

PENSAMIENTO JURÍDICO

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Católica de Santa Fe

Nº 6



UCSF

Universidad Católica
de Santa Fe

Pensamiento Jurídico

Número 6

UCSF
Universidad Católica
de Santa Fe

**Revista Pensamiento Jurídico
de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Católica de Santa Fe**

Director de la Revista

Dr. Luis Olaguibe

Secretarios

Dr. Esteban Romero

Dr. Esteban Piva

Comité Editorial

Dr. Adolfo Alvarado Velloso

Dr. Francisco Alberto Magín Ferrer

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Dra. María Marta Didier

Dra. Ana María Bonet

Dr. Carlos Federico Marcolín

Mgtr. Horacio R. Alesandria

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Decana: Dra. Zully Degano

Vicedecano: Lic. Magín Ramón Ferrer

Secretaria Académica: Dra. María Alejandra Peresutti

Secretario de Ciencia, Técnica y Extensión:

Dr. Darío Edgardo Miguel

ISSN edición impresa: 1667-8664

ISSN edición digital: en trámite

DOI: 10.59318/RPJ_2023.06.00.0254

© Universidad Católica de Santa Fe, 2023

Echagüe 7151, Santa Fe (S3004JBS), República Argentina

Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin previa autorización por escrito.

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Índice

Presentación	9
El derecho a la vida del niño por nacer en el derecho comparado, María Alejandra Peresutti	11
¿Es necesaria una reforma integral del Código Penal Argentino?, Leandro Lazzarini	47
Estado actual del derecho ambiental santafesino en materia de cambio climático, biodiversidad y agroecología, Xiomara Imhoff, Camila Paviotti, María del Rosario Trucco, Rafael Colombo y M. Valeria Berros	57
Criterios de validez jurídica en la argumentación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Materia Ambiental, Víctor Gustavo Hadad	97
Insolvencia internacional: situación actual de Argentina en su Derecho de la Integración Regional, Alexis Matías Marega	127
La comunicación No Verbal como elemento de valoración de la prueba testimonial en el Sistema Acusatorio Adversarial, Pablo A. Micheletti	149
La Cooperación Jurídica Penal Internacional en el Mercosur y la Unión Europea, Martín Alejandro Rau	165
Reflexiones en torno a la identidad latinoamericana, Hugo Daniel Ramos	187
Superincendios y Derecho Penal, Juan Manuel Díaz	213
Reflexiones en torno a "How Democracies Die" de Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, Barreiro, Rojas, et al.	245

PRESENTACIÓN

Pensamiento Jurídico es una publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe que, en diez novedosos artículos, ofrece un marco adecuado y fecundo para plantear el conocimiento, el progreso y los desafíos de la ciencia jurídica en sus variadas disciplinas con la mirada de los autores puesta en las diversas perspectivas del poliedro jurídico, pero enmarcados en el territorio de los derechos y sus obligaciones consecuentes, aportando con sus plumas una lectura grata y actualizada de los temas.

Esta obra colectiva, cuyo título es altamente significativo, constituye una publicación compartida entre colegas docentes que reflejan voluntad propiciatoria de respeto y generosidad; a la vez que ha permitido a los autores compartir intereses e inquietudes que transforman el conocimiento individual y conformista en un compromiso de transferencia de saberes, con la mirada puesta en los valores del humanismo cristiano

Desde la conducción de la Facultad de Derecho y Ciencia Política hago llegar el agradecimiento a los autores que han asumido el desafío de escribir, al Comité Editorial, y a los especialistas que hicieron su aporte como árbitros apropiados para cada artículo, sabiendo que los libros son los jueces más destacados pero los menos indulgentes y ese esfuerzo solidario es lo que permitió unir diversos continentes disciplinares, dejando en esta publicación una agenda temática y comunicativa de interés para la comunidad académica, sobre realidades y reflexiones que interesan a docentes, colegas y alumnos.

Dra. Zully María Degano
Decana Facultad Derecho y
Ciencia Política de la UCSF

**EL DERECHO A LA VIDA DEL NIÑO POR NACER
EN EL DERECHO COMPARADO.
Con especial referencia al aborto y a los seres humanos
en estado embrionario crioconservados
hasta su implantación**

*THE RIGHT TO LIFE OF THE UNBORN CHILD
IN COMPARATIVE LAW.
With special reference to abortion and human beings
in an embryonic state cryopreserved
until implantation*

María Alejandra Peresutti¹
Universidad Católica de Santa Fe

Resumen

En este artículo, abordaremos las disposiciones del ordenamiento jurídico de Italia, Alemania, España, Chile, Paraguay y Ecuador sobre el aborto no punible en caso de violación, y el tratamiento de los seres humanos concebidos por el método de fertilización *in vitro*, que se encuentran en estado embrionario crioconservados hasta su implantación. Los tres primeros son del derecho continental europeo; los restantes pertenecen a países latinoamericanos que además de compartir su origen cultural con el nuestro, tienen en común el considerar el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción. Para finalizar, analizando las diferencias o semejanzas las mencionadas

1 Dra. en Derecho, Lic. en Ciencia Política, Abogada. Docente de la UCSF, maperesutti@ucsf.edu.ar, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5292-792X>

legislaciones, en perspectiva comparada con el derecho argentino en las situaciones planteadas.

Palabras claves: Vida; igualdad; embriones; aborto; crioconservados.

Abstract

In this article, we will address the provisions of the legal system of Italy, Germany, Spain, Chile, Paraguay and Ecuador on abortion not punishable in case of rape, and the treatment of human beings conceived by the in vitro fertilization method, and that they are in a cryopreserved embryonic state until implantation. The first three are of continental European law; the rest belong to Latin American countries that, in addition to sharing their cultural origin with ours, have in common the recognition of the right to life from conception. Finally, analyzing the differences or similarities of the aforementioned legislations, in perspective compared with the Argentine law in the situations raised.

Keywords: Life; equality; embryos; abortion; cryopreserved.

1. Introducción

El derecho a la vida en general es fácilmente deducido y admitido por la mayoría de las personas, aunque controvertido en la jurisprudencia y en los órdenes jurídicos nacionales en lo que respecta a su exigibilidad, por parte de los seres humanos aún no nacidos.

El derecho positivo cumple en este caso un rol fundamental, garantizando la exigencia de respetar la vida de todo ser humano, que impone la propia naturaleza humana, mediante el ejercicio de la coacción física, por estar dispuesto a partir de una convención de los hombres. Es decir, a través de las leyes, de las normas constitucionales y convencionales; ya sea, desde el establecimiento de normas que exigen su respeto, como desde la sanción establecida para aquellos que no lo hacen.

En este trabajo se utilizará el método comparativo, para analizar en el derecho comparado las diferencias o semejanzas entre las disposiciones de nuestro derecho y las de derecho extranjero adoptadas para situaciones similares a las planteadas.

En primer lugar, el aborto provocado por el accionar del ser humano, que se define también como interrupción voluntaria del embarazo; cuando éste es producto de una violación.

El segundo caso, es aquel en el que se encuentran aquellos niños concebidos por el método de fecundación *in vitro*, pero que todavía no se han introducido en el cuerpo de la mujer y por lo tanto no se han implantado en el útero. Son aquellos que no han sido utilizados y que son considerados como excedentes y por lo tanto suelen ser crio conservados, interrumpiendo así su crecimiento.

2. Italia

La Constitución de la República de Italia del año 1947, no establece en su redacción de manera explícita el derecho a la vida del niño por nacer. Solo hace mención, en lo que se relaciona a nuestro tema en el artículo 2, al reconocimiento y garantía por parte del Estado de los derechos inviolables del hombre, para recién en el artículo 32 disponer que: “La República protege la salud como un derecho fundamental del individuo y el interés de la comunidad, (...) La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana²”.

En el caso específico del aborto, está regulado en la Ley N° 194/1978. Esta norma en su primer artículo establece la tutela de la vida humana desde su inicio, sin especificar el momento en que este se verifica³. Sin embargo, autoriza “la interrupción voluntaria del embarazo” hasta los primeros noventa días a “...la mujer que manifieste síntomas de que el embarazo, el parto o la maternidad acarrearían un

2 La traducción es propia.

3 Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Ley N° 194/1978.

serio peligro para su salud física o psíquica, a causa de su estado de salud, de sus condiciones económicas, o sociales o familiares, o de las circunstancias en que ocurrió la concepción, o en previsión de anomalías o malformaciones del concebido...”. Queremos destacar que esta disposición incluye la salud psíquica entre otras amplias causales y las circunstancias en que ocurrió la concepción lo que bien puede aplicarse al delito de violación.

Para los casos de los abortos que podríamos denominar eugenésico y terapéutico, el plazo se extiende más allá de los noventa días sin establecer un límite máximo. Sin embargo, en el artículo 7 dispone que en caso de que la vida del feto sea viable, es decir, que exista la posibilidad de vida autónoma del *nasciturus*, el médico deberá adoptar todas las medidas idóneas para salvaguardarla. El procedimiento debe ser solicitado por la mujer, salvo para las menores de dieciocho años de edad que deberá ser solicitado por quien ejerce la patria potestad o tutela. Establece excepciones en las que a pesar de no ser mayor puede solicitarlo sin autorización.

La ley prevé penas de multa o de reclusión por seis meses para la mujer en caso de no observar las disposiciones establecidas en la norma.

En cuanto al otro tema de análisis, que es la situación de los embriones concebidos por FIV hasta su implantación, en palabras de Emanuele Corn, la ley italiana que la regula es restrictiva en cuanto al acceso⁴ (Corn, 2015), debido a que establece explícitamente que no es un método alternativo de procreación, y se lo autoriza solamente en los casos en que no existan otros métodos terapéuticos para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad. No permite, además, la donación de gametos de personas ajenas a la pareja, que debe ser heterosexual y estable. Al mismo tiempo, deben estar ambos vivos y prestar por lo tanto su consentimiento (Zurriaraín, 2011).

Si bien la ley no ha sido modificada, la Corte Constitucional Italiana lo hizo de facto a través de un fallo del año 2009. En el mismo, se cam-

4 La Ley es la N° 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida.

bia el límite de la fecundación -que estipulaba la ley- a tres embriones para su inmediata y contemporánea transferencia, salvo causas de fuerza mayor. Actualmente "... la norma dice tan solo que hay que producirlos en el número estrictamente necesario según lo que establezca la ciencia médica y resulte fijado en las líneas guías de la misma ley" (Zurriaraín, 2011, p. 204).

Observamos en cuanto a la protección del niño por nacer una contradicción entre ambas leyes. Por un lado, en el caso de aborto, el derecho a la vida del por nacer es relativo frente a los derechos denominados por la ley como la dignidad, discreción y libertad de la mujer -madre-, estableciendo además numerosas y amplias causales para fundamentar su petición. Todo ello, no obstante proclamar la tutela de la vida humana desde su inicio, como explicamos anteriormente. En cuanto a lo dispuesto para los tratamientos de fertilización asistida (FIV), al establecer numerosas y estrictas restricciones en la ley que la reglamenta, otorga mayor protección que el orden jurídico argentino.

3. Alemania

La Ley Fundamental de la República de Alemania, ya en su primer artículo que forma parte del capítulo 1 de los Derechos Fundamentales establece la intangibilidad de la dignidad humana, admitiendo a "... los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, ...". Para posteriormente, reconocer el derecho a la vida y a la integridad física de las personas (art. 2).

La "interrupción del embarazo" y la tentativa del mismo es considerado delito para el Código Penal, tanto para quien lo llevara a cabo como para la mujer -salvo para ésta en el caso de tentativa. La conducta no es considerada antijurídica en los casos de aborto terapéutico o de embarazo como resultado de una violación (art. 218^a). Es importante destacar, que no se reconoce como interrupción voluntaria del embarazo cualquier maniobra destinada a evitarlo si se produce antes de la anidación del "huevo fecundado".

El Código establece además una asesoría para la mujer embarazada en situación de necesidad y conflicto en el artículo 219 que, por la importancia y la precisión de lo establecido respecto del niño por nacer, consideramos fundamental reproducir en lo esencial:

“La asesoría sirve para la protección de la vida prenatal. Debe estar orientada por el empeño de animar a la mujer para continuar con el embarazo y abrirla perspectivas para una vida con el niño. La asesoría debe contribuir a que la mujer tome una decisión responsable y concienzuda. En relación con **esto la mujer debe ser consciente de que el que no ha nacido tiene en cada estadio del embarazo también frente a ella un derecho propio a la vida** y que, por eso, según el ordenamiento jurídico **una interrupción del embarazo solo se toma en consideración como una situación excepcional**, cuando la mujer a través de la gestación del niño resulta una carga que es tan difícil y extraordinaria de que ella sobrepase el límite exigible de sacrificio.”⁵

Al final de este primer punto, se indica que los detalles están reglamentados en la ley de conflicto del embarazo -*Schwangerschaftskonfliktgesetz*-. La misma contempla desde la educación, al asesoramiento o planificación familiar entre otros temas. Pero respecto del aborto creemos importante resaltar que en el artículo 2.6 establece el derecho que tienen hombres y mujeres a informarse sobre “... los métodos para llevar a cabo un aborto, las consecuencias físicas y psicológicas de un aborto y los riesgos asociados...”.

Respecto de la constitucionalidad de esta ley se pronunció la Sala Segunda del Tribunal Constitucional alemán, a pedido del gobierno Bávaro y de doscientos cuarenta y nueve diputados del grupo parlamentario democristiano. En su fallo, el alto Tribunal declaró que la legalidad respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, en cumplimiento con lo dispuesto por la ley antes analizada, no está en consonancia con lo decretado por la Constitución alemana, es decir, es inconstitucional. Ello no significa que, quien lleva a cabo un aborto de acuerdo con lo dispuesto por ella deba ser necesariamente penalizado (Domingo, 1994). Hasta tanto se redacte una nueva ley que se

5 El resaltado es nuestro.

encuentre de acuerdo con las normas constitucionales, el Tribunal dictó un conjunto de normas transitorias en vigencia desde junio de 1993. Domingo (1994) realiza en su trabajo un resumen de esta sentencia, y destaca que al principio de la misma se establece que la Constitución tiene el deber de proteger la vida humana incluida la del no nacido, como así también su dignidad, garantizando las condiciones de desarrollo de sus derechos; protegiéndola no sólo en general, sino también a cada vida en particular, no pudiendo estar sujeta su continuación a la exclusiva decisión de la madre. Por lo que dispone de su protección jurídica, debiendo ser prohibida legalmente.

“Junto al derecho a la vida del no-nacido hay que tener en consideración otros bienes jurídicos...”, sin embargo, “... los derechos fundamentales de la mujer no pueden ir tan lejos que lleven consigo la desaparición -aunque sea por un espacio de tiempo determinado- del deber de dar a luz al no-nacido.”⁶ El autor, asimismo, entiende como uno de los aspectos más positivos de la citada sentencia a rectificar la doctrina del mismo Tribunal Supremo de que el niño nacido, pero no querido, es una fuente de daños susceptible de posibles indemnizaciones.

El ordenamiento jurídico alemán cuenta con una ley de protección del embrión del año 1990, la que en su parágrafo 1 legisla sobre “la utilización abusiva de las técnicas de procreación artificial”, como así también de los embriones humanos para fines que no sean los de lograr un embarazo -experimentación, híbridos, clonación-. Es importante destacar que la mencionada ley en su parágrafo 8 define lo que se entiende por ‘embrión’: “... el óvulo humano desde que hay fecundación y susceptible de desarrollarse, a partir de la fusión de los núcleos celulares, así como toda célula totipotente extraída de un embrión, que, dados todos los demás presupuestos necesarios al

6 Los derechos de la mujer a que hace referencia la sentencia son: “Junto al derecho a la vida del no-nacido hay que tener en consideración otros bienes jurídicos. Los derechos fundamentales de la mujer no pueden ir tan lejos que lleven consigo la desaparición -aunque sea por un espacio de tiempo determinado- del deber de dar a luz al no-nacido”. No pudiendo invocar “... la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica” (art. 4.1).

efecto, es susceptible de dividirse y desarrollarse hasta llegar a formar un individuo”. Además, la ley prohíbe fecundar o transferir más de tres embriones en un mismo ciclo, o la fecundación de más óvulos de los que se pretenden implantar en un mismo ciclo. En este punto, la ley alemana coincide con la italiana, sin olvidar que esta última rigió hasta la sentencia del Supremo Tribunal que modificó su aplicación, tal como se expuso en el epígrafe precedente. Como podemos verificar, las normas en este aspecto también son restrictivas en pos de la protección del niño por nacer, y consagran una protección mayor a la prevista en la ley argentina sobre técnicas de reproducción humana asistida.

4. España

La Constitución española, en el Título Primero de los Derechos y Deberes fundamentales, como cimiento del orden político y la paz social insta a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10). Reconoce la interpretación de estos derechos y las libertades consagradas por la Constitución, de acuerdo con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y todos aquellos que con el mismo fin sean o hayan sido ratificados por el Estado español (art. 10.2). Se reconoce también posteriormente, el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15); y la protección de los niños de acuerdo con lo establecido por los acuerdos internacionales que tengan este objetivo (art. 40).

Respecto del Código Penal, establece sanciones para los profesionales, instituciones y la mujer que consiente el aborto de acuerdo a los diferentes tipos penales descriptos, absolviendo a esta última en casos concretos. Al igual que en nuestro código, no se define lo que se entiende por esta acción, limitándose a describir los diferentes supuestos penados o eximidos de castigo (arts. 144 a 146).

Del mismo modo que en los casos anteriores, el orden jurídico español contiene una norma que legisla sobre el aborto: la Ley Orgánica N° 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrup-

ción voluntaria del embarazo. En el Preámbulo de la ley se expone que uno de los objetivos que se pretende alcanzar con sus disposiciones es la protección de la “autonomía personal” respecto del desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación, debido a que entiende que el embarazo y la maternidad afectan profundamente la vida de las mujeres. Esta regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo expresa posteriormente que, “...busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal”; pero, respetando las recomendaciones del Tribunal Europeo de derechos humanos, deben en primer lugar asegurar la posición de la mujer embarazada evitando limitar las reales posibilidades de obtener la práctica abortiva, fundamentada en un derecho a la libre disposición de su cuerpo. Despenaliza el aborto “...dentro de unos plazos de gestación razonables”, los que se prolongarían hasta la semana veintidós en los casos de aborto eugenésico o terapéutico, debido a que el *nasciturus* no estaría a esa altura en condiciones de sostener una vida independiente de la de su madre. Dicho plazo podría extenderse más allá de ese límite, en caso de grave enfermedad o mal formación fetal que haga inviable la vida del niño fuera del útero. Asimismo, cita dos fallos del Tribunal Constitucional en los que se dispone que el derecho a la vida contemplado en el artículo 15 de la Constitución española no comprende a los niños por nacer, sin desconocer que la vida prenatal es merecedora de algún grado de protección constitucional, pero que siempre será relativo frente a las garantías de derechos fundamentales de la mujer embarazada (STJ 53/1985, 116/1999); trasladando la decisión final de mantener la vida del por nacer a la voluntad de ésta.

Es en el Título Segundo de la citada ley en donde se regulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y los avales en el acceso a la prestación; garantiza la posibilidad de llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo en resguardo de los derechos fundamentales de la mujer “...al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación”.

El plazo razonable que establece el preámbulo queda fijado en catorce semanas; modificando posteriormente los artículos 145 y 145 bis del Código Penal.

Para Alejandro González-Varas Ibáñez (2010) esta regulación del año 2010 dio lugar a la modificación de la naturaleza jurídica de la denominada interrupción voluntaria del embarazo, de conducta despenalizada a derecho. Uno de los fundamentos invocados es el cambio del nombre ‘aborto’ a ‘interrupción voluntaria del embarazo’. La ley prescribe que los servicios públicos de salud aplicarán las medidas necesarias que garanticen “...el derecho a la prestación sanitaria...”; derecho que según el autor se transforma en fundamental a tenor de lo expresado por el artículo 12, el que establece que deben ser protegidos en la interpretación de las condiciones de aplicación de la misma, los derechos fundamentales de la mujer solicitante de dicha práctica. Otra incorporación es la de considerar a las menores de 16 y 17 años como mujeres mayores, a los efectos de la realización de esa solicitud; por lo que no requieren de autorización alguna de quien ejerza sobre ellas la patria potestad o representación, si bien debe ser informado.

Al respecto se ha señalado que “con esta regulación se muestra de un modo evidente que el legislador considera al aborto una práctica sanitaria común que el paciente libremente puede consentir.”

Retomando la cuestión del “plazo razonable” de hasta las veintidós semanas para efectuar el aborto o interrupción voluntaria del embarazo, esta disposición está en línea con lo dispuesto por la Organización Mundial de la Salud de considerar que debe ser contemplado como tal cuando “*el feto todavía no es viable* fuera del vientre materno (...) La viabilidad extrauterina es un concepto cambiante que depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente en torno a las 22 semanas de gestación”. En consonancia con lo dispuesto por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que indica que ya no puede ser considerada como aborto o interrupción voluntaria del embarazo desde la vigésima segunda semana de gestación. En ese caso habría que entenderlo como la “...*destrucción de un feto* que es viable extrauterinamente ya que puede vivir por sí mismo con el apoyo

médico correspondiente”. Es por eso por lo que, la propuesta médica y ética de esta institución es la inducción del parto cuando la madre solicite una práctica abortiva a partir de este plazo.

En tanto, para la regulación sobre técnicas de reproducción humana asistida, España cuenta con la Ley N° 14/2006, cuyas primeras normativas datan del año 1988.

En primer lugar, se dispone que la aplicación de estas técnicas esté prevista para los casos de prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético atendiendo al cumplimiento de lo dispuesto por la ley (art. 1.1.b); prohibiéndose a los fines reproductivos, la clonación (1.3).

Es importante destacar que, a diferencia de las legislaciones anteriormente citadas, la española define lo que entiende por ‘preembrión’: “...[es] el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.”

En caso de la FIV, también se autoriza la transferencia de hasta un máximo de tres embriones por ciclo reproductivo (art. 3.2). La donación de gametos está permitida, pero con la particularidad de que el número de hijos nacidos de un mismo donador dentro del territorio español no puede superar los seis (art. 5.7). Está reconocida la crioconservación de los ‘embriones sobrantes’, estableciéndose un listado de posibles destinos o usos para los mismos dentro de los que se encuentra su utilización con fines de investigación. La utilización de los ‘preembriones’ para alguno de estos objetivos, queda a criterio de los centros en donde se encuentren crioconservados (art. 11.4, art. 11.6). Para el caso de detección de enfermedades hereditarias o de otras alteraciones, está autorizado el diagnóstico preimplantacional con el objeto de realizar una selección embrionaria previa a la transferencia (art. 12.1). Se requiere autorización para el caso de que esta técnica sea practicada con fines terapéuticos para terceros (art. 12.2). Asimismo, la ley en el artículo 13, permite la práctica de técnicas terapéuticas en embriones ‘vivos’ con la finalidad de tratar una enfermedad o evitar su transmisión.

Se permite la utilización de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos, de los preembriones ‘sobrantes’ dentro del centro en donde se encuentran crioconservados u otro establecimiento en el que se vaya a llevar a cabo un proyecto concreto de investigación (arts. 15 y 16).

Las disposiciones legales a las que se hace referencia en este apartado, y en comparación a las anteriores, nos permite concluir que, si bien se dice reconocer el valor fundamental de la vida del *nasciturus*, este es relativo frente a otros derechos. Concretamente, los supuestos derechos de la madre en el caso de aborto; o para la fertilización humana asistida, los aparentes derechos reconocidos a la mujer, el padre o el centro de fertilidad, que pueden disponer de que el niño por nacer alcance efectivamente a conservar su vida.

5. Chile

La Constitución Política de la República asegura a todas las personas en su artículo 19, el derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud. Asimismo, establece que “la ley protege la vida del que está por nacer” (art. 19.1).

El Código Penal, en el artículo 344 castiga a la mujer que causa o consiente su aborto “...fuera de los casos permitidos por la ley...”. Sin embargo, estos casos no están determinados en esta ley sino en el artículo 119 del Código Sanitario, el que fue modificado por la Ley N° 21.030 y que despenaliza “la interrupción voluntaria del embarazo” en los siguientes casos: siempre que lo haga un médico cirujano cuando la vida de la mujer esté en peligro o en riesgo vital. En caso de malformación del feto, cuando esta le impida continuar viviendo una vez producido el parto -carácter letal, y cuando es producto de una violación, el lapso en el que no es punible depende de la edad de la víctima: 14 semanas de gestación para las menores de 14 años y se reduce a 12 semanas para las mayores de esa edad-. En todos los casos es necesaria la autorización de la mujer o sus representantes en los casos precisados por la ley.

Es importante destacar, que en el caso específico de la violación es necesaria la comprobación del hecho y período gestacional por parte de un equipo de salud conformado a tal efecto. De no haberse realizado la denuncia de la violación “tratándose de una mujer mayor de 18 años (...), los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público este delito, con la finalidad de que investigue de oficio al o los responsables.”⁷

Sin embargo, días después de la sanción de esta ley, el Tribunal Constitucional publicó una sentencia en la que desestima las impugnaciones de inconstitucionalidad interpuestas contra la misma.

En un primer punto, reconoce al legislador cierta discrecionalidad para legislar sobre el derecho a la vida, afirmando a continuación que para la Constitución el por nacer no es persona fundamentándolo en la dependencia que tiene con respecto de su madre, sin perjuicio de que lo reconozca como un bien jurídico de mayor relevancia. Y esto es así, porque vincula el origen de lo dispuesto por la Constitución y que citáramos anteriormente, con lo dispuesto en el artículo 75 del Código Civil; considerándolo como la fuente del artículo 9.1 del que toma su redacción. Destaca por esta razón que la ley debe proteger al por nacer, pero en ningún momento dice que éste sea persona, sino que al final del texto usa el término “criatura” (Lafferriere, 2017).

El artículo 75 del Código Civil chileno establece: “La Ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona o de oficio todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

Sin embargo, Lafferriere (2017) señala que con esta sentencia el Tribunal contradice un fallo anterior 740/2007, en el que con respecto a la píldora del día después afirma expresamente que el *nasciturus* es persona.

7 Artículo 119 bis.

Añade también el Tribunal en otro punto que, si bien la vida del por nacer debe ser legalmente protegida, no se menciona el derecho a la vida y por lo tanto este no es absoluto; otorgándole así un margen de discrecionalidad para que el legislador pueda abordar los casos en que la interrupción voluntaria del embarazo no sea considerada como un delito (Lafferriere, 2017).

Con respecto al segundo aspecto de nuestro estudio, si bien se han presentado diferentes proyectos de ley que tratan sobre la reproducción humana asistida, la única vigente hasta la fecha es la Resolución Exenta del Ministerio de Salud de 1985, que dicta “Normas Aplicables a la Fertilización in Vitro y la Transferencia Embrionaria”. En el primer punto de los considerandos se incluye el derecho a procrear y consecuentemente en caso de la imposibilidad de hacerlo naturalmente, el acceso a los instrumentos médicos para poder lograrlo bajo el paraguas de lo establecido en el artículo 19.1 de la Constitución Política de la República que garantiza el derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer. Entre los requisitos para poder acceder a estos tratamientos se establece la incapacidad de lograr un embarazo, habiendo tenido relaciones sexuales sin protección, por más de doce meses. Además de una relación de convivencia social, afectiva y familiar estable, al menos durante dos años en el caso de no estar legalmente casados.

Posteriormente, en el último párrafo del artículo 8 dispone que “... todos los óvulos fertilizados y normales deben ser transferidos a la madre y que no se practicará congelación de embriones para transferencia diferida de embriones ni menos con fines de investigación”.

Esta norma se complementa con la “Guía para el estudio y tratamiento de la infertilidad” dictada en el año 2015 por el mismo Ministerio, dirigida a los profesionales responsables de la atención de las parejas solicitantes.

Lo que podemos destacar de lo expuesto es el estatus constitucional de la protección de la vida del por nacer, que más allá de los casos despenalizados de interrupción voluntaria del embarazo, se observa en las disposiciones emanadas por las instituciones estatales chilenas.

6. Paraguay

La Constitución Nacional de Paraguay reconoce la dignidad humana en el preámbulo, consagrando en el artículo 4 el derecho a la vida como inherente a la persona humana, y ‘en general’ garantiza su protección desde la concepción. Es en esa línea que el Código Civil en el artículo 28 considera al niño por nacer como una persona física ya que desde la concepción se obtiene la capacidad para adquirir bienes por donación, herencia o legado.

Para la ley penal el aborto sólo es no punible en caso de que se considere necesario para salvar la vida de la madre. Esta situación está legislada en diferentes artículos del Código Penal. En el artículo 109 se contempla la muerte indirecta del feto en caso de maniobras realizadas durante el parto, y que tengan como finalidad inevitable “...desviar un peligro serio para la vida o la salud de la madre”. Es recién al final del mismo que en el artículo 323 de las derogaciones al Código Penal promulgado en el año 1914, se establecen como excepciones los textos de los artículos 349 al 353 relativos al aborto. Siendo considerado un delito que solo no es punible en el caso de que se verifique lo mencionado por el último párrafo del artículo 352 y cuyo texto coincide en cuanto a la intencionalidad de quien lo produce, con el citado en el artículo 109⁸. Es dable destacar que en caso de que quien realice el aborto fuere el esposo o familiar directo de la mujer a quien se le realiza este procedimiento -hijo, padre o hermano-, con la finalidad de proteger su honor, esta situación es considerada un atenuante para quien lo realiza⁹. Por su parte, el Decreto N° 2.848 del Poder Legislativo, de fecha 10 de diciembre de 1937, refuerza los mencionados artículos disponiendo que “el aborto terapéutico sólo podrá ser realizado en caso debidamente justificado en que el embarazo en

8 “Estará sin embargo exento de responsabilidad cualquiera de éstos que justifique haber causado el aborto indirectamente, con el propósito de salvar la vida de la mujer puesta en peligro por el embarazo o por el parto.” Código Penal de Paraguay. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf

9 Artículo 353: “En caso de aborto, causado para salvar el honor de la esposa, madre, hija o hermana, las penas correspondientes serán disminuidas a la mitad”. Ídem.

su evolución, el trabajo de parto o el puerperio pueden agravar considerablemente la enfermedad de la mujer embarazada o amenazar su vida” (art. 6).

El ordenamiento jurídico de este país cuenta también con el Código del Menor (Ley N° 903/81), que en consonancia con lo establecido por las normas constitucionales en su primer artículo señala como uno de sus principios fundamentales la regulación de los derechos y garantías de los menores. Se consideran como tales aquellos comprendidos entre la concepción hasta los veinte años cumplidos. El primer derecho reconocido en el artículo 8.a. es a gozar de “protección prenatal”; concepto que es ampliado en el Título IV (arts. 57 al 62). Otro aspecto de esta protección es la que reciben en el ámbito laboral las mujeres en estado de gravidez (arts. 177 y 178 y los comprendidos en el Título IV del Libro II, arts. 204 al 208). También le asiste el derecho a reclamar alimentos “... a la mujer cuando hubiere menester de protección económica para el hijo en gestación” (art. 283).

Finalmente, el niño por nacer también está protegido por el Código Sanitario (Ley N° 836), que sanciona con fuerza de ley la protección por parte del Estado de las ‘personas por nacer’ en su vida y en su salud, desde la concepción (arts. 15 y 16); dejando sujeto el aborto a las disposiciones del Código Penal (art. 17). Entendemos relacionado con esta última norma, lo dispuesto a continuación por la Sección II: “La reproducción humana debe ser practicada con libertad y responsabilidad protegiendo la salud de la persona desde su concepción” (art. 18).

En el artículo 21 se ordena que “... es obligación y derecho de los progenitores el cuidado de su salud y la de su hijo desde el inicio de la gestación”.

A pesar de que en el artículo 20 se establece que “... corresponde al sector salud, bajo la supervisión y control del Ministerio (...) todo lo relacionado con la reproducción humana, vigilando que ellos se lleven a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales del ser humano y a la dignidad de la familia.”

Paraguay no cuenta en la actualidad con regulación jurídica sobre la fecundación humana asistida, específicamente FIV. Más allá

de numerosos proyectos de ley que datan de la década del 80 (Vera Barberán, 2016).

La falta de regulación de estas prácticas son el motivo de que las mismas "... estén regidas en virtud de disposiciones contractuales que obligan solo a los suscribientes, y ya que nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 9 de la Constitución), estos procedimientos siguen quedando al arbitrio de los profesionales médicos y las clínicas de fertilidad" (Ibidem). En el caso de presentarse controversias judiciales, Vera Barberán (2016), considera que deben ser solucionadas recurriendo a la analogía o principios generales del derecho.

De todos los ordenamientos jurídicos analizados, el paraguay es el que más vastamente ha legislado en pos de la protección del por nacer. Lo que nos llama la atención es, teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, la falta de regulación en caso de la FIV que involucra embriones humanos que quedan al arbitrio de un contrato entre particulares. Más allá de lo dispuesto de manera general de que la procreación debe ser responsable y teniendo en cuenta el respeto por los derechos fundamentales del ser humano.

7. Ecuador

La Constitución del Ecuador, en la sección que legisla sobre "Niñas, niños y adolescentes" en el artículo 45 establece que "...el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción" (Ibidem.).

Otro punto a tener en cuenta es el respeto por los derechos humanos y su cumplimiento, exigidos como parte de los deberes y responsabilidades demandados por la letra de la ley (art. 83.5); impidiendo cualquier reforma que pueda atentar contra los derechos constitucionales reconocidos (art. 84).

El Código Penal, establece penas privativas de la libertad para quien provocara un aborto sea consentido o no, y para la mujer que voluntariamente se sometiera a esa práctica (arts. 148 y 149). Los

abortos no punibles son aquellos realizados por médicos capacitados con el consentimiento de la mujer o sus representantes, en el caso específico de peligro de vida de la madre cuando no pueda ser evitado por otros medios y “... si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental” (art. 150). Posteriormente, la Asamblea Nacional aprobó una ley modificatoria luego de una sentencia de la Corte Constitucional que ordenaba la despenalización y regulación de la interrupción voluntaria del embarazo (Fallo 34-19-IN/21), siempre que la gestante haya sido víctima de una violación. La norma regula el acceso a este procedimiento en caso de violación, hasta las 12 semanas de embarazo, extendiendo el mismo hasta las 18 cuando se trate de niñas, indígenas y mujeres de áreas rurales. Si bien, el proyecto fue aprobado, el Presidente Guillermo Lasso lo vetó parcialmente proponiendo cambiar en el título de la ley el verbo ‘*garantizar*’ por ‘*regular*’, además de unificar los plazos para el acceso al procedimiento en 12 semanas para todas las mujeres sin diferencia de condiciones etarias o socioeconómicas; incluyó como requisito previo para la realización del procedimiento de interrupción la presentación de una denuncia, examen médico o declaración jurada; y eliminó la limitación de la objeción de conciencia institucional y la establecida en zonas remotas, alejadas y de difícil acceso cuando no exista otro profesional de la salud. La ley fue promulgada el 29 de abril de 2022.

Con fecha 4 de agosto de 2017, el Ministerio de Salud Pública dicta el memorando MSP-2017-0790-M sobre atención de mujeres que llegan con abortos en curso y secuelas de abortos, invocando el derecho a la salud que le asiste a todas las personas, sean o no infractoras de la ley. Recordando que la interrupción del embarazo sólo no es punible en los casos tipificados en el Código Penal¹⁰. Lo que queda ratificado en la Ley Orgánica de Salud que en el artículo 21 garantiza por parte

10 Ministerio de Salud aclara los alcances de memorando sobre atención de mujeres que llegan con abortos en curso y secuelas de abortos. Recuperado de: <https://www.salud.gob.ec/ministerio-de-salud-aclara-los-alcances-de-memorando-sobre-atencion-de-mujeres-que-llegan-con-abortos-en-curso-y-secuelas-de-abortos/> (Consultado el 27 de noviembre de 2018).

del Estado la atención gratuita "... del aborto en condiciones de riesgo como problemas de salud pública". Sin embargo, en la actualidad se está discutiendo en la Asamblea Nacional una reforma al Código Orgánico integral Penal que contempla entre las propuestas la despenalización del aborto.

La reproducción humana asistida se practica en Ecuador desde el año 1980. Sin embargo, hasta el momento este país no cuenta con un marco jurídico que regule el uso y la aplicación de estas técnicas. Sólo la presentación en el año 2016 de un proyecto de "Ley Orgánica para la **Regulación del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida** en el Ecuador". Las normas que pueden aplicarse a este caso se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico (Ojeda Izquierdo, 2018). El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos declara el respeto por la dignidad de la vida como principio necesario para el cumplimiento de la ética en la investigación científica (art. 67.1). Como invención no patentable en el artículo 259.c. "... la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales...".

Por su parte, el Código de la niñez y la adolescencia (Ley N° 2002-100), señala como sujetos protegidos "...a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla diez y ocho años de edad" (art. 2). Invocando el interés superior del niño como un principio que está destinado a satisfacer el efectivo ejercicio de los derechos que les corresponden y que todas las autoridades administrativas y judiciales, públicas y privadas deben cumplir (art. 11). Estas disposiciones son aplicables tanto al caso de los embriones no implantados en caso de FIV, como aquellos que son víctimas de un aborto.

Por la Ley Orgánica de Salud "...se prohíben las prácticas de clonación de seres humanos, así como la obtención de embriones humanos con fines de experimentación" (art. 214).

La legislación ecuatoriana si bien está dispersa en cuanto a la fecundación humana asistida, cuenta con normas que protegen al niño por nacer, aunque estas son muy genéricas y no legislan acerca de las formas o requisitos mínimos que estas prácticas deberían tener. Asimismo, esa protección se extiende salvo en los casos de abortos

no punibles, a los niños por nacer. Sin embargo, la modificación de las normas penales no implicó la despenalización del aborto, lo que en cierta medida no se encuentra en conflicto con el derecho a la vida que tienen las personas desde su concepción reconocido por la Constitución Nacional.

8. Derecho argentino

En virtud de la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, se incorporaron con jerarquía constitucional once Tratados de Derechos Humanos suscriptos por nuestro país, enumerados en el inciso 22 del artículo 75; al mismo tiempo que le otorga al Congreso la facultad de incorporar otros instrumentos posteriormente.

Es importante destacar, que estos instrumentos “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Uno de esos derechos es el derecho a la vida, considerado por Bidart Campos (2004, pp. 123-124) incorporado a un listado abierto de derechos implícitos reconocidos por el artículo 33.

En el mismo sentido, se expiden algunos de los Tratados antes mencionados refiriéndose al derecho inviolable a la vida de la persona desde el momento mismo de su concepción, instando a los Estados parte a respetarlo instrumentando los medios necesarios para tal fin.

Reforzando lo dicho, destacamos el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional, que no permite al legislador dejar de proteger al ser humano no nacido desde el embarazo, y lo obliga a establecer un marco para la seguridad social que lo reconoce como persona, cabe concluir que el legislador “...menos aún puede dejar de protegerlo consagrando un derecho a su exterminio (derecho al aborto). En otros términos, quien no puede lo menos, tampoco puede lo más” (Didier, 2018).

El Código Civil y Comercial también legisla al respecto, y en el mismo sentido protege la vida del niño por nacer cuando determina en el artículo 638, que la responsabilidad parental comienza desde la

concepción definiéndola como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. Es por esto por lo que Laferriere (2021, p. 90) afirma que, la legalización del aborto “quiebra la lógica de este texto y de las normas concordantes, sin procurar una armonización de todos los intereses en juego y, sobre todo, de la preservación de cada vida.”

El Código Penal legisla respecto del aborto, y específicamente en el caso que nos ocupa en el inciso 1° del artículo 86, donde sólo se hace referencia a la víctima del delito de violación y a sus representantes, en el caso de que se solicite la práctica de un aborto que será considerado no punible para ella y sus representantes, no haciendo mención al profesional que lleve a cabo ese procedimiento. Omitiendo la norma, al no incorporar a los niños no nacidos, el ser considerados como víctimas de ese delito.

La Ley N° 27.610/2020 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, admite dentro de las causales que habilitan a la “persona gestante” a hacer uso del “derecho” a la interrupción legal del embarazo (I.L.E), en caso del producido como consecuencia del delito de violación. Invocando lo dispuesto por la CSJN en el fallo F.A.L., “... se trate (la víctima) o no de una persona con discapacidad intelectual o psicosocial”. En ese sentido, Lafferriere (2021) afirma que en el artículo 1 de la mencionada ley, se delimita como “objeto” de la misma “regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto”. Por lo que el autor, entiende que “Claramente se advierte ya desde el primer artículo la primacía que la ley otorga a la autonomía de la voluntad de la mujer, soslayando en forma completa cualquier consideración a la persona por nacer, su dignidad y derecho a la vida” (Lafferriere, 2021, p. 12).

El inc. a) del artículo 4° determina que si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente la persona gestante, ante el personal de salud interviniente, tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo fuera del plazo de 14 semanas dispuesto para ser solicitado a libre

demanda. No se puede exigir a la víctima en ningún caso la denuncia policial o judicial. Y si la víctima es una menor de 13 años no es necesario cumplimentar ningún requisito ni autorización del o los padres o tutores a cargo para la realización de la I.L.E; salvo riesgo para la salud o la vida de la menor.

Otra situación en la que se encuentra en riesgo la vida del niño por nacer es la regulada por la Ley N° 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción médicamente asistida, sancionada y reglamentada en el año 2013. El texto de esta ley define como técnicas de reproducción humana médicamente asistida, a aquellas destinadas a lograr un embarazo que incluyan o no, en lo que a nosotros nos interesa, la “donación de embriones”. Indican como beneficiario a toda persona mayor de edad, que preste su consentimiento como único requisito (art. 7).

El Decreto Reglamentario N° 956/2013, califica el acceso a estas prácticas, como derecho humano fundado en los “...derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana.” Invoca el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional que otorga jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales incorporados y, prescribe “...los derechos de toda persona a la paternidad / maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud.”

A la ley antes citada (N° 26.862), le agrega la Fecundación *in vitro* como técnica de alta complejidad (art. 2); y respecto de los embriones resultantes, la posibilidad de crio conservación y la prohibición de carácter lucrativo o comercial de la donación (art. 8).

Para Laferriere (2017), la norma no regula las cuestiones de fondo poniendo en riesgo el derecho a la vida de los embriones concebidos. Hecho que se ve agravado por no haberse dictado una ley específica que los ampare, pero que no excluye su consideración como personas humanas. Postura que se ve avalada por el artículo 19 del Código Civil y Comercial que establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin distinguir si es dentro o fuera del útero materno. Consideración que debe ser interpretada en armonía con lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, lo que supo-

ne atender a la declaración interpretativa establecida en el artículo 2 de la Ley N° 23.849 aprobatoria de dicha Convención, conforme a la cual se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años.

En el mismo sentido se expresan los miembros de la Sala G, de la Cámara Civil Nacional, en el fallo “R. G. A. y otro s/ autorización” cuando expresan que “... existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano”. Fundado como señaláramos, en las disposiciones vigentes de nuestro ordenamiento jurídico indicadas en el párrafo anterior. Ampliando además que, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial en su artículo 19, distinguía a los embriones implantados en el seno materno (sea que su fecundación se haya realizado o no en éste), de aquellos que no lo son. Lo que claramente excluía a los embriones crioconservados hasta su implantación en el útero de la mujer. Por lo que entienden que, la intención del legislador al suprimir este párrafo fue dejar en una situación de igualdad como personas, a todos los embriones más allá del lugar en el que se encuentren. Recordando en referencia a otro fallo de la Corte Suprema de Justicia “...que donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete...” (Fallos: 330:2304). Posteriormente aclarar, en lo que entendemos es una reafirmación de lo anteriormente dicho, que si se considera esta situación como una cuestión controvertida debe aplicarse el principio precautorio como un principio general del derecho; el que: “...ante situaciones de incertidumbre científica manda evitar los daños graves e irreversibles, como los que tendrían lugar con la destrucción requerida.”

En la ampliación de fundamentos del fallo el Dr. Carlos A. Bellucci, juez de la Sala G, de la Cámara Civil Nacional, destaca “que las técnicas de fertilización asistida conllevan lamentablemente una lógica cosificante”, presentándose a los embriones “como si fueran cosas que pueden ser descartadas.” Lo que conduce a planteos que son contrarios a la dignidad humana. Entonces, el magistrado se pregunta, si los embriones son cosas y no personas: ¿Qué necesidad habría de recurrir a una autorización judicial para disponer el cese de la crio

conservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida?

Catalina Arias de Ronchietto (2007), al referirse al aborto, señala lo que podría ser aplicado a los dos casos abordados: que, “la persona humana sin importar su estado de desarrollo ni cuáles sean sus deficiencias psíquicas o físicas, no puede ser considerada “una cosa o un producto” (p. 14). Considerando a esta calificación del ser humano claramente discriminatoria, instaurando una nueva forma de esclavitud al permitir a un determinado grupo de individuos el hecho de decidir sobre la vida de otra persona (Ronchietto, 2007).

