en Argentina: El camino a seguir. En *Derecho a la alimentación adecuada en América Latina y el Caribe* (pp. 2772). Eudeba. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/196119/CONICET_Digital_Nro.d20897d5-2383-4451-8e37-b814c65a0129_B.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Cenicacelaya, M. de las N. (2020). *Hambre y alimentación: un enfoque de derechos humanos*. SAIJ. <http://www.saij.gob.ar/maria-nieves-cenicacelaya-hambre-alimentacion-enfoque-derechos-humanos-dacf200177-2020-08-20/123456789-0abc-defg7710-02fcanirtcod?q=fecha-rango%3A%5B20200310>

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (1999). Observación General 12.

Graciano, A. (2018). *Desafíos pendientes para el cumplimiento del derecho a la alimentación adecuada*. [Exposición] Jornada Derecho

- a una Alimentación Adecuada. Salón San Martín de la Legislatura CABA.
https://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/2018_Cuadernillo_JornadaAlimentacion_MPT.pdf
- FAO, FIDA, OPS, WFP y UNICEF. (2020). *Panorama de la seguridad alimentaria y nutrición en América Latina y el Caribe 2020*. <https://doi.org/10.4060/cb2242es>.
- Fundación Interamericana del Corazón. (2021). *Políticas para promover un etiquetado frontal en alimentos y bebidas: recomendaciones para Argentina*. https://www.ficargentina.org/wp-content/uploads/2021/03/2103_policy_fop.pdf.
- Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador. (2015). *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el protocolo de San Salvador*. Organización de los Estados Americanos.
- Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación, Visita a la Argentina. (2019). Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. <https://www.ficargentina.org/investigaciones/informe-de-la-relatora-especial-sobre-el-derecho-a-la-alimentacion/>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). (2023). Índice de precios al consumidor (IPC). *Informes técnicos*, 7(215). https://www.indec.gob.ar/uploads/informes-deprensa/ipc_10_2365B9BAB45D.pdf.
- Marichal, M. E. ((julio-diciembre 2022). Etiquetado frontal de alimentos. Una sutura en el fragmentado ordenamiento de la seguridad alimentaria. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 12(2)4768. FCEyJ (UNLPam) y EdUNLPam. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/201469>.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). (2011). *La Seguridad Alimentaria: información para la toma de decisiones*. <https://www.fao.org/3/al936s/al936s00.pdf>
- (2006). *El derecho a la alimentación en la práctica. Aplicación a nivel nacional*. <https://www.fao.org/3/ah189s/ah189s.pdf>
- (2005). *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. <https://www.fao.org/3/y7937s/Y7937S00.htm>
- Organización Mundial de la Salud. (2021). *Plan de acción para desarrollar e implementar licitaciones de alimentos y políticas de servicios para una dieta saludable*. <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/338525/9789240018341-eng.pdf>
- Pautassi, L. (2012). La alimentación desde un enfoque de derechos. Problemas persistentes, oportunidades emergentes. En *Respuestas estatales en torno a la Alimentación y al cuidado. Los casos de los programas de transferencias condicionadas de ingreso y el Plan de Seguridad Alimentaria en Argentina* (pp. 122). Observatorio Derecho a la Alimentación (FAO) Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. Gioja, Facultad de Derecho (UBA).
- Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA). (2023). *Informe las enfermedades no transmisibles y los derechos humanos en las Américas*. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/REDESCA_enfermedades_NoTransmisibles_DDHH_SPA.pdf
- Secretaría de Gobierno de Salud. (2018). *Etiquetado frontal de alimentos*. Editorial Ministerio de Salud y Desarrollo Social, Presidencia de la Nación. https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-01/0000001380cnt-2019-06_etiquetado-nutricional-frontal-alimentos.pdf
- Solans, A. (2018). *Diversión ultra-procesada: productos alimenticios dirigidos a niños y niñas en supermercados de Argentina*. [Exposición] Jornada Derecho a una Alimentación

Adecuada. Salón San Martín de la Legislatura CABA. https://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/2018_Cuadernillo_JornadaAli-mentacion_MPT.pdf

Jurisprudencia

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de febrero de 2020). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf.

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de noviembre 1999). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.

Legislación

Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. (30 de agosto de 2022). Disposición 6924. Boletín Oficial 34993. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=370608>

Capítulo V en Ley 18284, por la cual se sanciona el Código Alimentario Argentino. (28 de julio de 1969). Boletín Oficial 21732. <https://www.argentina.gob.ar/anmat/codi-goalimentario>.

Ley 27642 de 2021, por la cual se sanciona la Promoción de la Alimentación Saludable. (12 de noviembre de 2021). Boletín Oficial 34792. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=356607>

Ministerio de Salud. (9 de junio de 2016). Resolución 732. Boletín Oficial 33396. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane-xos/260000-264999/262537/norma.htm>

Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacio-

nal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Poder Ejecutivo Nacional. (23 de marzo, 2022). Decreto Reglamentario 151. Boletín Oficial 34886. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=362577>

——— (22 de abril, 2019). Decreto de Necesidad y Urgencia 274. Boletín Oficial 34098. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=322236>

Artículos periodísticos y sitios de Internet

Iglesias, A. (6 de marzo, 2023). *Así se verán las Zucaritas sin el tigre y el Nesquik sin el conejo por la Ley de etiquetado Frontal*. <https://www.msn.com/es-ar/noticias/other/as%C3%AD-se-ver%C3%A1n-las-zucaritas-sin-el-tigre-y-el-nesquik-sin-el-conejo-por-la-ley-de-etiquetado-frontal/ar-AA18ishb?ocid=entnewsntp&cvid=6deebc164e414636e4de6e32ba9c4a5f&ei=14>.

Infobae (10 de febrero, 2023). *Ley de etiquetado frontal: cuenta regresiva para que más alimentos exhiban los sellos negros en el envase*. <https://www.infobae.com/salud/2023/02/10/ley-de-etiquetado-frontal-cuenta-regresiva-para-que-mas-alimentos-exhiban-los-sellos-negros-en-el-envase/>.

Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). (s.f.). *Datos de pobreza*. <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-46>.

Muscatelli, N. (8 de junio, 2023). *Etiquetado frontal: 4 de cada 10 consumidores dice que dejó de comprar un producto*. *Clarín*. https://www.clarin.com/economia/etiquetado-frontal-4-10-consumidores-dice-dejo-comprar-producto_0_PguQmK2ekp.html.

María Julieta Sarmiento Peretti

Perfil académico y profesional: Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Ha desarrollado su actividad profesional en estudios jurídicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en las áreas de TMT (telecomunicaciones, medios y tecnología), derecho administrativo, derecho del consumo y lealtad comercial. Actualmente se desempeña como abogada en el Ministerio Público de la Provincia de Salta.
juli.sarmientop@gmail.com
Identificador ORCID: 0009-0002-4278-7430.