9. El derecho a la vida del ser humano no nacido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde el año 2000, la práctica de la fecundación *in vitro* se encontraba prohibida de manera general por la legislación de Costa Rica, debido a la declaración de inconstitucionalidad de un Decreto Ejecutivo emanado del Ministerio de Salud de ese país. El mismo aprobaba y regulaba el procedimiento de fertilización *in vitro* para parejas conyugales. La anulación de éste por una acción de inconstitucionalidad trajo aparejada la presentación de una demandada contra el Estado, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realizada por nueve parejas que padecían infertilidad (Tomassi y Marrama, 2017). Es por esto que, alegando que dicha prohibición absoluta “... constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia...”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte Interamericana que declarara la responsabilidad internacional de ese país (Cianciardo, 2016, p. 165). Siguiendo el análisis de Cianciardo (2016), esta práctica había sido permitida en Costa Rica entre los años 1995 a 2000, siendo declarada inconstitucional por la Sala Constitucional, la que, entre sus argumentos, declaró que el derecho a la vida debe ser reconocido a favor de todos, incluidos los niños por nacer. En tanto existe persona desde el momento de la concepción, y por lo tanto como titular de

tal derecho, debe ser protegido por el ordenamiento jurídico frente a cualquier ataque ilegítimo dirigido a privarlo de su vida. Esta protección debía hacerse extensiva a aquellos embriones concebidos fuera del útero materno y no implantados (Cianciardo, 2016). Sin embargo, la Corte Interamericana por mayoría decidió hacer lugar al pedido realizado por la Comisión, instando al Estado a regular con la mayor celeridad las medidas necesarias para la implementación de tal práctica, al mismo tiempo, que las mismas sean incluidas dentro de la atención de salud para los tratamientos de infertilidad. La mayoría de la Corte -cinco votos-, puso como eje del caso el derecho a la vida privada relacionado con los derechos a la fundación de una familia y los derechos reproductivos de las personas, entre otros. Entendí que la importancia del bien de los demandantes justificaba la restricción o afectación de las ventajas a las que se hacía referencia con respecto a la protección del embrión.

En tal sentido, se ha subrayado que la sentencia de la Corte Interamericana que hace lugar a la demanda implicó "...la transformación de un deseo en un derecho" (Cianciardo, 2016, p. 180).

Asimismo, la Corte se atribuyó la competencia para determinar que un embrión no implantado no es persona en ningún momento de su desarrollo previo a la anidación. Distinguiendo de esta manera fecundación de concepción, al entender que esta última es sinónimo de anidación. Ello, por cuanto un embrión que no se implanta no tiene posibilidad de sobrevivir.

9.1. Voto de la mayoría

A continuación, ampliaremos los argumentos expuestos por la mayoría de la Corte Interamericana en su sentencia.

En primer lugar, invocando el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, plantea el derecho que toda persona tiene a que la ley lo proteja contra las injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y la de su familia; interpretando en sentido amplio el derecho a la libertad personal establecido en el artículo 7, considerada como un derecho humano básico. Entiende, asimismo,

que dentro de los citados derechos deben ser incluidos “...la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás (...), la decisión de ser o no madre o padre (...) en el sentido genético o biológico” (p. 44). Lo que implicaría para el Tribunal la vinculación con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva. Acceso que “...guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho” (p. 45).

La Corte consideró que los derechos invocados fueron restringidos por la Sala Constitucional sin justificación. Uno de los puntos señalados por el Tribunal, y que se encuentra relacionado con esta afirmación, es la condición establecida por la Sala para autorizar la práctica de la FIV: “...la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma...” (p. 51). Condición que la Corte entiende de cumplimiento imposible.

En el punto C del fallo, se analiza el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que la Corte considera relevante para el caso, y que dispone la protección del derecho a la vida de toda persona “...en general, a partir del momento de la concepción”. Al respecto, la Corte reconoce que hasta ese momento no se había expedido en relación con las controversias que se plantean en este caso con respecto al derecho a la vida. Entendiendo pertinente, frente a la reivindicación del derecho absoluto a la vida del embrión realizada por la Sala Constitucional, analizar el sentido de las palabras ‘persona’, ‘ser humano’, ‘concepción’ y ‘en general’ en el contexto de este Tratado Internacional.

Respecto del término ‘concepción’, y reconociendo que no existe una posición consensuada con relación al inicio de la vida humana, entiende que en el marco de la Convención deben interpretarse fecundación y concepción como dos momentos diferentes. La concepción coincide con el momento de la anidación, ya que sin verificarse la implantación en el útero de la mujer no hay posibilidad de desarrollo y por lo tanto de vida del embrión. Es decir que, la Corte “...sitúa el contenido semántico de la noción “concepción” no en la existencia de un ser vivo de la especie homo sapiens, sino en el hecho del em-

barazo” (Ramírez García, 2016, p. 153). Lo que implicaría una actualización de la interpretación respecto de la que existía al momento de la redacción de la misma, por los avances tecnológicos en cuanto a los métodos de fecundación humana asistida (p. 60). Teniendo en cuenta este razonamiento, la expresión “en general” debe ser entendida como la regla de la que se pueden inferir excepciones; las que, de acuerdo a lo expresado por el Tribunal en su fallo podrían incluir “...la posible legalización del aborto, que en algunas circunstancias sería un derecho” (Cianciardo, 2016, p. 176). Si bien la sentencia no especifica cuál sería la situación “...en la que según la Corte el aborto podría ser legalizado, y cuál la situación en la que sería obligatorio hacerlo por constituir un derecho...” (Ibidem).

En cuanto a los términos ‘persona’ y ‘ser humano’, son utilizados indistintamente -como sinónimos-.

El Tribunal realiza asimismo un análisis exhaustivo de todos los instrumentos internacionales que legislan sobre el derecho a la vida del niño no nacido, para determinar el momento a partir del cual el *nasciturus* puede ser considerado como tal. Recordemos que el embrión hasta el momento de la implantación no es considerado por la Corte como acreedor del derecho a la vida. Es por eso que, a partir de este momento y en atención a todo lo analizado concluye que el derecho a la vida del niño por nacer no es absoluto sino gradual a medida que va evolucionando su desarrollo, por lo que no puede ser entendido como persona según la interpretación del artículo 4.1 y 5.1 del Tratado.

En el punto D, donde se analiza la proporcionalidad de la medida de prohibición de la F.I.V. por parte del Estado de Costa Rica, el Tribunal dictamina en el considerando 292 que “...toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, debido a los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos” (p. 92). Entendiendo como persona a aquellas que, sin distinción de género padezcan una discapacidad fértil. Pero que creemos, podría haber sido aplicado en todos sus términos al niño

por nacer; lo que en este caso no es posible por no ser considerado persona por la Corte de acuerdo a lo ya expuesto. Denominándolos como 'estructuras celulares' en el considerando 311; niega el derecho absoluto a la vida del embrión por juzgarlo desproporcionado frente al planteo de la Sala Constitucional de una mayor pérdida de embriones producto de la manipulación de los mismos en la práctica de la F.I.V. en comparación a la que se verifica como resultado de embarazos naturales.

Finalmente concluye, que la protección absoluta del embrión por parte de la Sala Constitucional afectó los derechos reclamados por las partes demandantes implicando

“... una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar...”, al mismo tiempo que la considera de efectos discriminatorios (p. 99).

Respecto a la situación del niño por nacer, coincidimos con lo expresado por Juan Cianciardo (2016, p. 184): “...para la Corte los embriones no son seres dignos, merecedores de un respeto incondicionado (...) quedan asimilados a cualquier objeto del universo físico, y son por eso instrumentalízales, susceptibles de ser tratados como medios para la obtención de fines distintos de ellos mismos. La Corte segmenta el itinerario vital del ser humano en trozos o compartimentos estancos: el hombre no es hombre en la fase inicial de su existencia; pese a poseer allí idéntica información o carga genética a la que tendrá a lo largo de toda su vida, no es alguien, sino algo, una cosa radicalmente distinta de lo que pasará a ser después, y no es sujeto sino objeto de relaciones jurídicas...”.

9.2. Voto en disidencia del Juez Eduardo Vio Grossi

Sin embargo, como dijimos, la votación no fue unánime. El juez Eduardo Vio Grossi lo hizo en disidencia fundamentando su postura en que la Corte privilegia el derecho a la protección de la familia entre otros, mientras que “... en la práctica minimiza o subordina todo lo referente al “derecho a la vida”. Recurriendo a lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, interpreta las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos aplicadas al caso bajo

análisis, cuyo texto en el artículo 4.1, reproduciremos a continuación para desarrollar lo fundamentado por el magistrado.

“Artículo 4.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Por lo que concluye que toda persona o ser humano tiene derecho a que se le respete su vida, siendo por lo tanto sujeto de derecho. En cuanto a la protección legal del derecho, entiende el término ley como norma jurídica “...sea constitucional, legal o reglamentaria, dictada por el órgano competente del Estado que, en términos generales y obligatorios, regula una conducta o actividad de todos sus habitantes” (p. 7). De manera que, cuando la Convención establece la protección por ley del derecho a la vida de toda persona “...no importa que la conformidad o disconformidad de esta última con el Derecho Internacional y, en particular, con la Convención, es decir, su licitud o ilicitud internacional, no pueda ser determinada por la Corte” (p. 7). Con respecto a la expresión “Y, en general”, debe ser considerada como inclusiva haciendo “... aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción” (p. 9). Por lo que estima necesario determinar qué es lo que se entiende por concepción, cuál es el alcance del término, para precisar desde qué momento exacto el Estado tiene la obligación de proteger la vida de la persona. Como la Convención no hace referencia al significado que le atribuye al vocablo, ni al que le otorga la ciencia médica lo pone en contexto de lo que se entendía en la época de suscripción de este instrumento legal. El que, de acuerdo a la definición dada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española en las dos versiones consultadas, se puede concluir como sinónimo de fecundación (p. 9). Y debido a que no se encuentra ningún otro instrumento que especifique una interpretación diferente o modificación a la ya expresada, “... jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide...” (p. 10).

El voto en disidencia deja constancia de que en su jurisprudencia la Corte siempre se ha pronunciado en este sentido, y es por esa razón, que destaca el rotundo cambio de interpretación de todos los términos analizados que se realiza en el fallo bajo estudio y que no se condice con el sentido de la letra de la Convención. Además de señalar como error metodológico, contradicciones producto de la falta de contextualización de lo expresado en la norma, ya que los adelantos científicos que motivaron la demanda no existían en el momento de la redacción y posterior ratificación de la Convención. Además de poner en un mismo contexto histórico a otros tratados citados como refuerzo de la fundamentación, cuando los mismos no se corresponden con el de la Convención. Dejando expuesto, además, un error de interpretación de los términos de la Convención de Viena respecto de la interpretación de los tratados, entre otras numerosas objeciones, el que podríamos sintetizar citando una frase del magistrado:

“...que el objeto y fin del artículo 4.1, visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de ‘toda persona... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción’, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido o no nacido aún” (p. 22).

10. Conclusión

Habiendo analizado las disposiciones del derecho comparado latinoamericano y europeo respecto de los niños por nacer, podemos concluir que todos los ordenamientos, en mayor o en menor medida otorgan al ser humano no nacido una protección jurídica, reconociendo de tal modo que no estamos frente a una cosa, sino frente a una vida humana.

En el caso de la legislación de los países latinoamericanos escogidos para el análisis, estos son Chile, Paraguay y Ecuador, se observa la

influencia de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción; ya que es a partir de que esta vida se inicia que nos encontramos frente a una persona humana. Siendo por esta razón más restrictiva la legislación en materia de aborto, en aquellos países que incorporaron a su Carta Magna el derecho a la vida desde la concepción.

En cuanto al ordenamiento jurídico de los países del continente europeo tomados como referencia, Italia, Alemania y España, si bien se reconoce la existencia de una vida humana desde la concepción, ello no implica que se la reconozca como persona humana. No existe una norma en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que la consagre de esta manera. Sin embargo, es importante destacar que la legislación alemana establece una asesoría para la mujer embarazada en situación de necesidad y conflicto orientada a incentivarla a continuar con el embarazo y a la posibilidad de proseguir su vida junto a su hijo. Haciéndole saber que de acuerdo al ordenamiento jurídico de ese país el niño no nacido tiene un derecho propio a la vida y, por lo tanto, la interrupción del embarazo es tenida en cuenta sólo en una situación excepcional. Considera como un 'derecho' de los solicitantes de esta práctica, a informarse no sólo de los métodos para realizar el aborto, sino, y de fundamental importancia para nosotros, de las consecuencias físicas, psicológicas y de los riesgos asociados que la misma conlleva. Asimismo, no contempla como aborto, y por lo tanto no es una conducta antijurídica, cualquier maniobra que tenga como finalidad evitar el embarazo si esta se produce antes de la implantación de lo que define como huevo fecundado. El derecho español, sin embargo, al legislar sobre el aborto expone como uno de sus objetivos la protección de la autonomía personal de las mujeres; busca en consonancia con las recomendaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asegurar la posición de la mujer embarazada fundamentada en el derecho a la libre disposición de su cuerpo. El plazo razonable, se extiende en este caso a las catorce semanas, ampliándose el mismo en el caso de que la vida del niño fuera inviable fuera del seno materno por razones graves de salud. Contrariamente al derecho alemán, que, como dijimos

entiende el aborto como una última opción, podemos decir que el legislador español lo considera como una práctica sanitaria común. En el caso de Italia, la ley protege la vida humana desde su inicio, al mismo tiempo que establece amplias causales por las que autoriza 'la interrupción voluntaria del embarazo' hasta los primeros noventa días con posibilidad de ampliar el plazo en casos específicos. Consideramos que merece ser destacado, es lo que establece la Ley N° 194/1978 que regula el aborto cuando dispone en el artículo 7, que en caso de que la vida del *nasciturus* sea viable y exista la posibilidad de tener una vida autónoma, el médico debe tomar todas las medidas necesarias para salvaguardarla.

En cuanto a la situación de los embriones fecundados *in vitro*, en particular los crioconservados, la protección es menor en todas las leyes analizadas; si bien se observa en todos los casos como objetivo el resguardo de la vida humana desde la concepción, prohibiendo expresamente los casos de híbridos o clonación. En particular, el ordenamiento jurídico alemán tiene una ley de protección del embrión que tiene como uno de sus propósitos evitar el abuso en la utilización de técnicas de procreación artificial, limitando a tres el número de embriones a fecundar o transferir en un mismo ciclo. Coincidiendo en esto último con lo dispuesto por la Corte Constitucional italiana que, a través de un fallo del año 2009, cambia el límite de la fecundación al mismo número de embriones para su 'inmediata y contemporánea' transferencia; al mismo tiempo que establece explícitamente que esta práctica no es un método alternativo de procreación, y lo autoriza cuando no existen otros métodos terapéuticos eficientes para eliminar las causas de infertilidad, entre otras restricciones. Marcando así, lo que entendemos es una contradicción entre ambas leyes -italianas-, por cuanto el derecho a la vida del niño por nacer se considera relativo frente a los derechos que la ley le otorga a la madre en caso de aborto; pero encontrándose mucho más protegido respecto de la FIV, al establecer numerosas y estrictas restricciones en la ley que la reglamenta.

Para finalizar, podemos decir que, si bien nuestro país comparte su origen cultural con los países latinoamericanos cuyo ordenamiento jurídico hemos analizado; y, en principio, tienen en común el consi-

derar el reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción, la sanción de las leyes vigentes para los casos analizados asemeja la situación del *nasciturus* a la legislación europea. Específicamente a la española e italiana en cuanto a su menor protección, teniendo en cuenta las consideraciones ya manifestadas respecto de las normas del derecho alemán.

En cuanto al efecto de la sentencia “Artavia Murillo” en nuestro país las normas internacionales en materia de derechos humanos incluidas en la Constitución tienen jerarquía constitucional complementaria a lo dispuesto por la propia ley fundamental, cuyo contenido no puede ser alterado ni modificado; disposición que surge visiblemente del texto del artículo 75, incisos 22 y 24. Basados en estos argumentos, entendemos que no puede sostenerse la primacía del orden convencional internacional sobre nuestro orden constitucional; aún la de aquellos organismos reconocidos por los tratados internacionales de rango constitucional, y en particular en aquellos conflictos en los que nuestro país no ha sido parte.

Referencias

- Arias de Ronchietto, C. (2007) *El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible*. Recuperado de: <https://repositorio.uca.edu.ar/bits-tream/123456789/2951/1/vida-primer-derecho-humano.pdf>
- Bidart Campos, G. J. (2004) *Compendio de Derecho Constitucional*. Ediar, Buenos Aires.
- Cianciardo, J. (2016) *La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo”*. Recuperado de: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/6757/4456>
- Corn, E. (2015). *La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga*. *Revista Bioética y Derecho*. (35): 18-31

- Didier, M. M. (2018) *La legalización del aborto y el derecho a la igualdad*. Recuperado de: <https://www.ucsf.edu.ar/la-legalizacion-del-aborto-y-el-derecho-a-la-igualdad/>
- Domingo, R. (1994) *El aborto en Alemania (Observaciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28.5.1993)*. Cuadernos de Bioética, 3º, pp. 213-220. Recuperado de: <https://aebioetica.org/revistas/1994/3/19/213.pdf>
- González-Varas Ibáñez, A. (2010). *Aspectos ético-jurídicos de la regulación del aborto en España. Estudio realizado a partir de la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/Discussions/2010/GonzalezVarasIbanez.pdf>
- Lafferriere, N. (2017). *El tribunal constitucional de Chile y el “por nacer”*. Recuperado de: <https://centrodebioetica.org/2017/09/el-tribunal-constitucional-de-chile-y-el-por-nacer/>
- Lafferriere, N. (2021) Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610. Recuperado de: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11182>
- Ojeda Izquierdo, M. (2018) *Falta de regulación de las técnicas de reproducción asistida en el Ecuador: tratamiento y crio preservación de embriones humanos*. Recuperado de: <https://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10777/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-227.pdf>
- Ramírez García, H. S. (2016) *Sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica y los principios de imparcialidad y precaución*. En “Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro”. Recuperado de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_01.pdf
- Tommasi, M. S. y Marrama, S. (2017) *Después de “Artavia Murillo”*. El Derecho, Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/09/18092017.pdf>
- Vera Barberán, L. (2016) *Aspectos legales de la fecundación in vitro. Un análisis de la necesidad de su regulación por el ordenamiento jurídico paraguayo*. Revista Jurídica 4 (1), pp. 57-68. Recuperado

- de: <https://revistacientifica.uaa.edu.py/index.php/juridica/article/view/320/262>
- Zurriaraín, Roberto (2011). *Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*. Cuadernos de Bioética (2), pp. 201-214.
- Mosquera, D. (2016). *Reproducción Humana Asistida será regulada en Ecuador*. <https://www.edicionmedica.ec/secciones/profesionales/reproduccion-humana-asistida-ser-regulada-en-ecuador-88745>
- República de Chile. (2000). *Código Civil de la República de Chile*. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Chile.pdf
- República de Paraguay. (1985). *Código Civil de Paraguay*. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf
- República Plurinacional de Ecuador. (2002). *Ley No 2002-100. Código de la Niñez y Adolescencia*. <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-06-C%C3%93DIGO-DE-LA-NI%C3%91EZ-Y-ADOLESCENCIA-Leyes-conexas.pdf>
- República de España. (1981). *Código del Menor*. <https://www.crin.org/es/biblioteca/buscar-legislacion/C3%B3n/paraguay-codigo-del-menor-ley-no-903/81>
- República de Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. https://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo-org%C3%A1nico-integral-penal_-coip_ed_sdn-mjdhc.pdf
- República Federal de Alemania. (1871). *Código Penal Alemán*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol>
- República de Chile. (2017). *Código Penal de Chile*. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237&idParte=9835350&idVersion=2017-09-23>
- República de Paraguay. (1997). *Código Penal de Paraguay*. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_paraguay.pdf
- República de Italia. (1947). *Constitución de la República Italiana*. <https://wipolex.wipo.int/es/text/230545>
- República Plurinacional de Ecuador. (2008). *Constitución del Ecuador*. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf
- República de Paraguay. (1992). *Constitución Nacional de Paraguay*. https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm

- República Argentina. (1994). *Constitución Nacional*.
- República Argentina. (2013). *Decreto 956/2013*. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>
- República de Paraguay. (1937). *Decreto No 2848 del Poder Legislativo*. <https://www.derechos.org/nizkor/paraguay/1997/27.html>
- República de Chile. (1985). *Exenta N° 1072*. juridico1.minsal.cl/RESOLUCION_1072_85.doc
- República de España. (2006). *Ley 14/2006*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>
- República Argentina. (2013). *Ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción humana médicamente asistida*. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>
- República Federal de Alemania. (1990). *Ley alemana de protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990*.
- Recuperada de: Villalobos, M.J. (trad.) *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 21 (N° 2). pp. 421-422.
- República Federal de Alemania. (1992). *Ley de conflicto del embarazo*. <https://www.gesetze-im-internet.de/beratungsg/index.html>
- República de Chile. (2017). *Ley N° 21.030*. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1108237>
- República de Paraguay. (1980). *Ley N° 836 Código Sanitario*. https://www.who.int/fctc/reporting/Paraguay_annex8_health_act.pdf
- República de España. (2010). *Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-3514-consolidado.pdf>
- República Plurinacional de Ecuador. (2006). *Ley Orgánica de Salud N° 67/2006*. https://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/EC/ley_organica_de_salud.pdf

¿ES NECESARIA UNA REFORMA INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO?

*IS A COMPREHENSIVE REFORM
OF THE CRIMINAL CODE REQUIRED?*

Leandro Lazzarini¹
Universidad Católica de Santa Fe

*“Un código es una colección de leyes coor-
dinadas bajo un sistema.
De aquí viene que no pueda tratársele
como a cualquier ley”*

Carlos Tejedor

Resumen

El objetivo principal de este artículo es evaluar si resulta necesaria una reforma integral del Código Penal Argentino. Tal inquietud nace a causa del debate, tanto académico, político como mediático, suscitado por las sucesivas presentaciones de reforma del Código Penal de la Nación en la última década.

Palabras Clave: Código Penal Argentino; reforma; integral; necesidad

1 Abogado, ex Fiscal Adjunto del Ministerio Público de la Acusación de Santa Fe, actual Juez Penal de Primera Instancia del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe, Profesor Adjunto de Derecho Penal I - Parte General y Derecho Penal II - Parte Especial de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UCSF. leandro_lazzarini@hotmail.com.

Abstract

The main purpose of this paper is to evaluate whether a comprehensive reform of the Argentine Penal Code is required. This concern arises due to the debate, so much academic, political as media, prompted by the successive presentations of draft reforms of the Penal Code of the Nation in the last decade.

Keywords: *Argentine Penal Code; reform; comprehensive; required.*

1. Introducción

En la última década, el Poder Ejecutivo Nacional ha intentado sin éxito reformar nuestro Código Penal de la Nación.

Como es sabido, en el año 2012, se convocó a una comisión a los efectos de elaborar el proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación, debido a que “la coherencia originaria de las disposiciones del Código se ha visto afectada, a la vez que se ha alterado el equilibrio y la proporcionalidad que deben guardar entre sí las escalas penales de los distintos delitos” (Presidencia de la Nación Argentina, 2012).

De igual forma, en el año 2019, el gobierno de turno de distinto color político al anterior, volvió a proponer un proyecto con el siguiente mensaje: “la presente iniciativa obedece a que el actual Código Penal, sancionado en el año 1921, ha sufrido numerosas modificaciones parciales que afectaron su unidad, sistematicidad y coherencia interna y que dificultan el pleno cumplimiento del mandato previsto en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional” (Presidencia de la Nación Argentina, 2019).

Tomando en cuenta los sucesivos intentos, encuentro interesante evaluar si resulta necesaria una reforma penal de tal envergadura en la actualidad.

Para ello, en primer lugar, se analizarán las características generales de un Código y los requisitos mínimos que debe cumplir un cuerpo legal para ser considerado como tal.

En segundo lugar, se examinarán las exigencias constitucionales que gobiernan la regulación de la materia penal en la Argentina.

Seguidamente, se considerarán los rasgos y particularidades que presenta el Código Penal vigente para vislumbrar, a la postre, si aquellas se adaptan, tanto a las exigencias de un Código, como a los requerimientos constitucionales.

Finalmente, se concluirá si resulta necesaria una reforma integral del Código Penal de la Nación.

2. Análisis preliminar: Características esenciales de un Código

Como primera aproximación, se puede afirmar que un código, cualquiera sea la rama jurídica en cuestión, es un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas y principios jurídicos. En el mismo sentido, el diccionario nos brinda como primera acepción de la palabra “código” el concepto de “Conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada” (Real Academia Española, 2001).

De esta manera, observamos, a primera vista, que un código es mucho más que una agrupación de normas de una misma materia en un único cuerpo. Necesariamente debe ser pensado como un sistema, es decir, como un conjunto de partes que funcionan de manera interrelacionada y reaccionan de modo interdependiente.

Como consecuencia de ello, si se afecta algún componente del sistema, por más accesorio que parezca, lo más probable es que esto repercuta en el funcionamiento general de aquél.

Por otro lado, se lo considera como una técnica legislativa y, desde este punto de vista, debe tener ciertas características esenciales: congruencia, certeza, accesibilidad, precisión, claridad, debe asegurar la vigencia de las reglas generales que contiene, entre otras. Asimismo, un código debe ser la expresión y concreción de un conjunto de valores determinados.

Resultan clarificadoras las palabras de Zaffaroni “...la codificación, que exige completitud respecto de una materia jurídica, orden sistemático de las disposiciones y claridad del lenguaje, con el máximo de precisión posible, es una técnica legislativa destinada al mejor cumplimiento del mandato constitucional de afianzar la justicia” (2014, p. 48).

3. Exigencias constitucionales que gobiernan la regulación de la materia penal en la Argentina

El siguiente punto, una vez superado el análisis preliminar, consiste en vislumbrar cuáles son las directrices que emanan de nuestra Constitución Nacional con respecto a la regulación de la materia penal.

Ante todo, cabe destacar que el Código Penal es un apéndice de la Constitución Nacional, ya que está, en esencia, destinado a reglamentar las garantías contenidas en aquélla y en los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, resulta importante señalar que “la codificación como técnica legislativa en materia penal -exigida en función del mandato constitucional de certeza- está consagrada en la Constitución desde su versión original, en el inciso 12° del artículo 75° constitucional -antiguo inciso 11° del artículo 67°-, que manda al Congreso Nacional dictar el Código Penal. La reforma de 1994, que habilita cuerpos unificados o separados, sigue demandando códigos, lo que pone de relieve con toda claridad mediante la palabra cuerpos” (Zaffaroni, 2014, p. 50).

En otras palabras, nuestra ley máxima no se limita a delegar en el Congreso la función de legislar en materia penal, sino que le ordena una determinada técnica legislativa: la codificación.

Así pues, mediante la imposición de esta técnica, exige que la legislación penal sea lo más clara, certera y sistemática posible y esté dotada de una coherencia sobresaliente.

Por otra parte, como ya se adelantara, el Código Penal debe ser el fiel reflejo de los principios constitucionales más esenciales de la materia. Estos son:

- subsidiariedad o mínima intervención: manda limitar la injerencia penal, sólo posible como *última ratio* y en defensa de las ofensas más graves de los bienes jurídicos;
- estricta legalidad o máxima taxatividad de los tipos penales: el legislador, a la hora de tipificar una conducta, debe hacerlo de modo preciso. Eso implica que los delitos no pueden estar definidos a grandes rasgos ni vagamente, sino, antes bien, con la máxima precisión posible;
- culpabilidad: impone como mínimo la simple accesibilidad del ciudadano a la legislación punitiva, requisito básico del reproche penal;
- lesividad u ofensividad: requiere la causación de un daño o peligro concreto relevante al bien jurídico protegido, y
- proporcionalidad de las penas respecto a la gravedad de los delitos y la jerarquía de los bienes tutelados.

En definitiva, nuestra Carta Magna demanda la protección de “... la sistematicidad normativa, aspecto de la legislación penal que no es un adorno intelectual, sino garantía de efectividad de los principios de legalidad y culpabilidad -seguridad y previsibilidad-, que son el corazón del derecho penal liberal” (Pastor, 2012, p. 38).

4. Particularidades que presenta el Código Penal vigente

Resulta oportuno recordar que la codificación penal argentina se desarrolló durante la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del XX, culminando su proceso en el código de 1921, redactado por Carlos Tejedor. Aquél representó el fin de la dispersión normativa y el advenimiento de la seguridad jurídica. La ley penal argentina adquirió coherencia, precisión y claridad.

Así, se dio cabal cumplimiento a la exigencia del mandato constitucional de codificación en materia penal consagrado en el inciso 12 del artículo 75 -antiguo inciso 11 del artículo 67- de la Constitución Nacional.

Inclusive, se ha destacado que “... la parte general sobria de nuestro Código Penal permitió una evolución científica y jurisprudencial muy interesante: el texto del código permitió que la doctrina incorporara y adaptara las mejores elaboraciones del mundo y que la jurisprudencia obrara en consecuencia con la dinámica de la ciencia jurídico-penal” (Zaffaroni, 2010).

Sin embargo, la situación inicial antes descrita ha cambiado rotundamente en la actualidad. Hoy en día resulta en extremo difícil hablar de un orden jurídico penal. En palabras de Pastor: “La legislación penal está completamente desquiciada. Sólo de un modo irónico es posible hablar de orden jurídico penal. Muy lejos de ello, la realidad muestra que, en verdad, vivimos en un absoluto caos jurídico” (2012, p. 38).

Esta situación responde principalmente a dos motivos. En primer lugar, debido al incremento de las cuestiones penalmente relevantes, con el consecuente aumento desmesurado e irrefrenable de los tipos penales y la desproporción de las penas con la que se los castiga. Los autores han denominado a este fenómeno como “inflación penal” (Ferrajoli, 1995, p. 714), “expansión penal” (Silva Sánchez, 2002, pp. 83-101) o “hipertrofia del derecho penal” (Palazzo, 2001, pp. 433-441), que se funda en la idea de que el poder punitivo constituye la solución a todos los “problemas sociales -“ilusión panpenalista” (Ferrajoli, 1995, p. 702) o “neopunitivismo” (Pastor, 2005, pp. 73-79)-”.

En otras palabras, el derecho penal “ha adquirido una extensión desmesurada debido a que se lo ha empleado, simbólica y demagógicamente, como herramienta, supuesta pero omnipresente, para reaccionar contra todos los males de este mundo” (Pastor, 2005, p. 77).

Este incremento normativo se expresó en dos direcciones: por un lado nos encontramos con las innumerables reformas que recibió el Código Penal que han afectado en gran medida su coherencia sistemática. Uno de los puntos más altos de desbarajuste y, a su vez más cercano a nuestros días, fue la llamada reforma *Blumberg*, que terminó por descomponer totalmente el diseño del Código Penal original. Así, “...a la fecha, el maltratado y ya casi

inexistente Código Penal de 1921 ha sufrido unas novecientas reformas parciales que lo hacen irreconocible” (Zaffaroni, 2014, p. 45). Por otra parte, a ello se suman las numerosas leyes penales especiales sancionadas por fuera del código y las incalculables disposiciones penales esparcidas en leyes no penales. Estas normas superan en mucho a las codificadas.

En efecto, no sólo es casi imposible para el lego conocer la ilicitud de una gran cantidad de conductas -como condición previa a la posibilidad del reproche de su actuar-, sino que también se evidencian, cada vez en mayor medida, errores en los propios operadores del sistema judicial.

Vale destacar que las referidas reformas se relacionan con las propuestas de aumento de las penas de manera absolutamente desproporcionada a numerosos delitos, con el objetivo de combatir la inseguridad, respondiendo especialmente a casos de fuerte trascendencia pública. Estas modificaciones han llevado a deformar en gran medida la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, a raíz de la incongruencia de las penas asignadas a determinados delitos en comparación con las penalidades de otros.

Todo lo antedicho provocó “...un doble efecto: la identificación ilusoria entre seguridad y derecho penal, de modo que la intervención penal pueda producir mágicamente el cese de la micro delincuencia, y la remoción del horizonte de la política de las políticas sociales de inclusión, ciertamente más costosas y laboriosas, pero asimismo las únicas en condiciones de agredir y reducir las causas estructurales” (Ferrajoli, 2007, p. 14).

El segundo motivo del caos legal en materia penal está constituido, no ya por una cuestión cuantitativa, sino por una cualitativa: la deficiencia legislativa de los tipos penales. Por un lado, encontramos la proliferación de tipos penales omnicomprendidos, es decir, conductas que son definidas de manera ambigua, con una precaria calidad descriptiva y con un bajo grado de certeza, no solamente por la ambigüedad de los términos utilizados sino por la inclusión de un sinnúmero de verbos como conductas típicas y, por el otro, hallamos la expansión de delitos de sospecha y de peligro abstracto.

Zaffaroni avizoró estas cuestiones largo tiempo atrás: “Si observamos el curso de nuestra legislación penal a partir de la pasada década, tendremos la sensación de que se ha operado un grave desorden que va en serio aumento, y, sin duda, vista en panorámica general -esto es, sin desmedro de reconocer aciertos aislados- se proyecta en una notoria pérdida de calidad y nivel técnico. Las urgencias políticas inmediatas y frecuentemente mal entendidas, han reemplazado al estudio detenido y al debate fructífero. La dispersión legislativa nunca fue tan evidente y las marchas y contramarchas, obedientes a consignas circunstanciales, han llevado a nuestros legisladores a una situación que puede tornarse caótica” (Zaffaroni, 1998, p. 458).

Como resultado de las dos situaciones analizadas obtenemos “...un ‘derecho penal máximo’ que crece fuera de cualquier diseño racional y, por tanto, en crisis con todos sus clásicos principios garantistas: el principio de taxatividad y determinación y con él la certeza de la ley penal y el nexo entre pena y delito; el principio de ofensividad y el de proporcionalidad de las penas; la centralidad del debate y el rol del proceso como instrumento de verificación de los hechos cometidos, antes que de penalización preventiva; la posibilidad de conocer las leyes por parte de los ciudadanos y por ello su eficacia impeditiva...” (Ferrajoli, 2007, p. 13).

5. Conclusión

Como pudo apreciarse, actualmente asistimos a proceso de descodificación en materia penal impulsado por innumerables reformas parciales del código, por la recurrente sanción de leyes penales especiales extra-código y por la inclusión de normas penales en leyes que no lo son.

Dicho de otra manera, nos hallamos en una situación en la que el mandato constitucional no se cumple, en razón de que la mayor parte de la legislación penal no se halla codificada y la poca que resta codificada ha perdido el carácter sistemático propio de un código.

Más preocupante aún, resultan las flagrantes transgresiones de los principios constitucionales que rigen la materia penal, cuyo fiel reflejo debería ser el propio Código Penal.

El aumento desmesurado de los tipos penales violenta abiertamente el carácter subsidiario y de última ratio del derecho penal, que debería quedar reservado para aquellos hechos particularmente graves que afecten la convivencia social.

Asimismo, nos encontramos con figuras delictivas formuladas en términos vagos e imprecisos, con varios significados, en artículos tan largos que ocupan varias páginas y con reenvíos sumamente confusos, que atentan tanto contra la máxima taxatividad de los tipos penales, como contra el principio de culpabilidad, por ser totalmente inaccesibles para las personas -requisito básico del reproche penal-.

Además, el principio de proporcionalidad de las penas ha sido atacado abiertamente por la legislación penal inflacionaria a la que se hizo referencia, derribando la jerarquía de los bienes jurídicos protegidos por el sistema penal.

Por estas consideraciones, estimo necesaria una reestructuración del ordenamiento punitivo con el objetivo de restituir la certeza y la sistematicidad perdida. A estos fines, considero que un Código Penal coherente y armónico es la mejor forma de asegurar la plena vigencia de los principios constitucionales; todo esto sin dejar de tener en cuenta que una reforma de tal envergadura deberá ser precedida de un análisis previo detenido y profundo.

En conclusión, coincidimos con las palabras de Pastor cuando escribió: “La sistematicidad, exactitud y proporcionalidad que brinda un Código Penal bien hecho es el mejor comienzo para transitar el largo y arduo camino hacia un ejercicio del poder punitivo menos arbitrario y más humano” (2012, p. 55).

La presentación de distintos anteproyectos de reforma del Código Penal, nos brindan la oportunidad de evaluar si aquellos reparan nuestro dañado código y le devuelven todo el esplendor que supo tener; pero eso ya es harina de otro costal.

Referencias

- Ferrajoli, L. (2007). *Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación*. Ediar.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta.
- Palazzo, F. (2001). Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal. In *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam*. Universidad de Castilla
- Pastor, D. R. (2005). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Separata de Nueva Doctrina Penal, 2005-A*.
- Pastor, D. R. (2012). *La recodificación penal en marcha. Una iniciativa ideal para la racionalización legislativa* (1ra. ed.). Pensar en Derecho.
- Presidencia de la Nación Argentina. (2012, May 7). *Decreto N° 678*.
- Presidencia de la Nación Argentina. (2019). *Mensaje número MEN-2019-60-APN-PTE*
- Real Academia Española. (2001). Código. *Diccionario de la Lengua Española*. Espasa.
- Silva Sánchez, J.-M. (2002). Retos Científicos y Retos Políticos de la Ciencia del Derecho Penal. *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, 9.
- Zaffaroni, E. R. (2014). *Anteproyecto de Código Penal de la Nación de Argentina. Exposición de Motivo* (1ra. ed.). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Zaffaroni, E. R. (2010). *El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente: Vol. Tomo 2010-C*. La Ley.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal - Parte General. Tomo 1*. Ediar.

**ESTADO ACTUAL DEL DERECHO AMBIENTAL
SANTAFESINO EN MATERIA DE CAMBIO CLIMÁTICO,
BIODIVERSIDAD Y AGROECOLOGÍA¹**

*CURRENT STATE OF ENVIRONMENTAL LAW IN SANTA FE
IN TERMS OF CLIMATE CHANGE, BIODIVERSITY
AND AGROECOLOGY*

Xiomara Imhoff, Camila Paviotti,
María del Rosario Trucco,
Rafael Colombo
Universidad Católica de Santa Fe

M. Valeria Berros
*Universidad Nacional del Litoral, CONICET,
Universidad Católica de Santa Fe*

Resumen

Este artículo posee por objetivo analizar las regulaciones en materia de cambio climático, tutela de la biodiversidad y avance de la agroecología en la provincia de Santa Fe. La selección de los temas se relaciona con procesos recientes: la incorporación del cambio climático como eje del diseño institucional del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático, la creación a nivel federal de la Dirección Nacional de Agroecología así como los conflictos por la

1 Este trabajo es resultado del proyecto de investigación “Derecho Ambiental en la Provincia de Santa Fe: avances y desafíos”. Aprobado por Resolución CS N°7410/21, UCSF. Agradecemos especialmente los aportes y revisiones efectuadas por la profesora Lucena Spano Tardivo.

protección de áreas naturales. A su vez, se trata de construir un aporte en materia de derecho ambiental provincial como área poco abordada dentro del campo de la investigación jurídica. Como estructura proponemos, en una primera parte, el desarrollo del eje concerniente a la nueva institucionalidad y legislación santafesina en materia de calentamiento global. Luego enfocamos en las áreas naturales protegidas como estrategia de protección de la diversidad biológica y, por último, en los avances regulatorios en torno a impulsar la agroecología.

Palabras claves: Provincia de Santa Fe; biodiversidad; cambio climático; áreas naturales protegidas; agroecología

Abstract

The objective of this article is to analyze the regulations on climate change, protection of biodiversity and progress of agroecology in the Province of Santa Fe. The selection of topics is related to recent processes: the incorporation of climate change as the axis of design institution of the Ministry of Environment and Climate Change, the creation at the federal level of the National Directorate of Agroecology as well as the conflicts for the protection of natural areas. In turn, it is about building a contribution in the field of provincial environmental law as an area little addressed within the field of legal research. As a structure we propose, in the first part, the development of the axis concerning the new institutionality and legislation of Santa Fe regarding global warming. Then we focus on protected natural areas as a strategy for the protection of biological diversity and, finally, on regulatory advances around promoting agroecology.

Keywords: Santa Fe Province; biodiversity; climate change; protected natural areas; agroecology

1. Introducción

Este artículo posee por objetivo reponer el estado de situación de las normativas sobre tres tópicos de gran actualidad en el campo del derecho ambiental: el cambio climático, la tutela de la biodiversidad y el avance de la agroecología.

Esta línea de trabajo da continuidad a un trayecto de investigación previo, enfocado en el litoral argentino², pero se concentra en una escala más específica y delimitada que es la Provincia de Santa Fe. Esto resulta relevante por varias razones: la incorporación del cambio climático como eje del diseño institucional del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático, la reciente creación a nivel federal de la Dirección Nacional de Agroecología lo que implica un trabajo interjurisdiccional en el tema así como los conflictos en relación a la protección de áreas naturales que se visibilizan en el debate público en este último período a raíz de los incendios constantes en el Delta del Paraná y otras zonas del territorio provincial.

A su vez, el derecho ambiental santafesino permanece como área poco abordada y casi vacante y, en la coyuntura mencionada, se renuevan las razones por las cuales atenderlo desde el ámbito académico. Si bien ha habido avances en el diseño de políticas públicas y de instituciones en materia ambiental en la Provincia de Santa Fe estos aún se encuentran a la espera de un análisis robusto. De entre todas las temáticas pasibles de ser abordadas nos concentramos en estos tres ejes que adquieren centralidad de la mano de actuales conflictos socioambientales como a partir de diseños institucionales recientes:

- Diversidad Biológica y Áreas Naturales Protegidas, de innegable relevancia para una provincia que, por su perfil de producción agraria, ha visto reducido fuertemente su territorio para la conservación. Esta agenda es urgente y central sobre todo considerando que la reserva de biodiversidad en Argentina

2 Proyecto de Investigación “Aportes para repensar el derecho ambiental del litoral argentino”. Aprobado por Resolución CS N° 10.727/19, UCSF.

es remarcable, ocupando el noveno lugar a nivel mundial³. A ello se suma el debate público actual en relación a los usos de territorio por las quemas descontroladas que se están desarrollando durante el año 2020.

- Cambio Climático debido a la centralidad de esta agenda que ha llevado a ciertas construcciones institucionales y avances en la materia, como la creación del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático. Este tema se inscribe en el desafío de cómo tomar decisiones en la denominada “sociedad del riesgo” (Beck, 1998) en la que lo incierto y controvertido se coloca como aspecto medular que, a su vez, plasma el tipo de relación que existe entre derecho y ciencias (Santos, 2003), todo lo cual puede rastrearse en los debates de los diferentes espacios de discusión y en el incipiente proceso de generación de regulaciones e instituciones provinciales en las que procedimientos para la toma de decisiones, producción de pruebas científicas, maneras de concebir la causalidad y los riesgos.
- Agroecología, lo que implica una tensión con el modelo central de producción agraria en la actualidad frente al cual, cada vez más, se pueden individualizar alternativas que empiezan a tener diseños institucionales específicos como la reciente creación de la Dirección Nacional de Agroecología en agosto de 2020. Esta multiplicidad de miradas sobre la producción agrícola no es nueva sino que se advierte como tensión, también, a nivel nacional. Allí, mientras se delineaban los principales componentes del sistema de producción agraria contemporáneo basado en la modificación de semillas y el uso de agroquímicos, también se gestaban las principales normativas, aún vigentes, en materia de agriculturas alternativas.

3 Véase los sucesivos informes del Fondo Mundial para la Naturaleza conocidos como “Planeta vivo” disponibles en: https://www.wwf.es/nuestro_trabajo/informe_planeta_vivo_ipv/

En lo que sigue analizaremos, en tres apartados sucesivos, las principales características de estos temas a nivel provincial en articulación con otros espacios regulatorios.

2. Una aproximación al cambio climático

El cambio climático adquiere mayor centralidad en las agendas de todos los niveles de toma de decisiones y cristaliza construcciones tanto institucionales como legislativas. Estos avances no dejan de generar desafíos en torno a las medidas a seguir, las maneras de concebir las causalidades del fenómeno, la injerencia de las pruebas científicas, etc. Partimos de la base de que se trata de uno de los problemas ambientales que más aqueja en la actualidad debido a lo preocupante de sus efectos negativos tanto para el ambiente como para la salud de los seres vivos que conviven en el mismo. Entre las consecuencias del cambio climático encontramos, entre otras, sequías intensas, escasez de agua, incendios graves, aumento del nivel del mar, inundaciones, deshielo de los polos, tormentas catastróficas y disminución de la biodiversidad. A su vez, se afectan sectores específicos como, por ejemplo, la agricultura, la generación de energía e infraestructura, etc.

La mayor preocupación radica en que el efecto invernadero, fenómeno natural que permite la vida sobre el planeta tal cual la conocemos, y que está siendo afectado por las actividades antrópicas que aumentan la concentración en la atmósfera de dióxido de carbono (CO₂) y otros gases de similar naturaleza generando efectos sobre el clima. Aunque estos cambios pueden ser naturales, por ejemplo a través de las variaciones del ciclo solar, tal como menciona Camilloni (2018) cuando consideramos la opinión de científicos expertos, el nivel de acuerdo acerca de las causas humanas del cambio climático es alto. La quema de combustibles fósiles genera emisiones de gases de efecto invernadero provenientes de las actividades que más elevan las temperaturas de la Tierra: la generación de energía, la industria, el transporte, los edificios, la agricultura y el uso del suelo que se en-

cuentran entre los otros principales emisores. Aun así no dejó de convertirse, tanto el cambio climático como la ciencia en que se sustenta dicho consenso, en una cuestión polarizada y controversial. La citada autora afirma en este sentido que existen grupos que niegan que el clima esté efectivamente cambiando o son escépticos con relación a su atribución a la actividad humana, es decir que si bien aceptan los cambios observados en el clima, cuestionan la contribución antropogénica comparada con otros factores como la variación natural generando asimismo que se entorpezca la implementación de estrategias de adaptación y de las transformaciones necesarias para reducirlo.

2.1. El derecho del cambio climático en Argentina

A nivel nacional, provincial y municipal, el desarrollo del Derecho Climático en Argentina posee pocos años de historia. Quizás podría afirmarse lo mismo en relación al desarrollo del Derecho Convencional Climático, cuyo punto de emergencia es la Convención Marco de Naciones Unidas contra el Cambio Climático (1992) -ratificada por nuestro derecho interno por medio de la Ley N° 24.295. Luego, en el año 2015, se aprueba el Acuerdo de París, ratificado luego por Argentina en 2016 -por medio de la Ley N° 27.270-.

En este contexto, asistimos a cierta ‘efervescencia legislativa climática’ que se expande en los países miembros del sistema multilateral pero también derivan en regulaciones normativas en las provincias y municipios de Argentina. Esta ‘disposición jurídico-cognitiva’ emergente sobre la necesidad de contar con leyes sobre cambio climático, no es solo el fruto de décadas de investigación científica, inserción del tema en la agenda multilateral internacional, sino que también se debe a la incidencia de organizaciones no gubernamentales globales y locales que interpelan a las autoridades solicitando que incrementen sus compromisos en la lucha contra el clima.

La convergencia de producción de información científica que exhibe cada vez resultados más críticos acerca del Cambio Climático sobre el planeta y todas sus formas de vida, el activismo social ‘desde abajo’, portavoces que van desde comunidades científicas, pasando

por líderes políticos, sindicatos, artistas, periodistas especializados, organizaciones de la sociedad civil y el reciente y masivo involucramiento de juventudes de todo el planeta, dan cuenta acerca de la enorme relevancia que ha adquirido el Cambio Climático como asunto de la agenda pública y, especialmente lo que nos interesa, como objeto de apropiación por regulación por parte del campo jurídico.

Tras estos dos hitos jurídicos internacionales y junto a una decisiva movilización social de organizaciones, colectivos, asambleas locales, el Congreso Nacional sancionó la ley de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global N° 27.520, en el año 2019.

2.2. La legislación nacional sobre cambio climático

Nuestro sistema jurídico en materia ambiental, a partir de la reforma constitucional de 1994, se vertebra a través de la aprobación de leyes de presupuestos mínimos en relación a diferentes problemas, las cuales son expresamente mencionadas en el tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional.

A nivel climático poseemos -ya mencionamos- la Ley N° 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, que fue aprobada en 2019 por el Congreso de la Nación Argentina y reglamentada por medio del Decreto N° 1030 del año 2020.

Se consolida así una postura del país respecto de la importancia y urgencia de abordar el Cambio Climático y se posiciona la temática como política de Estado. Esta norma reconoce que la acción climática y el robustecimiento de sus instituciones son estructuras esenciales para un desarrollo resiliente, sostenible e inclusivo del país. Además, presenta al Cambio Climático como una problemática que no es meramente ambiental debido a que se comprende que también impacta de manera transversal los ámbitos social, económico, productivo, industrial, laboral, entre muchas otras perspectivas de abordaje, tanto en lo que respecta a la adaptación a sus impactos como en lo relativo a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

Como afirman documentos oficiales al respecto: “...esta comprensión hace evidentes dos realidades: en primer lugar, que, dada la transversalidad de la problemática, las soluciones no pueden emerger exclusivamente de los organismos gubernamentales dedicados específicamente a temas ambientales, sino que deben ser construidas colaborativamente con los diferentes espacios gubernamentales nacionales y subnacionales, y deben integrar las políticas desarrolladas por cada uno de ellos; en segundo lugar, que, debido a la magnitud de este desafío, las medidas deben ser adoptadas por todos los sectores y actores, incluyendo a la sociedad civil” (Informe Anual de Gestión Gabinete Nacional de Cambio Climático, 2020, p. 8).

Así es como esta ley nacional establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar acciones, instrumentos y estrategias adecuadas de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático.

Su finalidad consiste en asistir y promover el desarrollo de estrategias, medidas, políticas e instrumentos de mitigación y reducción de gases de efecto invernadero en el país con el objetivo de reducir la vulnerabilidad humana y de los sistemas naturales ante el cambio climático, protegerlos de sus efectos adversos, aprovechar sus beneficios y garantizar su desarrollo.

En ese sentido el artículo 3° establece una serie de definiciones, a los fines de evitar posibles divergencias interpretativas:

“a) Cambio climático: Variación del clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana, que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad climática natural observada durante períodos de tiempo comparables.

b) Medidas de adaptación: Las políticas, estrategias, acciones, programas y proyectos que puedan prevenir, atenuar o minimizar los daños o impactos asociados al Cambio Climático y explorar y aprovechar las nuevas oportunidades de los eventos climáticos.

c) Medidas de mitigación: Acciones orientadas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero responsables del cambio climático así como medidas destinadas a potenciar, mantener, crear y mejorar sumideros de carbono” (Ley N° 27.520, 2019, art. 3).

Con respecto a los principios que se enlistan, la normativa se rige por la ‘transversalidad del cambio climático en las políticas de Estado’, un principio que es de relevancia teniendo en cuenta la intrínseca conexión de los efectos del cambio climático en la vida y salud de los ecosistemas y de la vida humana. Por ende, se debe “considerar e integrar todas las acciones públicas y privadas, así como contemplar y contabilizar el impacto que provocan las acciones, medidas, programas y emprendimientos en el Cambio Climático” (artículo 4°, inc. b). Otro importante principio es el de prioridad que considera que las políticas de adaptación y mitigación deben priorizar las necesidades de los grupos sociales en condiciones de mayor vulnerabilidad al cambio climático (artículo 4°).

Cabe mencionar que en esta legislación se busca conformar una estructura institucional que garantice dicha transversalidad de la temática en las políticas de Estado a largo plazo. Este marco jurídico es un avance fundamental para elaborar y articular las políticas de cambio climático en el país y garantizar su implementación de manera consensuada y transparente en todo el territorio. Así, crea el Gabinete Nacional de Cambio Climático con funcionamiento bajo la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros y coordinado técnicamente por la Secretaría de Cambio Climático, Desarrollo Sostenible e Innovación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. La función principal del Gabinete es articular con diversas áreas de gobierno de la Administración Pública Nacional para la implementación del Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático y de todas aquellas políticas públicas relacionadas con la aplicación de normas establecidas en la ley. Así, esta normativa institucionaliza el Gabinete Nacional de Cambio Climático (GNCC) como espacio de articulación y diálogo participativo entre el gobierno nacional, los gobiernos subnacionales y la sociedad civil, en un marco de sinergias y cooperación.

Este Gabinete, tal como menciona el artículo 7, es presidido por el Jefe de Gabinete de Ministros, y su función consiste en articular entre las distintas áreas de gobierno de la Administración Pública Nacional, la implementación del Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático y de todas aquellas políticas públicas relaciona-

das con la aplicación de las disposiciones establecidas en la presente ley y sus normas complementarias. Está compuesto por las máximas autoridades de las siguientes áreas de gobierno: Ambiente, Energía, Minería, Producción, Agricultura y Ganadería, Industria, Transporte, Desarrollo Social, Relaciones Exteriores, Educación, Deporte, Salud, Ciencia y Tecnología, Interior, Obras Públicas, Vivienda, Trabajo, Economía y Finanzas y Seguridad y Defensa.

Además, se institucionaliza el Consejo Asesor que debe ser convocado por el Gabinete para que como ente externo del Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático, con su carácter consultivo y permanente, para que asista y asesore en la elaboración de políticas públicas. Al Consejo Asesor lo integran tanto científicos, expertos e investigadores de reconocida trayectoria sobre los diversos aspectos interdisciplinarios del cambio climático; como representantes de organizaciones ambientales, sindicatos, comunidades indígenas, universidades, entidades académicas y empresariales, y centros de investigación públicos y privados con antecedentes académicos y científicos o con trayectoria en la materia; así como representantes de partidos políticos con representación parlamentaria.

El mecanismo central que instala la norma es el Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático; es decir, un conjunto de estrategias, medidas, políticas, e instrumentos desarrollados para dar cumplimiento al objeto de la ley, el cual será elaborado por el Poder Ejecutivo. El Gabinete Nacional de Cambio Climático debe coordinar la implementación del Plan, que debe actualizarse con una periodicidad no mayor a los cinco años. Para su elaboración, se crea el Sistema Nacional de Información sobre Cambio Climático como instrumento para el diagnóstico y desarrollo de planes de respuesta al cambio climático en las diferentes jurisdicciones y para garantizar la robustez y transparencia del inventario nacional de gases de efecto invernadero y monitoreo de medidas de mitigación. Justamente su fin es proyectar las políticas de Estado en esta temática para las generaciones presentes y futuras; la integración de las políticas, estrategias y las medidas de mitigación y adaptación a los procesos claves de planificación; la incorporación del concepto de los riesgos climá-

ticos futuros, su monitoreo y el manejo de riesgos en los planes de formulación de políticas; la preparación de la administración pública y de la sociedad en general ante los cambios climáticos futuros. Por ello, además uno de sus contenidos mínimos que resalta es el de la “promoción de una nueva conciencia ambiental que permita reducir los efectos nocivos del cambio climático y aumentar la capacidad de adaptación” (Ley N° 27.520, 2019, artículo 19, inc. k). Igualmente, se establece que dentro del Informe Anual del Poder Ejecutivo acerca de la situación ambiental, creado por el artículo 18 de la Ley General del Ambiente N° 25.675, se debe incorporar un análisis y evaluación de las medidas implementadas y a implementarse en el marco de este Plan.

2.3. Legislación santafesina en materia de cambio climático

La provincia de Santa Fe posee una ley sobre Cambio Climático -la Ley N° 14.019, sancionada el 20 de noviembre de 2020 por el parlamento provincial⁴-. A esta norma se suman decenas de proyectos y ordenanzas vigentes de municipios y comunas, que han avanzado con propuestas y la aprobación de regulaciones locales, entre las que se destacan la ordenanza N° 9424 del año 2015, sancionada por el

4 Previo a ello, el entonces gobierno provincial, en el año 2016, publicó el Primer Inventario de Gases de Efecto Invernadero (GEI) de la Provincia de Santa Fe, desarrollado según las indicaciones dadas en las Directrices de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. En base a estos lineamientos, se han analizado los distintos sectores propuestos en dicha metodología que son: 1. Energía (dividida en el subsector energía estacionaria, relacionada esencialmente con el consumo del hábitat, de la industria y del comercio y energía móvil, relacionada con el transporte); 2. Procesos industriales y usos de productos; 3. Agricultura, silvicultura y otros usos del suelo (abreviada ASOUS o AFOLU, por sus siglas en inglés); y 4. Residuos. Esta división en sectores permite conocer la contribución a las emisiones de gases de efecto invernadero total y por sector, para así poder diagramar acciones más específicas y relevantes tendientes a sus reducciones. De esta forma, se arribó a la conclusión de que la Provincia de Santa Fe en el año 2016 emitió a la atmósfera 23,403 millones de toneladas de CO₂eq, siendo las contribuciones de los distintos sectores: energía (49,3 %); agricultura, ganadería, silvicultura y otros usos del suelo (43 %); residuos (5,2 %); e industria (2,5 %), representando ello un total de 23,4 millones de toneladas de CO₂ y otros gases.

Concejo Municipal de Rosario y un proyecto sobre Política Climática Municipal presentado ante el Concejo de la ciudad de Santa Fe en el año 2020.

En la provincia de Santa Fe la normativa en materia climática se centra en la Ley Marco de Acción Climática Provincial N° 14.019 del año 2021, que convierte a Santa Fe en el tercer gobierno subnacional en contar con una norma de este tipo, luego de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Ley N° 3.871 de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático del año 2011- y la provincia de Río Negro -Ley N° 5.140 del año 2016-.

Entre sus rasgos más característicos se tiene en cuenta que establece la coordinación con el Ministerio de Educación para programas de educación, sensibilización y concientización sobre el cambio climático, las medidas de adaptación y mitigación, que integra los contenidos transversales del sistema de educación formal. Asimismo, la norma cuenta con otros puntos muy relevantes, como la incorporación de la perspectiva de género, la obligación de sumar una perspectiva climática, de eficiencia energética y sustentabilidad ambiental en la contratación pública y la posibilidad de establecer un Sistema de Bonos de Emisiones de Carbono. A su vez, y ausente en la normativa nacional, establece plazos concretos para avanzar en la lucha contra el cambio climático.

Al objetivo de proteger a la población de los efectos del cambio climático y coadyuvar al desarrollo sustentable, la norma refiere a la necesidad de fomentar en el territorio provincial un modelo de desarrollo sostenible bajo en carbono y de comunidades resilientes al cambio climático, preservando los ecosistemas y garantizando la calidad de vida; establecer estrategias, políticas y medidas de mitigación y de adaptación al cambio climático; contribuir a la transición hacia las energías renovables y la eficiencia energética. Otros objetivos listados en el artículo 2 son:

- “e. Establecer los principios e instrumentos de gestión para definir, ejecutar, monitorear y evaluar las políticas públicas de respuesta al cambio climático y su integración con otras políticas provinciales sectoriales;

- f. Integrar la perspectiva climática y de resiliencia frente al cambio climático en el ordenamiento territorial y urbanístico y demás políticas públicas conexas;
- g. Promover la educación para la adaptación y mitigación frente al cambio climático;
- h. Promover el desarrollo científico y tecnológico en relación al cambio climático;
- i. Establecer los mecanismos necesarios para generar información de manera sistemática, ordenada y completa sobre el cambio climático y su impacto en la Provincia, la política de cambio climático y su implementación, así como metas cuantitativas y cualitativas de mitigación;
- j. Promover la participación ciudadana, de las empresas y de las organizaciones no gubernamentales en la elaboración, monitoreo y evaluación de las normas y políticas de cambio climático” (Ley Provincial N° 14.019, 2021, art. 2).

De igual manera que en la legislación nacional, la norma provincial contempla los principios de transversalidad del cambio climático en las políticas de Estado y el de prioridad. Siendo que este último, además, incluye que se prioriza la perspectiva de género y disidencias. A su vez, las políticas públicas de respuesta al cambio climático atienden a los principios desarrollados en el artículo tercero de la norma, que son los de: transversalidad del cambio climático en las políticas en las políticas de Estado, justicia climática, prioridad, desarrollo sustentable, precaución, prevención, acceso a la información, participación ciudadana, resiliencia, transparencia y máxima publicidad, cultura ética ambiental, colaboración y coordinación interjurisdiccional, territorialidad, *pro natura*, producción y consumo sustentable, progresividad.

En concordancia con la legislación nacional, se plantea como mecanismo también el Plan Provincial de Respuesta al Cambio Climático como principal instrumento de implementación de la política provincial, que busca definir las acciones específicas necesarias para lograr sus objetivos. El mismo contiene un Plan Provincial de Mitigación y

un Plan Provincial de Adaptación y bajo el concepto de mejora continua, debe actualizarse de manera periódica cada 4 años -plazo excepcionalmente reducible de producirse cambios no calculados inicialmente en las situaciones de base-.

Considera generar mecanismos que garanticen la articulación de las distintas áreas de gobierno en la definición, implementación, ejecución y seguimiento de las políticas provinciales de respuesta al cambio climático y el Plan Provincial de Respuesta al Cambio Climático que de ésta se deriva. Para que de esta manera se articule la política provincial y acciones derivadas de la gestión de aguas, suelos, alimentación, consumo, género, protección civil y ambiente. En particular, respecto de la biodiversidad y áreas naturales protegidas, salud, gestión de residuos, energía entre otras, para lo cual las políticas con incidencia en materia climática deben adoptar una perspectiva climática.

Para la participación activa de Municipios y Comunas, se establecen mecanismos de vinculación permanente e instancias de intercambio y formación para su fortalecimiento como actores claves de la acción climática provincial. Se adoptan también medidas orientadas a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

Las instituciones que esta norma provincial crea respecto al tema son basadas en las estructuras de las que ya se emplearon en la norma nacional. En ese sentido, crea un Gabinete Provincial de Cambio Climático que funciona en el ámbito del Poder Ejecutivo y tiene como fin articular dentro del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático provincial y sus distintas áreas de gobierno las políticas con incidencia en materia de cambio climático, así como cooperar entre las diferentes áreas de gobierno y actores relevantes para su implementación. De igual manera cuenta con un Consejo Asesor de Expertos para el asesoramiento y colaboración en el desarrollo de acciones y medidas establecidas en la ley y dentro del Gabinete.

En cuanto a la creación de espacios nuevos, se suma un Comité Permanente de Cambio Climático, a diferencia de la norma nacional, que se establece como órgano permanente de participación pública en el ámbito santafesino que actuará de manera estable en cuanto al

control y la aplicación de todos los objetivos de la presente normativa. Igualmente otro avance en la estructura institucional de esta ley es que contempla un Fondo de Acción Climática destinado a financiar la implementación del Plan provincial de respuesta al Cambio Climático y las acciones provinciales complementarias en la materia.

Resulta relevante mencionar, por último, que dentro de la Provincia de Santa Fe se ha incorporado al cambio climático como eje del diseño institucional del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático⁵, que es el encargado según la ley, de elaborar y/o celebrar convenios para su elaboración cada cuatro años un Inventario de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero.

2.4. Los casos de Rosario y de Santa Fe

La ordenanza de la ciudad de Rosario, sancionada el 27 de agosto de 2015, tiene por objetivo "... regular la intervención Municipal dirigida a reducir la emisión de gases de efecto invernadero y determinar medidas de adaptación fuente al cambio climático". El artículo 2 refiere a principios como "Cambio Climático y responsabilidad municipal" y "Transversalidad del Cambio Climático en las políticas del Estado Municipal", entre otros.

Seguidamente, el artículo 3 contiene una disposición que relaciona Cambio Climático con políticas de eficiencia energética, afirmando que "El Municipio de Rosario impulsará, especialmente en las instalaciones municipales y en el alumbrado público, el ahorro y la eficiencia energética así como la potenciación del uso de energías renovables y alternativas". También, en los artículos 4 y 5, se asocia el

5 Otra iniciativa del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático de la Provincia de Santa Fe es el comienzo de la sistematización de un Inventario Provincial de Humedales. Sobre este ya se han presentado avances y su objetivo versa sobre conocer las características del territorio santafesino para ampliar los niveles de conservación de estas regiones, especialmente necesario en el complejo escenario de incendios recurrentes. Para esto, el Inventario buscaría reclutar información actualizada georreferenciada sobre la extensión, variedad, características, funciones ecológicas, servicios ecosistémicos y estado de conservación de los humedales dentro de Santa Fe.

Cambio Climático con las políticas de protección de los ecosistemas, como bosques y humedales, por ser considerados como sumideros de carbono; entre numerosas otras disposiciones sobre políticas climáticas relacionadas con compras municipales, movilidad sustentable y transporte público.

El artículo 12 crea el Plan Local de Acción Frente al Cambio Climático “...entendido como el instrumento guía de toda política pública local frente a la problemática del calentamiento global. El mismo tendrá por finalidad la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y la implementación de acciones de adaptación frente al Cambio Climático para la ciudad de Rosario”, asignando la misión de elaborar un inventario local de gases de efecto invernadero (artículo 13).

Por último, se destaca la creación de un Comité Asesor como “... espacio descentralizado conformado por diversas instituciones y personas para debatir e impulsar temas de acción, propuestas de políticas públicas y emprendimientos para el funcionamiento, desarrollo y accionar del Plan Local de Acción frente al Cambio Climático” (artículo 18).

Por su parte, en la ciudad de Santa Fe, el 25 de noviembre de 2020, la actual concejala Valeria López Delzar, intentó responder legislativamente ante el vacío regulatorio que hoy existe a nivel municipal, a los fines de ejecutar una política climática a nivel local, con escala metropolitana. El proyecto figura bajo el Expediente N° 0062-01689210-1 y tras perder estado parlamentario, el 18 de febrero del 2022, el mismo texto fue reingresado bajo el expediente 0062-01775914-3.

A lo largo de 21 artículos se disponen normas sobre el ámbito de aplicación, objeto, definiciones, principios, objetivos generales, disposiciones sobre adaptación y mitigación, un diseño institucional compuesto por una autoridad local de aplicación, un Gabinete Municipal de Cambio Climático y un Consejo Asesor Externo sobre Cambio Climático de carácter consultivo y permanente, regulaciones sobre los instrumentos para la Gestión de la Política Climática, cooperación, estímulo a la Investigación Climática y Energética y Fondo Climático Municipal.

Uno de los objetivos medulares del texto en debate consiste en prevenir los riesgos derivados del cambio climático que constituyan una amenaza que afecten los derechos humanos y ambientales, como así también maximizar la protección de la diversidad biológica y de personas, comunidades y colectivos sociales en contexto de vulnerabilidad climática, al cual nuestra ciudad no es ajena. En particular, la ordenanza propone:

- a. incorporar principios de eficiencia energética para toda la obra pública y privada local, desde la iluminación hasta la propiedad horizontal;
- b. afianzar una movilidad urbana no motorizada, generando mejores condiciones de tránsito para ciclistas y vecinos/as;
- c. minimizar el uso y la circulación de los automóviles;
- d. peatonalizar más calles, manzanas y tramos de avenidas;
- e. despavimentar veredas para reverdecirlas;
- f. desurbanizar la actividad industrial, y
- g. expandir sin límites las áreas naturales urbanas, como una manera de proteger y crear más sumideros de carbono; entre otros.

3. La protección de la biodiversidad

El uso de la palabra biodiversidad refiere tanto a la cantidad como a la variedad y variabilidad de organismos vivos, es decir, la diversidad de especies, ya sea dentro de estas como entre ellas, así como también la diversidad de ecosistemas. Se puede afirmar que la biodiversidad se encuentra en todos los ámbitos, dado que comprende a la totalidad de los organismos vivos que habitan el planeta, lo que le otorga un valor intrínseco.

La Argentina es un país que basa gran parte de su economía en la riqueza y productividad de sus recursos naturales, esto se debe a que la biodiversidad constituye el sustento de la mayoría de las actividades humanas, así como también es proveedora de productos como ser materias primas, alimentos, agua, entre otros.

Una de las formas de protección de la biodiversidad, a fin de salvaguardar ecosistemas, así como vegetación y especies animales, es a través de la creación de áreas naturales protegidas como espacios especialmente delimitados con fines de conservación. La protección de áreas naturales asegura la conservación de la biodiversidad, y junto con ella, el bienestar de las generaciones futuras, ya que al permitir conservar la estabilidad de los ecosistemas cumple funciones como la regularización del clima, la fijación de CO₂, la recuperación de la fertilidad del suelo, como también contribuye a la disminución de las inundaciones. Pero, además de ese interés propiamente humano, se deben tener en consideración los derechos de la naturaleza como perspectiva jurídica que ha ido ganando terreno en los últimos años en diferentes latitudes del mundo y, en especial, en Latinoamérica.

En la provincia de Santa Fe, la agricultura y la ganadería extensiva constituyen uno de los principales polos productivos y económicos, e influyen fuertemente para liberar tierras de pastizales, humedales, bosques nativos, a través de quemas o desmontes, a fin de ser destinadas a la producción, en detrimento de la biodiversidad propia de la región, haciendo una utilización desmesurada de sus recursos naturales. Esta, entre otras razones, hacen que se convierta en un tema central para las políticas públicas de conservación.

3.1. El rol del convenio sobre la diversidad biológica

El instrumento cardinal para la tutela de la biodiversidad a nivel internacional es el Convenio Marco sobre Diversidad Biológica (CDB) cuyo contenido se plasmó en 1992 en la “Cumbre de la Tierra”⁶ celebrada en Río de Janeiro. Ratificado por 193 países, su objetivo consiste en regular “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos” (art. 1).

6 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1992.

A fin de cumplir los objetivos del convenio los Estados Parte, como primera medida, deben identificar los componentes de la diversidad biológica que sean importantes para su conservación y utilización sostenible y realizar un seguimiento de ellos. A su vez, también deben identificar actividades que puedan llegar a tener efectos perjudiciales sobre los componentes relevantes identificados, y realizar un seguimiento de ellas.

El CDB establece como órgano rector la Conferencia de las Partes (COP), que se reúne cada dos años, o según sea necesario, para examinar el progreso en la aplicación del convenio, fijar prioridades y adoptar planes de trabajo. Además, cuenta con una Secretaría, designada por la COP cuya función consiste en ayudar a los Estados Parte a aplicar el convenio, organizar reuniones, preparar informes sobre las actividades que realiza, coordinar la cooperación internacional con otros organismos, entre otras. Se establece también un órgano subsidiario de asesoramiento científico, técnico y tecnológico, de carácter multidisciplinario para que brinde, como su nombre lo indica, asesoramiento sobre la aplicación del convenio.

El CDB contempla la diversidad biológica en todos los niveles, dada la importancia para la evolución y mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera. Asimismo, responsabiliza a cada Estado Parte de la conservación de su diversidad biológica, así como de la utilización sostenible de sus recursos biológicos.

Dentro de este marco normativo, las áreas protegidas entran en juego como un método de conservación *in situ*, que busca la “conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales” (art. 2). En esa línea de pensamiento se define a las áreas protegidas como “área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación” (art. 2).

Otro método de conservación que se puede utilizar es el *ex situ*, donde la conservación de componentes de la diversidad biológica se hace fuera del hábitat natural.

3.2. La legislación nacional sobre protección de la biodiversidad y áreas naturales protegidas

La Argentina ratificó el Convenio de Diversidad Biológica mediante la Ley N° 24.375, sancionada en 1994.

Sobre este tema es importante señalar que no existe una ley de presupuestos mínimos. Al no existir una ley de estas características, tanto la nación como las provincias al dictar leyes sobre el tema, pueden brindar diferentes grados de protección, sin seguir los lineamientos de un estándar mínimo.

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito nacional, la Ley N° 22.351 de 1980, conocida como Ley de Parques Nacionales, regula las principales herramientas de tutela de áreas naturales protegidas. Esta norma regula los procesos para la declaración como Parque Nacional, Monumento Natural o Reserva Nacional, de “determinadas áreas del territorio de la República, que por sus extraordinarias bellezas o riquezas en flora y fauna autóctona o en razón de un interés científico determinado, deban ser protegidas y conservadas para investigaciones científicas, educación y goce de las presentes y futuras generaciones” (art. 1).

Sobre cada una de las estrategias de tutela se conceptúa lo siguiente:

1. Parques Nacionales → “áreas a conservar en su estado natural, que sean representativas de una región fitozoogeográfica y tengan gran atractivo en bellezas escénicas o interés científico, que serán mantenidas sin otras alteraciones que las necesarias para asegurar su control y atención del visitante. En ellos está prohibida toda explotación económica con excepción de la vinculada al turismo” (art. 4).
2. Monumentos Naturales → “áreas, cosas, especies vivas de animales o plantas, de interés estético, valor histórico o científico, a los cuales se les acuerda protección absoluta. Serán inviolables, no pudiendo realizarse en ellos o respecto a ellos actividad alguna, con excepción de las inspecciones oficiales

e investigaciones científicas permitidas por la autoridad de aplicación, y la necesaria para su cuidado y atención de los visitantes” (art. 8).

3. Reservas Nacionales → “áreas que interesan para: la conservación de sistemas ecológicos, el mantenimiento de zonas protectoras del Parque Nacional contiguo, o la creación de zonas de conservación independientes, cuando la situación existente no requiera o admita el régimen de un Parque Nacional. Recibirán prioridad la conservación de la fauna y de la flora autóctonas, de las principales características fisiográficas, de las bellezas escénicas, de las asociaciones bióticas y del equilibrio ecológico” (art. 9).

La creación de estas áreas naturales protegidas procede mediante ley nacional; y en caso de ser creadas en territorio de una provincia, esta debe realizar previamente la cesión del dominio y jurisdicción del territorio afectado a favor del Estado Nacional.

Como autoridad de aplicación, la ley designa a la Administración de Parques Nacionales, “ente autárquico del Estado Nacional que tiene competencia y capacidad para actuar respectivamente en el ámbito del derecho público y privado” (art. 15).

La Administración de Parques Nacionales será dirigida y administrada por un Directorio, cuyos integrantes -6- serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional. A su vez, “el control y vigilancia de los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales, inherentes al cumplimiento de las normas emanadas de la presente ley... estarán a cargo del Cuerpo de Guardaparques Nacionales como servicio auxiliar y dependiente de la Administración de Parques Nacionales, a los fines del ejercicio de las funciones de policía administrativa que compete al organismo” (art. 33).

En Santa Fe, bajo la jurisdicción nacional, encontramos únicamente al Parque Nacional Islas de Santa Fe, creado en el año 2010 por Ley Nº 26.648. El mismo se encuentra ubicado en la localidad de Puerto Gaboto que pertenece a la ecorregión Delta e Islas del Paraná, y ori-

ginalmente contaba con una superficie de 4.096 has. En septiembre del año 2022, la Legislatura de la Provincia de Santa Fe, bajo Ley N° 14.123, aprobó la cesión del dominio y jurisdicción de nuevas islas a favor del Estado Nacional a fin ampliar las hectáreas del Parque Nacional a más de 10.000.

3.3. Legislación santafesina en materia de áreas naturales protegidas

En lo que respecta a legislación a nivel provincial, en el 2003, la provincia de Santa Fe sancionó la Ley N° 12.175, denominada “Sistema Provincial de Áreas Naturales Protegidas”, que establece el cuerpo normativo al que habrán de ajustarse las áreas naturales protegidas sujetas a jurisdicción de la Provincia.

La norma, entiende por áreas naturales protegidas a “todo ambiente o territorio que, manteniendo su aspecto original sin alteraciones importantes provocadas por la actividad humana, esté sujeta a un manejo especial legalmente establecido y destinado a cumplir objetivos de conservación, protección y/o preservación de su flora, fauna, paisaje y demás componentes bióticos y abióticos de sus ecosistemas” (art. 3).

La ley menciona los objetivos generales de conservación y protección de la naturaleza, a los que se debe ajustar la gestión de las áreas, como ser la protección de ambientes naturales y especies provinciales, así como de recursos naturales y del patrimonio natural, cultural, arqueológico y paleontológico. Se busca también el mantenimiento de la biodiversidad a fin de evitar la alteración de los procesos ecológicos y evolutivos naturales (art. 4).

La planificación y constitución de las áreas se basa en la caracterización, diagnóstico y actualización permanente del Patrimonio Natural de la Provincia (art. 2), y las declaraciones deberán ser hechas por ley, en la que se indicará el tipo o categoría, y se acompañará el respectivo plan de manejo. Dichas leyes serán luego complementadas mediante reglamentación del Poder Ejecutivo.

Las Áreas Naturales Protegidas, según sus modalidades de conservación, utilidad e intervención del Estado se clasifican, conforme el artículo 20, en:

1. Reserva Natural Estricta o Reserva Científica.
2. Parques Provinciales.
3. Monumentos Naturales.
4. Reserva Natural Manejada o Santuario de Flora y Fauna.
5. Paisaje Protegido.
6. Reservas Naturales Culturales.
7. Reservas Privadas de Uso Múltiple.
8. Reservas Hídricas o Humedales.

Las Áreas Naturales Protegidas funcionan bajo un Plan de Manejo, en el que se establece la clase y grado de desarrollo, su gestión, forma de organización del territorio y su administración, así como también los correspondientes permisos y prohibiciones (art. 11). Según la categoría de manejo se permitirán actividades de investigación, educación y cultura, recreación y turismo, desarrollo y aprovechamiento económico -siempre que sean compatibles con la conservación del ambiente-, recuperación, de control, vigilancia y seguridad (art. 16). Además de las prohibiciones que se establezcan en cada plan de manejo, la ley también establece prohibiciones de carácter general, es decir, comunes a las diferentes categorías, y que son propias de los ambientes naturales.

La Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable -hoy Ministerio de Ambiente y Cambio Climático- es la Autoridad de Aplicación y cumple con el rol de órgano ejecutor de la política provincial de Áreas Naturales Protegidas.

En razón de que, como ya mencionamos, la forma de añadir territorios al Sistema Provincial de Áreas Protegidas es a través de leyes, dichas declaraciones componen el esquema regulatorio sobre este tema.

3.4. Áreas Naturales Protegidas en la Provincia de Santa Fe

El territorio de la Provincia de Santa Fe cuenta con alrededor de 30 Áreas Naturales Protegidas. Entre ellas suman un total de 650.440 hectáreas aproximadamente, representando así sólo el 4.89% de las hectáreas totales en toda la provincia. A modo de ejemplificar, se enumeran algunas de las Áreas Naturales Protegidas según la categoría de manejo:

1. Reserva Natural Estricta o Reserva Científica.
 - a. Reserva Natural Estricta Virá - Pitá (General Obligado. 615 has)
 - b. Reserva Natural Estricta “La Loca” (Vera. 2169 has)
2. Parques Provinciales.
 - a. Parque Provincial Cayastá (Cayastá. 300 has)
 - b. Parque Provincial Del Medio - Los Caballos (San Javier. 2050 has)
3. Reserva Natural Manejada o Santuario de Flora y Fauna.
 - a. Reserva Natural Manejada Potrero Lote 7B (Vera. 2000 has)
 - b. Reserva Natural Manejada “El Fisco” (San Cristóbal. 1573 has)
4. Paisaje Protegido.
 - a. Paisaje protegido “Corredor Biológico de la Autopista AP-01, Rosario-Santa Fe” (trazado total de la Autopista Provincial AP-01 Brigadier Estanislao López. 156 km aprox.).
5. Reservas Privadas de Uso Múltiple.
 - a. “La Elena” (Garay, Cayastá. 3798 has)
 - b. “Isleta Linda” (9 de Julio, San Bernardo. 22154 has)
6. Reservas Hídricas o Humedales
 - a. Reserva Hídrica Natural Arroyo Saladillo (abarca una franja de cien metros a cada lado del curso completo de su cuerpo de agua y los de su área de captación).
 - b. Reserva hídrica natural “Arroyo Sauce-Pavón”⁷.

7 Información disponible en: Biasatti, N. (2015). “Las ecorregiones, su conservación y las áreas naturales protegidas de la provincia de Santa Fe”, Ministerio de Medio Ambiente de la Provincia de Santa Fe.

La Provincia también cuenta con tres sitios RAMSAR⁸: Jaaukanigás, Humedal Laguna Melincué y Delta del Paraná -este último se comparte con la Provincia de Entre Ríos. Cabe señalar que desde hace al menos tres años, la provincia de Santa Fe, junto a muchos otros distritos de la región y el país, sufre el asedio de los incendios intencionales en humedales, bosques, islas pastizales, entre los que además se comprenden espacios designados como Parques Nacionales o Áreas Naturales Protegidas.

4. El impulso de la agroecología dentro de las agriculturas alternativas

Existen numerosas maneras de pensar alternativas al modo de producción agraria imperante en nuestro país. En general se nuclean estas posibilidades bajo la idea de agriculturas alternativas, dentro de las cuales se destaca la agroecología. Los sistemas de producción fundados en principios agroecológicos son biodiversos, resilientes, eficientes energéticamente, socialmente justos y constituyen la base de una estrategia energética y productiva fuertemente vinculada a la soberanía alimentaria. En la actualidad, el modelo agrícola tradicional presenta serias deficiencias considerando sus impactos negativos en los ecosistemas, el agravamiento del cambio climático y, por supuesto, en la salud de las personas.

Dicho modelo, conocido también como ‘agronegocios’ ha sido caracterizado como aquel “Sistema que propicia el control, por parte de grandes empresas transnacionales, de sectores claves del siste-

8 Tratado internacional (2 de febrero de 1971). Ramsar, Irán. Relativo a la conservación y uso racional de los humedales. La Convención Ramsar elabora la Lista de Humedales de Importancia Internacional que incluye sitios cuya relevancia hace que sean considerados por la comunidad internacional como dignos de ser preservados, mediante un uso sustentable que no modifique sus características hidrológicas, biológicas y ecológicas. Ver: <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/28301/146890/#:-:text=de%20seis%20metros%E2%80%9D.-,El%20Sitio%20Ramsar%20Jaaukanig%C3%A1s,y%20el%20noveneno%20en%20Argentina.>

ma agroalimentario argentino: la provisión de semillas e insumos, la compra de tierra en algunas regiones, el control del procesamiento industrial (la industria alimenticia) y el comercio de la producción, tanto para el mercado interno (súper e hipermercados) como para el externo” (Giarraca y Teubal, 2013, ‘pp. 26-27)-.

Como respuesta a estas consecuencias adversas, comenzaron a configurarse grupos defensores de otras formas, alternativas y modelos agrícolas, interesados en desarrollar propuestas insurgentes ante el modelo ‘agronegocios’ dominante (Spano Tardivo, 2015). Estos grupos promocionan la incorporación de prácticas menos intensivas en la utilización de los recursos naturales y el uso de materias orgánicas que suelen presentarse en términos de agroecología, yendo más allá de las prácticas agrícolas convencionales y desarrollar agroecosistemas con una mínima o nula dependencia de agroquímicos e insumos de energía (Altieri, 1999, p. 197). Una de estas alternativas nos coloca en el paradigma de la agroecología. A modo de caracterización se sostiene que “...la agroecología a menudo incorpora ideas sobre un enfoque de la agricultura más ligado al medio ambiente y más sensible socialmente, centrada no solo en la producción, sino que también en la sostenibilidad ecológica del sistema de producción” (Altieri, 1999, p. 197).

Uno de los aspectos claves de la agroecología es entenderla como parte de un gran proceso de transición ecosocial. En este caso en particular se trata de transitar hacia sistemas de producción agraria de alimentos cuyo horizonte sea garantizar la soberanía alimentaria, una nutrición sana y de calidad todos/as los/as habitantes, poner freno a la contaminación y degradación de los ecosistemas y los derechos de la Madre Tierra, íntimamente asociados y conectados con las comunidades y los territorios, luchar contra el hambre, favorecer la salud humana y de la naturaleza, y aportar una mayor equidad social.

Una de las traducciones que nos interesa para el campo jurídico, es aquella que se circunscribe a las regulaciones legislativas que, particularmente en Argentina y la región, ha comenzado a expandirse desde al menos tres niveles -el federal/nacional, provincial y municipal/comunal- siendo precisamente este último par el que más desarrollo

posee. Sin embargo, resulta necesario destacar la existencia de un reciente impulso significativo, situado en el ámbito de los diseños institucionales estatales y sus derivados administrativos y legales, como ha sido la creación de la Dirección Nacional de Agroecología en el ámbito del Ministerio de Agricultura Ganadería y Pesca de la Nación, mediante la Decisión Administrativa N° 1441/2020, que responde orgánicamente a la Secretaría de Alimentos, Bioeconomía y Desarrollo Regional, actualmente bajo la titularidad del Ingeniero Eduardo Cerdá⁹, de extensa y reconocida trayectoria científica, técnica y social en la materia.

4.1. El régimen nacional de fomento a la producción agroecológica rural y urbana

Existen en la actualidad varios proyectos de ley referidos a la agroecología a nivel nacional, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados de la Nación.

Actualmente, se está debatiendo en la Cámara de Diputados el Proyecto de ley “Régimen de fomento a la producción agroecología rural y urbana”, con fecha del 23/03/2018, ingresado bajo el número de expediente (2584-D-2021) y que perdería estado parlamentario a fines de 2022. Este proyecto, es impulsado desde la Dirección Nacional de Agroecología y cuenta con gran consenso entre las organizaciones de la sociedad civil, como la Unión de Trabajadores de la Tierra (UTT), la Red Nacional de Municipios y Comunidades que fomentan la agroecología (RENAMA), un espacio que está integrado por

9 Cerdá es ingeniero agrónomo egresado en la Universidad Nacional de La Plata y además fue docente y asesor en temas vinculados con la agroecología. En 1998 asumió como Director de Producción del Municipio de Tres Arroyos, donde comenzó su trabajo en pos de un cambio en el modelo de producción. Como asesor del productor agropecuario Juan Kiehr llevó adelante en su campo de 650 has denominado “La Aurora” un esquema de producción agroecológica que fue reconocido a nivel mundial por la FAO como uno de los 52 modelos de producción sustentable más significativos en el planeta. Con ello demostró que la agroecología es aplicable tanto a pequeñas como a grandes extensiones productivas. Entre 2016 y 2021 fue el presidente de la Red de Municipios y Comunidades que Fomentan la Agroecología (RENAMA).

agricultores/as, técnicos/as agropecuarios, municipios, entes gubernamentales, organismos académicos y científicos, y organizaciones de base, con el objetivo de intercambiar experiencias y conocimientos para la transición hacia la agroecología del sistema agroalimentario.

El proyecto posee como objeto "...el fomento, promoción y fortalecimiento de políticas, programas, proyectos y acciones para el desarrollo de la agroecología como sistema integral de producción, comercialización, agroindustrialización y consumo de alimentos, y otras producciones primarias, con centralidad en su carácter sustentable en lo social, económico, cultural y ambiental. Asimismo, busca promover la integración a los planes de ordenamiento territorial, en sus diversas escalas, de acciones tendientes a la protección de los desarrollos agroecológicos existentes, así como de la promoción y acompañamiento de nuevas producciones agroecológicas" (art. 1).

El artículo 2, por su parte, ofrece una definición de agroecología que concentra un fuerte consenso a nivel científico, social y comunitarios: "Se entiende por agroecología al paradigma que incluye elementos técnicos, ecológicos, científicos y de organización social para la producción de alimentos y otros bienes primarios o rurales desde un enfoque holístico e integral. La agroecología es ciencia, al establecer relación entre los conocimientos teóricos y prácticos conformando un ciclo de refuerzo positivo donde los diferentes tipos de conocimientos -tradicionales, locales, científicos, entre otros- se nutren entre sí a través de la investigación y acción participativa; la Agroecología es praxis productiva y una propuesta tecnológica viable que convive con el ambiente garantizando una producción rentable, limpia y saludable; la Agroecología es movimiento al convertirse en una herramienta de cambio social logrando una incidencia sociopolítica en su proceso para alcanzar la soberanía alimentaria."

Otro aspecto interesante es la vinculación entre la definición de agroecología expuesta con los procesos de producción, elaboración, comercialización y consumo que están basados en: "en circuitos de cercanía con fuerte arraigo territorial"; que tengan "...una perspectiva equitativa e inclusiva en género, juventudes y disidencias"; que promuevan "...la producción diversificada, sustentable y sostenible

de alimentos sanos y otras producciones primarias”; y el acceso a los “...derechos universales a una alimentación variada, sana, nutritiva, culturalmente respetuosa, el desarrollo personal y colectivo y el derecho a una vida digna”; que impulsen “...la solidaridad, reciprocidad y armonía entre los pueblos y con el ambiente”; que promuevan “el uso equitativo y sustentable de los bienes comunes, el acceso efectivo a la tierra y al agua, la libre circulación de semillas y saberes asociados”; que eviten la “...la utilización de productos químicos de síntesis (plaguicidas, fertilizantes, hormonas, etc.) y organismos genéticamente modificados”; que preserven “...los sistemas productivos ambientalmente sustentables y energéticamente sostenibles con reducida dependencia de insumos externos, promoviendo la utilización y circulación de materiales locales”; que fomenten “...la preservación, restauración y aprovechamiento sostenible de especies y hábitats nativos locales”; reconozcan “...el derecho de los pueblos y comunidades a gestionar sus territorios, reconociendo sus formas de organización, en busca de la autonomía y autodeterminación de los pueblos”; se apoyen “...en una ética ambiental biocultural, respetando el valor intrínseco de la naturaleza, promoviendo la soberanía alimentaria y proponiendo la construcción de conocimientos respetuosos de la historia de los pueblos en el contexto social, cultural y ambiental en el que se desarrollan” (art. 3).

El artículo 4 parte de reconocer que la agroecología es un “proceso dinámico” y en el marco de una transición que abandone progresivamente otros modelos de productivos sesgados por los insumos biotecnológicos y la mercantilización de la tierra, se propone caracterizar los elementos que componen la producción agroecológica. Citamos a todos ellos a continuación, dada su relevancia: “a) desarrollo integral de la vida de los/as productores/as asociado al ámbito productivo; b) mantenimiento del suelo cubierto, para su conservación y la del agua edáfica, mediante prácticas de laboreo mínimo, cultivos de cubierta verdes de invierno y de verano, y la sistematización del terreno; c) suministro regular de materia orgánica al suelo mediante el uso de cultivos de servicios, rotaciones con pasturas, o de ser necesario la incorporación de compostajes y biofertilizantes; d) reciclaje de nu-

trientes mediante rotaciones de cultivos, asociaciones de plantas, cultivos en franjas, agroforestería, silvopastajes y cultivos intercalados basados en múltiples especies especialmente de aquellas nativas o ya establecidas; e) prevención y control natural de plagas y enfermedades mediante las rotaciones de cultivos, policultivos, el uso de bioinsumos, tramperos, plantas repelentes y atrayentes, así como la diversificación y conservación de los enemigos naturales; f) mantener los servicios ecosistémicos y los bienes comunes para el uso múltiple y sustentable del paisaje rural y su biodiversidad (paisajes multifuncionales); g) producción sostenida de cultivos, sin la utilización de insumos químicos sintéticos; h) producción, conservación y multiplicación de variedades locales vegetales y animales; i) industrialización de la producción primaria principalmente a escala local o regional, utilizando tecnología apropiada y adaptada para la preservación de la sanidad y seguridad de los alimentos, evitando impactos ambientales negativos y favoreciendo el arraigo territorial; j) abastecimiento local y circuitos cortos de provisión de alimentos, en respeto de las costumbres locales; k) preservación, restauración y aprovechamiento sostenible de especies y hábitats nativos; l) promoción de la economía popular, social y solidaria, impulsando relaciones de producción y comercio justas, así como prácticas de consumo responsables.”

En cuanto al diseño institucional, el proyecto coloca las políticas agroecológicas en el ámbito del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, hoy parte del Ministerio de Economía como Secretaría. Si bien la historia reciente de este organismo público nacional -y la de otros organismos equivalentes a nivel subnacional- se encuentra en gran medida enraizada en los cánones de la agroindustria hegemónica, íntimamente ligadas a los espacios tradicionales de representación como la Sociedad Rural (SA), la Confederación Rural Argentina (CRA) e, incluso en los últimos años, la mismísima Federación Agraria Argentina (FAA), pero también la Cámara de Sanidad Agropecuaria y Fertilizantes (CASAFE) y la Confederación Intercooperativa Agropecuaria Limitada (CONINAGRO), no se puede negar que quizás sea el espacio más congruente desde donde planificar y ejecutar políticas agroecológicas. También se puede argumentar

que una Dirección de Agroecología Nacional -como la recientemente creada- es importante que se inserte dentro del organismo competente en la materia y desde allí comience a instalar debates, prácticas y experiencias acerca del modelo económico productivo de alimentos y cómo es posible compatibilizar ese modelo con los derechos humanos y ambientales, con rango constitucional y convencional.

Otra disposición relevante es la que refiere a los “sujetos y beneficiarios” (art. 6) en razón de ser parte de una disputa entre las desiguales relaciones de poder existentes entre los sujetos rurales, muchos de ellos, históricamente oprimidos -el campesino-indígena, el chacarero, la agricultura familiar y de los trabajadores/as rurales, pequeñas cooperativas-, convirtiendo al agro nacional en lo que se ha denominado como “agricultura sin agricultores/as” (Giarraca y Teubal, 2013, p. 30). Este proyecto privilegia, contrariamente, a aquellos sujetos que han sido desplazados por el modelo de agronegocios dominante. Por ello, la ley refiere a los “productores/as rurales, periurbanos y urbanos que realizan sus actividades de forma individual, familiar, colectiva, comunitaria o asociativa, incluyendo trabajadores y trabajadoras rurales”; a los/las “agricultores/as familiares, campesinos/as e indígenas, y sus organizaciones, en reconocimiento de su rol histórico en la preservación de los bienes naturales y culturales, así como de su función social en el abastecimiento local de alimentos”; propiciando adicionalmente “la participación protagónica de las mujeres rurales, disidencias y la juventud. Son también sujetos de la ley grupos organizados, organizaciones educativas, grupos de investigación y grupos de transferencia agraria.”

En clara sintonía con la disposición anterior, el proyecto robustece la protección de los sujetos mencionados, colocando como deber del Estado argentino garantizar el “...derecho a ejercer libremente el derecho a desarrollar producción agroecológica a quienes optan por ella. Para ello, las autoridades nacionales, provinciales y municipales tienen el deber de reglamentar y hacer cumplir las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental a los efectos de garantizar el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesi-

dades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras en los fundos rurales, urbanos y periurbanos en donde se desarrolle la producción agroecológica” (art. 7).

4.2. Legislación santafesina en materia de agroecología

La regulación normativa a nivel provincial es muy limitada si consideramos los avances significativos que se han producido en municipios y comunas de la provincia de Santa Fe y otras provincias del País.

En primer lugar, encontramos la Ley N° 12.064, sancionada el 31 de octubre de 2002. Esta ley aprueba la “Carta Intención suscripta entre el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Industria y Comercio de la Provincia de Santa Fe y el Centro de Estudios de Producciones Agroecológicas, el día 7 de noviembre de 2001, con el objeto de promover la agroecología como herramienta de desarrollo, con el fin de que la sociedad en su conjunto y la comunidad agropecuaria en particular logren mejorar su calidad de vida, desarrollando tecnologías que contribuyan a un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y de la capacidad productiva de la Provincia, apuntando a la demanda de los Mercados Nacionales e Internacionales” (art. 1).

Sin embargo, en la actualidad también existen proyectos en la materia que poseen peso en el debate público y buscan alcanzar metas importantes. En ese sentido, se destaca el proyecto de ley de fomento a la producción agroecológica, presentado por el actual Diputado Carlos Del Frade en al menos 4 ocasiones desde noviembre de 2016. El objetivo del proyecto consiste en fomentar la producción agroecológica de alimentos “para garantizar el derecho a la alimentación saludable, sustentable y variada en toda la población de la provincia de Santa Fe, mediante la promoción, la capacitación, el incentivo y la regulación de las prácticas productivas sustentables” (art. 1). Entre los sujetos comprendidos, el artículo 4 refiere a “Productoras y productores dedicados a la producción convencional que destinen una parte de su predio a la producción libre de agroquímicos”; “Productoras

y productores que individualmente u organizados desarrollen procesos productivos agroecológicos actuales o futuros”; “Municipios y comunas comprometidos con el desarrollo local sustentable”; “Organizaciones sociales comprometidas con la defensa de la vida, la soberanía alimentaria y formas de producción agroecológicas”; “Organizaciones de productores y productoras y cooperativas de producción que realicen o tengan como objetivo realizar producción agroecológica”; entre otros. A su vez, crea un Consejo Promotor de la Producción Agroecológica (art. 7) que funcionará bajo la órbita del Ministerio de la Producción, un órgano transversal integrado por representantes de los ministerios de Ambiente, de Desarrollo Social y de Salud; de las Universidades Nacionales que estén establecidas en la provincia; del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA); de la Subsecretaría de Agricultura Familiar; del Colegio de Ingenieros Agrónomos de Santa Fe; del Colegio de Médicos Veterinarios de Santa Fe; de las organizaciones de productores agroecológicos; y de los pueblos originarios. Por último, también propone que el Estado fomente este tipo de producción capacitando, asesorando y financiando a los productores que decidan hacerlo; exenciones impositivas para aquellos dueños de tierras que prioricen estas producciones frente a la siembra directa y a la ganadería no sustentable; se genere un banco de semillas y tecnologías apropiadas para uso de las y los productores, de carácter público y gratuito, que tenga por objeto acompañar técnica y comercialmente la transición o inicio de actividades productivas, entre muchas otras disposiciones.

4.3. Insurgencias normativas locales.

A propósito de las ordenanzas locales en materia de agroecología

La regulación de las ordenanzas sobre promoción de la agroecología posee una doble importancia. En primer lugar, el objeto de regulación posee una dimensión eminentemente local, en razón de ser posibles las políticas municipales en la materia. En segundo lugar, hasta tanto no prospere la sanción de leyes provinciales o a nivel na-

cional, no existe impedimento alguno para impulsar políticas en el ámbito local. A continuación, examinaremos algunos casos de localidades de la provincia de Santa Fe.

En la ciudad de Santa Fe se puede apreciar un gran avance en este tema. La Ordenanza N° 12.790, aprobada por el Concejo Municipal de Santa Fe el 14 de octubre de 2021, en el marco de una sesión que contó con una importante concurrencia de organizaciones locales. Entre ellas se destacan La Verdecita, la Cooperativa Setúbal, el Movimiento Desvío a la Raíz, la Asociación Civil Capibara Naturaleza, Derecho y Sociedad, la Multisectorial Paren de Fumigarnos, el Foro Santafesino por la Salud y el Ambiente, el Centro de Protección de la Naturaleza, la Asociación Civil Parque Federal, el colectivo Friday For Future Santa Fe, la Comunidad por la Naturaleza, un conjunto de productores/as y trabajadores/as rurales, periurbanos y urbanos; agricultores/as familiares, campesinos/as e indígenas.

La norma, impulsada por la concejala Valeria López Delzar, tiene como fin el “fomento, promoción y fortalecimiento de políticas, programas, proyectos y acciones para el desarrollo de la agroecología como sistema integral de producción, comercialización, agroindustrialización y consumo de alimentos, y otras producciones primarias” (art. 1). Los objetivos de la ordenanza están orientados al fomento, promoción y fortalecimiento de políticas, programas, proyectos y acciones para el desarrollo de la agroecología como sistema integral de producción, comercialización, agro industrialización, y consumo de alimentos, y otras producciones primarias, con centralidad en su carácter sustentable en lo social, económico, cultural y ambiental (art. 2).

La ordenanza prevé mecanismos para llegar a sus objetivos, como lo es estimular el emplazamiento y funcionamiento de ferias para la oferta y venta de productos agroecológicos en diversos puntos de la ciudad de Santa Fe; promover el acceso a la producción agroecológica en el mercado municipal, estimulando el abastecimiento interno y el emplazamiento de mercados de cercanía o ferias agroecológicas en cada uno de los distritos, facilitando y asistiendo a los productores; promover y acompañar a las nuevas producciones agroecoló-

gicas teniendo en cuenta las normas ambientales de presupuestos mínimos en la materia; impulsar participativamente la creación de un corredor agroecológico en la ciudad de Santa Fe; organizar periódicamente un foro acerca de la importancia de la agroecología y la soberanía alimentaria a cargo del Gobierno Municipal; favorecer y fomentar el acceso a procesos formativos y de sensibilización sobre la temática; realizar campañas de difusión y formación para la población sobre los beneficios del consumo y producción de alimentos agroecológicos, su valor nutricional y su rol en la soberanía alimentaria haciendo hincapié en la importancia social, ambiental y sanitaria de la agroecología; y promover el ordenamiento territorial de acciones tendientes a la protección de los desarrollos agroecológicos existentes (art. 6). Se destaca particularmente el artículo 7 que establece el “Compre Agroecológico Municipal” que ordena al Departamento Ejecutivo Municipal, sus dependencias, reparticiones y entidades autárquicas y descentralizadas, que otorguen “...preferencia a la adquisición de productos provenientes de los Sistemas de Producción Agroecológica y/o registrados como Producciones Agroecológicas...”.

En cuanto al diseño institucional, la norma crea dos espacios: el Consejo Consultivo para el Desarrollo de la Agroecología de la ciudad de Santa Fe y el Registro de Productores/as Agroecológicos de la ciudad de Santa Fe (art. 8 y art. 12, respectivamente).

Desde nuestro punto de vista se trata de una política relevante ya que, además de cuidar el ambiente a través de esta paradigma alimentario soberano, también está cuidando la salud de los ciudadanos/as al ofrecer la posibilidad de acceso a alimentos sanos, saludables, libres de transgénicos y agrotóxicos y tampoco sujetos a la intermediación concentrada de los grandes supermercados y mercados de frutos, como es el caso del Mercado de Productores y Abastecedores de Frutas, Verduras y Hortalizas, que se rigen por las normas de una Sociedad Anónima. Precisamente ante esto último, la ordenanza incentiva la compra en espacios barriales, distritales, bajo el formato de ferias de productores/as.

4.4. Excurso sobre “La Verdecita”

Lo ocurrido en Santa Fe y su ordenanza sobre agroecología, tiene como antecedente un hito significativo para la ciudad y el área metropolitana, que allanó el camino para una posterior instalación de un régimen legal de promoción a nivel local. Nos referimos a la fundación de la granja agroecológica La Verdecita, en plena crisis económica, social, política y, especialmente, alimentaria, tras la renuncia del Presidente Fernando de la Rúa en diciembre de 2001. Como proyecto, tuvo en la figura de Isabel Zanutigh¹⁰ un decidido impulso en calidad de fundadora adquiriendo dos hectáreas en la zona periurbana de la ciudad de Santa Fe. La Verdecita se ha convertido en “...una de las organizaciones de mujeres más políticas del país en cuanto a los resultados obtenidos por concretar una transformación personal y colectiva integral de las mujeres y los y las pequeñas productoras y, en simultáneo, dar respuestas concretas a la problemática agroalimentaria desde la agroecología” (Papuccio de Vidal, 2019).

Como proyecto colectivo se instaló y puso en marcha la granja con fines productivos, experimentales y demostrativos. Se inició con la construcción de una casa con materiales reciclados y corrales para la cría de animales menores. Luego, siguió con la concreción de un salón de usos múltiples por parte de las mujeres, utilizando ladrillos de suelo-cemento gracias a la capacitación y acompañamiento de técnicos de la Universidad Nacional del Litoral. Más tarde, el invernadero, el molino y el riego por goteo para la producción de hortalizas a pequeña escala, de plantines para abastecer a productoras y produc-

10 Isabel Zanutigh nació el 18 de mayo de 1952 en la localidad de San Justo, provincia de Santa Fe y falleció el 9 de noviembre de 2018. Estudió en una escuela religiosa en el nivel primario y secundario. Cuando finalizó sus estudios medios, se radicó en la ciudad de Santa Fe, donde comenzó a estudiar Ingeniería Química en la Universidad Nacional del Litoral. Fue precisamente durante los tiempos de su militancia en las filas partidarias, donde sufre el machismo de sus compañeros, desarrollando en consecuencia una fuerte conciencia feminista. Así fue como participó en el Centro Integral de Acción de la Mujer; creó el Sindicato de Amas de Casa así como fue cofundadora del Centro de Estudios Políticos y de Género (CEPGEN) y de la Multisectorial de Mujeres de la ciudad de Santa Fe.

tores locales, y la transformación primaria de alimentos para agregar valor. Actualmente, la Verdecita ofrece y vende sus productos en distintas ferias de la Ciudad de Santa Fe y la zona, formando parte de un nuevo paradigma de vida y producción que cuestiona los pilares del capitalismo patriarcal y depredador de la naturaleza.

4.5. Los casos de Hersilia y Rosario

Otra ordenanza que se destaca es la N° 1963, sancionada en septiembre de 2015, sobre “Fomento de la Agroecología”, en la localidad de Hersilia, departamento San Cristóbal, un distrito ubicado en el noroeste de la provincia, a casi 300 km de la ciudad capital. El objetivo de la ordenanza es el desarrollo de la producción agroecológica y/u orgánica. Establece que los espacios territoriales llamados “áreas periurbanas” sean considerados como oportunidades para fortalecer la producción de alimentos en forma agroecológica, contribuyendo a la soberanía alimentaria de las localidades y vinculando espacios de producción, distribución y consumo local. Además, establece que los sistemas de producción agroecológicos requieren más presencia del ser humano y, por lo tanto, más y mejores posibilidades laborales para la ciudad y la región. A su vez, crea y propone un Equipo de Promoción, Legitimación y Garantía Participativa para la Producción Agroecológica. Por último establece que la autoridad local genere beneficios impositivos y acceso a créditos y asesoramiento para los productores agroecológicos tales como: bonificación de tasas comunales, programas de créditos a tasas subsidiadas, asesoramiento legal y técnico, entre otros aspectos.

Otro caso es la ciudad de Rosario, con sus dos ordenanzas N° 10.141 y N° 9.944. La primera de ellas crea el “Programa de producción sustentable de alimentos en el área de protección y promoción de la producción de alimentos” (art. 1) con el fin de consolidar un modelo de producción sustentable de alimentos y la preservación de los servicios ambientales y las oportunidades de desarrollo socioeconómico local. Su objetivo es la puesta en marcha de las políticas para la promoción de la producción primaria sustentable de alimen-

tos, en articulación con las industrias de su cadena de valor, en sus dimensiones productivas, sociales y ambientales. En cuanto a los ejes de acción, establece el deber de asesoramiento y asistencia técnica a agricultores y agricultoras en procesos de reconversión agroecológica; el apoyo a la inversión en infraestructura y equipamiento con el fin de que los productores tengan las condiciones necesarias para la producción; la promoción de mecanismos para la tenencia segura de la tierra por parte de los productores que les brinde seguridad y previsibilidad productiva en el tiempo; el impulso de intervenciones para la mejora del paisaje periurbano; y las forestaciones y desarrollo de circuitos recreativos/turísticos, entre otros.

Por su parte, la ordenanza N° 9.944 crea el Sistema de Garantía Participativa de Productos Agroecológicos que regula los procesos de producción, distribución y comercialización para la obtención del Certificado de Calidad Agroecológica (art. 1). Su objetivo consiste en impulsar un sistema de producción agroecológica en el que la validación de calidad de la producción se realice en base a los procedimientos establecidos que la misma ordenanza establece, propiciar la construcción de redes colaborativas y el intercambio de conocimiento y brindar confianza al consumidor respecto a la calidad de los productos que consume, garantizando que son alimentos producidos con métodos respetuosos con el medio ambiente, bajo principios de equidad y justicia social. Un punto para destacar es que establece que los productores u organizaciones que hayan obtenido el Certificado de Calidad Agroecológica de sus productos tendrán los siguientes beneficios:

- a. preferencia en las compras que realice la Municipalidad de Rosario;
- b. prioridad para la participación en ferias, mercados locales o eventos institucionales, y
- c. promoción y difusión de la marca agroecológica.

5. Reflexiones finales

Mediante este artículo quisimos esquematizar la situación regulatoria actual sobre tres temas de completa actualidad específicamente en la Provincia de Santa Fe. El desarrollo se brinda a modo de aporte ante la escasa atención que el derecho ambiental posee en relación a las regulaciones provinciales. Se trata de un recorrido esquemático que permite construir una fotografía sobre la normativa vigente en materia de cambio climático, biodiversidad y agroecología. En ese sentido, nos resulta relevante no sólo por la vacancia de estudios de este tenor en el territorio provincial sino porque brinda un conjunto de normas vigentes o proyectadas que pueden officiar como argumentos importantes para la toma de decisiones en múltiples niveles, para el uso estratégico por parte de movimientos sociales, organizaciones de la sociedad civil, experto/as que trabajan sobre los tópicos desde diferentes áreas del conocimiento, etc. Se trata, a su vez, de un primer paso necesario para luego indagar en la implementación de las normas así como en el funcionamiento de los diseños institucionales que contienen.

Referencias

- Altieri, M.A. (1999) Applying agroecology to enhance productivity of peasant farming systems in Latin America in: Environment, Development and Sustainability, 1, pp. 197-217.
- Beck, U. (1998) La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Paidós. Barcelona.
- Biasatti, N. (dir.) (2016) Las ecorregiones, su conservación y las áreas naturales protegidas de la provincia de Santa Fe. Ministerio de Medio Ambiente de Santa Fe.
- Camilloni, I. (2018) La Argentina y el cambio climático en: Ciencia e Investigación Tomo 68, N° 5.
- Giarraca, Norma y Teubal, Miguel (2013): "Actividades extractivas en expansión". Antropofagia. Buenos Aires.

- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Argentina (2020) Informe Anual de Gestión Gabinete Nacional de Cambio Climático. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020_informe_anual_para_osc_final.docx_1.pdf
- Papuccio De Vidal S. (2020) Feminismo y Agroecología. Último Recurso. Rosario.
- Provincia de Santa Fe (2018) Inventario de Gases de Efecto Invernadero de la provincia de Santa Fe. Disponible en: <https://energiamodelosantafe.com.ar/uploads/Inventario%20de%20Gases%20de%20Efecto%20Invernadero.pdf>
- Santos, B. (2003) Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Desclée de Brouwer. Bilbao.
- Spano Tardivo, Lucena (2015) Ambiente, salud humana y alimentos: articulación de los conceptos a partir del modelo productivo de la agricultura alternativa en: La dimensión social del derecho ambiental. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

**CRITERIOS DE VALIDEZ JURÍDICA EN LA ARGUMENTACIÓN
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
EN MATERIA AMBIENTAL¹**

*LEGAL VALIDITY CRITERIA IN THE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE
OF THE NATION'S ARGUMENTATION IN ENVIRONMENTAL MATTERS*

Víctor Gustavo Hadad²
Universidad Católica de Santa Fe

Resumen

En este artículo se analizará la aplicación de ciertos criterios de validez que han utilizado los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de justificar racionalmente fallos vinculados con la protección ambiental en nuestro país, tomando para ello sentencias anteriores y posteriores a la Ley General de Medio Ambiente N° 25.675. Se pretende continuar de este modo una línea de investigación iniciada por el profesor Rodolfo Vigo en su artículo “Una teoría de la validez jurídica”, en el que propone un concepto de validez como normatividad justificada racionalmente, en oposición a un concepto descriptivo de validez jurídica (Vigo, 2016, p. 101).

1 El presente artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación titulado “Las exigencias de validez jurídica en la argumentación constitucional y convencional. Proyecciones e implicancias”, aprobado por Resolución N° 7183/18 del Consejo Superior de la UCSF.

2 Abogado. Profesor de las asignaturas Introducción al Derecho y Técnicas de Razonamiento Jurídico de la UCSF. Ex Director Interprovincial del Ente Túnel Subfluvial Raúl Uranga - Carlos Sylvestre Begnis - Ex Director Provincial de Entes Portuarios de la Provincia de Santa Fe. Ex Síndico de Aguas Santafesinas SA.

Palabras Claves: Validez jurídica; racionalidad; principios ambientales

Abstract

In this article, we are going to review the implementation of some standards of validity. They have been used before by the judges of the National Supreme Court of Justice to justify verdicts rationally based on environmental protection in our country, having as reference court rulings passed before and after the General Law of Environment N° 25675". In this way, we intend to continue a line of research started by Professor Rodolfo Vigo in his work "A theory of the Legal Validity", in which he suggests a justifying concept associated with the rational justification of the law rather than a merely idea of Legal Validity.

Keywords: Legal validity; rationality; environmental principles

1. Introducción

En vistas a dicho objetivo, se realiza en primer lugar una síntesis de la normativa legal que protege el medio ambiente en la República Argentina para luego adentrarnos en el análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a determinar los criterios de validez utilizados en cuestiones ambientales conflictivas. Las sentencias que se mencionan en este artículo incluyen y abarcan aquellas que han sido sancionadas antes y después de la legislación que sobre esta materia se ha ido produciendo en la República Argentina.

La primera de las causas analizadas -"Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios" - se remonta al año 1887, y la última -"Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental" - al año 2019, con lo cual se ha intentado hacer un amplio recorrido en orden a los límites temporales de selección de las sentencias de este artículo.

2. Breve aproximación a la protección ambiental

En la República Argentina, existen antecedentes legales que hacen referencia a la protección del ambiente pero, en principio, regulándose a éste como consecuencia de la protección de otro bien que le es anterior. Es decir, inicialmente se regularon otros bienes y, en forma indirecta, los bienes naturales³. Así, verbigracia, la Ley Nacional N° 2.797 de fecha 5 de setiembre del año 1891, que en su artículo 1° disponía que las aguas cloacales de las poblaciones y los residuos nocivos de los establecimientos industriales no podían ser arrojados a los ríos de la República si no habían sido sometidos previamente a un procedimiento eficaz de purificación⁴. Pero es con la reforma constitucional de 1994 que la cuestión ambiental recibe una entidad de singular trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual es convalidado luego no sólo con la Ley General de Medio Ambiente N° 25.675 y demás leyes dictadas en su consecuencia, sino también con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación -Ley N° 26.994-, que introduce la cuestión ambiental en los artículos 14, 240 y 241.

Con la aparición de la Ley N° 25.675 toman especial relevancia una serie de principios -establecidos en la misma norma jurídica-, que comienzan a ser aplicados cada vez con mayor frecuencia por los diversos operadores jurídicos. Ello así, se puede afirmar que al menos en esta materia el recurso a los principios como fundamento de las decisiones judiciales es algo ya habitual. Algunas preguntas, por tanto, serían: ¿cómo se determina la validez jurídica y la discrecionalidad judicial al momento de aplicar estos principios jurídicos y estas normas? ¿Qué tipo de racionalidad podemos encontrar en aquellos casos en donde los principios ambientales derrotan a las normas vigentes?,

3 Es decir, el ambiente se protege como consecuencia inmediata de cuidar otro bien que le es anterior -en este caso, la salud pública-.

4 Es probable que esa norma haya tenido como antecedente directo lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios" -14 de mayo de 1887-.

¿Cómo se determina el peso de cada uno en caso de conflictos entre principios ambientales?, ¿imponen los principios algún tipo de obligación jurídica? De ser afirmativa esta respuesta, ¿desde cuándo y a partir de qué momento?; ¿es con la sentencia judicial que estos principios adquieren legitimidad?, ¿qué ocurre en caso de conflictos entre ellos?

A tales fines, cabe entonces preguntarse: ¿Cómo razonan los jueces cuando se trata de fallar en cuestiones ambientales? ¿Existe una línea argumentativa determinada en el máximo tribunal de nuestro país en orden a juzgar sobre conflictos en este tópico? En esta materia -como quizás en ninguna otra- junto con las reglas de derecho han ido apareciendo una gran cantidad de principios -provenientes de Acuerdos y Tratados Internacionales-, que han conformado un sistema jurídico de características particulares que intenta dar respuesta a los problemas ambientales que se van presentando y que suelen tener como conflicto subyacente las pretensiones de particulares -productores, empresarios- frente al interés de determinadas poblaciones instaladas en la zona de conflicto -v.gr., por ejemplo, cuestiones vinculadas con la minería a cielo abierto en la zona de los Andes en toda Latinoamérica, fumigaciones dentro del perímetro de localidades determinadas⁵, detección de cromo⁶ o cianuro en cursos de agua, quema de pastizales⁷, etc. Esta evolución se evidencia fundamentalmente en la creación lenta y progresiva de principios ambientales que han sido normatizados a partir de la sanción de las respectivas legislaciones nacionales y, más aún, en sus respectivas constituciones⁸.

5 “Peralta, Viviana c. Municipalidad de San Jorge y otros s. amparo” (Expte. N° 208 - Año 2009), de trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito N° 11, en lo Civil, Comercial y Laboral de San Jorge, Provincia de Santa Fe.

6 “Fundación Ecosur Ecológica Cultural y Educ. desde los Pueblos del Sur c. Municipalidad de Vicente López y otro”, sentencia de fecha 25/07/08, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, Provincia de Buenos Aires.

7 CSJ 84/2008 (44-U). Originario. “Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/ amparo (daño ambiental)”, Buenos Aires, 11 de Diciembre de 2014.

8 La Constitución de Colombia de 1991 sostiene en su artículo 79 que “...todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger

A este respecto, Kaufmann señala que “...un intento muy importante, ampliamente discutido sobre todo en el círculo jurídico angloamericano (pero también escandinavo y polaco), de salir del dilema planteado por la controversia derecho natural –positivismo y de transitar una “tercera vía” presenta la teoría de general *principles of law*; particularmente se menciona en este contexto el nombre de Ronald Dworkin” (1999, p. 105).

Esto ha sido, asimismo, reformulado por Robert Alexy, dotando a los principios de una estructura lógica en cuanto a su funcionamiento y sus relaciones con el sistema jurídico. Afirma Alexy que “...ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que cualquier caso pueda ser resuelto únicamente mediante la mera subsunción de la descripción de los hechos bajo el supuesto de hecho de una norma. Esto se debe a varias razones. Resultan de especial importancia la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de antinomias, la ausencia de normas en las que pueda basarse la decisión y la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma en casos especiales. En tanto esto es así, existe una apertura necesaria del derecho...la pretensión de corrección nos lleva a una interpretación no positivista...” (Alexy, 1970, p. 243). Los jueces tienen, para este autor, la potestad de ponderar principios en conflicto entre sí y, además, apartarse de reglas de derecho en determinadas circunstancias, por cuanto la aplicación del derecho no es un mero silogismo ni puede siempre subsumirse bajo una norma.

la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.” Por su lado, el artículo 47 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay señala que “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente.” En la Constitución Política del Perú, y a diferencia de las otras que estamos citando, la cuestión ambiental ocupa un capítulo entero. Ello así, el capítulo II del Título III expresa, entre otras disposiciones, que “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas” (art. 67). Por su parte, el artículo 4 de la Constitución de México ordena que “toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.”

¿Cómo han aplicado los jueces de nuestro país las normas en los diversos conflictos ambientales que se han ido dando a lo largo de nuestra historia? ¿Cuáles son las razones que dan dichos operadores jurídicos al momento de fallar en estos tópicos? ¿Es razonable sostener que en estos temas hay una sola decisión correcta o se dan casos de amplia discreción judicial? Estas son preguntas que tienen que ver, por un lado, con una determinada hermenéutica de reglas y principios y, por otro, con un análisis permanente del concepto de validez jurídica como herramienta necesaria para analizar un caso determinado.

3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Con el objetivo de determinar la presencia de los criterios de validez jurídica a que hace referencia Vigo en su artículo “Una teoría de la validez jurídica” (2016), en la argumentación utilizada por la Corte Suprema de Argentina al resolver planteos de inconstitucionalidad, se analizarán aquellas sentencias donde se presentaron conflictos vinculados al derecho a la protección de un medio ambiente sano.

3.1. “Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios” - 14/05/18879

Por razones vinculadas a la higiene pública, y como parte de la política ganadera del gobierno de la Provincia de Buenos Aires de aquel momento, Bernardino Rivadavia -en su carácter de Ministro de Gobierno bajo la gobernación de Martín Rodríguez- había ordenado

9 En esta causa la Corte sigue la línea que jurisprudencial que había inaugurado el 13 de abril de 1870 en autos “Empresa Plaza de Toros contra Provincia de Buenos Aires” (Fallos 7:152), sosteniendo que el derecho de una industria o un comercio no puede ir contra la seguridad, salubridad o moralidad de los vecinos, es decir, que el artículo 14 de la Constitución Nacional no establece un derecho absoluto, sino que la industria o profesión debe sujetarse a las leyes que reglamenten su ejercicio.

en el año 1822 la instalación de los saladeros existentes a una distancia de una legua del ejido urbano de la ciudad.

Ello así, el 13 de marzo de 1867, el presidente del Consejo de Higiene dirigió al gobierno de la Provincia de Buenos Aires una nota recomendando no echar al riachuelo ningún desperdicio de los saladeros. Un mes después de dicha nota, el juez de paz de Barracas, encargado de inspeccionar los saladeros, informaba que las aguas inmundas que caen al río son de los saladeros; que la sangre que se arroja en los depósitos que se han hecho en ellas se hallaba corrompida -de una fetidez insoportable-, calculando en mil pipas¹⁰ la cantidad de agua inmundas que se arrojan diariamente.

El gobierno provincial -fundado en las reiteradas indicaciones que le fueron dirigidas, tanto a él como a la Municipalidad-, por el Consejo de Higiene y la Facultad de Medicina, expidió un decreto en fecha 26 de abril de 1867, suspendiendo las faenas de los saladeros de Barracas, y nombrando una comisión científica para que propusiera las medidas que mejor conciliasen las faenas de dichos establecimientos con las condiciones requeridas por la higiene pública. Luego de haber agotado, sin resultado alguno, todas las medidas a su alcance para ponerlos en las condiciones higiénicas requeridas, el Poder Ejecutivo provincial expidió el decreto de fecha 14 de febrero de 1871, confirmado después por ley del 6 de setiembre del mismo año, prohibiendo la explotación de dichos establecimientos en el lugar indicado. Frente a dicha ley los actores iniciaron una acción por daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el planteo. La causa bajo análisis se falló el 14 de mayo de 1887. De su lectura resulta interesante en primer lugar observar una argumentación deudora del momento histórico en la que fue redactada. En el decurso de sus razones para rechazar la acción los jueces no hacen mención a la noción de 'derechos humanos'¹¹; ni se apoya en fuentes como tales como jurisprudencia, doctrina o derecho comparado. Es en este caso

¹⁰ Serían aproximadamente 420.000 litros de agua.

¹¹ Por ser, por supuesto, una noción posterior.

donde se debate por primera vez en la historia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación una cuestión ambiental, aun cuando no se menciona expresamente en ninguna parte del fallo dicho término.

Ante la argumentación de la parte actora, que pretendía una indemnización en base al permiso otorgado en 1822¹², la Corte sostuvo que "...la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad y no obliga al Gobierno que la concedió cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso el deber que pesa sobre él de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida..."¹³.

En el considerando 6° de esta sentencia se lee que "...la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento legal alguno, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, (...) por consiguiente, la ley provincial del seis de setiembre de mil ochocientos setenta y uno determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la provincia, y retirando a los establecidos en Barracas la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de esta en daño de otro, o como dice

12 Además de la medida dispuesta por el Decreto de 1822, Rivadavia -en su carácter de Ministro de Martín Rodríguez- propuso muchas otras en relación con la política ganadera: prohibición de matanza de vacas -para no perjudicar los procreos-; creación del "Registro de marcas" de propiedad ganadera; reglamentación de la donación de terrenos en Patagones destinados a asentamientos; organización de dos mercados, de frutos de campaña y de pieles -al sur y oeste de Buenos Aires-; reglamentación de la venta de productos agropecuarios -charque, grasas, granos, pieles, hacienda en pie, etc.- e introducción al ejido urbano de ganado en pie.

13 Fallos 51:274.

la Ley N° 13, título 32, partida 3a, concordante con los principios de nuestra legislación sobre la materia: “maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quisiese; pero debelo fazer de manera que non faga dano nin tuerto a otro” ...”¹⁴. El máximo tribunal concluyó rechazando la pretensión de los actores, utilizando el criterio de racionalidad sistemática, integrando a tales fines el artículo 2.611 del Código Civil, leyes de la Provincia de Buenos Aires y principios extraídos de las Siete Partidas.

La aplicación de este tipo de racionalidad sistémica, desarrollada por diversos autores entre los que cabe mencionar a Raz, MacCormick o Alchourrón-Bulygin, implica de algún modo adentrarse en uno de los debates más significativos de la filosofía política, a saber, ¿Cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o el de los hombres? Esta es la pregunta que se formula Norberto Bobbio en el capítulo VII de su obra “El Futuro de la Democracia” (2012), quien, luego de aclarar los argumentos de Platón y Aristóteles contra los partidarios del gobierno de los hombres por sobre el gobierno de las leyes, realiza un recorrido histórico de todo el pensamiento dominante en esta materia, indicando que ha sido conteste la doctrina en sostener la superioridad del gobierno de las leyes. Bobbio expresa que “...el principio de la *rule of law* pasó de Inglaterra a los Estados constitucionales en las teorías jurídicas, dando origen a la doctrina (...) del “Estado de Derecho”, es decir, del Estado que tiene como principio inspirador la subordinación de todo poder al derecho (...) pueden ser consideradas como manifestaciones extremadamente reveladoras de la universalidad de esta tendencia de la sumisión del poder político al derecho, tanto la interpretación weberiana del Estado moderno como Estado racional y legal, como la del Estado cuya legitimidad reposa exclusivamente en el ejercicio del poder conforme a las leyes, como es la teoría kelseniana del ordenamiento jurídico, la cual considera a éste como una cadena de normas que crean poderes y de poderes que crean normas, cuyo inicio no está representado por el poder de los poderes, como siempre fue concebida la soberanía en la teoría del derecho público

14 Fallos 51:283

que se fue formando junto con la creación del Estado Moderno, sino por la norma de las normas, la Grundnorm, de la que depende la validez de todas las normas del ordenamiento y la legitimidad de todos los poderes inferiores.” (Bobbio, 2012, p. 172).

3.2. “Lubricentro Belgrano s/ inf. Ley 24.051” – 15/02/1995 (Fallos: 323:163)

En esta causa el problema se suscita a partir del accionar de personal policial que secuestró en las proximidades de un ‘lubricentro’ bidones plásticos de aceite y de aditivos, filtros usados, estopas, trapos y aserrín, todos ellos con restos de derivados de hidrocarburos, arrojados dentro de un contenedor para residuos domiciliarios, originándose este proceso en virtud de una contienda negativa de competencia suscitada entre los titulares del Juzgado Federal N° 1, con asiento en La Plata, y del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 6 de Banfield -provincia de Buenos Aires-.

El Juez Federal declinó su competencia por considerar que no se verificaban los supuestos de excepción de la Ley Nacional de Residuos Peligrosos -N° 24.051-, motivo por el cual resultaría de aplicación la Ley Provincial N° 11.720 -sancionada por la provincia de Buenos Aires-. Ante la insistencia del Tribunal de origen quedó trabada la contienda negativa de competencia sometida ante la Corte, debatiéndose la potestad de las provincias en la protección del medio ambiente. La Corte resuelve que la justicia federal sólo entiende en caso de daño interjurisdiccional¹⁵ y, por lo tanto, haciendo suyos los fundamentos del Procurador, resuelve declarar la competencia de la justicia provincial por no verificarse daño interjurisdiccional. En efecto, en su dictamen, aquel dijo que la intención de la ley fue la de respetar las atribuciones de las provincias para dictar normas de igual naturaleza, intención que quedó plasmada en la redacción final del

15 Este criterio es seguido también en autos “Inza José y otros s/ incidente de incompetencia, Corte Suprema de Justicia de la Nación”, 19-sep-2017 - Cita: MJ-JU-M-106779-AR.

artículo 67 de la ley N° 24.051, imponiéndose en este caso un criterio sistemático.

Como sostiene Díez Picazo "...el ordenamiento jurídico, entendido como normatividad, no es una obra enteramente racional ni constituye enteramente un sistema. Más bien, dentro del conjunto total hay subconjuntos sistemáticos y otros asistemáticos. A veces, falta entre ellos la debida o necesaria coordinación. Sin embargo, aunque no sea una obra enteramente racional, tampoco puede decirse que sea puramente espontánea y orgánica, pues en su nacimiento ha tenido decisiva influencia la razón humana" (1993, p. 195).

3.3. "Líneas de Transmisión del Litoral S.A. / LITSA v/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa"
- 18/11/1999 - Fallos: 322:2862

La parte actora inició esta demanda a fin de obtener se declare la inconstitucionalidad de los artículos 5°, 7° y 8° de la Ley N° 4.731 y de la Ley N° 4.912, ambas dictadas por la Provincia de Corrientes, por considerar que se vulneraban las previsiones contenidas en el artículo 75, inc. 13, de la Constitución Nacional, en los artículos 6 y 12 de la Ley Nacional N° 15.336 -Ley de Energía Eléctrica- y en los artículos 11, 17, 56, inc. k y concordantes de la Ley Nacional N° 24.065 -Régimen de Energía Eléctrica-.

En efecto, la empresa, invocando su condición de adjudicataria del concurso público internacional para la construcción, operación y mantenimiento del Segundo Tramo del Sistema de Transmisión asociado a la Central Hidroeléctrica de Yaciretá, promovió ante la Corte Suprema una acción contra la provincia de Corrientes, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la normativa local que permitía la modificación de la traza de la Línea de Extra Alta Tensión a construirse entre dos Estaciones Transformadoras ubicadas en las provincias de Corrientes y Entre Ríos, aprobada por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad.

La demandante adujo que la provincia de Corrientes pretendía, so pretexto del ejercicio del poder de policía ambiental, arrogarse faculta-

des sobre una materia delegada en forma exclusiva por las Provincias a la Nación. Citó al Estado Nacional -artículo 94 C.Pr.C.C.N.- por ser el comitente y dueño de la 'Línea'. La Corte resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda y declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5°, 7° y 8° de la Ley N° 4.731, como asimismo de los artículos. 1°, 2°, 3° y 4° de la Ley N° 4.912¹⁶.

En base a un criterio de racionalidad orgánica¹⁷, la Corte sostiene en el considerando 5° que la prestación de este servicio público está incluida en la expresión comercio -actual artículo 75, inc. 13, de la Constitución Nacional- y es concorde con el propósito del preámbulo de promover el bienestar general. De ahí que cuando la Nación actúa como poder concedente del servicio público, no lo hace en virtud de una gracia o permiso revocable o precario de la provincia, sino con plena jurisdicción y en ejercicio de un derecho emanado de la Constitución Nacional. Es por dicha razón que el ejercicio de las facultades provinciales no puede interferir en la satisfacción de un interés público nacional -Fallos: 263:437-. El sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial y ello no implica, por cierto, subordinación de los estados provinciales al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general.

La referencia al bien común general, por otro lado, también involucra el criterio de racionalidad axiológica, puesto que esta noción -que tiene su correlato en el bienestar general del preámbulo de la Constitución Nacional-, constituye el objeto de la justicia general o legal. En este sentido, MacIntyre señala que "La segunda idea central (...) es que los seres humanos son esencialmente sociables, que yo logro cualquier cosa como individuo por ser y por actuar como un individuo que está obligado con los otros a través de una variedad de relaciones familiares, sociales y políticas expresadas en las actividades conjuntas encaminadas a lograr nuestro bien común. Mi bien, por tanto, es el bien de alguien que es parte de un conjunto ordena-

16 Según el resultado de esta investigación, ésta es la primera causa ambiental en donde la Corte declara la inconstitucionalidad de una norma.

17 Implica que la norma sea dictada por el órgano que tiene competencia para ello.

do de conjuntos sociales. Mi bien sólo se puede conseguir a través de la consecución del bien común. Y el bien común es aquello hacia lo que nos inclinamos cuando estamos funcionando normalmente y desarrollando lo que debemos ser. Los preceptos de la ley natural, así pues, nos dirigen hacia el bien común...” (2012, p. 523).

El máximo tribunal considera que es necesario tener presente que la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las Provincias, por lo que las normas constitucionales que rigen el caso deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa -Fallos: 271:186; 293:287; 296:432-, pero sin perder de vista que las provincias, dada la posición que ocupan dentro del régimen constitucional, deben observar una conducta que no interfiera ni directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional. Las facultades provinciales, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás estados autónomos y de la Nación toda -Fallos: 257:159; 263:437; 270:11, entre otros-.

3.4. “Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad del Decreto-Ley 9111” – (Fallos 325:1249)

En la causa de marras, la Municipalidad de La Plata demandó a la Provincia de Buenos Aires, cuestionando la norma que impuso la disposición de los residuos mediante el sistema de relleno sanitario¹⁸ -que debía efectuarse únicamente por intermedio del Cinturón Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE)-, y el pago de una tarifa que dicha sociedad factura por los trabajos realizados en los terrenos habilitados a tal fin, todo lo cual avasallaba, a su entender, facultades que eran expresamente reconocidas por la

18 Decreto Ley del Poder Ejecutivo Provincial (Provincia de Buenos Aires) N° 9.111/78 de fecha 17 de julio de 1978.

Constitución de la provincia de Buenos Aires a los distintos municipios. Según la parte actora, la norma que impugnó vulneraba los artículos 9, 10, 27, 181 y siguientes de la Constitución de la provincia de Buenos Aires -texto 1934- y 5, 14, 17 y 33 de la Constitución Nacional -texto anterior a la reforma de 1994-, señalando, asimismo, que numerosas normas del citado decreto-ley son violatorias del régimen municipal consagrado en el artículo 181 y siguientes de la Constitución local, toda vez que el sistema implementado le impide desarrollar su propio procedimiento de eliminación de residuos, al obligarle a disponer de ellos únicamente por intermedio del CEAMSE y que el artículo 6 quebranta su patrimonio, cuando impone que las tarifas que facture dicha sociedad deben ser abonadas por las municipalidades comprendidas, al igual que los reajustes y/o intereses punitivos que tuvieran que aplicarse por eventuales moras en su pago. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó la demanda, sosteniendo que la facultad ejercida por la provincia de Buenos Aires para regular lo atinente a la disposición final de los residuos no se revela como desproporcionada con la finalidad perseguida; por el contrario, el legislador provincial ha ejercido sus facultades en forma razonable, y no arbitraria o absurda, pues se apoyó en propósitos de utilidad común. Desde esta perspectiva, la regulación prevista en el Decreto-Ley N° 9.111/78 aparece como una legítima opción adoptada en la legislación de la provincia, sin agravio al artículo 5 de la Carta Fundamental de la Nación. Esto se revela como una aplicación del criterio de validez jurídica vinculado a la racionalidad teleológica (Vigo, 2016, p. 115), en cuando se aclara que hay una adecuación entre medios y fines.

Por otra parte, sostiene el tribunal que el artículo 123 de la Constitución Nacional -incorporado por la reforma de 1994- no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno. La cláusula constitucional les reconoce autonomía en los órdenes “institucional, político, administrativo, económico y financiero” e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su “alcance y contenido”. Se admite así un mar-

co de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan -artículos 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional- con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el artículo 123. Se deduce de aquí la aplicación de un criterio de racionalidad sistemático (Ibidem, p. 113), por cuanto el destino de la norma en cuestión es integrarse junto con otras normas -en el caso, diversas normas de raigambre constitucional-. Asimismo, se encuentra en juego un criterio de racionalidad orgánico (Ibidem, p. 111), puesto que es competencia de las provincias reglamentar el alcance y contenido de las autonomías municipales, según lo prescripto por el artículo 123 de la Constitución Nacional.

3.5. “Comunidad Indígena del Pueblo *Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable” - 11/07/2002 (Fallos 325:1744)*

La Comunidad Indígena *Wichi* de la provincia de Salta interpuso una acción de amparo y solicitó se declare la nulidad dos actos administrativos emitidos por la Secretaría Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de dicha provincia: el certificado Nro. 368, extendido el 23 de julio de 1996 y válido hasta el 23 de julio de 1999 autorizando la deforestación indiscriminada de los Catastros Rurales N° 17.564, N° 17.569 y N° 17.570 del Departamento San Martín y la actualización del mismo, emitida por nota del 30 de noviembre de 1999 y válida hasta el 30 de noviembre de 2002, autorizando la prórroga del permiso de deforestación sobre una superficie de 120 Has. ubicadas en el catastro N° 17.564.

Este remedio procesal fue rechazado en todas las instancias anteriores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sosteniéndose que el amparo no era la vía adecuada para realizar el planteo y considerándose que la actora tenía la opción de interponer recursos administrativos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia del tribunal provincial, argumentando que “...la Corte

local no dio suficiente respuesta a planteos conducentes de la actora tendientes a demostrar que la tutela de sus derechos no encontraría adecuado cauce por las vías ordinarias. A tal fin, debió advertir que la elección del amparo, como remedio judicial expeditivo, se sustentó en la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente provocados por la actividad autorizada por la administración -mediante los actos cuestionados-, consistentes, entre otros, en la eliminación del bosque a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como la pérdida de especies (alteración de la biodiversidad), cambios climáticos y desertización (debida a la erosión y salinización del suelo); y la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena -donde también viven algunos de sus miembros-, en las que, además de hallarse un pozo de agua que la abastece, se encuentra la escuela y una represa, construidas y destinadas al uso de sus integrantes.”¹⁹

A nuestro criterio, el Tribunal se hace cargo de la “pretensión de corrección” planteada por la teoría neoconstitucionalista no positivista de Alexy, para quien “...la pretensión de corrección conduce a que los principios, que constituyen las razones para crear tanto las reglas antiguas como las nuevas, sean incorporadas al concepto de Derecho. De este modo las razones ideales para lo que es debido de forma definitiva llegan a formar parte del Derecho” (Alexy, 1970, p. 245).

En el considerando siguiente, la Corte utiliza un criterio de racionalidad procedimental (Vigo, 2016, p. 112), sosteniendo que “...constituye un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, bastaba con examinar si, de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental

19 Fallos 325:1746.

y social, y si se había respetado lo dispuesto por el artículo 75, inc. 17, de la Constitución Nacional”²⁰.

3.6. “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo” (Fallos 339:201)

En fecha dos de marzo de dos mil dieciséis la Corte tuvo oportunidad de fallar en una acción de amparo interpuesta por un grupo de vecinos domiciliados en la ciudad de Andalgalá -provincia de Catamarca-, contra la mencionada provincia, la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc. y el citado municipio, con el objeto de obtener la suspensión de todo trabajo de instalación, transporte, construcción o preparación destinado a la explotación de las Minas de Agua Rica, ubicadas en los nevados del Aconquija.

Los actores solicitaron el cese definitivo del emprendimiento minero, fundamentando este pedido en que de este modo se lesionaban los derechos a un medio ambiente sano y equilibrado, a la salud, a la vida, a la integridad física y a la propiedad de los accionantes y de todos los habitantes de la región, planteando la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, resolución u ordenanza que fuera fundamento de la autorización para el emprendimiento citado y solicitando, concretamente, la declaración de nulidad de la Resolución 35/09 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, mediante la cual se emitió la Declaración de Impacto Ambiental en forma condicionada a que en forma previa a iniciar los trabajos la empresa resuelva las objeciones planteadas; cuestión ésta que no se encuentra prevista en el artículo 254 del Código de Minería de la Nación, el cual dispone el Informe de Impacto Ambiental debe ser aprobado o rechazado en un plazo determinado, sin ningún tipo de condicionalidad.

²⁰ Fallos 325:1746.

En su presentación, la parte actora señaló que el lugar elegido para el proyecto tiene una importancia vital, toda vez que allí se encuentran las fuentes de numerosos cursos de agua que irrigan los territorios más bajos, y que aportan su caudal para la supervivencia de la ciudad de Andalgalá y de los pueblos cercanos, señalando que la metodología de la explotación implica la detonación diaria de toneladas de explosivos, con el consiguiente impacto derivado de las vibraciones, el ruido y la dispersión de partículas en la atmósfera. Asimismo, se acompañó en las actuaciones un informe de impacto ambiental de la empresa Minera Agua Rica, elaborado en el año dos mil ocho por la Universidad Nacional de Tucumán y que fuera encomendado oportunamente por las autoridades municipales correspondientes²¹.

Al adentrarse en el debate respecto a la posibilidad de recurrir al amparo, la Corte expresó que “...concurren las circunstancias excepcionales que permiten superar dicho óbice formal, pues de las constancias de la causa, especialmente de la resolución 35/09 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, se desprende que la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior...” (considerando 4).

En el considerando 5°, la Corte habilitó el remedio federal argumentando que “...procede la excepción cuando lo resuelto por los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa... o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales”. La Corte falló a favor de los accionantes, expresando que “...en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental las reglas procesales de-

21 La resolución N° 35/09 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca fue sancionada con posterioridad a dicho informe, aun cuando en el mismo se podía leer, entre otras cosas, que la concreción del proyecto minero podía traer aparejados posibles sismos, contaminación no remediabile en los acuíferos y la provocación de un impacto tal que incidiría en la accesibilidad al recurso del agua en el área por un período de varios cientos de años, entre otros efectos.

ben ser interpretadas con un criterio amplio, que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador” (considerando 7).

Por la trascendencia del tema en debate, quizás hubiese sido esperable una mayor fundamentación teórica apelando, verbigracia, al artículo 4 de la Ley General del Ambiente N° 25.675, que introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. De todas formas, el máximo tribunal hizo lugar a la queja y dejó sin efecto la sentencia apelada, para lo cual legitimó la acción de amparo intentada en base a criterios de racionalidad teleológicos y axiológicos.

En el considerando 7 se advierte la aplicación de un criterio de racionalidad teleológica. La Corte señala que “...si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (...), en ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (Fallos:327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros).”²² Los jueces consideraron por lo tanto que para determinar la validez jurídica de normas legales o actos administrativos cuestionados por resultar lesivos del derecho a un medio ambiente sano, las reglas procesales deben ser interpretadas de un modo amplio y menos estricto, de modo tal que no se pierda de vista la finalidad de tutela ambiental a que el proceso está dirigido.²³

El tribunal recurre, asimismo, a un criterio de racionalidad axiológico, en el sentido de que la tutela del medio ambiente constituye una

22 Considerando 7.

23 Siguiendo la doctrina ya expresada en “Comunidad Indígena del Pueblo *Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable*”.

exigencia de la justicia, en tanto su preservación es un componente del bien común, entendido como las condiciones que permiten a los seres humanos alcanzar su desarrollo y plenitud. Hay en este caso una decisión que incluye una pretensión de corrección -en terminología 'alexiana'- que lleva a una interpretación alejada de toda postura positivista.

3.7. “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” - (Fallos 342:917)

En esta causa, Barrick Exploraciones Argentinas SA y Exploraciones Mineras Argentinas SA, empresas a las que luego se sumó la Provincia de San Juan como litisconsorte activo, dedujeron una acción declarativa solicitando se declare la nulidad de la Ley Nacional N° 26.639 -Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el Ambiente Periglaciario-. Según su apreciación, se configuró una infracción constitucional, ya que al sancionar la Ley de Glaciares, el Senado eliminó uno de los artículos del proyecto de ley y aprobó las restantes modificaciones que Diputados había introducido en su calidad de cámara revisora.

Al analizar si la Provincia de San Juan puede plantear que se le haya afectado alguna prerrogativa provincial, la Corte recurre al criterio sistemático, por cuanto expresa que “... la invocación en abstracto por parte de la provincia de la regla que establece el dominio originario de sus recursos naturales (art. 124) con el objeto de desvirtuar otra regla de igual jerarquía que establece el mandato al Estado Nacional de dictar los presupuestos mínimos ambientales para toda la Nación (art. 41) genera una superflua e innecesaria tensión entre dos cláusulas constitucionales. Antes que buscar la confrontación de sus mandatos, los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional deben ser interpretados buscando adaptar la gestión de los recursos naturales a las directivas de la cláusula ambiental, para cumplir de la forma más fidedigna posible un mecanismo propio del federalismo concertado que estableció el constituyente reformador de 1994. En ese marco,

la tarea de concertación federal es primariamente de las autoridades políticas nacionales y provinciales, que deben conjugar intereses para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución” (considerando 13).

A partir del considerando 17 la Corte analiza la cuestión de fondo ambiental involucrada, aclarando que el ambiente “...no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario” (Fallos: 340:1695, considerando 5°).” A nuestro modo de ver, este criterio de la Corte es el que mejor se aviene con el artículo 240 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma esta última que se aparta de la tradicional concepción ‘lockeana’ del derecho de propiedad de nuestro país²⁴.

Como expresan Daniel Sabsay y Cristian Fernández (2019) “... Siguiendo la jurisprudencia del caso “La Pampa c. Mendoza” referido a la Cuenca del Río Atuel, la Corte Suprema amplía la mirada más allá de los intereses y pretensiones de las partes en litigio para tener una visión policéntrica. Ya en el año 2003, en el caso “ASSUPA c. YPF”, el voto disidente de Maqueda y Zaffaroni enseñaba que las pautas de los derechos propietarios individuales no pueden ser trasladadas a cuestiones ambientales en las que se encuentra en juego un bien colectivo. Esta postura es adoptada por el voto de la mayoría en el caso “Barrick” en conexión con los artículos 14 y 240 del Cód. Civ. y Com. que establecen los límites a los derechos individuales cuando están en juego derechos de incidencia colectiva.”

A continuación, el tribunal recurre por primera vez en su historia jurisprudencial al concepto de ‘justicia climática’ contenido en el Acuerdo de París de 2015 -ratificado por Argentina por la Ley Nacional N° 27.270-, en virtud del cual aplica un criterio de validez jurídica correspondiente a la racionalidad axiológica (Vigo, 2016, p.

24 Locke es un autor que presta enorme importancia al tema de la propiedad, sosteniendo incluso que este derecho ya se encontraba en el estado de naturaleza.

118), exponiendo que “...es por ello que frente a las previsiones de la Ley de Glaciares²⁵ que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva -y de un carácter especialmente novedoso-, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal. También deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva -artículos 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación- para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable -artículos 1°, 2° y 4° de la Ley General del Ambiente N° 25.675-. Todo ello en consideración de los objetivos generales de bien común, como aquel que la comunidad internacional ha trazado para garantizar “modalidades de consumo y producción sostenibles” en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, objetivo 12)” (considerando 21).

La referencia al bien común denota la existencia de un criterio de racionalidad axiológico, en tanto éste constituye el objeto de la justicia general o legal en la teoría clásica, así como también puede verse un ejercicio de racionalidad prudencial (Vigo, 2016, p. 121), más que ponderativa, puesto que la ponderación supone preferir un derecho en pos de la realización de otro derecho o de un bien público (Alexy, 1993, p. 83). En el presente caso, la Corte pone el acento en la necesidad de armonizar los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, lo que es propio de la racionalidad prudencial.

Párrafo aparte merece la consideración expuesta en el considerando 19 del caso bajo examen de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, cuando se afirma que “... Ante este tipo de mandas legislativas y en la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio- forzosamente su operatividad

25 La República Argentina es uno de los 15 países con mayor superficie de hielo en el mundo.

abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás...”. Esta expresión -que remite necesariamente a Ronald Dworkin-, implica que el derecho al medio ambiente ya no es negociable ni transable, sino que se trata de cartas de triunfo que se deben proteger y esta protección se encuentra fundamentalmente bajo la responsabilidad de los poderes políticos del Estado, los que deben legislar, reglamentar y adjudicar teniendo como norte a los principios jurídicos constitucionales que sirven de enlace entre el derecho y la moral. Como afirma Alexy “... los principios encierran un deber ideal. Son mandatos para ser optimizados. Como tales no encierran un deber definitivo sino sólo un deber prima facie. Exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 1970, p. 244).

Resulta de interés remarcar aquí que la Corte Constitucional de Colombia en fecha 5 de abril de 2018 ha tenido también oportunidad de definir esta noción respecto al concepto de justicia climática²⁶. En el caso, se trataba de un grupo de 25 personas entre los 7 y 25 años de edad, que iniciaron una acción de amparo a los fines de que diversos organismos del Estado de la República de Colombia realicen acciones concretas en orden a proteger el amazonas colombiano. El debate se centró fundamentalmente en orden a si la ley que ampara esta acción judicial tiene validez para un caso como el de marras. El tribunal concedió la razón a los actores atendiendo a criterios de racionalidad axiológicos.

En efecto, dicho tribunal ha sostenido que “...resulta necesario avanzar en la interpretación del derecho aplicable y en las formas de protección de los derechos fundamentales y sus sujetos (...) Por fortuna, a nivel internacional se ha venido desarrollando un nuevo

26 Corte Constitucional de Colombia, “Andrea Lozano Barragán, Victoria Alexandra Arenas Sánchez, José Daniel y Félix Jeffrey Rodríguez Peña, entre otros en contra de la Presidencia de la República, los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Agricultura y Desarrollo Rural, la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés” (considerando 12).

enfoque jurídico denominado de derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos (...). Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permite afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado”²⁷.

3.8. “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano’ y otros s/ acción de amparo ambiental” (Fallos 342:1203)

En esta causa la parte actora interpuso acción de amparo ambiental colectivo, a la que posteriormente adhirieron otros vecinos contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, la empresa Altos de Unzué -en adelante, la empresa- y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos, con el objeto de prevenir un daño inminente y grave para toda la comunidad de las ciudades de Gualaguaychú y de Pueblo General Belgrano y zonas aledañas; de que cesen los perjuicios ya producidos y se los repare en razón de las obras vinculadas al proyecto inmobiliario “Amarras de Gualaguaychú” -que trataría de un barrio náutico con unos 335 lotes residenciales, más 110 lotes residenciales con frentes náuticos, complejos multifamiliares de aproximadamente 200 unidades y un hotel de unas 150 habitaciones-.

27 https://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_c947ae53aeb447bd91e8e9a315311ac5

Afirmó que el proyecto se encuentra en el Municipio de Pueblo General Belgrano -es decir, en la ribera del Río Gualaguaychú, lindero al Parque Unzué, en la margen del río perteneciente al Municipio de Pueblo General Belgrano, frente a la Ciudad de Gualaguaychú-. Luego de que el Superior Tribunal de Entre Ríos rechazara la acción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia del tribunal provincial. En el considerando 8° sostuvo que "...el superior tribunal local, al rechazar la acción de amparo en razón de que existía "un reclamo reflejo" deducido con anterioridad por la Municipalidad de Gualaguaychú en sede administrativa, omitió dar respuesta a planteos del actor conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados."

Luego, en el considerando 10, expresó que "...si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su falta de utilización no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339 y 2711; 321:2823; 325:1744; 329:899 y 4741)²⁸. En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros). En tal contexto, no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador²⁹ (Fallos: 329:3493)". En efecto, según la CSJN, el Tribunal Superior de la Provincia omitió considerar el derecho a vivir en un

28 Criterio teleológico.

29 Esta noción de juez espectador la Corte ya la había expuesto en autos "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC

ambiente sano -artículo 41 de la Constitución Nacional y artículo 22 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos- y que el Estado garantiza la aplicación de los principios de sustentabilidad, precaución, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad -artículo 83 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos-.

En otra parte de su argumentación -considerando 13- la Corte recurre a los principios fijados por la Ley General de Ambiente, estableciendo que "...al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 4 de la Ley N° 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio in dubio pro-natura que establece que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios (...) derivados de los mismos" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016). Especialmente el principio In Dubio Pro-Aqua -consistente con el principio In Dubio Pro-Natura-, que establece que en caso de incerteza las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. *Brasilia Declaration of Judges on Water Justice*, Brasilia, 21 de marzo de 2018)".

Como vemos en esta causa, la Corte vuelve a invocar principios para fundamentar decisiones de pretensiones en colisión,

Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc y otros s/ acción de amparo" - 02 de marzo de 2016 (considerando 7 - segundo párrafo).

asumiendo así un rol decisivo en el fenómeno jurídico que se comienza a advertir al darse la aparición de lo que algunos autores llaman “Estado Ambiental de Derecho”³⁰, siguiendo así, de alguna manera, la directiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en su Opinión Consultiva OC 23/17³¹, indica que los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente³².

El principio pro-natura, para ser aplicado, al igual que los principios en general, conducen a la idea de proporcionalidad. En tal sentido, Alexy señala que “... entre la teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y está implica aquélla” (1997b, p. 111). Los jueces asumen un rol ‘nomogenético’, ‘creando’ normas en determinadas causas, las cuales, con fundamento en los principios, dejan de lado en cuestiones que así lo consideren las normas supuestamente aplicables al caso para solucionar el conflicto creado, configurando de este modo lentamente un nuevo paradigma que tiene que ver, a su vez, con la protección internacional del medio ambiente como estándar fundamental y nuevo horizonte de validez jurídica que permita la efectividad de estos ‘nuevos derechos’, para lo cual resulta insuficiente alojarnos en posturas netamente positivistas toda vez que, como sostiene Alexy, “...el debate acerca del

30 Gregorio Mesa Cuadros. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013.

31 Esta Opinión Consultiva de la Corte IDH fue aprobada el 15 de noviembre de 2017 y publicada el 7 de febrero de 2018, y responde a una solicitud realizada por Colombia para que el tribunal regional precise las obligaciones estatales relativas al medio ambiente y, en particular, a los posibles daños ambientales, en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

32 Para una mejor comprensión de esta Opinión Consultiva, ver: <https://www.mpf.gov.ar/dgdh/files/2018/06/Derechos-humanos-y-medio-ambiente.pdf>

positivismo es resultado de las relaciones entre tres elementos: en primer lugar, la legalidad conforme el ordenamiento, en segundo, la eficacia social y, en tercero, la corrección del contenido, que incluye la corrección moral. Para determinar el concepto y la naturaleza del derecho, todas las teorías positivistas se limitan a los dos primeros elementos, es decir, a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social. Esto implica que los positivistas defienden la tesis de la separación o, al menos, la de la separabilidad. Por el contrario, todas las teorías no positivistas defienden la tesis de la conexión, la cual afirma que el concepto de derecho debe definirse de modo tal que incluya los elementos morales” (Alexy, 2013, p. 155).

4. Conclusión

Llegados a este punto, corresponde extraer las siguientes conclusiones de las ideas expuestas:

1. Quizás como en ningún otro ámbito del derecho, en materia ambiental se han realizado significativas actualizaciones de contenidos que ha dado lugar a lo que algunos autores comienzan a denominar el nacimiento de un Estado Ambiental, que de algún modo complementa el Estado Constitucional como modelo para el siglo XXI.

2. Es dable advertir un creciente protagonismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la protección y tutela de un medio ambiente sano en la República Argentina.

3. En la jurisprudencia del máximo órgano del Poder Judicial de la Nación, se evidencia asimismo un marcado protagonismo de los principios jurídicos al momento de asegurar la vigencia de los derechos del medio ambiente, con un desarrollo progresivo de criterios axiológicos vinculados a la noción de ‘justicia climática’, apartándose de la mera noción de juez espectador, otorgando de este modo dar validez y vigencia a aquellos principios que se encuentran en colisión con las normas aplicables al caso.

Referencias

- Alexy, R. (1970). La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, 43, 217-249. <https://doi.org/10.15581/011.32120>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997b). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2013). Derecho, Moral y la existencia de los derechos humanos. *Signos Filosóficos*, XV (30).
- Bobbio, N. (2012). *El futuro de la democracia*. FCE.
- Diez-Picazo, L. (1993). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (3ra. ed.). Grupo Planeta (GBS).
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- MacIntyre, A. (2012). Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35.
- Mesa Cuadros, G. (2016). *Derechos ambientales en perspectiva de integridad*. Universidad Nacional de Colombia.
- Sabsay, Daniel y Fernández, Cristian (2019), JA 2019- III • SJA 17/07/2019, 51 - Cita Online: AR/DOC/2015/2019.
- Vigo, R. L. (2016). Una teoría de la validez jurídica. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30. <https://doi.org/10.14198/doxa2016.39.07>

**INSOLVENCIA INTERNACIONAL: SITUACIÓN ACTUAL
DE ARGENTINA EN SU DERECHO DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL**

**INTERNATIONAL INSOLVENCY: CURRENT SITUATION
OF ARGENTINA IN ITS RIGHT TO REGIONAL INTEGRATION**

Alexis Matías Marega¹
Universidad Católica de Santa Fe

Resumen

El derecho concursal ha evolucionado mucho en las últimas décadas, modificando sustancialmente sus objetivos, abandonando la quiebra como tendencia primordial para consagrar institutos de conservación de la empresa. Esta tendencia fue receptada por el legislador argentino desde 1972, dictando leyes que fueron apartándose de las disposiciones asumidas por Argentina en los Tratados sobre Comercio Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. Así, a la luz de las circunstancias actuales, encontramos normativa de derecho internacional que no resulta armónica con las disposiciones locales, generando una colisión que no puede ser superada y atenta contra los fines concursales. Se evidencia, además, un atraso tanto en la interpretación sustancial como procesal de los institutos legislados a nivel regional con respecto a la orientación hacia la celeridad que ha dado la normativa local. En el presente trabajo se analiza la cuestión

1 Abogado (UCSF), doctorando en Ciencias Jurídicas (UCSF), Diplomado internacional en DDHH (UCC) y en Razonamiento Legal Aplicado (USP-T). Profesor de Introducción al Conocimiento y la Investigación científica (UCSF) y de Concursos y Quiebras (UES21). amarega@ucsf.edu.ar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1420-9836>

y se propone, como alternativa, la necesidad de abordar la regulación de la cooperación internacional en materia de insolvencias.

Palabras clave: Insolvencia internacional; quiebra; concurso transfronterizo; cooperación internacional.

Abstract

Bankruptcy law has evolved a lot in recent decades, substantially modifying its objectives, abandoning bankruptcy as a primary trend to consecrate company conservation institutes. This trend was accepted by the Argentine legislator since 1972, enacting laws that were deviating from the provisions assumed by Argentina in the Montevideo International Trade Treaties of 1889 and 1940. Thus, in light of current circumstances, we find regulations of international law that is not harmonious with local provisions, generating a collision that cannot be overcome and undermines the purposes of bankruptcy. In addition, there is evidence of a delay in both the substantial and procedural interpretation of the institutes legislated at the regional level with respect to the orientation towards speed that local regulations have given. This paper analyzes the issue and proposes, as an alternative, the need to address the regulation of international cooperation in insolvency matters.

Keywords: *International insolvency; bankruptcy; cross-border insolvency; international cooperation.*

1. Introducción

El derecho de la integración posee siempre una faceta compleja por cuanto se encuentran en pugna la soberanía de los Estados y la necesidad de regular -en lo que aquí interesa- los mercados que trascienden las fronteras de un país, y sobre todo las crisis financieras que éstos deben enfrentar.

Esta cuestión si bien problemática, desde un principio se acentuó con la internacionalización de la empresa y la consiguiente globali-

zación de la economía, presentando ciertas particularidades que los empresarios han sabido utilizar a su favor para eludir las normas fallenciales locales, o bien se les ha presentado como un escollo para utilizar el paraguas protectorio de los procesos de reestructuración de deuda.

En el presente trabajo nos abocaremos al análisis de la situación de la insolvencia transfronteriza en Argentina, analizando la ley concursal y comparándola con las disposiciones de los Tratados de Montevideo -de 1889 y 1940-. Previamente y para una interpretación acabada del tema, se analizará los diferentes sistemas concursales internacionales imperantes según la doctrina del momento.

El desarrollo acelerado del comercio mostró -desde muy temprana edad- su espíritu internacionalista, mediante el intercambio de productos en los grandes puertos de la Europa medieval. Los negocios conllevan, necesariamente, problemas de pagos y cobros, surgiendo así la necesidad de regular la falencia². Si bien el origen legal de ésta se dio en Roma, fueron las regiones de Venecia, Bolonia y Florencia las que propiciaron, mediante su realidad circundante, la configuración del derecho comercial moderno, y con ello la quiebra, introducida por primera vez en el *Costituto* de Siena en 1262, denominado *cessatus*, en referencia a cesación de pagos, lo que llevaba a que el juez dictara la *banca rotta* del *fallitus* (Graziabile, 2018, p. 49), que literalmente implicaba la ruptura del banco donde el deudor comerciaba. Es decir, la prohibición de seguir comercializando hasta que satisfaga a sus acreedores.

Las empresas comerciales hicieron crecer su negocio de tal manera que presentaban transacciones comerciales dentro y fuera de su país, celebrando contratos, contrayendo empréstitos, formulando garantías de pago, obligaciones, etcétera, e incluso la apertura de su-

2 Desde su origen, el instituto de la quiebra pasó por diferentes etapas comenzando en la Ley de las XII Tablas en Roma y su *manus injectio*, que obligaba al deudor a cumplir bajo la posibilidad de que su acreedor lo tomara como prisionero para luego matarlo o venderlo como esclavo al extranjero, hasta llegar a la ejecución patrimonial con la *Bonorum venditio*, *cesio bonorum* y *Bonorum distractio*, para finalizar en el antecedente inmediato de nuestro concurso actual, el *Pacta ut minus solvatur* (Graziabile, 2018, p. 48).

cursales, la instalación de nuevos negocios, la adquisición de bienes en otras jurisdicciones, etcétera.

Cuando uno de estos comerciantes deja de pagar (ingresa en una cesación de pagos), entonces un juez -a pedido de un acreedor o por pedido del propio deudor- puede dictar su concursamiento o su quiebra. Entendida así la cuestión, no presenta ningún tipo de inconvenientes, pues siguiendo los principios de universalidad y unidad -es decir, un único proceso que abarque todo su patrimonio-, el juez que pronuncia la sentencia debe mandar a traer todos los bienes (incluyendo los extranjeros) para liquidarlos (en caso de quiebra) o para controlar su administración (en caso de un concurso preventivo), y todos los acreedores, sin importar su origen, deben concurrir a la sede del concurso a solicitar la verificación de sus créditos.

Aquí nos encontramos con el segundo ámbito a tener en cuenta para comprender las insolvencias transfronterizas: la soberanía de los Estados; pues bajo el concepto de 'nada escapa al control estatal', los bienes y sobre todo los bienes inmuebles interesan de manera especial a los países por lo que se procuran de ciertas legislaciones que los protegen especialmente, haciendo muy dificultoso, sino imposible, salirse de su ámbito de control. También la protección que cada Estado hace de sus propios ciudadanos, y en lo que aquí interesa, de los acreedores nacionales.

El problema es cómo abordar la cuestión de los comerciantes -particulares o empresas- que presentan bienes, sucursales, unidades de negocios, contratos y un sinnúmero de acuerdos económicos en diferentes países de la urbe, para coordinar políticas legislativas que permitan o bien unificar los criterios concursualistas o bien determinar la partición del patrimonio y -por lo tanto- reconocer la existencia de diferentes tipos o clases de acreedores, con los problemas que ello acarrea y que se desarrollarán en el presente.

A esta altura de la introducción, puede advertirse que la cuestión central en las insolvencias internacionales no es de índole sustancial, sino de proceso concursal. Esta temática trata -entonces- de la repercusión concursal cuando hay -en la relación comercial- un elemento de extranjería, un elemento que por plurales motivos puede generar

la aplicación de una ley de otro país, o un tratado entre países o un marco normativo uniforme diverso al ordenamiento interno, circunstancias en las cuales el ordenamiento concursal de un país de alguna manera cede o paradójicamente concurre con el ordenamiento de otro u otros países (Graziabile, 2018, p. 383).

La doctrina ha practicado una multiplicidad de definiciones para enunciar las quiebras internacionales³, debiendo comprenderse que se trata de un proceso de reestructuración de deudas o liquidación de bienes de manera colectiva, cuando en la vida empresarial se presentan elementos extranjeros, pudiendo ser bienes, acreedores, sucursales, filiales, contratos comerciales, convenios laborales, empréstitos o cualquier otro *comercial paper* en un país distinto a donde funciona su sede o centro de operaciones.

2. Sistemas concursales internacionales

En el acápite anterior se ha explicado que la existencia de elementos de una empresa -y no nos referimos sólo a su patrimonio, como bienes, sino a acreedores- en un país ajeno a su sede central o sitio principal donde desarrolla sus negocios es requisito suficiente para

3 Azar (2005), enseña: “se entiende por concurso o quiebra internacional aquel proceso administrativo o judicial relativo a insolvencia [...] dicho proceso requerirá de elementos extranjeros, pudiendo ser éstos personales, reales o conductistas”. Dreyzin de Klor (2017, p. 461) la define como “un procedimiento de ejecución forzada de los créditos sobre un patrimonio insuficiente que se liquida por una comunidad de acreedores bajo el principio de la comunidad de pérdidas”. Uzal (2016, p. 936) define a los procedimientos concursales internacionales cuando hay acreedores o deudores en varios países o con establecimientos en diversos Estados nacionales, o cuando, aun sin que ello ocurra, los créditos, deudas o bienes afectados, no están todos en una misma jurisdicción estatal. Junyent Bas y Molina Sandoval (2019, p. 90) explican que los concursos y quiebras son transfronterizas cuando afectan a un mismo sujeto de derecho pero con bienes en diversos países. De manera más sucinta, Rivera (2003, p. 272) dice: “esto es lo que se denomina quiebra extra nacional: es decir, la que afecta a un sujeto que posee un patrimonio internacionalmente disperso”.

que se disparen una cantidad de reglas y normas que colisionan entre sí, produciendo un caos legislativo.

Por un lado, quienes sostienen que debe primar los principios de universalidad del patrimonio y unidad del concurso, por lo que todos los bienes sin excepción del lugar de su radicación deben ser liquidados por la quiebra abierta, y todos los acreedores, sin interesar los tipos de compromisos asumidos ni -obviamente- la nacionalidad de éstos, deben concurrir a la sede de la quiebra a reclamar su crédito y cobrarse con el resto. Esta teoría, que plantea un proceso único, se denomina 'Sistema de Unidad'. Este sistema tiene un alcance extraterritorial, porque su proceso falencial se extiende más allá de las fronteras del país donde se tramita.

La segunda postura argumenta que una sentencia sólo tiene efectos dentro del país en la cual se dicta -por ello se denomina 'Sistema Territorial'- y por lo tanto admite la existencia de múltiples procesos falenciales, en cada uno de los países en los cuales la empresa tenga bienes o acreedores, que se registrarán por las leyes propias de cada país. Este sistema es denominado como 'Sistema de Pluralidad'⁴.

Entonces, pueden advertirse dos sistemas: uno de 'unidad' que conlleva la extraterritorialidad de la sentencia de quiebra, y otro de 'pluralidad', pues las sentencias son sólo locales, sin alcances fuera del territorio donde se dictó.

Sin embargo, esta combinación fue ampliada por la doctrina contemporánea, aclarando que la 'extraterritorialidad' admite ambas modalidades: la unidad y la pluralidad. La extraterritorialidad de los sistemas de unidad fue explicada en párrafos an-

4 Resulta muy importante para comprender los fundamentos de uno y otro sistema, advertir que el Sistema de Unidad tiene su raíz más antigua en el denominado "estatuto personal", que era la postura que intentaba explicar la necesidad de que se tramite una sola quiebra en que "produciendo la quiebra una *capitis diminutio* respecto de la persona del fallido, considerándolo un incapaz, las leyes que determinan esta, es decir, las de su domicilio, tienen efectos internacionales". Mientras que el 'Sistema de Pluralidad' parte del "estatuto real", el cual afirmaba que atento a regir la quiebra el patrimonio del quebrado, debía aplicársele la ley del lugar donde se encontraban los bienes sin poder extender sus efectos más allá del límite de su territorio. Cf. Graziabile (2018, p. 387).

teriores, mientras que en los sistemas de pluralidad de quiebras radica en que, según Rivera (2003) “nadie puede estar a la vez en quiebra en un país e *in bonis* en otro en el cual tenga bienes o acreedores” (p. 275).

Así, un acreedor de un país ajeno donde la empresa ha quebrado puede solicitar la quiebra de ésta en el suyo a los fines de liquidar los bienes allí radicados y hacerse de su crédito, aun cuando en ese país la empresa no se encuentre en cesación de pagos.

Así, se expanden los efectos de la quiebra pronunciada en un país, hacia afuera de las fronteras no de manera inmediata, como presupone el sistema de unidad, sino a través del pedido de algún acreedor extranjero en su país de origen, para que allí también se apliquen los efectos de la falencia, se liquiden los bienes y se cobren sus créditos.

Ninguno de estos sistemas se encuentra de manera pura en las legislaciones del mundo, sino que aparecen de forma mixta, como se verá en los próximos títulos, e incluso los avances que se efectúan en materia de cooperación internacional siguen también esta línea de pensamiento.

3. La regulación de los sistemas de insolvencia transfronteriza

Hemos explicado que los sistemas de quiebras internacionales no se presentan de manera pura en las diversas legislaciones y convenciones internacionales, sino que cada país o bloque toma ciertos elementos de unos y otros, incluyendo aspectos de los sistemas intermedios, confluyendo en una reglamentación que no pueden encasillarse de una u otra manera, aunque la doctrina suele identificar las tendencias o aspiraciones que las impulsaron.

Al analizar la legislación nacional, y más luego los Tratados y Convenciones, se podrá observar qué aspectos de uno u otro sistema fueron tomados para regular ciertos problemas que plantean las quiebras transfronterizas.

3.1. La legislación argentina: Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522

Las modificaciones introducidas por el legislador de 1994/95 no alcanzaron de manera sustantiva a las disposiciones referidas a la insolvencia transfronteriza, las cuales se mantuvieron inmutables e incluso con la misma numeración de artículos que su antecesora Ley N° 19.551, con los cambios introducidos mediante la Ley N° 22.917. Retoca parcialmente la cuestión referida a la reciprocidad, excluyendo tal regla para los créditos con garantía real⁵.

En esencia, la Ley N° 24.522 regula la cuestión de la quiebra internacional en tres artículos, a saber: el artículo 2, inciso 2, referido a los sujetos concursables; el artículo 3, inciso 5 referida a la competencia de los jueces; y artículo 4, que se desarrollará a continuación.

Concursos declarados en el extranjero (art. 4)

El artículo 4, que trata las consecuencias que trae aparejado que un deudor domiciliado en el extranjero quiebre, con respecto a los acreedores cuyos pagos deban efectuarse en la República, e incluso con los bienes radicados aquí, siguiendo casi en identidad la redacción de la Ley N° 22.917, disponiendo en cuatro párrafos todo el tema concerniente a las quiebras transfronterizas: concursos declarados en el extranjero, pluralidad de concursos, reciprocidad y paridad en los dividendos.

5 Iglesias (1995), con sentido crítico, comentaba que en el artículo 4 se realizaron algunas correcciones de carácter gramatical, y en lo referente a la reciprocidad agregaba: "...Lamentablemente la ley ha desaprovechado la oportunidad de propiciar la derogación de la regla de la reciprocidad, que constituye una hostil rémora en nuestra normativa iusprivatista. La reciprocidad nunca alienta modificaciones en el derecho de otras naciones, y, en todo caso, solo sirve para anunciar la adhesión de nuestro ordenamiento a la Ley del Talió, nada menos que en el plano de la cooperación internacional..."

Disposiciones generales

El primer párrafo del artículo cuarto, cuyo origen se remonta a la Ley N° 19.551 aunque inspirado en el Código de Comercio de 1859⁶, consagra la ‘extraterritorialidad atenuada’.

Sin perjuicio del requisito objetivo de la cesación de pagos, la ley concursal exceptúa de tal exigencia al deudor cuya apertura concursal haya procedido en el extranjero: “la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país”. En esta inteligencia, nuestro país no exige la configuración del estado de cesación de pago, sino que tiene como causa la quiebra transfronteriza que opera como un verdadero “hecho de bancarrota” que habilita el proceso concursal sobre los bienes existentes en nuestro país (Junyent Bas y Molina Sandoval, 2019, p. 92).

Aún con las modificaciones introducidas mediante Ley N° 22.917, de la redacción del primer párrafo del artículo cuarto, se desprende una protección especial al acreedor nacional o pagadero en territorio nacional con respecto a los acreedores cuyos créditos deban pagarse exclusivamente en el extranjero, lo que equivale a establecer una suerte de fraccionamiento del patrimonio del deudor, en cuanto los créditos de aquellos pretendan hacerse efectivos sobre bienes de ese patrimonio sitos en el territorio nacional (Dreyzin de Klor, 2017, p. 491).

Esta línea protectoria se observa también al consagrar la imposibilidad de invocar el concurso extranjero para anular actos otorgados por el fallido con los acreedores nacionales. Ello no significa que los

6 Cámara (1978, p. 336) explicaba que el artículo 4 vigente contempla el tema en forma similar al artículo 7, Ley N° 11.719, concordante con el artículo 1531 del C. de Comercio de 1859 -nacionalizado el año 1862- repetido con variantes formales por los artículos 1385 del C. Com. de 1889 y 5 de la Ley N° 4.156.

7 La quiebra extranjera no produce efectos en el país, sino que un acreedor puede invocarla para -sin más requisito que su demostración- proceder a declarar la quiebra del deudor en Argentina. No se produce una extra-territorialización de la sentencia, sino el hecho generador de dicha falencia, cesación de pago o insolvencia. No es la sentencia dictada en el extranjero la que abre la quiebra argentina, sino un nuevo pronunciamiento judicial emanado de un órgano internacionalmente competente. Cf. Dreyzin de Klor (2017, p. 490).

contratos en general que el deudor haya celebrado con anterioridad a la declaración falencial estén exceptuados de ser controlados por el juez sino que, para que ello ocurra, debe procederse conforme lo dispone la legislación nacional.

Pluralidad de procesos

El segundo párrafo del artículo en análisis reconoce de manera expresa la posibilidad de que coexistan diversos procesos en otras partes del mundo, aunque la literalidad de la norma echa por tierra la discusión que generaba el texto originario de la Ley N° 19.551 a partir de las interpretaciones judiciales, disponiendo que las reglas relativas al tratamiento de créditos extranjeros se aplican al supuesto de quiebra y no de concurso preventivo (Rivera, 2003, p. 285).

Esta interpretación acarrea un inconveniente al tratar de determinar qué ocurre con los acreedores extranjeros cuando hay un concurso preventivo en Argentina, pues puede ocurrir que en el extranjero haya una quiebra o un proceso preventivo. Los autores se inclinan por sostener que si hay quiebra en el extranjero y concurso preventivo en Argentina, no rige la exclusión del artículo 4 que se aplica sólo a la hipótesis de quiebra en nuestro país (Rivera, 2003, p. 285).

Se ha eliminado la referencia al ejercicio individual; lo que permite interpretar que los acreedores pertenecientes a concurso extranjero serán verificados y actuarán como una segunda masa que irá sobre el remanente que queda una vez satisfechos los acreedores nacionales.

Reciprocidad

La reciprocidad se encuentra contemplada en el tercer párrafo del artículo cuarto y ha suscitado fuertes críticas por parte de la doctrina del sistema de unidad. Rivera (2003) advierte que es incorrecta la referencia al lugar de pago como punto de conexión, explicando que éste puede ser fácilmente burlado por un deudor perteneciente a un país cuya legislación discrimina a los acreedores extranjeros, mediante la elección de otro lugar de cumplimiento; en razón a ello

la doctrina propicia la conexión por el domicilio del acreedor o por su nacionalidad (p. 286).

Pero ¿a qué refiere la ley cuando habla de reciprocidad?, a que un acreedor perteneciente a un concurso extranjero está sujeto a la carga de la verificación de su crédito conforme al principio general del artículo 200, LCQ. Es decir, el acreedor foráneo deberá acreditar que su crédito ha sido declarado legítimo por el tribunal extranjero, todo de conformidad con las normas que regulan la acreditación de dicha situación mediante la aplicación de las normas de rito locales (Junyent Bas y Molina Sandoval, 2019, p. 94).

El artículo 4 permite, además, que un acreedor pagadero en el extranjero pueda verificar su crédito en el concurso nacional, debiendo demostrar sumariamente igualdad de trato. Esto es, en caso de una quiebra o concurso en el país de origen⁸ un acreedor nacional pueda ir a verificar su crédito allí. Se prueba de esta manera la ausencia de discriminación de la ley extranjera para con un nacional.

La demostración recae en cabeza de quien invoca el derecho, aunque debe interpretarse en términos de ‘hechos notorios’ y no de demostración en sentido estricto, pudiendo acreditarse tal extremo adjuntando textos legales vigentes del país de origen mediante dictamen emanado de profesionales del derecho debidamente legalizados⁹, e incluso una manifestación de un profesional matriculado en el país donde se deben hacer efectivo el cumplimiento de la obligación.

La crítica de la doctrina recae en que esta exigencia de ‘ausencia de discriminación’ no contribuye a una sana y adecuada convivencia internacional, pues genera una continua desconfianza entre los Estados. El popular “yo te doy si vos me das”, lo que Graziabile (2018) considera la consagración legal de la Ley del Talión (p. 383).

8 Advierta el lector que “país de origen” refiere al punto de conexión, esto es: el lugar de pago. Por lo tanto, se debe demostrar que en el país que se ha fijado como lugar de pago, el acreedor nacional puede ir a verificar su crédito, pagadero allí, en caso de que el acreedor quiebre. Esto es la reciprocidad, tan criticada por la doctrina y consagrada por la legislación positiva.

9 CN. Com., sala A, 10/09/1991, “Cavifre SA s/ quiebra – incidente de revisión por Overland Trust”, citado por Molina Sandoval (2005, p. 61).

Un ejemplo de esto sería el siguiente: imaginemos que una empresa A, con domicilio en Argentina, contrae empréstito con una empresa B, domiciliada en Ámsterdam. En el contrato celebrado fijan como lugar de pago la ciudad de Nueva York -Estados Unidos-. Si A se presenta en concurso preventivo, B debe concurrir a verificar su crédito al país. Para que el juez concursal proceda a la verificación -y además de los requisitos exigidos por el artículo 21, LCQ-, la empresa B debe demostrar que en Nueva York -lugar de cumplimiento de la obligación-, A puede concurrir a verificar su crédito. Aquí está la reciprocidad que se viene explicando: la ley argentina permite verificar el crédito de B, si Nueva York le permitiría a A verificar su crédito en ese país extranjero. No opera aquí el domicilio de B -Ámsterdam- como punto de conexión, sino el lugar de cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, no siempre puede B concurrir a verificar su crédito en Argentina. Imaginemos el siguiente caso: A es una empresa que posee sucursales y establecimientos en diferentes partes del mundo. La justicia estadounidense decreta la quiebra de A, y como consecuencia de ello, los acreedores cuyos pagos deben ser satisfechos en Argentina le solicitan al juez competente que declare la quiebra de A en el país. El juez argentino, en razón a lo dispuesto por el artículo 4, que aquí analizamos, puede decretar la quiebra por el solo hecho de la quiebra decretada en el extranjero. No hay aquí que probar la cesación de pagos.

La consecuencia implicará que los bienes radicados en Argentina serán liquidados por el juez falencial local y se distribuirá lo recaudado entre los acreedores verificados en el país.

Los acreedores cuyos pagos debían hacerse en el extranjero, ¿pueden solicitar ser pagados en el proceso falencial local?¹⁰ Para evitar el doble pago -ser pagados en Argentina y en el extranjero-, el acreedor debe demostrar que no ha solicitado verificación de su crédito en ninguna otra quiebra abierta, y demostrar la ya explicada reciprocidad.

10 “Antes de la reforma de la Ley N° 22.917, los acreedores pagaderos en el extranjero, según interpretaba la doctrina, no podían siquiera verificar su crédito en la quiebra nacional, y debían esperar a que -en caso de remanente- iniciar las acciones individuales de ejecución, sin sujeción a los principios concursales” Rivera (2003, p. 282).

La última parte del párrafo en análisis incorpora una novedad que no fue contemplada en las leyes antecedentes, la excepción de demostrar reciprocidad cuando el crédito que se reclama posee privilegio especial, sustentado en una garantía real.

Paridad de dividendos

Ahora bien, si un acreedor pagadero en el extranjero logra cobrar una porción de su crédito, puede concurrir al proceso abierto en el país a reclamar el saldo. Esta cuestión la estipula el último párrafo del artículo cuarto, cuando reglamenta la 'paridad de dividendos'.

La norma dispone: "los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes".

Sancinetti (1984) entiende que lo cobrado en la quiebra extranjera debe ser deducido de lo que le correspondería cobrar en el país, conforme el porcentual que le corresponda en la quiebra. Así, por ejemplo, explica el autor que si un acreedor verificó \$10.000; cobró en el extranjero \$4.000; en el concurso argentino se paga el 50% de los créditos -por disposición del proyecto de distribución-, de donde al acreedor le tocaría cobrar \$5.000. Pero como ya cobró \$4.000 en el extranjero, sólo restaría pagarle \$1.000 en el proceso local.

Por nuestra parte creemos que la interpretación es errónea, pues si en la quiebra extranjera hubiera cobrado \$6.000, siguiendo el mismo ejemplo dado por Sancinetti, en el proceso argentino su acreencia sería negativa, un contrasentido.

El porcentual correspondiente debe calcularse sobre el saldo que el acreedor no logró cobrar en el extranjero. En el ejemplo dado, el 50% debe aplicarse a los \$6.000 del saldo, debiendo cobrar \$3.000. Esta interpretación es armónica con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 4.

Si el término -cobros de créditos quirografarios- que utiliza la ley refiere a pagos efectuados por la empresa fallida en el país pero que aún no se encuentra en quiebra en el extranjero, entonces al verificar

el crédito correspondiente no tendría una acreencia de \$10.000, sino sólo de \$6.000, pues ya se le habría pagado \$4.000, con lo que la interpretación dada tampoco tendría acogida.

3.2. Los tratados de Montevideo

Hasta aquí se ha analizado cómo los sistemas de insolvencia transfronteriza se presentan ante la legislación nacional, donde se pudo advertir una inclinación hacia la pluralidad de concursos, pero con una clara tendencia hacia el territorialismo. Se estudiará ahora cómo regulan estas cuestiones los diferentes tratados internacionales suscritos por nuestro país que han abordado la temática.

Sobre insolvencia transnacional, Argentina es signataria de dos Tratados, ambos de Montevideo sobre Derecho Comercial Internacional de 1889 y 1940, los cuales establecen ciertos aspectos de la quiebra internacional sin referirse al concurso preventivo ni a otros procedimientos concursales tendientes a reestructurar la empresa o a liquidar los bienes del deudor, como los Acuerdos Preventivos Extrajudiciales (APE).

El Tratado de Montevideo sobre Derecho Comercial Internacional de 1940 (TM40) se celebró en el marco del 50 aniversario de la firma del Tratado de 1889 (TM89), y si bien -en líneas generales y en lo que respecta a insolvencias- los acuerdos no variaron en sustancia, los países signatarios del TM40 fueron menos que los del primero¹¹, pues en 1928 se había celebrado en La Habana la Sexta Conferencia Panamericana, donde fue aprobado un instrumento que tenía por finalidad la unificación y codificación de la materia de derecho internacional privado, denominado Código Bustamante.

Debe advertirse que, si bien de importancia los avances que logra en materia de coordinación internacional, los Tratados de Montevideo resultan insuficiente, pues no vinculan -por ejemplo- a

11 El TM89 fue celebrado por Argentina, Paraguay, Perú, Uruguay y Bolivia, mientras que el TM40 fue rubricado por Argentina, Paraguay y Uruguay, cuestión que resulta de trascendencia pues sus disposiciones solamente son obligatorias entre los países signatarios del tratado.

Brasil o Chile, con los cuales Argentina tiene fuertes vínculos comerciales y económicos. Sobre este particular, la jurisprudencia ha dado muestras palpables de que se ha debido seguir la legislación interna al presentarse algún caso en virtud del vacío normativo imperante (Carrizo Adris y Consolo, 2009).

Pluralidad de procesos

En las disposiciones de cada uno de los Tratados es importante advertir la adopción del ‘Sistema de Unidad’ de quiebras, como regla, aunque seguidamente establece un conjunto de disposiciones que abren el juego a la pluralidad de procesos, alejándose enseguida de la regla.

Al reglamentar la competencia de los tribunales se dispone que resulta competente para conocer en los juicios de quiebra los del domicilio del fallido, aun cuando la persona quebrada practique ‘accidentalmente’ actos de comercio en otra Nación, o mantengan en ella agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal -artículo 35, TM89, y en una redacción con cambios en la sintaxis, artículo 40, TM40-.

Surge, como se anticipaba al comienzo de este acápite, la consagración del principio de unidad concursal. Es competente para conocer en una única quiebra el juez del domicilio del fallido.

Sin perjuicio de ello, en el artículo 39, TM89 y artículo 45, TM40, se plantea la primera excepción, permitiendo a los acreedores locales promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido en otro Estado. De esta disposición resulta importante destacar dos cuestiones: la primera de ella referente a la necesidad de que el primer juicio de quiebra, la quiebra principal, sea declarada en el domicilio del deudor, pues ambas normativas disponen la palabra “nuevos juicios”, haciendo referencia a la previa existencia de uno ya abierto.

En segundo lugar, ambos artículos consagran de manera indubitable la pluralidad de procedimientos, pues reglamentan que “los diversos juicios de quiebras se seguirán con entera separación y se aplicarán respectivamente en cada uno de ellos las leyes del país en

que radican...”. Se les otorga a los acreedores la opción de disociar la quiebra, aplicándose la ley territorial, en la jurisdicción territorial, y para los acreedores y bienes existentes en el país con independencia de las secuelas de la previa quiebra declarada en el extranjero (Dreyzin de Klor, 2017, p. 472).

Sosteniendo la idea de que la regla es la quiebra única, cabe preguntarse cuándo procede la pluralidad de quiebras, que los Tratados lo incorporan como excepción. Adviértase que los artículos 35 y 40 anteriormente citados disponían la quiebra única cuando efectuaran actos accidentales de comercio en otros países o tengan agencias o sucursales dependiente en todo su desenvolvimiento de las casas matrices principales. Esto da pie a la disposición incorporada en los artículos 36, TM89 y 41, TM40, que otorgan competencia a los tribunales donde se sitúan las casas comerciales para entender en la quiebra de éstas, cuando son independientes de la casa principal.

En esta hermenéutica, la pluralidad de quiebras tendrá lugar cuando una empresa fallida tenga sucursales o casas comerciales en territorio foráneo que no dependan de la casa principal, esto es, ‘casas comerciales independientes’.

Esta definición causó inconvenientes en la doctrina, pues la Convención no lo calificó, argumentando que dicho parámetro era materia de interpretación de cada Estado, y que definirlo implicaría restringir su soberanía. La postura sustentada por el representante de Paraguay durante el Segundo Congreso de Montevideo de 1940, destacó el criterio de ‘independencia económica’, como indicio para distinguir una casa comercial independiente (Dreyzin de Klor, 2017, p. 474).

Este fue el criterio seguido por la jurisprudencia nacional, al rechazar un pedido de quiebra contra una sucursal argentina de una sociedad constituida en Uruguay, con fundamento en la falta de acreditación de la independencia económica¹².

12 CCNac, sala A, 11/12/1998, *Belum SA c/ Tecnomcom San Luis SA s/ pedido de quiebra*, ED, 185-624 y CCNac., sala B, 16/04/2003, *Belforte Uruguay SA*, LL 2003-E, 592.

Reconocimiento de los funcionarios de la quiebra

Al admitir la pluralidad de procesos falenciales, ambos Tratados de Montevideo disponen el reconocimiento de los Síndicos y de los representantes legales de la quiebra en todos los Estados en donde tramite un proceso falencial vinculado.

De esta manera se determina la autoridad universal de los síndicos y la delimitación de sus funciones extraterritoriales. Respecto de la ley que regirá el ejercicio de dichas funciones, parece claro que las facultades del síndico serán determinadas por la ley del lugar donde radica la quiebra que lo nombró. Uzal (2016, p. 959) resalta que esta interpretación no se estableció de manera indubitable en el artículo 45, TM89, sin embargo fue expresamente contemplada en el artículo 49, TM40. El límite lo establece la ejecución de los bienes, en cuyo caso deberán ajustarse a las leyes del estado de situación.

Esta disposición organiza el funcionamiento del proceso de quiebra en diversos países donde el fallido tenga bienes y resulta claro en caso de una quiebra única. Así, por ejemplo, solicitar el embargo de ciertos bienes, dirigir y peticionar la liquidación, custodiar los papeles, libros de comercio y correspondencia de las casas comerciales no independientes, etcétera.

La cuestión parece complejizarse cuando exista pluralidad de quiebras, pues podría ocurrir que la norma que le otorga participación a los funcionarios concursales de manera extraterritorial colisione con las funciones de los síndicos en las quiebras respectivas de sus propios países. Veamos un ejemplo. Hasta tanto la quiebra en el país extranjero no esté decretada, ya sea porque algún acreedor no la haya solicitado o porque se esté litigando en torno a demostrar la independencia del establecimiento comercial, el síndico de la quiebra principal tendrá atribuciones para solicitar el resguardo y protección de los bienes del deudor.

Pero, una vez declarada la quiebra, nos planteamos los siguientes interrogantes: ¿en qué momento el síndico de la quiebra principal cesa en sus funciones?, ¿debe rendir cuentas al nuevo síndico sobre su actuación, máxime en las efectuadas ante otros jueces del país pero distintos al de la quiebra actual -v.gr. del lugar de radicación de

ciertos bienes inmuebles?, ¿de qué manera el nuevo síndico informa al síndico de la quiebra principal su designación?, ¿es necesario la utilización de las vías diplomáticas o puede usarse métodos más directos como correos electrónicos, comunicación verbal, etcétera?, si durante el período en que aún no se había declarado la quiebra en el país, el síndico de la quiebra principal logró liquidar ciertos bienes, ¿debe solicitar al juez de la quiebra principal el reintegro de esos fondos al país?

Estas cuestiones no encuentran acogida en la normativa vigente y generan serios inconvenientes en la práctica. El pequeño universo de quiebras transfronterizas tampoco contribuye a consolidar -al menos- una costumbre tribunalicia.

4. Coordinación y cooperación internacional

Luego de haber efectuado el desarrollo de los diferentes sistemas falenciales transfronterizos y exponer cómo se presentan en la legislación nacional y mediante diversos tratados, se expondrá brevemente la cuestión de la coordinación y cooperación internacional en cuestiones de insolvencias.

La visión tradicional de la insolvencia transfronteriza abordaba el caso específico de la quiebra, pues se centraba en la manera en que se debían liquidar los bienes ubicados en diferentes países. De hecho, el requisito de quiebra internacional era la existencia de bienes por fuera del país donde el deudor tenía su explotación principal, llegándose el caso de no abrir una quiebra en un país sin bienes, aunque haya en él negocios y/o acreedores.

Los Tratados de Montevideo, suscriptos por Argentina, siguen esta tendencia e incluso el Reglamento europeo para insolvencias transfronterizas 1346/2000 contenía resabios de ello. No se contemplaba -o se contemplaba secundariamente- la posibilidad de que los procesos de insolvencia finalizaran mediante un concordato preventivo, pues no establecen la forma ni la manera en la que se debían contar las mayorías, aplicar el acuerdo o incluso dar a conocer la novedad.

Resulta relevante recordar que tanto los Tratados como el Reglamento son -en el caso de estudio- principalmente de derecho procesal, disponiendo muy poca normativa destinada a regular el fondo de la cuestión. Sin perjuicio de ello, no se advierte en su análisis reglas procesales que tiendan a reunir los intereses de deudor y acreedores, habiéndose llegado en diferentes instancias a debatir el hipotético caso de que una compañía se concurse en un país y quiebre en otro.

Las reglas procesales consagradas en los instrumentos internacionales de Montevideo han quedado anticuadas y de muy difícil aplicación. La comunicación mediante rogatoria internacional conlleva un proceso lento y burocrático que atenta contra la agilidad que las leyes locales imponen a los procesos concursales, y las medidas cautelares -que deben ser rápidas para ser eficientes- suelen llegar tarde y mal.

No se contempla la posibilidad de utilizar otros medios de comunicación más eficientes y ágiles como correo electrónico, firma digital, llamada telefónica y cualquier otro sistema que -con la seguridad que impone el derecho- pueda agilizar y facilitar la comunicación entre jueces concursales de los diferentes países.

4.1. Necesidad de la cooperación internacional

La expansión por fuera del territorio nacional de las empresas que antes estaba reservada para enormes *holding* o industrias de alcance global hoy es una aspiración de relativamente fácil concreción por parte de empresas incluso medianas, que les permite crecer y expandir sus negocios, abriendo nuevos mercados.

Esta extensión conlleva necesariamente una logística por parte de las corporaciones para que el desarrollo de sus negocios se efectúe de manera armónica y coordinada, con sedes más o menos independientes pero que necesariamente responden a un orden, idea o políticas económicas dictadas por una cabeza central.

El funcionamiento armonioso se ve abruptamente interrumpido cuando el negocio ingresa en *default*, poniendo fin a la normalidad

para dar entrada al caos. Rouillón (2011) explica que en una insolvencia internacional típica, diferentes grupos de acreedores hacen valer diferentes clases de reclamos sobre diferentes bienes, bajo diferentes normas en diferentes países.

Si bien esta es una característica de todos los concursos preventivos, los que se desarrollan dentro de un único país tiene la particularidad de que un único juez concursal centraliza, controla y dirige el procedimiento, estableciendo un orden necesario. Tal circunstancia no se da a nivel internacional, pues aún se carece de tribunales supranacionales que tengan competencia falencial sobre las diferentes quiebras que se declaran en los diversos países.

Así entendida la cuestión, la cooperación judicial en los concursos internacionales se hace necesario para reunir información sobre activos y pasivos ubicados en países diferentes; prevenir la desaparición u ocultamiento de activos; prevenir los actos de fraude que pudieran llegar a cometer el deudor, los acreedores o los terceros; maximizar el valor de los activos; permitir el acceso y el reconocimiento de los créditos extranjeros; facilitar la administración de los procesos; encontrar y hacer factibles, sobre todo, soluciones que permitan la reorganización de las empresas y eviten su liquidación; coordinar los diferentes órganos concursales a los fines de incrementar la eficacia y la equidad de los procesos (Rouillon, 2011).

5. Conclusiones

Hemos efectuado un análisis de la situación actual de la insolvencia transfronteriza, su regulación en la vigente Ley N° 24.522 y la vinculación que esta mantiene con los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 que reglamentan la cuestión, advirtiéndose serias colisiones en cuanto a los fines de una y otra normativa.

Mientras la ley concursal argentina -ya desde 1972- se alejó de la regla de la quiebra para abrirse paso a la reestructuración de deudas consagrando al principio de conservación de la empresa como fin supremo (Marega, 2021), los Tratados aún continúan disponiendo so-

bre la quiebra como objetivo principal, sin contemplar las soluciones alternativas.

Si bien las leyes concursales poseen disposiciones procesales y sustanciales, los Tratados solamente atienden al proceso, lo que colisiona con las disposiciones de fondo que cada uno de los países signatarios estipulan. Esto produce los inconvenientes que se fueron planteando a modo de preguntas y que no encuentran respuestas en la doctrina ni en la jurisprudencia aplicable.

Como corolario se ha descrito la necesidad de abordar la cuestión, desde el ámbito internacional, mediante la coordinación de los sistemas concursales de los países, a modo de facilitar la comunicación y contribución de los diferentes tribunales en la ardua tarea de reestructurar una empresa en crisis.

Ello movido por el espíritu constructivista que impera las legislaciones falimentarias del mundo, en cuanto protección de la explotación económica, concibiendo a la empresa no como una unidad privada e independiente sino por su destino social y que -principalmente- se halla al servicio de la comunidad, por lo cual su desaparición puede acarrear trastornos sociales, amén de las consecuencias dañosas que importa la extinción al transformar el valor de explotación por otro muy inferior de liquidación, sacrificando importantes intereses particulares comprometidos y muchas veces en detrimento de la riqueza pública (Cámara, 1978, p. 1.120).

La contribución y -sobre todo- la necesaria seguridad jurídica que las empresas necesitan para expandirse debe ser un asunto de vital importancia en las agendas de los bloques regionales, que repercuta en una armoniosa convivencia de las ya existente empresas sudamericanas con el derecho concursal de cada país signatario.

Por lo expuesto, se vuelve imperioso una reestructuración integral del sistema concursal y falencial planteado por los ya envejecidos acuerdos de Montevideo, tal vez inspirado en las recomendaciones de la Ley Modelo de UNICITRAL¹³.

13 El grupo de trabajo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDCI/UNCITRAL) trazó muy eficazmente la necesidad de poner a punto mecanismos susceptibles de mejorar la forma de cómo son tratados los pro-

Referencias

- Azar, H.T. (2005). Procesos de insolvencia en el Derecho Internacional Privado argentino: Los concursos y quiebras internacionales. *El Derecho* (215), 650.
- Cámara, H. (1978). *El concurso preventivo y la quiebra*. Depalma.
- Carrizo Adris, G. y Consolo, A. (2009). La regulación de la quiebra transfronteriza: ¿fraccionamiento o unidad? *Revista de Derecho Comparado*, 15.
- Dreyzin de Klor, A. (2017). *El derecho internacional privado actual* (1°). Zavalia.
- Graziabile, D. (2018). *Instituciones de derecho concursal*. La Ley.
- Iglesias, J. (1995). La filosofía de la Ley de Concursos y Quiebras. *La Ley* (E-1995), 1188.
- Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C. (2019). *Ley de concursos y quiebras*. Abeledo Perrot.
- Marega, A. (2021). Los objetivos publicistas vs las instituciones privatistas: Análisis de las contradicciones en la concepción de la ley concursal argentina. *Práctica y Actualidad Concursal* (Errepar).
- Molina Sandoval, C. (2005). El arbitraje en los procesos concursales. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7(2), 18-65.
- Rivera, J. C. (2003). *Instituciones de derecho concursal*. Rubinzal Culzoni.
- Rouillon, A. (2011). Cooperación y comunicación judicial internacional en procesos concursales. En A. Rouillon (Ed.), *Concursos y quiebras: Estudios en homenaje al Dr. Ricardo S. Prono* (pp. 443-458).
- Uzal, M. (2016). *Derecho internacional privado*. La Ley.

blemas de la insolvencia internacional por leyes nacionales de diferentes países. Para ello se tuvo en cuenta los siguientes antecedentes: Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia, Convenio Europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra de 1990, Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional (1889 y 1940), Convención sobre la quiebra en los Estados nórdicos de 1933 y la Convención de Derecho Internacional Privado de 1928 (Código Bustamante).

**LA COMUNICACIÓN NO VERBAL COMO ELEMENTO
DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL
EN EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL¹**

*NONVERBAL COMMUNICATION AS AN ELEMENT
FOR ASSESSING TESTIMONIAL EVIDENCE
IN THE ADVERSARIAL ACCUSATORY SYSTEM*

Pablo A. Micheletti²
Universidad Católica de Santa Fe

Resumen

Una correcta aplicación del sistema acusatorio adversarial implica observar y desarrollar la comunicación no verbal como un elemento de valoración dentro de la prueba testimonial, lo cual se centra principalmente, en los principios procesales de oralidad y de inmediación, propios de un sistema acusatorio adversarial, los cuales en la actualidad no se tiene en cuenta por la gran mayoría de Estados que poseen dicho sistema judicial. El presente trabajo tiene como objetivo principal, demostrar la importancia de la valoración jurisdiccional de la

1 Agradezco los valiosos aportes realizados por el Licenciado en Psicología (USAL), Diplomado en comunicación no verbal (Universidad Austral) y docente Alan Crawley al revisar el contenido del artículo con un elevado criterio científico en CNV.

2 Abogado (UCSF), Especialista en Derecho Penal (UNL), Especialista en garantías constitucionales de la investigación y la prueba en el proceso penal (UCLM - Toledo, España), Especializando en Docencia Universitaria (UCASAL), docente universitario en la carrera de Abogacía (UCSF y UCSE), docente de diversas Diplomaturas y Cursos organizados por el Círculo Argentino de Seguridad y la Universidad Abierta Interamericana (UAI). pablo.micheletti@ucsf.edu.ar; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4007-8294>

comunicación no verbal en las resoluciones judiciales, en preservación de una correcta aplicación de principios y garantías tanto constitucionales como procesales, imperantes en el sistema judicial.

Palabras claves: Comunicación no verbal; valoración de la prueba testimonial; sistema acusatorio adversarial

Abstract

A correct application of the adversarial accusatory system implies observing and developing nonverbal communication as an element of assessment within the testimonial evidence, which focuses mainly on the procedural principles of orality and immediacy, typical of an adversarial accusatory system, which at present is not taken into account by the vast majority of States that have such a judicial system. The main objective of this work is to demonstrate the importance of the jurisdictional assessment of nonverbal communication in judicial decisions, in preservation of a correct application of both constitutional and procedural principles and guarantees, prevailing in the judicial system.

Keywords: *Nonverbal communication; assessment of the testimony; adversarial accusatory system*

1. Introducción

Existe un elemento de valoración de la prueba que surge del sistema acusatorio adversarial que no está siendo visibilizado en una gran cantidad de lugares donde se aplica dicho sistema procesal. Incluso, en aquellos sistemas judiciales de corte acusatorio donde suelen aplicarlo dentro de la valoración de la prueba testimonial, no lo hacen de forma sistemática y obligatoria, sino, como una mera cuestión extra que puede o no ser tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional al momento de motivar sus sentencias. Dicho elemento de valoración trata de la comunicación no verbal (CNV).

Al hablar de CNV, no sólo hablamos de una modalidad de comunicación, sino que la gran cantidad de información que forma parte de dicha especie y, la complejidad que conlleva lograr categorizarla justifica que se opte por una conceptualización por la negativa, es decir, que la CNV está compuesta por todo lo que NO es comunicación verbal -entendiendo lo verbal como todo lo relativo a la palabra-. En tal sentido, la vestimenta, la forma de caminar, las cualidades de la voz, la gestualidad, la postura, el silencio, las reacciones fisiológicas, las expresiones faciales, entre otros elementos, son cuestiones abarcadas por la CNV y que, como toda comunicación, lleva implícita la transmisión de información.

La CNV, si bien es una vía privilegiada para la transmisión de información emocional, comunica asimismo un conjunto mayor de información -intenciones, juicios de valor, motivaciones, actitudes, pensamientos, rasgos de personalidad, entre otros- que, a través de nuestras expresiones faciales, corporales y la voz, conforman elementos de peso que determinarán las decisiones de aquellos que nos están viendo y escuchando. Es por esta razón que en ámbitos como el judicial, donde las decisiones pueden suponer la diferencia entre ser condenado o no serlo, resulta de vital importancia (Gordillo, et al., 2016).

Cabe preguntarse ¿por qué la CNV es un elemento de valoración de la prueba testimonial en el sistema acusatorio? Para responder a dicha cuestión, debo retrotraerme a los principios fundamentales del sistema acusatorio. Dentro de aquéllos, resultan de principal importancia dos: el principio de oralidad y, el principio de intermediación -ambos estrechamente vinculados-.

La oralidad representa un medio de comunicación. Implica la utilización de la palabra hablada como medio de comunicación entre las partes y el juez y, como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba (Binder, 2000).

La mejor forma de resolver conflictos sociales es a través del uso de la palabra. Pero la palabra, conlleva toda una serie de factores vinculados estrechamente con aquélla que, más que meramente adornarla, le otorgan un real sentido y una mayor expresividad de

su contenido, lo cual abona a una mejor interpretación judicial de los dichos vertidos en el proceso por parte de quienes intervienen.

El principio de inmediación refiere a la presencia de las partes en el desarrollo de los actos procesales correspondientes pero, en el caso puntual de la valoración de la prueba, remite a la importancia de que quien juzga, tome conocimiento directo de los elementos que deberá analizar en su juzgamiento y, de la persona a quien deberá juzgar.

La inmediación³ se manifiesta como la condición básica para que los actos y las actitudes de las personas que intervienen en el juicio oral y las relaciones entre aquéllas, permita llegar a la verdad del modo más seguro posible, ya que la comunicación entre las personas y la información -que ingresa por diversos canales o medios de prueba- se realizan en presencia de todas las partes involucradas, especialmente, de jueces y jurados -en caso de corresponder- (Binder, 2000).

Sin embargo, se podría vincular también la necesidad de utilizar la CNV como elemento de valoración, a los principios de concentración y de publicidad. La concentración, vincula la producción de las pruebas, el debate vinculado a aquéllas y la decisión judicial en el marco de un mismo acto procesal, lo que, por otro lado,

3 Alberto Binder plantea que normalmente se suele explicar el proceso penal como una actividad o un conjunto de actividades de adquisición de conocimientos. De esta manera, el proceso penal se convierte en un conjunto de “actos encaminados a reconstruir los hechos del modo más aproximado posible a la verdad histórica”. Este conjunto de actos que conforman el juicio penal, son realizados por personas que tienen diferentes actitudes respecto de la verdad: algunos de ellos -fiscal, jueces y, en general, quienes son funcionarios del Estado- se guían por la búsqueda de la verdad (principio de objetividad); de otros, no se puede afirmar que “se guían por la mentira” pero, fundamentalmente, se guían por sus propios intereses dentro del proceso (principio de parcialidad) -imputado, defensores, víctimas, etc.-. Según este modelo de comprensión, los actos y las actitudes de las personas se definen principalmente por su relación con la adquisición de información, con la veracidad de tal información y con la verdad como meta o como resultado del proceso, sin importar dice -por ahora-, si alcanzar esa verdad es posible o es siempre una meta inalcanzable (Binder, A. M. (2000). *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Buenos Aires, Argentina: Campomanes Libros, p. 63).

implica un mayor entendimiento del análisis realizado por jueces que cuentan con la integralidad de los elementos necesarios para la respectiva valoración de la prueba y su consecuente decisión jurisdiccional.

La publicidad, al establecer que, tanto la información que ingresa al juicio oral, como así también -y principalmente-, la decisión y la motivación por parte del órgano jurisdiccional sobre aquella información introducida, ostenten carácter público, permite como corolario, el acceso de la sociedad a dicha información -con las excepciones justificadas correspondientes que puedan existir 'en pos' de la protección de intereses superiores-. Ello resalta aún más la importancia de conocer cómo valoró el órgano jurisdiccional los factores pertinentes a la CNV. De esta forma, se da lugar a la posibilidad de debatir si existieron faltas -errores- en la interpretación jurisdiccional o, por lo contrario, si la decisión se ajustó a cánones de interpretación aceptables por su basamento científico -lo que permite un posterior debate recursivo integral de la valoración de la prueba-.

2. Planteo de la cuestión

Toda la información que perciben los órganos jurisdiccionales durante el desarrollo de un proceso, particularmente, durante el juicio oral, a través de sus sentidos y proveniente de las distintas personas que emiten su declaración ante aquéllos, influye en su decisión final. Para ser más claro, resulta que quienes tienen la potestad -y obligación- de dictar una sentencia que ponga fin a un determinado conflicto -o por lo menos que intente darle una respuesta judicial a aquél- reciben una mayor cantidad de información de la que luego trasladan o expresan en su considerando al momento de motivar su decisorio pero, esa información que no fue expresada en la motivación influye implícita o indirectamente en su resolución final. Tal es así que, en muchas ocasiones, el órgano jurisdiccional pondera de mayor credibilidad a un determinado testigo por encima de otro sin que existan pruebas materiales o documentales que avalen tal decla-

ración testimonial pero, no se expresan con claridad cuáles fueron los motivos que hicieron que un testigo guarde mayor credibilidad que otro en el pensamiento razonado del juez.

Tal cuestión, obviada en los considerandos de la sentencia, afecta directamente a quien resulte perjudicado por aquélla, por no poder contar con información suficiente acerca del razonamiento llevado adelante por parte del juez, para comprender -y, consecuentemente, expresar agravios- los elementos que llevaron al juez a atribuirle mayor credibilidad a un testigo por encima de otro -cuyo relato fue opuesto o diverso- sin contar con otros elementos probatorios de fuerza para sustentar dicha acreditación.

Esta problemática surge del juego entrelazado del principio de oralidad y el principio de inmediación. Es decir, si bien la oralidad y la inmediación permiten una mayor eficiencia a la hora de impartir justicia, traen como corolario el problema de cómo interpretan los jueces la información no verbal que perciben a través de sus sentidos, que afecta directamente su percepción de la realidad y que influye en su decisorio, sin ser esto plasmado de forma expresa y generando un vacío para las partes en cuanto al conocimiento y la comprensión de su razonamiento crítico.

Binder (et al., 2006) explica, en tal sentido, que la oralidad está íntimamente relacionada con la inmediación, pues no es suficiente la forma de cómo se realiza el juramento del testigo, cómo se identifica y cómo habla; además, quien juzga, debe estar atento a sus gestos y movimientos, permitiendo inclusive la demostración corporal y el desenvolvimiento espacial. Este contacto permite otorgar crédito o desconfianza al testigo, imposible durante el juicio escrito.

López Betancourt (2017) -haciendo referencia a la inmediación- plantea que sólo se puede considerar prueba a aquella practicada y producida por las partes ante el juez en un juicio público, oral y contradictorio, con el fin de que el juez observe directamente el comportamiento de los testigos al declarar y con ello pueda valorar de manera objetiva sus declaraciones.

Se debe partir de la siguiente hipótesis: la sana crítica racional demanda que los órganos jurisdiccionales expliquen el mecanismo in-

telectual que los llevó a resolver el conflicto jurídico en base a la valoración de las pruebas vertidas en juicio. Todo mecanismo intelectual se ve influenciado por elementos cognitivos basados en información percibida por todos los sentidos del juzgador. Dichos elementos deben ser plasmados en la sentencia judicial, con el objetivo de que el pensamiento de quien juzga pueda ser comprendido, analizado y -en su caso- refutado, por aquéllos a quienes la sentencia se dirija. De esta forma, se respetan principios fundamentales en el funcionamiento de justicia, tales como el debido proceso, el derecho a defensa y el derecho al doble conforme.

3. De lo subjetivo a lo objetivo

Resulta necesario explicar cómo una circunstancia subjetiva, tal como lo es la apreciación que pueda tener el órgano jurisdiccional sobre aquello que percibe por sus sentidos al producirse la prueba testimonial, pueda transformarse en un análisis objetivo, fundado en elementos empíricos, naturales y/o científicos, que sean revisables con posterioridad y den lugar a un debate fundamentado que justifique una decisión o, caso contrario, que brinde motivos suficientes para su revocación.

Allí es donde deben aparecer los especialistas en CNV, para desasnar a los jueces y brindar claridad a sus interpretaciones. Sólo a través del conocimiento y la actualización constante en investigaciones científicas relacionadas a la interpretación de la CNO, podrá permitir a quien se encuentra encargado de juzgar, evitar caer en un subjetivismo basado en prejuicios, presunciones y suposiciones falsas acerca de la credibilidad de un testigo.

Al respecto, algunos estudios interdisciplinarios, han demostrado que la objetividad de las sentencias penales, al ser emitidas por sujetos comunes -como seres humanos- son potencialmente susceptibles de falibilidad, ya sean formales o materiales, atribuibles incluso en muchas ocasiones al aspecto personal del juzgador (Colín García y Monterrubio Cordero, 2010).

Incluso, teniendo en cuenta que en la toma de decisiones -función diaria de los órganos jurisdiccionales en el sistema de justicia- están implicados tanto procesos emocionales como racionales -los cuales, según la Teoría de los Marcadores Somáticos desarrollada por Damasio (1994), ambos procesos son necesarios y determinantes a la hora de tomar decisiones-, existen diversos estudios⁴ a nivel mundial que han evidenciado que la forma en la que la persona acusada expresa las emociones o, lo inapropiado de la emoción expresada con relación a la información verbal, podrían estar condicionando el resultado del juicio (Gordillo, F., et al., 2016).

Explicar con fundamentos objetivables cuáles fueron los elementos que se tuvieron en consideración al contrastar el testimonio verbal del testigo con aquella otra información vinculada que se percibió de aquél, es el camino a una correcta valoración de la prueba testimonial de forma integral y a una disminución de errores en cabeza del órgano jurisdiccional, ocasionados por prejuicios, falsas creencias y equivocadas interpretaciones de la información no verbal percibida en juicio.

La valoración de la credibilidad del testimonio es el elemento central en la gran mayoría de las decisiones judiciales, especialmente cuando se enfrentan versiones contradictorias de los hechos (Arce, 2017). Por tal motivo, no se puede dejar de lado ni hacer caso omiso, a los incesantes y actualizados estudios científicos en materia de CNV. Transformar esa información subjetiva en cabeza de los jueces, en un elemento valorativo objetivable, que pueda ser respaldado o contrastado empíricamente, que pueda ser analizado por especialistas y, que tenga un basamento académico corroborable, es necesario en el cambio de paradigma judicial en materia de valoración de la prueba testimonial, si queremos darle una correcta -y eficiente- aplicación al sistema penal acusatorio.

4 Algunos de dichos estudios: (1) Heath, W. P. (2009). Arresting and convicting the innocent: the potential role of an “inappropriate” emotional display in the accused. *Behavioral Sciences & the Law*, 27(3), 313-332; (2) Salekin, R. T., Ogloff, J. R. P., McFarland, C. y Rogers, R. (1995). Influencing jurors’ perceptions of guilt: Expression of emotionality during testimony. *Behavioral Sciences and the Law*, 13, 293-305.

Analizando el derecho comparado, tanto en EE.UU. como en Canadá, jueces y jurados están legalmente autorizados para considerar el comportamiento de los testigos. Históricamente, de acuerdo con la Corte Suprema de los Estados Unidos, jueces y jurados pueden juzgar a un testigo “por su comportamiento, la posición y la manera en que da su testimonio de si es digno de fe” (*Mattox v. Estados Unidos* 1895, pp. 242-243; *Coy v. Iowa* 1988). Asimismo, la Corte Suprema de Canadá afirmó que quienes juzgan tienen “la gran ventaja de observar el comportamiento de todos los que testifican” (*P. (D.) v. S. (C.)*, 1993, p. 192). Además, la Corte Suprema de Canadá argumentó oportunamente que las expresiones faciales eran importantes para conducir eficazmente contrainterrogatorios por parte de abogados y evaluaciones de credibilidad de testigos por parte de jueces y jurados: la CNV puede proporcionar al interrogador información valiosa que puede descubrir la incertidumbre o el engaño y ayudar a conseguir la verdad. El rostro cubierto de un testigo también puede impedir la evaluación de la credibilidad por parte del juzgador, ya sea juez o jurado (*R. v. N. S.* 2012, pp. 743-744) (Denault & Patterson, 2020).

Además, la Corte Suprema de Canadá, tiene dicho en el caso *R. v. Marquard*⁵, que la credibilidad debe siempre ser el producto del punto de vista de los jueces y jurados sobre los diversos ingredientes que perciben en el juicio, combinado con la experiencia, la lógica y la intuición sensorial sobre el problema.

La declaración de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *United States v. Scheffer*, refleja la sabiduría convencional de su sistema legal. Los tribunales asumen que los miembros del jurado, al observar de cerca la conducta, pueden determinar con precisión si un testigo está mintiendo (Minzner, 2008).

Tomar esta última idea plasmada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Scheffer*⁶, de forma taxativa, resultaría poco serio en un análisis crítico-constructivista del tema en cuestión; pero, la idea central que intenta bajar dicho órgano jurisdiccional superior resulta

5 *R. v. Marquard*, 1993, CanLII 37 (SCC), [1993] 4 SCR 223.

6 *United States v. Scheffer*, 523 U.S. 303, 313 (1997).

de interés. La idea versaría en reconocer la importancia que tiene para quien debe tomar una decisión judicial, obtener la información de primera mano, lo que -en el caso de la prueba testimonial- significaría poder presenciar la declaración y observar tanto el contenido de la declaración, como el comportamiento de quien declara.

En el sistema de justicia español, la sala segunda de lo penal del Tribunal Supremo de España, en la sentencia n° 119/2019 del 06 de marzo de 2019, estableció una serie de criterios que el Tribunal puede considerar en su proceso valorativo a la hora de analizar la credibilidad y verosimilitud de la declaración, dentro de los cuales, se observan: “1) Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa; (...) 4) “Lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal; 5) Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble; 6) Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos; (...)”

Aquí se puede observar una intervención directa de la CNV en el campo jurídico, más precisamente, en la instancia de valoración de la prueba. A diferencia de lo que es planteado en este trabajo, el Tribunal Supremo de España se centra en la valoración de la CNV solamente de las víctimas, sin mencionar las consideraciones pertinentes de las demás personas que declaran en un juicio oral. Sin perjuicio de ello, es un gran avance y un antecedente de suma importancia en la materia.

4. Problemas para combatir: prejuicios y pseudociencias

No resulta ajeno al análisis, la consideración de posibles impedimentos en su correcta aplicación o, dicho de otra forma, la existencia de circunstancias que tornan peligrosa la utilización de la CNV en el campo de la valoración de la prueba.

Se ha demostrado a través de estudios en la materia, que existen falsas creencias sobre la CNV por parte de jueces y jurados y, que los

abogados suelen llevar a los testigos hacia estados de nerviosismo con el fin de que quienes deben juzgar caigan en aquellas falsas creencias (Denault, et al., 2019).

En países con sistemas adversariales de justicia, las reglas de evidencia y procedimiento fomentan, hasta cierto punto, el uso de creencias falsas sobre señales de engaño y afirmaciones pseudocientíficas, desacreditadas y sin fundamento (Denault, 2020).

Existen diversos casos de distintas personas que han salido a desarrollar teorías, métodos de interpretación de la CNV y, programas de entrenamiento que, luego de ser contrastados empíricamente o, por pares en la materia, se han ido demostrando sus falencias y sus erróneas interpretaciones. De hecho, hay algunos libros publicados internacionalmente, de fácil acceso al público en general, escritos por personas que no logran justificar los conocimientos que dicen poseer en la temática, con interpretaciones incluso hasta un poco fantasiosas. El ‘efecto Pinocho’, en lo referente al engaño, no existe (Frank, et al., 2006). Es decir, no existe un comportamiento único que sea indicativo de engaño (Luke, 2019). Partiendo de esta premisa, se deben dejar de lado aquellas teorías y métodos que plantean que la simple visualización de un determinado gesto basta para detectar si la persona está mintiendo en su declaración, así como abordajes pseudocientíficos que no puedan demostrar empíricamente su adecuado uso y aplicación.

Según surge de un estudio realizado por la unión de varios investigadores internacionales de la materia (Denault, et al., 2020), se podrían nombrar dentro de esta clase de pseudociencias, al programa SPOT (*Screening of Passengers by Observation Techniques*) de evaluación de pasajeros mediante técnicas de observación, al método BAI (*Behavior Analysis Interview*) que refiere a una clase de entrevista de análisis de conducta que forma parte de la primera parte o primer paso del método REID de interrogación y, a la Sinergología, conocida mundialmente por las publicaciones de su creador, el francés Philippe Turchet.

Particularmente, resulta llamativo que Turchet diferencia si una persona se rasca debajo de la nariz, según sea a la derecha o a la iz-

quiera, atribuyendo diferentes significados. Más precisamente, explica que si una persona se rasca debajo de la fosa nasal derecha, significaría que no cree lo que la otra persona dice, en cambio, si la persona se rasca debajo de la fosa nasal izquierda, significaría que no dijo todo lo que piensa o, que no dijo exactamente lo que piensa (Turchet, 2009). Llegar a conclusiones de esta índole, por la sola realización de un gesto, es inaceptable para el campo jurídico; más aún, cuando carecen de sustento científico. Esas afirmaciones no se basan en ningún argumento sólido que sostenga tales significados, incluso, existen evidencias fisiológicas que explicarían los diversos motivos que pueden generar que una persona se rasque la nariz. El gesto de tocarse la nariz es un comportamiento apaciguador para aliviar la tensión interna, independientemente de cuál sea el origen de ese malestar (Navarro, 2008).

Estas cuestiones, hacen de mayor importancia el hecho de que los jueces expliquen en sus sentencias cuáles fueron sus interpretaciones de la CNV percibida durante declaraciones testimoniales, para que se pueda conocer sobre la existencia de falsas creencias o de la utilización de pseudociencias que hayan interferido en su interpretación y hayan inclinado mal la balanza de la valoración de la prueba.

En Argentina, se puede observar que en distintos fallos, se ha intentado mencionar indirectamente a la CNV en su valoración, por ejemplo, la sala III del Tribunal de Casación de Buenos Aires en el caso “Arias, David Darío s/ Recurso de casación”⁷ donde, haciendo referencia a los considerandos del Tribunal de Juicio, detalló: “En dicho sentido el Tribunal consideró las distintas secuencias del acontecimiento, corroboradas por las testificales de mención, pues la mujer vio a Martínez tomándose el estómago luego de haber escuchado dos disparos, y a su lado al agresor pegándole con el arma en la cabeza como si le estuviera exigiendo la entrega de dinero, y la motiva-

7 Trib. Cas. de Buenos Aires, sala III, 9-2-2017, “Arias, David Darío s/ Recurso de casación”, causa 75.964 (registro de sala 21.727), jueces: Víctor Horacio Violini, Ricardo Borinsky y Daniel Carral, SCJBA, JUBA (sustraído de Donna, E., et al. (2020). *Casos de Derecho Penal Parte Especial: Cuestiones fundamentales de la teoría del delito con base en sentencias de tribunales argentinos, Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni).

ción que llevó a la decisión homicida en el segundo tramo en el que Pignataro observa que la víctima cruza la calle en dirección a su casa con la mano en el abdomen gritándole al agresor que no dispare, ocasión en la que escuchó la tercera detonación...”.

De dicho párrafo analizado, se puede observar cómo el Tribunal de Juicio y luego el Tribunal de Casación, valoraron un elemento no verbal expresado en declaraciones testimoniales, más precisamente, el hecho de “tomarse el estómago” o “tocarse con la mano el abdomen”, lo cual interpretaron en el contexto del relato, como una prueba más de que la víctima había sufrido disparos de arma de fuego. Esto -reitero- como una valoración indirecta de la CNV.

También se pueden observar casos en donde el órgano jurisdiccional valoró de forma directa la CNV de un acusado durante el desarrollo del juicio oral, como por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 11, en el caso “Verdún Ibarra, Mario Concepción”⁸, en el que dicho Tribunal expresó en su sentencia: “...lejos de mostrar un arrepentimiento, el imputado tendió a intimidar a un testigo, lo cual también se advirtió durante la audiencia, en la expresividad del rostro del encausado mientras el testigo declaraba”.

Esta forma de valorar la CNV es peligrosa, en cuanto no se centra en explicar por qué se consideró “la expresividad del rostro del encausado” como una expresión intimidatoria, por lo tanto, al no ser objetivable, no se puede apreciar la existencia de prejuicios, la utilización de pseudociencias o la intervención de falsas creencias a la hora de su valoración o, por el contrario, si dicha valoración se centró en un correcto análisis de la conducta no verbal desplegada por el acusado.

5. Conclusiones

A modo de cierre, se podrían establecer algunos puntos determinados que deben ser considerados a la hora de analizar la temática, a saber:

8 TOC n° 11, “Verdún Ibarra, Mario Concepción”, 5/3/09. Rubinzal On Line, RCJ 9732/11.

1. La CNV expresada por una persona al declarar es parte de su declaración, por lo tanto, debe ser incluida dentro de la valoración jurisdiccional de la prueba.
2. La valoración de la CNV como parte de la valoración jurisdiccional de la prueba testimonial, se fundamenta en los principios de oralidad y de inmediación, propios del sistema penal acusatorio.
3. La sana crítica racional demanda que los órganos jurisdiccionales expliquen el mecanismo intelectual que los llevó a resolver el conflicto jurídico en base a la valoración de las pruebas vertidas en juicio y, como todo mecanismo intelectual se ve influenciado por elementos cognitivos basados en información percibida por todos los sentidos de quien juzga, dichos elementos deben ser plasmados en la sentencia judicial, con el objetivo de que el pensamiento del órgano jurisdiccional pueda ser corroborado -respetando el derecho al debido proceso, el derecho a defensa y el derecho al doble conforme-.
4. Los órganos jurisdiccionales tienen el deber de explicar con fundamentos objetivables cuáles fueron los elementos que se tuvieron en consideración al contrastar el testimonio verbal del testigo con toda otra información vinculada que se percibió de aquél, con el fin de lograr una valoración de la prueba testimonial de forma integral.
5. Es necesario capacitar conscientemente a jueces y demás operadores/as de justicia en materia de CNV, con el objetivo de lograr una disminución de errores jurisdiccionales ocasionados por prejuicios, falsas creencias y equivocadas interpretaciones de la información no verbal percibida en juicio.

Referencias

- Arce, R. (2017). Análisis de contenido de las declaraciones de testigos: Evaluación de la validez científica y judicial de las hipótesis y la prueba forense. *Acción psicológica*, 14 (2), 171-190. <https://doi.org/10.5944/ap.14.1.21347>.

- Binder, A. M. (2000). *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Buenos Aires, Argentina: Campomanes.
- Binder, A. M., et al. (2006). *Derecho procesal penal*. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.
- Colín García, R. y Monterrubio Cordero, E. (2010). La subjetividad como factor determinante en el sentido de una sentencia penal. *Ciencia Ergo Sum*, vol. 17, núm. 2, pp. 177-182, México.
- Damasio, A. R. (1994). *Descartes' error: Emotion, rationality and the human brain*. New York: Putnam (Grosset Books).
- Denault, V. & Patterson, M. (2020). Justice and Nonverbal Communication in a Post-pandemic World: An Evidence-Based Commentary and Cautionary Statement for Lawyers and Judges. *Journal of Nonverbal Behavior*, <https://doi.org/10.1007/s10919-020-00339-x>.
- Denault, V. (2020). Misconceptions About Nonverbal Cues to Deception: A Covert Threat to the Justice System? *Frontiers in Psychology*. 11:573460. Doi: 10.3389/fpsyg.2020.573460
- Denault, V., et al. (2019). The detection of deception during trials: Ignoring the nonverbal communication of witnesses is not the solution – A response to Vrij and Turgeon (2018). *The International Journal of Evidence and Proof*, 24 (1), 3-11.
- Denault, V., et al. (2020). The analysis of nonverbal communication: The dangers of pseudoscience in security and justice contexts. *Anuario de Psicología Jurídica*, 30, 1-12. <https://doi.org/10.5093/apj2019a9>
- Donna, E., et al. (2020). *Casos de Derecho Penal Parte Especial: Cuestiones fundamentales de la teoría del delito con base en sentencias de tribunales argentinos, Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Frank, M. G. et al. (2006). «Investigative interviewing and the detection of deception», en Tom Williamson (ed.), *Investigative interviewing: Rights, research, regulation*. Devon, Reino Unido: Willian Publishing.
- Gordillo, F., et al. (2016). Comunicación no verbal y toma de decisiones en el ámbito judicial. *Behavior & Law Journal*, 2 (1). 51-58.
- Heath, W. P. (2009). Arresting and convicting the innocent: the potential role of an “inappropriate” emotional display in the accused. *Behavioral Sciences & the Law*, 27(3), 313-332.

- López Betancourt, E. (2017). *Juicios orales en materia penal*. México: IURE editores (e-book).
- Luke, T., (2019). Lessons From Pinocchio: Cues to Deception May Be Highly Exaggerated. *Perspectives on psychological science: a journal of the Association for Psychological Science*. 14.
- Minzner, M. J. (2008). Detecting Lies Using Demeanor, Bias, and Context, *29 Cardozo Law Review* 2557. Disponible en: https://digitalrepository.unm.edu/law_facultyscholarship/475
- Navarro, J. (2008). *El cuerpo habla*. Traducido del inglés por Raquel Duato. Málaga: Sirio.
- Salekin, R. T., et al. (1995). Influencing jurors' perceptions of guilt: Expression of emotionality during testimony. *Behavioral Sciences and the Law*, 13, 293-305.
- Turchet, P. (2009). *Le langage universel du corps [The universal body language]*. Montrea, Québec: Les Éditions de l'Homme.

**LA COOPERACIÓN JURÍDICA PENAL INTERNACIONAL
EN EL MERCOSUR Y LA UNIÓN EUROPEA.
LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN Y LA TENSIÓN
CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD**

*INTERNATIONAL CRIMINAL LEGAL COOPERATION IN MERCOSUR
AND THE EUROPEAN UNION. THE INVESTIGATIVE MEASURES
AND THE TENSION WITH THE RIGHT TO PRIVACY*

Martín Alejandro Rau¹
Universidad Católica de Santa Fe

Resumen

Puede ocurrir, que una persona, mientras se encuentra en un Estado, comete un delito que afecta un bien jurídico que se encuentra en otro, o que luego de hacerlo lo abandona. En todos esos casos, la investigación de tales actividades delictivas se realiza orquestando medidas de recolección de pruebas, o de detención de personas que se encuentran en el territorio de un Estado distinto de aquel que las ordena. Tales medidas, pueden afectar derechos de las personas, como en el caso de diligencias probatorias referidas a la interceptación de comunicaciones o de correspondencia; de identificación de usuarios,

1 Abogado-Notario (UCSF). Diplomado de posgrado Iberoamericano en Cibercrimen e Innovación Digital (Univ. Hartmann - Mex.). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Univ. Bologna - It.). Maestrando en Ciencias Penales (UNNE) y Doctorando en Derecho (UNNE). Fiscal del Tribunal Penal N° 1, de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Misiones, República Argentina. marau@jmsmisiones.gov.ar Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1049-9047>. Docente de la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la UCSF, Sede Santos Mártires.

o de obtención de datos de tráfico o contenido. Dichas diligencias, entran en tensión con las normas que protegen los derechos de la intimidad o privacidad de los involucrados. De eso nos ocuparemos en este trabajo, abocándonos al estudio de los medios de cooperación internacional vigentes en el Mercosur y la Unión Europea (UE).

Palabras clave: Cooperación jurídica; Derecho; Mercosur; Unión Europea

Abstract

It may happen that a person, while in one State, commits a crime which affects a legal right that is in another State, or that after doing so, he leaves it. In all those cases, the investigation of such criminal acts is carried out by orchestrating measures of collecting evidence, or of arresting persons, who are in the territory of a State different from the one that orders them. Such measures may affect the rights of individuals, as in the case of evidentiary proceedings relating to the interception of communication or mail; the identification of users, or the collection of traffic or content data. These procedures come into conflict with the rules that protect the privacy rights of those involved. That is what we will be dealing with in this work, by studying the means of international cooperation in force in Mercosur and the European Union.

Keywords: *Legal cooperation; Law; Mercosur; European Union.*

1. Introducción

Cuando hablamos de cooperación penal internacional, se habla de diligencias jurisdiccionales, que suelen ser ordenadas en un Estado, para cumplir sus fines o efectos dentro del territorio de otro.

Como se ha dicho: “La necesidad de los Estados soberanos de cooperar entre sí en asuntos penales se remonta a siglos pasados. Si bien originariamente esta cooperación se circunscribía a la entrega de personas que tras delinquir en un Estado se refugiaban en otro,

paulatinamente las posibilidades de cooperación se han visto significativamente incrementadas. Hoy día es habitual, por ejemplo, que la cooperación consista en el traslado de penados, en el embargo o en el decomiso de bienes. El objeto de la asistencia judicial internacional puede consistir también en investigar y obtener prueba para el proceso penal..." (Rodríguez-Medel Nieto, 2017, p. 15).

Dicho esto, resta -por ahora- anunciar que, los modos en que tal cooperación se efectúan, en la práctica difieren según el lugar del planeta en el que nos encontremos. Ello es así, debido a que los Estados, en ejercicio de su soberanía, son quienes deciden de qué modo reaccionan frente a los pedidos de colaboración jurídica de otros Estados. Cada Nación, ejerce sus funciones de gobierno dentro de sus límites territoriales, y lo hace en función de las normas vigentes en el mismo.

En ese sentido, cada una de las naciones que conforman la Comunidad Internacional, se rige por sus propias concepciones, y regula las relaciones de sus miembros de manera particular. Reglamentan así los derechos y garantías de los que gozan sus habitantes. De ello se sigue que, ante un pedido de un Estado extranjero, generalmente, y, en primer término, se han de verificar el cumplimiento de ciertos requisitos y estándares que se consideran necesarios para el aseguramiento de tales garantías. Dicho de otro modo, se confrontan los requerimientos de los Estados requirentes con los estándares jurídicos garantidos a los ciudadanos de los Estados requeridos, con el fin de verificar si la solicitud efectuada vulnera los principios de orden público vigentes dentro de los límites territoriales que le corresponden a estos últimos.

Consecuentemente, podemos decir que, en materia de cooperación internacional, podemos verificar la existencia de dos partes, un Estado requirente, que es el que solicita la ejecución de una medida determinada en el territorio de otro; y un Estado requerido, que es el encargado de diligenciarlas.

La cooperación internacional ha desarrollado cambios a lo largo de la historia. En un principio, solía ser utilizada para la entrega de personas que se encontraban en un territorio, luego de haber cometido un delito en el de otro Estado. Con posterioridad, y en términos

generales, esos modos de cooperación se fueron ampliando conforme la mayor organización de los distintos sistemas de justicia, y corolario de lo expuesto es que, hoy en día se conocen modos de colaboración que implican el reconocimiento de determinadas medidas y órdenes, que pueden ser dictadas en un Estado, y que producen reconocimiento inmediato dentro del territorio otro.

A su vez, la globalización, y sobre todo el uso masivo de las tecnologías de información y comunicación, han propiciado un cambio de paradigma en las costumbres que ha calado hondo en la vida de las personas, y como consecuencia de ello, los distintos Estados debieron reaccionar ante tales sucesos. Los pedidos de colaboración internacional, actualmente, involucran no solo al traslado y detención de personas, sino también, a la recolección de evidencia, producción de pruebas, y otras medidas de suma trascendencia para el proceso.

Este desarrollo de la globalización se vio exponencialmente acelerado por el uso de las TIC, y hoy en día, el uso masivo de redes sociales, *home banking*, correo electrónico, billeteras virtuales; la utilización de la inteligencia artificial, la creación del metaverso, y la operatoria mediante el uso de criptoactivos y *blockchain*, han cristalizado un nuevo mundo paralelo al físico, que podría denominarse mundo digital.

En este aspecto, resultan pertinentes para ilustrar la situación las palabras de Jorge Eduardo Buompadre: "... provenimos de un mundo físico, en donde las cosas se pueden percibir "físicamente" por medio de los sentidos. Son cosas que podemos tocar, observar, sentir a través del tacto, oler o percibir el gusto por ellas. La sociedad a la que pertenecemos es una sociedad material, imbuida de realidad (vivimos en un mundo "real"), pero un mundo que, con el tiempo ha ido mutando, cambiando de rostro. El mundo de pocas décadas atrás ya no es el mismo. Hoy vivimos en un mundo virtual, invisible a nuestros sentidos, encerrados en el ciberespacio y del cual no existen esperanzas de poder salir..." (Buompadre, 2016, p. 160).

Como consecuencia de ello, hoy en día, la utilización de los mecanismos de cooperación internacional es cada día más necesaria y frecuente. En función de ello, se han establecido numerosos acuerdos conven-

cionales entre los distintos estados de la comunidad internacional, que regulan el modo en que deben solicitarse y diligenciarse aquellas medidas, y en ausencia de ellos, suele recurrirse al conocido método de reciprocidad. Particularmente, habremos de analizar comparativamente, los sistemas vigentes en el Mercosur y en la Comunidad Europea.

2. La Cooperación Internacional en el Mercosur

Dentro del Mercosur, la cooperación penal internacional, podemos abordarla desde varios instrumentos. Por un lado, encontramos el protocolo de asistencia mutua en materia penal. Tal como lo señala (Castelnuovo, 2006), según el artículo segundo de dicho protocolo, su objeto radica en la cooperación con fines de recepción y producción de pruebas, tales como documentos, periciales, etc. También, se refiere a la localización y traslado de personas sujetas a proceso, y a la realización de medidas cautelares sobre bienes, a la emisión y ejecución de órdenes de captura o citaciones, secuestro o incautación de bienes, y otras medidas similares.

Por otra parte (Castelnuovo, 2006), afirma que en los artículos tercero y cuarto, se dispone el establecimiento de una única autoridad en cada uno de los Estados, la cual centralizaría los requerimientos, mientras que el artículo 5 se deja a salvo la posibilidad que el estado requerido rechace la petición, cuando el delito se refiera a uno de orden militar o político, o cuando la persona requerida, ya haya sido juzgada por el mismo hecho en el país requerido o si el requerimiento atenta contra el orden público o los intereses esenciales del Estado requerido.

En otra sección del artículo citado en los párrafos anteriores, la autora señala que dentro de las facultades que tienen los Estados requeridos, se destaca la vaguedad de los motivos que tienen para rechazar las peticiones, y la imposibilidad actual de cursar pedidos de cooperación de manera horizontal y directa entre autoridades judiciales, lo que actualmente no se observaría como posible según su opinión. Posteriormente, la autora analiza las decisiones 14/98 y 15/98, que adoptan el sistema de cuantificación de la pena para la

concesión de la extradición, fijando como límite para la concesión de esta, que el tipo penal, en ambos Estados tenga una pena prevista cuyo máximo supere los dos años. También, se expresa con relación al extrañamiento, afirmando que en lo que hace a la opción del ciudadano del Estado requerido de ser juzgado o cumplir la condena en el país del cual es nacional, se establece el principio general de la no invocabilidad de la nacionalidad, excepto cuando exista una cláusula constitucional que en forma expresa impida al Estado la remisión de sus súbditos. En esos casos, la decisión de dar curso al extrañamiento quedará en manos del Estado requerido.

En este sentido, cabe reflexionar, sobre todo a la luz del sistema de cooperación vigente en la UE, y del éxito del mismo en comparación con el que rige en tierras del Mercado Común del Sur que, el funcionamiento eficaz que exhiben los mecanismos de cooperación vigentes en la UE amerita intentar realizar los esfuerzos pertinentes a los fines de tratar de lograr un acuerdo que contenga métodos similares, ajustados a los nuevos tiempos. No resulta óptimo el sistema actual, por cuanto, más allá de los años que lleva vigente, lo cierto es que fue concebido a la luz de un estado de situación donde el proceso de globalización, las modalidades delictivas, y la velocidad del tráfico de información era muy distinto. Por ello, parece indispensable avanzar en métodos que permitan realizar los pedidos de cooperación jurídica de manera mas eficiente, de modo tal de evitar la impunidad, la demora de los procesos, y sobre todo, la seguridad jurídica ante la posible pérdida de valiosa información.

3. La Cooperación Internacional en la UE como un avance significativo en las Relaciones Internacionales

Dentro del territorio de la Comunidad Europea, el panorama es bien distinto. En primer lugar, nos encontramos con una serie de principios rectores, que dan más fluidez al trámite. Entre ellos, es posible mencionar el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, que implica que cada uno de los Estados miembros, reco-

noce las resoluciones de los demás como propias. Además, este principio tiene implicancias importantes, y en ese sentido (Monserrat de Hoyos, 2005, p. 808) ha dicho: "...Con la finalidad de salvar las diferencias existentes entre las regulaciones de los distintos Estados, en vez de optar por la armonización, o quizá más bien precisamente por las dificultades que ésta presentaba, se acudió a la aplicación del reconocimiento mutuo: cada Estado acepta y reconoce que la legislación de otro Estado miembro es equivalente a la propia..."

La aplicación de dicho principio permite que la resolución dictada por un Juez, en el territorio de un Estado miembro, sea reconocida de manera operativa, eficaz, e inmediata en el territorio de otro de los Estados miembro, lo que facilita los pedidos de cooperación, elimina oficinas intermediarias y desburocratiza el sistema, permitiendo una realización de la medida más eficiente y efectiva.

Paralelo a dicho principio, podemos encontrar otros mecanismos de cooperación que resultan trascendentes para un mejor funcionamiento del sistema judicial, entre ellos, la orden de detención y entrega, y la orden europea de investigación.

La primera de ellas funciona de la siguiente manera: "La orden de detención europea es un procedimiento judicial simplificado y transfronterizo de entrega a efectos de enjuiciamiento o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad. Las órdenes de detención europea (ODE) emitidas por las autoridades judiciales de cualquier país de la UE son válidas en todo el territorio de la UE... Se trata de una solicitud presentada por una autoridad judicial de un país de la UE para que se detenga a una persona en otro y se la entregue para su procesamiento, o para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad dictadas en el primer país. El mecanismo se basa en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Es operativo en todos los países de la UE...Funciona mediante contactos directos entre las autoridades judiciales... Al ejecutar ODE, las autoridades han de respetar los derechos procesales de los sospechosos o acusados, como el derecho a la información, a contar con la asistencia de un abogado y de un intérprete y a asistencia jurídica gratuita, de conformidad con el

ordenamiento jurídico del país en que sean detenidos...” (Web oficial de la Unión Europea, s.f.).

Resulta evidente que, el mecanismo de la Orden de Detención y Entrega presupone el de reconocimiento mutuo de las resoluciones. Naturalmente, solo de ese modo podría llevarse a cabo un sistema eficaz, si, como paso previo se requieren numerosas certificaciones protocolares que obstaculizan y ralentizan el trámite, y que podrían facilitar que tales debilidades sean utilizadas por los delincuentes para evadirse, evitar la detención, y lograr la impunidad.

En cuanto a la orden europea de investigación se dice que: “...La orden europea de investigación es una resolución judicial emitida o validada por la autoridad judicial de un país de la UE para que se adopten medidas de investigación dirigidas a reunir pruebas para asuntos penales en otro país de la UE... La orden europea de investigación se basa en el reconocimiento mutuo, lo que significa que la autoridad de ejecución está obligada a reconocer y garantizar la ejecución del exhorto del otro país. Esa ejecución debe realizarse de la misma forma y con arreglo a las mismas modalidades que si la medida de investigación en cuestión hubiera sido ordenada por una autoridad del país de ejecución. Las órdenes europeas de investigación pueden emitirse también con el fin de obtener pruebas ya existentes... La Directiva crea un marco integral único para la obtención de pruebas. Las medidas de investigación podrían incluir, por ejemplo, la toma de declaración a testigos, las interceptaciones telefónicas, las investigaciones encubiertas y la información sobre operaciones bancarias... Los países de la UE pueden denegar la solicitud por una serie de motivos. Son aplicables a todas las medidas los motivos generales de denegación siguientes: inmunidad o privilegio o normas que limiten la responsabilidad penal en relación con la libertad de prensa; perjuicio a los intereses esenciales en materia de seguridad nacional; procedimientos no penales; principio *non bis in idem*; extraterritorialidad, unida a doble tipificación; incompatibilidad con las obligaciones en materia de derechos fundamentales... Existen motivos de denegación adicionales para determinadas medidas: falta de doble

tipificación (con excepción de una lista de infracciones penales graves); imposibilidad de ejecutar la medida (la medida de investigación no existe o no está disponible en casos nacionales similares, y no hay alternativa)." (Web oficial de la Union Europea, s.f.).

4. Comparación de sistemas de cooperación internacional

Debe decirse que las diferencias entre los sistemas de cooperación internacional penal vigentes en la UE y el Mercosur, están claras. En el caso del Mercosur, las reglas de cooperación internacional se manejan mediante pedidos que se dirigen normalmente a autoridades centrales que son designadas por cada uno de los estados parte. Estos pedidos, pueden referirse a peticiones de producción de pruebas, o de ubicación y detención de personas, aplicación de medidas cautelares sobre bienes, notificaciones o citaciones, etc. Además, se deja a salvo la posibilidad de denegar las peticiones, y los motivos suelen ser bastante vagos, lo que implica en cierto modo, la posibilidad de que tal circunstancia se transforme en un serio obstáculo a la cooperación internacional. Por otra parte, debe tenerse en claro que, en el ámbito del Mercosur, no existen las reglas de reconocimiento mutuo de resoluciones, ni tampoco, se puede cursar pedidos de cooperación de manera horizontal.

Tal modo de cooperar jurídicamente parece resultar anacrónico, y podría facilitar la impunidad, máxime en tiempos en los que las relaciones internacionales se vean afectadas por diferencias ideológicas en el gobierno de los estados miembro. Entendemos en ese sentido, que debería intentar avanzarse en acuerdos que permitan disminuir los tiempos de reacción, y faciliten la cooperación jurídica en materia penal.

Por el contrario, el régimen europeo, resulta mucho más dinámico, y disruptivo con el sistema tradicional del Mercosur. Dentro de la Comunidad Europea, al existir el sistema de reconocimiento mutuo de resoluciones, las ordenes de investigación, detención y entrega, los modos de cooperación internacional se realizan de

manera fluida, y sin la vaguedad de las causales de denegación de la petición que existe en el otro sistema. Por otro lado, el funcionamiento exitoso del sistema europeo nos brinda una forma efectiva de trasladarlos a nuestras tierras y ponerlos en práctica sin temor a equivocaciones que exhiban efectos negativos sobre el ordenamiento jurídico.

5. La tensión existente entre medidas de interceptación de comunicaciones y el derecho a la intimidad o privacidad

La globalización, y la formación de ~~de~~ uniones de estados; la formación de mercados comunes, y la flexibilización de los requisitos de entrada y salida de cada uno de los estados miembro de tales instrumentos internacionales, suele propiciar un sensible aumento del tráfico de personas y bienes. Con ello, también aumentan los episodios criminales, y por tanto los pedidos de colaboración jurídica internacional. En ese contexto, puede resultar necesario efectuar pedidos de cooperación referentes a interceptación de comunicaciones telefónicas, o de aquellas efectuadas por medio de emails, mensajes de texto, u otro medio tecnológico similar.

En tales casos, debe tenerse en cuenta que existirán estándares que protegen el derecho a la intimidad y la privacidad de tales comunicaciones. Además, debe tenerse presente, que dichos estándares pueden no resultar similares en los distintos estados. Por ello, pueden suscitarse tensiones con la potestad de los diferentes Estados, para acceder a tales contenidos.

Consecuentemente, puede que haya estados que son más rigurosos en la protección de tales derechos, y que se vean sometidos a colaborar con otros que no tengan esos mismos parámetros jurídicos. Ante ello, podrían verse obligados a considerar seriamente si su propio sistema jurídico, le permite dar curso a la petición del Estado requirente.

Para empezar a analizar esta circunstancia, habremos de analizar en primer término qué es la intimidad o privacidad, y cuál es la naturaleza que se le atribuye convencionalmente.

En primer lugar, puede decirse que uno de los derechos que podemos considerar como la piedra angular de la dignidad de la persona, está constituido por el derecho a la intimidad, y de ella se desprende, la privacidad. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11 reza:

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 2 y 12, establecen: “Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía (...) Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques...”

En sentido similar se regula tal derecho en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Con lo dicho, surge con claridad la importancia que los diferentes Estados firmantes, otorgan al derecho a la intimidad y la privacidad. Ahora bien, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de intimidad?

John Stuart Mill, ha planteado: “¿Qué parte de la vida humana debe ser atribuida a la individualidad y qué parte a la sociedad? Cada una de ellas recibirá su debida parte... La individualidad debe gobernar aquella parte de la vida que interesa principalmente al individuo, y la sociedad esa otra parte que interesa principalmente a la sociedad” (Mill, 1859).

En dicha obra, el autor, pasada la mitad del siglo XIX, planteaba ya la cuestión sobre qué ámbito de su personalidad le correspondía al individuo, y cuál a la sociedad o el Estado.

Por otra parte, se ha dicho que el derecho a la intimidad puede ser definido como: “... la facultad que tiene toda persona de disponer de una esfera, un ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversas formas...” (Pizzolo, 2002).

En un sentido similar, se ha argumentado que: “La libertad de intimidad es parte del concepto de libertad. Protege el ámbito privado del individuo, su ‘derecho a la reserva privada’, en síntesis, su vida privada. La zona íntima, ese radio o ese ámbito estrictamente personal, debe ser respetado tanto por el Estado como por los particulares... Nadie puede interferir en ese espacio (área privada del individuo), de forma tal que si esa zona es amenazada o lesionada por el Estado, por otra persona o por grupos de personas, debe contar con la protección judicial...” (Zarini, 1996).

Desde otra perspectiva, al analizar el Artículo 19 de la Constitución Nacional de la República Argentina, se ha afirmado que la delimitación entre el ámbito privado y del público, se efectúa desde tres tipos de conductas:

- a. acciones privadas internas, que son aquellos comportamientos íntimos en sentido estricto, es decir, conductas inmanentes, que principian y concluyen en el sujeto que las realiza, sin trascender de él;
- b. acciones privadas externas, que trascienden al sujeto que las realiza, y por tanto, son conocidas por los demás, pero que no

- afectan al orden o la moral pública, ni causan un perjuicio a un tercero, y por consiguiente, gozan también de la tutela constitucional en favor de quién las realiza, y
- c. acciones públicas, que son externas, trascienden a quién las ejecuta, y además, preocupan al bien común, ya sea afectando el orden público o la moral, o debido a que tienen a potencialidad de causar un perjuicio a un tercero.

Estas acciones son regulables por el Estado y éste aún puede prohibirlas de haber motivos para ello (Sagüés, 2012).

6. ¿Cómo superar esa tensión?

Podría ensayarse un principio de solución, intentando lograr un estándar unánime que regule hasta qué punto puede avanzar el Estado respecto de la intimidad o la privacidad de sus ciudadanos, y hasta dónde los demás miembros toleran tales actividades por parte de los otros. Básicamente, debería exponerse un estándar de garantía en protección de la privacidad o intimidad entre todos los firmantes, y establecer una suerte de presupuesto mínimo, o piso de protección, que sirva de barrera para la protección de los particulares.

No obstante, dada la situación actual, lejos parece quedar tal posibilidad. Surge entonces la necesidad, de buscar la solución más pacífica, por otra vía distinta. Es por ello, que, para superar la cuestión relativa a las distintas regulaciones existentes en cada territorio, podría resultar conveniente recurrir a un análisis seriamente racional, donde ante leyes positivas -en un sentido o en otro-, sea el sano uso de la discrecionalidad judicial, la que permita en casos extremos, dilucidar cuándo ha de aceptarse, y cuándo rechazarse la solicitud.

Lo dicho precedentemente, tiene su fundamento en que justamente, cada Estado, en ejercicio de su soberanía, regula qué, cuándo, cómo, y durante cuánto tiempo persigue cada delito. Además, regula de qué manera reaccionan ante un hecho delictivo, y cómo habrán de recolectar los elementos de prueba necesarios para investigarlos. Ese

panorama nos da un amplio campo de estudio, dentro del cual pueden surgir diferencias sustanciales respecto al modo en que han de recolectarse las pruebas. Además, también cada Estado, conforme a sus propias concepciones del derecho, ha de limitar hasta dónde puede avanzar sobre el derecho a la intimidad de sus ciudadanos. Va de suyo que, no resulta idéntico requerir información pública, o alojada en servidores y que fuera publicada en fuentes abiertas, que solicitar la remisión de información de contenido de mensajería o comunicaciones electrónicas. Entre una de esas medidas, y la otra, existe una gran distancia en lo que se refiere a barreras que debe trasponerse en desmedro de la intimidad de los usuarios.

De ello se siguen varias cuestiones. En primer lugar, que lo que en un Estado se considere delito, puede no constituirlo en otro, o que, uno de ellos lo sancione con mayor severidad que los demás. Ello, en términos de cooperación internacional, podría influir en las medidas que se puedan solicitar. Y esto es así, debido a que justamente, si una conducta resulta típica en el Estado requirente, pero atípica para el Estado requerido, puede que éste último no permita la intromisión de otro con relación a derechos fundamentales de sus ciudadanos -entre ellos la intimidad o privacidad-.

Es por ello que, parecería lo mejor recurrir a un sistema similar al europeo, donde tales mecanismos sean consensuados entre todos los estados parte; pero ante la imposibilidad de avanzar en instrumentos jurídicos internacionales de ese estilo, sería apropiado comenzar a realizar una interpretación y aplicación de las medidas de cooperación jurídica internacional, donde el uso de la racionalidad -tan utilizada como parámetro en los instrumentos internacionales-, sea la característica que permita soslayar tales dificultades.

7. Una postura jurídica frente a la ciberdelincuencia

Tomaremos como referencia un fenómeno delincuencial que puede resultar frecuentemente transnacional, como lo es la cibercriminalidad. Ello, por un lado, teniendo en cuenta que es una de

las modalidades delictivas, junto con el crimen organizado, que más exigen a los sistemas de cooperación internacional, ya que, resultan frecuentemente transnacionales; y aún, cuando se despliegan íntegramente dentro de un territorio, suelen requerir de tales medidas, por cuanto los servidores donde se aloja la información pueden estar en extraña jurisdicción. Por otro lado, nos permitirá evaluar esa tensión a la que se hiciera referencia, de una manera más concreta y específica.

Se ha explicado que: “El término ‘ciberdelito’ da cobertura a las conductas criminales que afectan a intereses de los ciudadanos con el uso de la tecnología de la información y comunicación (TIC), como el funcionamiento adecuado de los sistemas de ordenadores y de internet, la intimidad y la integridad de los datos almacenados o transferidos a las TIC, o a través de ellas, o a la identidad virtual de los usuarios de internet. El denominador común y rasgo característico de todas las figuras de ciberdelitos y de la investigación sobre ciberdelitos puede hallarse en relación con sistemas, redes y datos de ordenadores, de un lado, y con los sistemas, redes y datos cibernéticos, del otro. El ciberdelito cubre delitos que tienen que ver con los ordenadores en sentido tradicional y también con la nube del ciberespacio y las bases de datos cibernéticas...” (Dupuy & Kiefer, *Ciberdelitos*, 2020, p. 10).

El ciberdelito, delito cibernético o informático, como suele llamárselo, presenta características que lo hacen en cierta forma, particular. Desde una primera observación, puede concluirse que éste no reconoce fronteras territoriales, y que una persona residente en un país puede atacar contra un bien jurídico de una persona física o jurídica, residente en otro. Necesariamente, ello nos llevará a la necesidad de realizar procedimientos e investigaciones, y posiblemente detenciones, en el territorio de una nación distinta de aquella en la que se realiza la investigación penal.

Con relación a las características de la ciberdelincuencia (Arocena, 2012 - XVI), ha dicho: “Otro rasgo saliente de la infracción informática es su extraterritorialidad y su intemporalidad” (p. 951).

8. Seguridad vs. Privacidad

Esta característica de extraterritorialidad impone necesariamente, reflexionar con atención sobre cuáles son los parámetros que deberíamos adoptar como principio jurídico, para que, de ese modo se pueda superar la tensión que se genere entre las medidas de investigación que quizás afecten derechos individuales, por un lado; y por el otro, la necesidad del Estado de investigar y reprimir las conductas delictivas con el fin de llevar tranquilidad y seguridad a sus ciudadanos. Esta construcción de principios nos permitirá superar las tensiones, a través de la aplicación de las teorías generales del derecho, tal y como lo propone el pensamiento de Dworkin, en el sentido de que las normas se aplican a manera de disyuntiva, mientras que los principios admiten la dimensión de su peso e importancia. Así, podrá valorarse en cada caso concreto, qué pesa más en esta disputa representativa de seguridad vs privacidad o intimidad. Otra buena herramienta de razonamiento jurídico, podría conseguirse adicionando a tal modo de sopesar las cuestiones, la búsqueda del equilibrio reflexivo, en el sentido utilizado por J. Rawls, en su teoría de la Justicia. Este modo, aportara una importante vía de reflexión jurídica para cada caso particular, y exhibirá fácilmente todas las aristas de la situación.

Más allá de ello, en cuanto a la posible afectación de garantías por tareas de investigación, Marcelo Temperini en (Dupuy & Kiefer, 2018), hace un interesante análisis sobre esta confrontación, con arreglo al sistema constitucional argentino. Sin embargo, ese análisis, podría tener cierto grado de universalidad. Menciona una regla a la que llama 'la regla de los tres escalones.' Dentro de las consideraciones que realiza, hace referencia a tareas de investigación que se ejecuten en el marco de una causa penal, ordenándolas según el nivel de intensidad en que comprometen o que puedan comprometer garantías constitucionales. La base de la pirámide escalonada estaría comprendida y apuntalada sobre la incorporación al proceso penal de los datos públicos, a los cuales se puede acceder de forma irrestricta y sin vulnerar ninguna 'barrera técnica o jurídica.' Ejemplifica tales actos con la bús-

queda, identificación y procesamiento de información sobre fuentes abiertas, que pueden obtenerse de forma pública. Luego, el primer escalón de la pirámide estaría comprendido por los datos de abonado, identificación de usuario, o la información básica del suscriptor en el caso de las redes sociales. Sobre este primer peldaño, el autor considera que los datos identificatorios son personales, y avanzan sobre una primera barrera de privacidad de la persona investigada. Por otra parte, el segundo grado de la regla, estaría dado por los datos de tráfico, es decir, los datos de origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño, duración o tipo de servicio subyacente. Finalmente, el tercer y último nivel, estaría comprendido por los datos de contenido. Este sería según el autor, el nivel máximo de compromiso de garantías por cuanto implica el conocimiento del contenido mismo de la comunicación².

De ese análisis, puede advertirse con meridiana claridad que, el estándar de protección del derecho a la intimidad puede constituir, o más bien, constituye un obstáculo a la injerencia del Estado y los particulares, sobre ciertos ámbitos o asuntos de la vida privada de las personas.

Queda claro también, que esa esfera privada es, en principio, infranqueable. Para sortear esa infranqueabilidad resultaría necesario una orden judicial válida. De ese modo, es posible y legítimo para el Estado, obtener la información que se pretende en el marco de una investigación en trámite. Ahora bien, para que ello suceda, es necesario que, en primer término, exista una causa en curso, y que la orden emane de un Juez competente.

Por otra parte, Marcelo Temperini en (Dupuy & Kiefer, 2018), también afirma que, en la base inicial de la regla citada, resulta suficiente la orden fiscal -en el proceso acusatorio- para su incorporación válida al proceso, mientras que, con relación a los datos de contenido, que constituyen el mayor grado de afectación de derechos, concluye que resulta necesario una orden judicial, debidamente fundada, para poder acceder a tales datos.

2 Para mayor profundización consúltese la obra (Dupuy & Kiefer, *Ciberdelincuencia II*, 2018), pp. 219-254.

Como vemos, el fenómeno de la masificación del uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación, si bien no han modificado los tradicionales conceptos de derecho a la intimidad o a la privacidad -tal como fueran concebidos previo a la revolución de internet- sí debe advertirse que los posibles compromisos que sobre ella puedan ocurrir, se han magnificado de manera casi catastrófica, lo que implica la necesidad de determinar el justo punto medio que debe existir entre la protección de la intimidad, y el bienestar general.

Puede decirse entonces que, de resultar necesario desarrollar medidas de investigación tales como interceptación de comunicaciones telefónicas o realizadas mediante internet, no se encontrarán inconvenientes significativos para obtenerlas en el marco de procesos judiciales. Consecuentemente, no existirán óbices para incorporar válidamente la información pública, de usuario, de tráfico, o de contenido, que resulten necesarias, siempre que se garantice el respeto de los derechos mediante la aplicación de los mecanismos legales pertinentes previstos a tal fin.

8. Conclusión

Como primera conclusión, debemos afirmar que el sistema de cooperación penal internacional vigente en la UE resulta del todo disruptivo con relación a aquellos que rigen en otros puntos del globo. Los mecanismos tradicionales de reciprocidad deben quedar atrás por resultar obsoletos. El sistema del Mercosur ha mostrado una tenue modificación del sistema histórico basado en las relaciones de cooperación internacional recíproca. No obstante, un mundo globalizado al extremo, informatizado e intercomunicado, deben exigirse soluciones casi inmediatas. La delincuencia se ha actualizado a la luz de las nuevas tecnologías, y continuamente explota los puntos débiles de los distintos Estados. Tal situación, amerita que quienes gobiernan, formalicen actividades legislativas y de reglamentación que resulten óptimas con vías de prevención, y represión de actividades criminales.

No pueden entonces, pensarse soluciones eficaces, si los remedios que quieran utilizarse fueron concebidos siglos atrás cuando el mundo era distinto. Ello, en razón de que, tales sistemas resultan anacrónicos. La realidad, ha de empujar a la comunidad internacional a adoptar nuevos mecanismos, que sean más efectivos en cuanto a la cooperación internacional, sobre todo en el ámbito penal. Un avance significativo lo constituye el régimen de la UE, y resulta pertinente tomar ese ejemplo, como punto de partida a uno nuevo y global.

En segundo lugar, ya con relación a la tensión que pueden significar las medidas de investigación frente a los estándares de protección del derecho a la intimidad, debe decirse que las tesis extremas no resultan ser las más aconsejables.

Ello así, en virtud que los derechos no se reputan absolutos. Sin embargo, el poder estatal tampoco debe serlo, y consecuentemente, debe primar el equilibrio entre dichas posiciones antagónicas.

La intimidad y la privacidad en diferentes instrumentos convencionales son considerados como pilares de la dignidad humana. De ello se sigue que, tienen entidad como para impedir, a priori, determinadas actividades del Estado, que, si bien en principio podrían parecer adecuadas, pueden vulnerar derechos individuales que son trascendentales.

Es por ello por lo que, parecería que el criterio más adecuado, es el sentado en el análisis que realiza Marcelo Temperini en (Dupuy & Kiefer, 2018), sobre la regla de los tres escalones. A partir de allí, se puede asegurar al ciudadano común el respeto irrestricto de sus derechos, salvo cuando exista una causa que justifique en términos cualitativos el avance sobre ellos mediante la decisión funcional de los órganos jurisdiccionales.

A modo de conclusión, debería establecerse entonces un principio rector, lo más universal posible, que constituya un punto de equilibrio entre las seguridades que debe darse a la sociedad, y el respeto al derecho a la intimidad o privacidad de los ciudadanos, y, de esa forma, lograr la razonabilidad del sistema, tan utilizada como parámetro en numerosas convenciones internacionales. Por otro lado, se garantizaría el debido contralor del cumplimiento de los estándares de de-

rechos que los Estado deben respetar con relación a sus ciudadanos, y permitiría equilibrar la balanza tanto en el caso de las seguridades que se deben proporcionar, como en el debido respeto de las libertades individuales.

Referencias

- Arocena, G. A. (Septiembre-Diciembre de 2012 - XVI). La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal Argentino. Introducción a la ley nacional núm. 26.388. (I. d. Universidad Nacional de México, Ed.) *Boletín Mexicano de Derecho Comparado - nueva serie* (135), 951-953. doi: <https://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2012.135>
- Buompadre, J. E. (2016). *Violencia de género en la era digital* (1ª. ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Castelnuovo, M. (2006). Cooperación internacional en el Mercosur. *Sistema Argentino de Información Jurídica*.
- Dupuy, D., & Kiefer, M. (2018). *Cibercrimen II*. Montevideo: B de F.
- Dupuy, D., & Kiefer, M. (2020). *Cibercrimen I*. Buenos Aires: Bdef - Euros editores.
- Mill, J. S. (1859). *On Liberty*. (J. S. Pulido, Trad.) Obtenido de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewislff6rsTuAhV-K7kGHQFwDcYQFjAAegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fdeuba.files.wordpress.com%2F2013%2F02%2Flibro-stuart-mill-john-sobre-la-libertad.pdf&usg=AOvVaw1Pk0G1anqvGSjTL3Zl8EGC>
- Montserrat de Hoyos, S. (2005). El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (22), 807-842 (808).
- Pizzolo, C. (2002). *Constitución nacional : comentada, concordada y anotada con los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los órganos de control internacional*. Mendoza, Argentina: Ediciones jurídicas cuyo. Recuperado el 30 de Enero de 2021.

- Rodriguez-Medel Nieto, C. (2017). *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España (Tesis Doctoral)*. (F. d. Madrid, Ed.) Madrid, España. Recuperado el 28 de Febrero de 2021.
- Sagüés, N. P. (2012). *Manual de derecho constitucional* (2ª edición - 2ª reimpresión ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Web oficial de la Union Europea. (s.f.). *European Justice*. Recuperado el 03 de marzo de 2021, de https://e-justice.europa.eu/content_european_investigation_order_mutual_legal_assistance_and_joint_investigation_teams-92-es.do
- Web oficial de la Unión Europea. (s.f.). *European Justice*. Recuperado el 02 de marzo de 2021, de https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-es.do
- Zarini, H. J. (1996). *Constitución argentina : comentada y concordada* (1ª edición, 8ª reimpresión ed.). Buenos Aires: Astrea.

REFLEXIONES EN TORNO A LA IDENTIDAD LATINOAMERICANA

REFLECTIONS ON LATIN AMERICAN IDENTITY

Hugo Daniel Ramos¹

Universidad Católica de Santa Fe - CONICET

Resumen

En el presente trabajo se aborda una problemática relativamente novedosa para el campo de las relaciones internacionales: la identidad de América Latina. Recuperando aportes de la historiografía y otras ciencias sociales se reflexiona en torno a los distintos elementos que tradicionalmente han sido recuperados como 'constitutivos de nuestra identidad'. El artículo trata así de cuestionar nociones asumidas de forma acrítica, recuperar la importancia de la dimensión histórica para comprender procesos de larga duración y contribuir al análisis de algunos problemas de nuestro presente vinculados en especial con la configuración actual de nuestra región. Si bien el artículo mantiene un enfoque reflexivo se recuperan y analizan desde una metodología cualitativa fuentes primarias, en especial documentos de época junto con obras de científicos sociales reconocidos.

Palabras clave: América Latina; identidad; configuración regional

1 Doctor en Relaciones Internacionales (UNR), Magíster en Cooperación e Integración Regional (UNR), Profesor y Licenciado en Historia (UNL), Investigador Asistente CONICET, Docente titular de la cátedra Economía Política (Licenciatura en Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho y Ciencia Política, UCSF) y Docente Adjunto de la Cátedra Problemática Contemporánea de América Latina (Facultad de Humanidades y Ciencias, UNL). ramos hugo78@gmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1807-633X>

Abstract

This paper analyzes a relatively new problem for International Relations: the identity of Latin America. Recovering contributions from historiography and other social sciences, we reflect on the different elements that have traditionally been recovered as 'constituents of our identity'. The article thus tries to question notions assumed uncritically, recover the importance of the historical dimension to understand long-term processes and contribute to the analysis of some problems of our present; especially related to the current configuration of our region.

The article maintains a reflective approach, but primary sources are recovered and analyzed from a qualitative methodology, especially historical documents together with works by social scientists

Keywords: *Latin America; identity; regional configuration*

1. Introducción

¿Cuál es el origen de la denominación 'América Latina'? ¿Qué elementos dan forma y conforman su configuración como región en el sistema internacional y proveen coordenadas simbólicas para el reconocimiento de un 'nosotros' latinoamericano? Esos elementos ¿son factibles de identificar a lo largo de toda su historia, desde los procesos independentistas hasta la actualidad? Estos tres interrogantes guiaron las reflexiones del presente trabajo, expuestas inicialmente en el marco de una actividad académica organizada por el Observatorio de Política Internacional de la Universidad Católica de Santa Fe².

El objetivo de nuestro aporte fue poner en cuestión ciertos preceptos asumidos acríticamente cuando se analiza a América Latina e, inclusive, cuando ese análisis proviene del campo académico. En este sentido, en escasas ocasiones se reflexiona sobre lo que designa esa

2 La actividad se realizó el día 26 de mayo de 2022 en la sede de Santa Fe de la mencionada Universidad y se denominó "Cabildo abierto. Historia y Relaciones Internacionales a la luz de las revoluciones hispanoamericanas".

categoría; se la incorpora sin considerar ni su densidad histórica ni su escasa precisión para designar un conjunto regional -en teoría- fácilmente identificable y persistente a lo largo del tiempo-. Asimismo, pocas veces se problematiza en cómo se construye y (re)construye -en un proceso de larga duración- la identidad regional, no sólo a nivel estatal sino, principalmente, en términos de configuraciones identitarias de las poblaciones que habitan esta región.

El trabajo avanza sobre estas cuestiones en base al siguiente esquema: en un primer momento nos preguntamos en torno al nombre, a la designación de una cierta porción del globo como 'América Latina'; recuperamos aquí algunas discusiones históricas en torno a la nominación, pertinentes principalmente para delinear los 'límites' de lo latinoamericano. En un segundo momento, -y apelando nuevamente a la historia- reflexionamos en torno a la identidad regional como construcción procesual que se remonta a las independencias, y que se reconfigura en un proceso siempre inacabado hasta nuestro presente. Finalmente, en un tercer apartado avanzamos en torno al análisis de la situación actual de América Latina; aquí nuestra guía es la siguiente pregunta: ¿seguimos hablando de la misma región de la cual hablábamos hace algunos años atrás? Cerramos el trabajo con una serie de conclusiones provisorias.

Las reflexiones se basaron en una metodología cualitativa; vinculada tanto al análisis de fuentes secundarias -un conjunto seleccionado de trabajos de especialistas que estudian a América Latina- y de fuentes primarias, en especial de documentos históricos relacionados con nuestro objeto de interés y que se detallan a lo largo del cuerpo del artículo.

2. Nominar es crear: El nacimiento de América Latina

Es objeto de discusión en el campo historiográfico³ el origen de la noción 'América Latina'. En este sentido, es claro que durante los

3 Siempre que utilizamos esta noción estamos haciendo referencia al campo historiográfico argentino. Apelamos aquí a los aportes de Bohoslavsky (2013) que justifica de forma acabada la utilización de historiografías nacionales para abordar problemáticas históricas regionales.

procesos independentistas de principios del siglo XIX el marco identitario de los actores protagonistas de esa gesta descansaba en el continente americano en su conjunto, en oposición al 'viejo mundo' del cual España formaba parte. Así lo plantean, con sus matices, José María Morelos desde México⁴, José de San Martín desde lo que hoy llamamos Argentina y Simón Bolívar desde Venezuela⁵. Analizaremos a continuación algunos fragmentos de sus discursos de forma más detenida: "La soberanía reside esencialmente en los pueblos; que transmitida a los monarcas por ausencia, muerte, cautividad de éstos, refluye hacia aquéllos; que son libres para reformar sus instituciones políticas, siempre que les convenga; que ningún pueblo tiene derecho para sojuzgar a otro, si no precede una agresión injusta. ¿Y podrá la Europa, principalmente la España, *echar en cara a la América* como una rebeldía este sacudimiento generoso que ha hecho para lanzar de su seno a los que al mismo tiempo que decantan y proclaman la justicia de estos principios liberales, intentan sojuzgarla tornándola a una esclavitud más ominosa que la pasada de tres siglos?" (José María Morelos, Discurso inaugural del Congreso de Chilpancingo⁶, 14 de septiembre de 1813, las cursivas son nuestras).

El discurso de Morelos plantea de forma nítida el cambio en las concepciones en torno al origen y/o fuentes de la soberanía, en curso desde finales del siglo XVIII, en sintonía con las ideas difundidas principalmente a través de la revolución independentista de Estados Unidos y, luego, de la revolución francesa. Ya no se considera que su origen es trascendental; esto es, que proviene de Dios y que éste se

4 Sacerdote, político y militar fue una figura clave de las guerras independentistas de lo que hoy denominamos México. Fue fusilado en diciembre de 1815 por las fuerzas españolas.

5 Desde Sudamérica ambas figuras son muy reconocidas; aun así cabe destacar el rol clave de José de San Martín en las independencias de Argentina, Chile y Perú así como la centralidad de la figura de Simón Bolívar para las independencias de Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela.

6 Este discurso fue pronunciado en Chilpancingo (Municipio de Guerrero, uno de los estados de México) por José María Morelos en el contexto del levantamiento contra el poder español.

la concede al Monarca como derecho divino. Por el contrario, para Morelos está claro que su fuente es “los pueblos” y que son éstos los que, por delegación, invisten al Monarca. En el contexto de la prisión del rey español por las fuerzas napoleónicas invasoras de la península ibérica⁷ son “los pueblos” los que reasumen la soberanía ‘en defensa del rey español’. Este proceso, que también se verifica en la propia España, impulsa la creación de las Juntas regionales en América -y la sistemática negación de su legitimidad por parte de las Juntas peninsulares, articuladas en 1808 en la Junta Suprema central.

Más que detallar el proceso que deriva en la ruptura del lazo colonial lo que nos interesa destacar aquí es que para Morelos la contrafigura de España es ‘América’. Aunque esta designación también contiene su complejidad⁸ al menos se puede advertir claramente que no existe una ‘latinidad’ específica como criterio de diferenciación. Son ‘los pueblos’ de América como región los que se rebelan contra la invasión napoleónica. En el mismo sentido se expresa José de San Martín hacia finales de la segunda década del Siglo XIX: “¡Soldados! Todos y cada uno de ustedes conocen el esfuerzo y las dificultades por las que hemos pasado. Llegar hasta aquí es bastante, pero nunca es suficiente. El enemigo espera, y espera bien armado, señores. *Son la esperanza de la América*, cada uno de ustedes lleva consigo lo más importante, ¡la libertad! Trescientos años de masacre y de barbarie tiñen nuestra tierra de sangre, pero hemos venido a decir ¡basta!, ¡se acabó!” (José de San Martín, Proclama al Ejército de los Andes antes

7 Cabe recordar que en el origen de los procesos independentistas se encuentra el ingreso de las tropas napoleónicas a España (y luego Portugal) en 1807. Al año siguiente Fernando VII, por entonces el rey español, era destituido y hecho prisionero.

8 En efecto, y tal como plantea Guerra (1994) la noción de pueblos no se equipara a lo que nosotros entendemos hoy por “naciones”. Por el contrario, la única nación claramente identificable en ese contexto es la española. Los pueblos son, en todo caso, los vecinos de las ciudades. Éstas serán, a su vez, la base para la construcción de procesos identitarios de base local; esto es: es el terruño, la ciudad y su campiña próxima lo que opera como mecanismo para construir colectivos más amplios. Así, nace primero la identificación de “correntinos”; “santafesinos”, “rioplatenses”, que la de “argentinos”, noción que se construye a la par de la edificación de los estados locales.

de la Batalla de Chacabuco, 12 de febrero de 1817, las cursivas son nuestras).

El contexto ha cambiado, pero el sentido es el mismo: las guerras de independencia se despliegan ahora en su plenitud; ya no en defensa del Monarca español cautivo de las tropas francesas; es una guerra por la independencia de España en sentido pleno. Nuevamente, y más allá de que en esas guerras esté el germen de la fragmentación de la ‘América española’⁹ en un conjunto particular de estados, San Martín apela a la “esperanza de América”; esto es, a las en -breve- excolonias ‘como un conjunto’. No hay rastros en su discurso de las futuras ‘nacionalidades’ -ni argentina, ni chilena, ni ninguna-; la batalla es de América contra España.

Para la misma época, y desde el norte de Sudamérica, Simón Bolívar plantea algunos matices interesantes: “Tengamos presente que nuestro Pueblo no es el Europeo, ni el Americano del Norte, que más bien es un compuesto de África y de América, que una emanación de la Europa; pues que hasta la España misma, deja de ser Europea por su sangre Africana, por sus Instituciones, y por su carácter. Es imposible asignar con propiedad, a qué familia humana pertenecemos. La mayor parte del indígena se ha aniquilado, el Europeo se ha mezclado con el Americano y con el Africano, y este se ha mezclado con el Indio y con el Europeo. Nacidos todos del seno de una misma Madre, nuestros padres diferentes en origen y en sangre, son extranjeros, y todos se difieren visiblemente en la epidermis: esta semejanza trae un reto de la mayor trascendencia” (Discurso del General Simón Bolívar al Congreso de Venezuela, 6 de marzo de 1819).

Adelantando discusiones de profunda trayectoria en nuestra región Bolívar asume con una lucidez notable que los pueblos que se liberan del yugo español son ‘un compuesto’. Se puede advertir que reserva a la noción de ‘americano’ al menos tres sentidos: por un lado, para hacer referencia a lo que hoy denominamos pueblos originarios, que han sido objeto de una sistemática aniquilación; por otro, a los ‘here-

9 Como es conocido, la América portuguesa no sigue el mismo derrotero de fragmentación; sin embargo, aunque más tardíamente sí comparte las discusiones en torno a las fuentes de la soberanía (Fausto, 2003).

deros' de la conquista española, lo que en nuestro país llamaríamos 'criollos' y que parece ser el lugar de enunciación desde el cual se posiciona el héroe independentista; finalmente, y he aquí un aspecto particularmente notable, en relación con el 'sur' del continente, claramente diferente -en palabras de Bolívar- a los "americanos del norte".

Mezcla, ni propiamente africanos, europeos o americanos -en el primer sentido- los pueblos que se independizan de España son, para Bolívar, algo distinto, algo "que no se sabe a qué familia humana pertenece." De hecho, esa 'novedad' no tendrá nombre hasta algunos años después.

¿Cuándo empieza a utilizarse la denominación de 'América Latina'? De acuerdo con Ayala Mora (2013), la noción se identifica por primera vez en la pluma del colombiano José María Torres Caicedo hacia la segunda mitad del Siglo XIX. Aun así, ya hacía algunos años que el calificativo de 'latino' aparecía en los escritos de algunos viajeros para señalar la similitud de nuestra región con la "Europa latina", en oposición a la "Europa germánica o anglosajona" más propia del norte del continente (Ardao, 1991). De todas maneras, para Ayala Mora (2013) será la pluma del poeta y escritor colombiano la que contribuya decisivamente a la difusión de la nueva categoría; eso sí: reservada solamente al espacio de las excolonias españolas.

Para Bohoslavsky (2011), sin embargo, la explicación es distinta. El historiador argentino vincula la difusión de la categoría a las pretensiones imperiales de Francia, de la mano del proyecto conquistador de Napoleón III¹⁰. Más que la fracasada experiencia, lo relevante es que ese país logra imponer la 'latinidad' de la región presentándose a la vez como interlocutora legítima para las élites locales, deseosas de volver a vincularse con Europa. En sus palabras: "La invención de la latinidad tenía varias ventajas simultáneas: la primera de ellas es que dejaba afuera a los ingleses y a los que habitaban en las excolonias británicas, los estadounidenses (...); la segunda es que desplazaba a España como

10 Cabe recordar que en 1862 Francia invade México y logra instalar durante algunos años al príncipe Maximiliano como Emperador (1862-1867). Fue un intento fallido de revivir el imperio francés así como de limitar el avance de los Estados Unidos como nueva potencia global.

referencia europea directa para los americanos (...) la clave del asunto parece residir en el hecho de que la noción de latinidad permitía invisibilizar y quitar del inventario dos herencias consideradas racialmente indeseables: la indígena y la negra” (Bohoslavsky, 2011, p. 3).

Quizás no se trate de explicaciones excluyentes sino complementarias; esto es: el éxito en la difusión de la noción propuesta por José María Torres Caicedo probablemente respondió a que la iniciativa se articulaba perfectamente con las pretensiones geopolíticas de una potencia europea dispuesta a disputar el liderazgo mundial, junto con las aspiraciones de los grupos dominantes locales deseosos a la vez de velar la densidad étnica local como de multiplicar los lazos económicos y culturales con el sistema internacional, lo que en esos momentos significaba básicamente la vieja Europa.

Cualquier sea la opción que elijamos lo cierto es que el nombre ‘América Latina’ guarda en su génesis la invisibilización *-ex profeso-* de vastos contingentes humanos: los pueblos originarios y la/s diversas herencias poblacionales africanas. La ‘latinidad’ de una porción de América, exitosa en borrar las diferenciaciones geopolíticas hasta entonces dominantes -Europa/América- inaugura así un camino de exclusiones múltiples.

3. De límites y fronteras ‘latinoamericanas’

Cometeríamos un error si pensáramos que la noción de ‘América Latina’ de mediados del Siglo XIX designa a la misma entidad a la que nombramos actualmente con esa categoría. En este sentido, y en primer lugar, el concepto no incluía al actual Brasil, tal como mencionamos en el apartado anterior. En segundo término, extensos territorios que por entonces formaban parte de México -y, por lo tanto, eran pensados como ‘latinos’- serían pronto incorporados a los Estados Unidos¹¹ y, por ende, sumados a la ‘América anglosajona’. En

11 Cabe recordar que en entre 1846 y 1848 se desarrolla la guerra entre México y los Estados Unidos por la cual el primero pierde cerca de la mitad de su territorio.

tercer lugar, y en un extenso proceso de reorganización territorial, los nuevos estados americanos iniciarían inmediatamente luego de la independencia el proceso de incorporación de las regiones que se habían mantenido al margen de la conquista y colonización española -y, por lo tanto, que no eran consideradas 'latinoamericanas', aniquilando en ese camino a las poblaciones originarias¹².

Recuperar la dimensión histórica para analizar delimitaciones espaciales nos demuestra la intrínseca inestabilidad del criterio geográfico para definir a nuestra región. En efecto, los límites de lo 'latinoamericano' no parecen poder marcarse en un mapa de forma inmutable y estable, aun cuando, tradicionalmente, así se ha asumido en lo que respecta a los territorios al sur del Río Bravo.

Podríamos sumar algunos interrogantes para ilustrar la cuestión ¿podemos considerar a Quebec, hoy estado canadiense, como "latina" dado que su metrópoli colonial fue, hasta finales del siglo XVIII, Francia? En 1975 Surinam se convirtió finalmente en un estado independiente; es el único estado de la región próxima donde el neerlandés es el idioma oficial, dado que esta zona fue conquistada -arrebata- a los portugueses por el Reino de los Países Bajos ¿Es Surinam parte de América Latina? ¿Qué podemos decir respecto a Guyana Francesa, aún hoy "departamento de ultramar" de Francia? ¿Es latinoamericana Belice, región de habla inglesa controlada por el Reino Unido informalmente desde 1798 -y colonia desde 1840-? Belice recién logró su independencia en 1981 y todavía hoy su Jefa de Estado es Isabel II¹³, monarca británica.

Este breve recuento también nos es útil para poner en cuestión otros criterios tradicionalmente utilizados para identificar los límites regionales: el histórico, el lingüístico, el religioso y el cultural

En relación con el criterio histórico, no podemos asumir la relación directa entre conquista, colonización española-portuguesa y la

12 En Argentina ese proceso se conoce con el nombre de "Conquista del Desierto" (para referirse a la actual Patagonia argentina) y "Conquista del Desierto Norte" (para designar al avance sobre los territorios de la región chaqueña).

13 Al momento de la escritura de este trabajo se produjo el fallecimiento de la longeva monarca.

construcción de América Latina. Si bien es claro que este aspecto se cumple en algunos casos, también es claro que en otros no. Y no nos referimos aquí sólo a un puñado de situaciones especiales: ¿Qué hacemos con extensas regiones del Caribe controladas por otros países europeos e inclusive por Estados Unidos? ¿Cómo pensamos la ‘latinización’ de los grupos humanos que habitan inmensos territorios que aún hoy hay tenido escaso contacto con poblaciones blanco-mestizas, aun cuando formalmente se encuentran dentro de determinadas fronteras estatales? ¿Cómo consideramos la resistencia -que sumó décadas y aún siglos- de pueblos originarios al avance europeo y que recién fue doblegada al calor de las construcciones estatales del largo siglo XIX? ¿Corresponde llamar ‘latinos’ a los herederos de los pueblos originarios, más aún en un contexto de repolitización de las identidades étnicas?

Profundizando en esta dirección también quedan en evidencia los límites claros de los criterios lingüístico y religioso. En cuanto al primero, lejos se encuentra nuestra región de la supuesta uniformidad lingüística española, ‘quebrada’ sólo por la excepción de la herencia portuguesa en Brasil. De acuerdo con Prado (2021, p. 3), “el número de lenguas indígenas habladas actualmente en América luso-hispana varía, según las fuentes, entre 350 y 750 (...), por un número total estimado de entre 30 y 40 millones de hablantes.” Aún más, si el criterio es la lengua: ¿podemos considerar a Filipinas o a la denominada Guinea española como partes de América Latina? Lo extravagante de esta imagen nos reenvía al absurdo de pensar al español como la única lengua de la región.

¿Qué decir de la supuesta uniformidad religiosa? Aunque es indiscutible que América -en su conjunto- alberga al mayor número de católicos del mundo -cerca de 637 millones de personas-, 425 millones sólo en América latina, lo cierto es que nuestra región es diversa también en este plano y actualmente se define por contar con un: “Universo religioso complejo dominado por los grupos pentecostales pero que incluye también Iglesias históricas protestantes; movimientos religiosos de origen estadounidense (Mormones, Testigos de Jehová, Iglesia de la Cientología...); expresiones religiosas “neo-in-

dias”; cultos afroamericanos (candomblé, umbanda, vudú, santería); grupos neo-orientales (Moon, Krishna...); movimientos mesiánicos organizados alrededor de personajes carismáticos (Luz del Mundo, Israelitas...); cultos regionales en torno a mediadores autóctonos de lo sagrado (como el de María Lionza, en Venezuela, o el del Niño Fidencio en el norte de México)” (Roux, 2017, s/p).

De manera similar que con el criterio lingüístico, utilizar la religión como criterio de diferenciación desconoce que la religión católica tiene alcance global; no sólo no es específica de nuestra región si no que el 65% de los católicos del mundo viven fuera de las fronteras americanas.

Finalmente, y llegados a este punto, poco cabe agregar respecto a los criterios culturales. Si la lengua, la religión y la historia nos demuestran la diversidad de América Latina y las dificultades que enfrentamos si queremos establecer sus límites con estos criterios: ¿en qué elementos culturales diferenciadores se asentaría la especificidad?

Aun así es importante reflexionar sobre algunas cuestiones que, inclusive, han tenido traducción institucional. En este sentido, aunque reconocemos ciertas similitudes culturales nadie puede afirmar seriamente que la cultura francesa es idéntica a las formas y manifestaciones de la cultura portuguesa. Sin embargo, no parece ser objeto de discusión asumir que en América Latina las culturas americanas, por un lado, o las herencias culturales africanas, por otro, forman ‘cada una’, un único bloque cultural indiferenciado. Reiteradamente encontramos en espacios públicos -plazas, paseos, monumentos- representaciones de este imaginario que simplifica y torna irreconocible la diversidad cultural de nuestro subcontinente¹⁴. En efecto, así como no existe una única cultura europea tampoco existe una única cultura de los pueblos originarios. En este sentido, en ocasiones olvidamos que poco compartían, en términos de rasgos culturales, el pueblo kaqchikel -que forma parte del grupo

14 Por caso, en la ciudad de Santa Fe se inauguró hace muy pocos años el Paseo de las Tres Culturas (2011).

que actualmente denominamos “Mayas” - en la actual Guatemala, con los pueblos Aonikenk -del grupo Tehuelche- del sur de ‘nuestra’ Patagonia. Lo mismo podemos plantear en relación con quienes compartieron el mismo destino de esclavitud en América provenientes de África que fueron sustraídos de diversas civilizaciones, pueblos y culturas de ese continente (Klein, 1986).

Ahora bien, ¿podemos descartar sin más ‘lo cultural’? Hacerlo sería también simplificar la dinámica de los procesos históricos y condenarnos a la incompreensión. De lo que se trata, en todo caso, es de variar la lente de observación.

En esta línea, hacia finales del siglo XIX, principios del siglo XX se publica en nuestra región una obra, Ariel, de la mano de un autor uruguayo, Enrique Rodó, que tendría amplia repercusión. En las palabras de Deves Valdéz (2000, p. 29), Ariel define: “Un modelo identitario de reivindicación, defensa e incluso exaltación de la propia manera de ser, la latina, por valores, idiosincrasia, cultura y etnia, diversa de la defendida por la generación finisecular que se definía por la “nordomanía”, identificación con un modelo extraño”.

En efecto, con Ariel empieza a tomar forma la discusión en torno a la identidad cultural ‘mestiza’ de América Latina y, más importante aún, de las diferencias con lo que sería considerado el “exterior constitutivo” (Laclau, 2005): los Estados Unidos. No fue casualidad que así fuera: para esta época el país del norte se estaba transformando en una potencia global y hacía sentir su presencia a los débiles estados vecinos del sur¹⁵.

Frente al coloso, Rodó reclama la herencia cultural hispana de nuestra región, así como lo que denomina ‘el sentido idealista de la vida’ *vs* el utilitarismo norteamericano y la ‘sensualidad’ *vs* la racionalidad protestante. Se inicia así un debate que durará varias décadas y que tendrá diversos matices: cultural, social, económico, en un

15 Entre otras, cabe recordar la intervención en la segunda guerra de independencia de Cuba (1895-1898) frente a España y la imposición de la Enmienda Platt, que le otorgaba el derecho a intervenir en los asuntos internos del país caribeño. En esa ocasión también logró avanzar sobre el status de Puerto Rico, -en la práctica una semicolonial- que se mantiene con escasas modificaciones hasta la actualidad.

proceso paralelo e inacabado de construcción, ahora sí, de las identidades nacionales de los estados latinoamericanos (Funes, 2006). No podemos desarrollar aquí esta cuestión por lógicas limitaciones espaciales, pero sí al menos apelar a la necesidad de recuperar los recorridos de la intelectualidad regional que, en las primeras décadas del Siglo XX, enfrentó la ardua tarea de definir el perfil cultural específico de nuestra región. Parte de esa discusión se tradujo en nuevas conceptualizaciones que, aunque no tuvieron el mismo éxito que la noción de ‘América Latina’, señalan los distintos énfasis en aspectos considerados clave de nuestra identidad. Nace así, por ejemplo, la noción de “Indoamérica” de la mano del intelectual peruano Víctor Raúl Haya de la Torre (entre 1924-1928), que enfatiza en su definición lo que él considera como rasgo característico de América Latina: la fusión ibérico-indígena (Portocarrero Grados, 2022). La categoría se construyó en diálogo con los aportes de otro importante pensador peruano, José Carlos Mariátegui¹⁶ y del intelectual mexicano, José Vasconcelos¹⁷. El debate, para esa misma época, esclarece la importancia de nominar a nuestra región, resaltando la íntima vinculación entre determinadas categorías y las posiciones políticas de los actores. Así, ‘Hispanoamérica’ se revela como un nombre que busca en el pasado colonial español la clave identitaria regional y que, en el presente de la época, pretende priorizar los lazos con la antigua ‘madre patria’; por su parte, ‘Iberoamérica’ se diferencia de la anterior categoría en que incluye, ahora sí, a la América lusitana como parte

16 Quien postula inicialmente la noción de “América indo española”. Mariátegui es autor de varias obras, una de las más conocidas es quizás “Siete ensayos de interpretación de la realidad peruano” donde se aborda por primera vez desde una perspectiva socio-científica anclada en el marxismo el problema de las comunidades indígenas, su explotación por parte de la población blanco-mestiza y el despojo de sus tierras ancestrales.

17 Estrechamente asociado a la reforma del sistema educativo de México luego de la revolución de 1910, Vasconcelos es autor de varias obras de amplia difusión en nuestra región; una de las más notables fue “La raza cósmica”, donde planteaba que en América Latina había nacido una “quinta raza”, producto de la aglomeración de todas las razas del mundo, lo cual la situaba en una posición privilegiada en el devenir de la humanidad.

de América Latina; comparte de todas maneras la misma intención a futuro así como la misma definición identitaria basada en el pasado colonial. Los abanderados del ‘indoamericanismo’ también discuten con los defensores del ‘panamericanismo’, que vuelve a replantear la vieja división Europa/América a los fines de priorizar la relación con los Estados Unidos; claramente, el difuso conjunto de ideas que expresa el panamericanismo será férreamente defendido por ese país.

Hacia los años 40 del siglo XX el debate se sumerge en un cono de sombras ante el desarrollo de la 2da Guerra Mundial. Sin embargo, reaparecerá pronto, hacia finales de esa misma década, pero ahora en clave económica. Será el turno de la Comisión Económica Para América Latina (CEPAL) de marcar su impronta en la definición de las marcas identitarias regionales.

En este sentido, este organismo creado por la Organización de las Naciones Unidas luego del conflicto bélico¹⁸ “contribuyó ostensiblemente a crear la América Latina que conocemos hoy” (Ramos, 2020, p. 2). La CEPAL, a tono con la época¹⁹ y con su misión fundacional, centró su mirada en otros tópicos diferentes a los que por entonces caracterizaban los debates en el seno de la intelectualidad regional; esto es: se centró en los problemas vinculados al desarrollo económico.

En el marco de este proceso, la CEPAL fue construyendo y sedimentando la idea de una América Latina subdesarrollada *vs* un centro capitalista mundial desarrollado²⁰. Será el argentino Raúl Prebisch el que logre traducir estas ideas en una teoría económica de amplia tra-

18 La CEPAL nació en 1948 en el marco del debate en Naciones Unidas acerca de cómo afrontar los problemas vinculados al desarrollo económico en regiones subdesarrolladas. Esta discusión se asociaba al intento de evitar que extensas regiones se vieran ‘tentadas’ de transitar el camino al socialismo. Se crearon varias Comisiones, aunque la más exitosa fue sin dudas la que se instaló en nuestro subcontinente.

19 Que en las palabras de Deves Valdéz (2003) se corresponde con un “ciclo modernizador”; esto es, un momento donde el énfasis pasa al intento de “ponerse al día”, de “alcanzar” a los países desarrollados, en desmedro de discusiones más vinculadas con cuestiones culturales/identitarias.

20 Integrado básicamente por Estados Unidos y Europa Occidental.

vectoria, el estructuralismo latinoamericano²¹, y formule la noción de la condición periférica de nuestra región, delineando así sus límites.

Con la CEPAL también empiezan a identificarse problemáticas comunes que trascienden las fronteras entre los países y que, a su vez, guardan marcadas diferencias con Estados Unidos y Canadá. El problema del latifundio es uno de los más claros, así como el hecho de haber experimentado una temprana urbanización sin una industrialización equivalente. En la misma línea, el organismo contribuyó decisivamente a modernizar a los estados de la región bajo parámetros similares -reforzando así la idea de un marco y un destino común- al proveerlos de instrumentos para la planificación económica²². Finalmente, y de la mano de un proceso que se consolidará en la segunda mitad del siglo, los postulados a favor de la integración terminarán de sedimentar la noción de una región que, más allá de sus diferencias, guardaba importantes semejanzas.

Cabe destacar que es recién en estos años que Brasil queda definitivamente incorporado a América Latina, consolidándose así el grupo de 'los tres grandes' -junto a México y Argentina-, que merecieron especial atención por parte del organismo. Nótese, de todas maneras, que la CEPAL no contempla al Caribe como parte de América Latina; esa será una tarea que recién asuma en los años 80²³ y lo hará identificando a esta subregión como portadora de una identidad específica²⁴.

21 "La escuela estructuralista (...) presenta una visión propia del desarrollo económico latinoamericano a partir de cierto grado de ruptura con las visiones "eurocéntricas", de la afirmación de los intereses propios del Sur y, por tanto, del estudio de la especificidad del desarrollo latinoamericano en el contexto de la economía mundial. El punto de partida era el análisis del sistema centro-periferia, por lo cual la economía mundial estaba conformada por dos grandes polos que interactuaban entre sí" (Sztulwark, 2003, p. 8).

22 En sus orígenes -y hasta los años 80- vinculada a la industrialización por sustitución de importaciones.

23 En efecto, en 1984 la CEPAL cambia su nombre y adopta el de "Comisión Económica Para América Latina y el Caribe".

24 Cuba planteaba aquí un problema al estar comúnmente asociada al resto de los países de la región. La adopción del socialismo por este país en 1962, sin embargo, resolverá el inconveniente al separarla del devenir económico de la región.

Hacia los años 60, y nuevamente desde el seno de la CEPAL, emergerá un nuevo conjunto de ideas que terminarán de delinear el perfil de América Latina en el sistema internacional. Nos referimos aquí a la/s teoría/s de la dependencia, con sus distintas vertientes, que definirán la identidad regional ya no sólo en términos de subdesarrollo sino de dependencia estructural²⁵.

La/s teoría/s de la dependencia sumaron al debate sobre la identidad regional cuestiones vinculadas no sólo al campo económico sino también a la estructura social. En especial los aportes de Cardoso y Faletto (1969) posibilitaron identificar los múltiples lazos que unían a las burguesías latinoamericanas con las élites económicas de los países centrales, consolidando así una situación de dependencia que lejos estaba de poder resolverse con políticas públicas adecuadas, tal como hasta entonces postulaban los economistas de la CEPAL. En la misma línea, mantener la mirada a nivel del sistema internacional permitió identificar que la dependencia se sostenía también en razones políticas, en el marco además del desarrollo de la Guerra Fría. Para diversos actores latinoamericanos “romper” con la dependencia implicaba una acción política disruptiva que quebrara los vínculos

25 De acuerdo a Nahón, Rodríguez Enríquez y Schorr (2004, pp. 341-342) se pueden identificar tres grandes vertientes de la teoría de la dependencia: “la primera corriente se propuso construir una teoría del subdesarrollo cuya principal idea era que el subdesarrollo es directamente causado por la dependencia de las economías periféricas respecto a las centrales, siendo por tanto el capitalismo periférico incapaz en sí mismo de generar un proceso de desarrollo”: La “salida” al subdesarrollo era entonces la revolución socialista. Un segundo grupo tuvo como “característica unificadora (...) el análisis de lo que se llama “situaciones concretas de dependencia”. Este enfoque rechazaba los intentos de construir una teoría general de la dependencia y buscaba comprender los procesos de lucha al interior de los países que mediaban entre la influencia externa y el desarrollo local”. Los exponentes más conocidos fueron Fernando Cardoso y Enzo Faletto, y su célebre obra “Dependencia y desarrollo en América Latina”. Finalmente, una tercera línea “representada por el trabajo de economistas como Sunkel y Paz (1980) y Furtado (1966), quienes buscaron reformular el análisis original de la CEPAL y enfatizar los obstáculos para el desarrollo nacional que surgían de las condiciones externas a las que estaban sujetas las economías periféricas”.

de nuestros países con el capitalismo global y se sumara al campo socialista.

Más allá del devenir de estos proyectos, lo cierto es que tanto el estructuralismo como la/s teoría/s de la dependencia consolidaron una cierta idea de ‘lo que es’ América Latina que se mantuvo hasta la actualidad²⁶. En el próximo apartado indagamos precisamente en algunas transformaciones verificadas en las últimas décadas.

4. Redefiniendo lo ‘latinoamericano’

En 2011, hace poco más de diez años, el historiador argentino Ernesto Bohoslavsky publicaba un artículo donde planteaba que “el continente americano se encuentra hoy en un proceso de acelerada diferenciación interna” (2011, p. 8). Recordemos que decía esas palabras en un contexto donde la integración regional se encontraba en auge, impulsada por lo que por entonces se llamaba los gobiernos ‘progresistas’ o ‘de la nueva izquierda’ (Stoessel, 2015) y donde el discurso a favor de una identidad y de un proyecto común era validado desde las máximas instancias de decisión de los principales estados latinoamericanos. Una década después los procesos de los cuales el autor advertía en ese entonces no sólo continuaron, si no que se profundizaron.

Bohoslavsky (2011: 8) identificaba tres grandes tendencias:

- a. “un proceso de diferenciación social hacia adentro y de asimilación hacia afuera” de las élites locales;

26 Cabría agregar que esa idea también fue abonada desde otros espacios. Ocupa aquí un lugar privilegiado las transformaciones en el seno de la Iglesia católica post Concilio Vaticano II y los debates regionales en torno a la Teología de la Liberación, con amplias proyecciones sociales y políticas (Morello, 2007). En el mismo sentido operaron las reflexiones en torno a los aportes del marxismo para entender la realidad “latinoamericana” así como su traducción en proyectos políticos diversos que, en ocasiones, asumieron como herramienta fundamental la lucha armada.

- b. “la emergencia cada vez más notoria y poderosa (...) de las fuerzas de los pueblos originarios y sus descendientes (...) [que] desafía la tranquilizadora noción de mestizaje,” y
- c. la “diferenciación creciente del continente [a partir del] Tratado de Libre Comercio de América del norte”.

El primer punto refiere claramente a la globalización y sus impactos diferenciales en términos culturales, económicos y sociales respecto a la estructura social de los países latinoamericanos. En otros términos: nuestras élites se globalizan, participando de beneficios y circuitos exclusivos articulados en relación con los recursos de los que disponen²⁷, mientras importantes sectores sociales son empujados a la marginalidad y la exclusión y la amplia mayoría apenas si logra sostenerse en la misma posición social, abandonada ya la idea de ‘progreso’ intergeneracional. Así, la integración con otras élites globales difumina lo ‘latinoamericano’ de los sectores dirigenciales, a favor de una cultural global definida, principalmente, por ciertas formas excluyentes de consumo.

Cabría agregar, de todas maneras, que lejos han estado históricamente las élites latinoamericanas de las necesidades de los pueblos de nuestra región. Esta es la idea que expresa Agustín Cueva, un importante intelectual ecuatoriano, ya en los tempranos 80s, donde también identifica lo que él llama “rápida transnacionalización de la alta cultura”. Para Cueva (1988, p. 72), lo relevantes es que “la lógica de articulación [de las sociedades nacionales] (...) es cada vez menos local y más transnacional, y los centros de decisión última no residen, precisamente, en aquella mítica voluntad nacional”.

Siguiendo a Cueva (1988), entonces, la primera tendencia que señala Bohoslavsky (2011) no parece tan novedosa, sino que cuenta con una densa historia que se rearticula en función del momento histórico concreto. En la actualidad, es claro que ese ‘despegue’ de las realida-

27 Recursos que no sólo deben entenderse en términos económicos. Asimismo, la participación en una ‘cultura global’ implica acceder a alternativas de ocio y disfrute personal, acceso a bienes y servicios y un largo etcétera de los cuales se ven excluidos la mayoría de la población mundial.

des locales por parte de sectores importantes de las élites regionales imposibilita siquiera volver a situar en la agenda pública la posibilidad del desarrollo ‘nacional’ y ‘latinoamericano’, en sintonía con la idea de ‘patria grande’ que dominaba el discurso político hasta hace apenas algunos años atrás.

En lo que respecta al segundo punto lo cierto es que la politización de las identidades de las comunidades originarias también cuenta con vastos antecedentes; lo novedoso parece ser, en todo caso, que en algunos de esos procesos de politización la clave de diferenciación es tan excluyente como lo fue en su momento la idea de nación que acompañó la construcción de los Estados latinoamericanos actuales (García, 2008). Sin embargo, y paradójicamente, no ha sido desde esas comunidades desde donde han emergido las principales amenazas contra la unidad estatal; cabe recordar, en ese sentido, los recurrentes intentos de construir una identidad ‘camba’ o ‘cruceña’ en Santa Cruz de la Sierra, región de Bolivia, en los últimos decenios (Zapata Rioja, 2011). Así, la politización de la etnicidad lejos ha estado de circunscribirse a las comunidades de pueblos originarios y parece traducir, más bien, un proceso de redefinición de las relaciones con el estado, en algunos casos, y una nueva -y radical- traducción del eterno racismo imperante en nuestras sociedades-, por otro. En esta línea, se podría considerar que estos procesos constituyen una amenaza para una definición no excluyente de nuestra región en la medida en que nieguen su intrínseca diversidad; esto es: que descansen en perimidas concepciones de ‘lo latino’ en base a su ascendiente o vinculación europea. Por el contrario, las reivindicaciones ligadas a nuevas politizaciones que demanden reconocimientos históricamente negados son más que bienvenidas. En este sentido, las últimas reformas constitucionales de nuestra región han avanzado de forma sustancial en esa dirección²⁸.

28 Nos referimos a los casos de Ecuador (2008) donde se reconoce la plurinacionalidad del Estado y Bolivia (2009), que utiliza la misma categoría. Al momento de la escritura de este artículo se estaba por plebiscitar el proyecto constitucional de Chile que también sumaba esta noción. El proyecto fue rechazado en la votación del día 4 de septiembre del corriente año.

Finalmente, el tercer aspecto señalado por Bohoslavsky (2011) da cuenta de un proceso de fractura regional de consecuencias insospechadas a futuro; para los primeros años del Siglo XXI eran claros sus impactos en relación con lo que el mismo autor denomina “americanización” de la cultura mexicana -la incorporación de patrones culturales propios del coloso del norte; así como del redireccionamiento de sus vínculos económicos, sociales y políticos con Estados Unidos. Hoy es claro, además, que ese proceso abarca también a los países centroamericanos y del Caribe, con la sola excepción de Cuba. A través de distintos mecanismos²⁹ Estados Unidos ha logrado amarrar firmemente a parte de nuestra región a sus propias dinámicas económicas, políticas y culturales. Es un proceso que inclusive alcanza a Colombia y aún a más países si consideramos la difusión del modelo de consumo y del estilo de vida norteamericano. Mas allá de adherir a una concepción cambiante de las pautas culturales lo cierto es que los procesos recientes indican que el cambio sólo ocurre ‘en una dirección’; más que cambio endógeno, se asemeja en ocasiones a un nuevo proceso de aculturación³⁰ caracterizado, una vez más, por su asimetría.

Si el impacto de este proceso sobre nuestra idea actual de América Latina tiene enormes proyecciones también lo tiene al considerar las prácticas políticas concretas de los principales actores a nivel nacional y regional. Por caso, si focalizamos la mirada en los proyectos de integración, el último intento que incluyó a México de forma integral es del año 1980. En esa fecha se creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), heredera de la histórica Asociación

29 Que abarcan desde la firma de tratados de libre comercio hasta la ‘ayuda’ militar o en temáticas de seguridad.

30 Así se denominó tradicionalmente al proceso mediante el cual se desestructuraron y rearticulaban sobre nuevas bases las culturas originarias americanas luego de la conquista y colonización. En los términos de Pérez Brignoli (2017: 101), que recupera a su vez los aportes de Wachtel (2011): “la aculturación se mueve en gradaciones, desde lo impuesto (conquista) a lo espontáneo (indígenas en las fronteras de la colonización), y desde la integración (por ejemplo, Apaches y Araucanos incorporando el caballo y las armas de fuego a su cultura) a la asimilación (los elementos extranjeros acaban por eliminar los componentes indígenas)”.

Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) de 1960. Los procesos que se pusieron en marcha a partir de entonces, y en especial luego de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) asumieron la íntima vinculación de este país con los Estados Unidos. La única excepción fue la Alianza del Pacífico (AP) en 2011³¹, que reúne, precisamente, a los países que tienen firmados y vigentes acuerdos comerciales con la primera potencia global; asimismo, cabe destacar que la principal misión de la AP es facilitar la vinculación de las economías de los países miembros con la región del Asia-Pacífico, especialmente con China; esto es: no es su objetivo crear una región integrada a semejanzas de la Unión Europea o aún más, del más modesto Mercado Común del Sur (MERCOSUR)³², sino profundizar la vinculación de las economías domésticas con el mercado internacional.

En esta línea, durante los primeros años del siglo XXI los países de Sudamérica -bajo el signo ideológico de los gobiernos de la “nueva izquierda latinoamericana” (Stoessel, 2015)- avanzaron con la idea de construir una comunidad con la capacidad de articular a nivel sistémico la voz de nuestra región; nos referimos, claro está, a la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR)³³; no casualmente, su alcance se limitó a los países sudamericanos. Tuvo la novedad de admitir, por

31 Proyecto que incluye a Chile, Perú, Colombia y México.

32 Integrado inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. En 2006 Venezuela firmó el Protocolo de Adhesión y se transformó en un nuevo miembro pleno. Ese proceso recién concluyó en 2012. Sin embargo, en 2017 Venezuela fue suspendida y luego expulsada del MERCOSUR por los gobiernos de los países originarios que, por entonces, habían cambiado su orientación política e ideológica. Actualmente Bolivia se encuentra en proceso de incorporación al MERCOSUR. Cabe destacar que ninguno de los países integrantes de este proceso tiene firmado acuerdos comerciales de libre comercio con Estados Unidos.

33 El nombre de UNASUR ya invitaba a polémicas: ¿era una unión de naciones o de estados? En sus escasos 9 años de vida (desde la última ratificación que permitió la entrada en vigencia del Tratado Constitutivo en 2010, hasta su denuncia en 2019 por casi todos sus miembros) también invitó a debatir en torno a los alcances de la integración (¿fue un proceso de integración o de cooperación política?) y a la orientación de las acciones cooperativas (¿sólo estuvo ligada a experiencias progresistas o era posible sostener la iniciativa más allá del signo ideológico de sus gobiernos, como parecía delinearse en sus primeros años?).

primera vez, a Surinam y Guyana como países latinoamericanos en forma plena; a su vez, excluyó claramente a México, los países centroamericanos y al Caribe. Se observa aquí, entonces, un proceso de redefinición -hasta nos atreveríamos a decir geopolítico- de alcances inciertos, pero que tiende a limitar -política y culturalmente- los alcances de lo que hasta entonces entendíamos por América Latina.

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que a las tres tendencias señaladas por Bohoslavsky (2011), se le contraponen la indudable multiplicación de los vínculos entre las sociedades latinoamericanas en los últimos años. Es notorio, en este sentido, la proliferación de acuerdos e intercambios académicos, educativos, culturales y sociales que con creciente velocidad atraviesan las fronteras estatales. En la misma dirección, hoy conocemos más de las distintas manifestaciones culturales de la región que hace algunas décadas atrás, lo cual también ha permitido consolidar la idea de una cierta proximidad cultural que se resiste a ser catalogada. Aun así, un interrogante central persiste: ¿Qué es 'hoy' América Latina?

5. Reflexiones finales (y provisionales)

Como intentamos dejar en claro a lo largo del artículo, 'América Latina' es, en primer lugar, una construcción. En el proceso de 'crearla' han intervenido diversos factores, generalmente inadvertidos si no reponemos los procesos históricos de nuestra región en el debate. Asimismo, hemos intentado poner de manifiesto que en ese devenir de 'construir una región' ha sido fundamental la definición de un 'otro', un espejo en el cual mirarse para deslindar diferencias. Ese lugar, al menos desde principios del siglo XX, lo ha ocupado Estados Unidos.

Por otro lado, también es claro que nuestra idea actual de lo que América Latina *es* se remonta, en una proporción considerable, a los debates intelectuales generados a partir de mediados del siglo pasado; esto es: la condición periférica, subdesarrollada y dependiente, que otorgó un persistente marco de interpretación que permitió in-

terpretar y analizar los problemas de un conjunto determinado de países que se asumían similares al menos en función de ciertos patrones históricos comunes. Desde ya que esa construcción también se consolidó de la mano de las disputas entre diversos actores sociales que hicieron propia y se reconocieron en la categoría de 'latinoamericanos'. También, que no ancló sólo en una mera enunciación discursiva, sino en los múltiples intentos previos de 'definirnos'.

En esta línea, nada garantiza que lo que consideramos que América Latina *es* se mantenga en el futuro; diversas tendencias señaladas en las páginas anteriores dan cuenta de tectónicos procesos de redefinición de carácter político, cultural y socioeconómico. Aquí no hicimos más que mencionar a algunos dejando de lado, por caso, las discusiones en torno a cómo categorizar a Brasil si la promesa de transformarse en gran potencia mundial algún día se hace realidad.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que los procesos actuales dan cuenta de que nada es inmutable; ni siquiera las identidades. Quizás no se trata de que América Latina desaparezca, sino sólo de que logre reconocer en otra clave su intrínseca diversidad, que hace verdaderamente imposible captar una esencia que siempre parece escaparse de cualquier delimitación arbitraria.

Referencias

- Ardao, A. (1991): *España en el origen del nombre América Latina*. Montevideo: Biblioteca de Marcha.
- Ayala Mora, E. (2013): El origen del nombre América Latina y la tradición católica del siglo XIX, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, vol. 40, núm. 1, enero-junio, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia (pp. 213-241).
- Bohoslavsky, E. (2013): Algunas reflexiones sobre la historiografía actual de América Latina, *Cuadernos del GESCAL*. Año 1, N° 1, Agosto (pp. 1-8).

- Bohoslavsky, E. (2011): ¿Qué es América Latina? El nombre, la cosa y las complicaciones para hablar de ello, en E. Bohoslavsky; E. Geoghegan y M.P. González, (comp.), *Los desafíos de investigar, enseñar y divulgar sobre América latina*. Actas del taller de reflexión TRAMA, Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Cardoso, F. y Faletto, E. (1969): *Dependencia y desarrollo en América Latina*, México: Siglo XXI.
- Cueva, A. (1988): La cuestión democrática en América Latina: algunos temas y problemas, en *Estudios Avanzados* vol. 2 no. 1 São Paulo Jan. / Mar. (pp. 41-77).
- De Roux, R. (2017): La Iglesia católica en América Latina a la hora del papa Francisco, *Caravelle* [En línea], 108. Consultado el 01 septiembre de 2022.
- Deves Valdez, E. (2000): *Del Ariel de Rodó a la CEPAL (1900-1950)*, Buenos Aires: Biblos.
- Deves Valdez, E. (2003): *El pensamiento latinoamericano en el siglo XX*. Tomo II, Buenos Aires: Biblos.
- Fausto, B. (2003): *Historia concisa de Brasil*, Buenos Aires: FCE.
- Funes, P. (2006): *Salvar la Nación. Intelectuales, cultura y política en los años veinte latinoamericanos*, Buenos Aires: Prometeo.
- García, F. (2008), *Identidades, etnicidad y racismo en América Latina*, Ecuador: Flacso.
- Guerra, F.X. (1994): *De los imperios a las naciones*, Zaragoza: Iberoamérica.
- Klein, H (1986): *La esclavitud africana en América latina y el Caribe*, Alianza editorial, Madrid, 1986.
- Laclau, E. (2005): *La razón populista*, Buenos Aires: FCE.
- Mariátegui, J.C (2005): *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Buenos Aires: El Andariego.
- Morello, G. (2007): El Concilio Vaticano II y su impacto en América Latina: a 40 años de un cambio en los paradigmas en el catolicismo, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XLIX, núm. 199, enero-abril (pp. 81-104). Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42119905>.
- Nahón, C.; Rodríguez Enríquez, C. y Schorr, M. (2004): El pensamiento latinoamericano en el campo del desarrollo del subdesarrollo.

- Trayectoria, Rupturas y Continuidades [en línea]. Disponible en <https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/critica/C06Nahonetal.pdf> [Consulta: 01/06/2008].
- Pérez-Brignoli, H. (2017): Aculturación, transculturación, mestizaje: metáforas y espejos en la historiografía latinoamericana, en *Cuadernos de Literatura* V. 21 N. 41, pp. 96-113.
- Portocarrero Grados, R. (2022): El concepto de Indoamérica en Víctor Raúl Haya de la Torre, 1924-1945, *Revista del Archivo General de la Nación*, 37, (pp. 119-136).
- Prado, D. (2021): *Lenguas indígenas de los países iberoamericanos*, España: Organización de Estados Iberoamericanos.
- Ramos, H. (2020): La relación entre integración regional y desarrollo económico en el pensamiento temprano de la CEPAL, *Historia Regional*. Sección Historia. ISP N° 3, Villa Constitución, Año XXXIII, N° 43, Julio-diciembre 2020, pp. 1-14.
- Stoessel, S. (2015): Giro a la izquierda en la América Latina del siglo XXI: Revisitando los debates académicos, *Polis. Revista Latinoamericana*; no. 39, (pp. 1-22).
- Sztulwark, S. (2003): *El estructuralismo latinoamericano. Fundamentos y transformaciones del pensamiento económico de la periferia*. Buenos Aires: UNGS.
- Zapata Rioja, D. (2011): Identidad y otredad en la Santa Cruz del Siglo XXI, *Mojón* 21, junio, pp. 29-31.

SUPERINCENDIOS Y DERECHO PENAL

SUPERFIRES AND CIMINAL LAW

Juan Manuel Díaz¹

Universidad Católica de Santa Fe

“Lo que Bagheera quería decir al hablar de la Flor Roja era el fuego.
En la Selva nadie lo llama por su nombre.
Tanto lo temen que no se atreven ni a nombrarlo.”

Ruyard Kipling, *El Libro de la Selva*.

Resumen

El presente trabajo efectuará un análisis histórico y dogmático del tipo penal de incendio doloso previsto en el artículo 186 inc. 1 del Código Penal argentino. La realidad implicada en los nuevos fenómenos climáticos de origen antrópico, como los superincendios o megaincendios, gravemente dañosos de los bienes ambientales

1 Doctor en Derecho (UCSF), Abogado (UCSF), Docente de Grado y Posgrado, Delegado Decanal Facultad de Derecho y Ciencia Política, UCSF, Sede Santos Mártires Posadas, Misiones, Ex Ministro de Ecología y Recursos Naturales Renovables de Misiones. Director del Proyecto de Investigación: La tutela penal del ambiente en la legislación argentina y comparada. Bienes jurídicos tutelados desde una perspectiva constitucional, Aprobado por Resolución N° 7397/21 Consejo Superior, UCSF, en cuyo contexto se enmarca el presente trabajo. juandiaz@ucsf.edu.ar; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0970-582X>

y naturales, posee incidencia en el fenómeno normativo, a partir de la recepción de los mismos, o de sus derivaciones y consecuencias, en el derecho penal comparado, que en dicho contexto debe nutrirse del aporte de otras disciplinas. El posterior análisis normativo y jurisprudencial de los hechos recaídos bajo la materia del artículo 186 del Código Penal, y los rasgos antropocéntricos que aquellos denotan, revelará la insuficiencia de los preceptos de la ley penal argentina para adecuarse al nuevo paradigma ambiental, surgido en el Constitucionalismo moderno como intento para dar respuesta al apremiante contexto ambiental y climático, para el cual en el mundo científico se ha recurrido a la denominación de Antropoceno.

Palabras claves: Derecho Penal; delito de Incendio; Antropoceno; paradigma ambiental; derecho comparado; delito ecológico

Abstract

The present paper will carry out a historical and dogmatic analysis of the criminal type of arson foreseen in Art. 186 inc. 1) of the Argentine Penal Code. The reality involved in the new climatic phenomena of anthropic origin, such as superfires or megafires, seriously damaging environmental and natural assets, has an impact on the normative phenomenon, from the reception of the same, or from their derivations and consequences, in comparative criminal law, which in this context must be nourished by the contribution of other disciplines. The subsequent normative and jurisprudential analysis of the facts reported under the matter of Art. 186 of the Criminal Code, and the anthropocentric features that they denote, will reveal the insufficiency of the precepts of Argentine criminal law to adapt to the new environmental paradigm, emerged in the Modern constitutionalism as an attempt to respond to the urgent environmental and climatic context, for which the name Anthropocene has been used in the scientific world.

Keywords: Criminal law; arson crime; Anthropocene; environmental paradigm; comparative law; ecological crime

1. El Antropoceno, la era de los superincendios

El 1 de marzo de 2019, la Resolución N° 73/284 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) declaró el Decenio de las Naciones Unidas sobre la Restauración de los Ecosistemas (2021-2030), con el principal objetivo de “prevenir, detener e invertir la degradación de los ecosistemas en todo el mundo y concienciar sobre la importancia del éxito de la restauración de los ecosistemas”. En el mismo realizaba un llamamiento a todas las naciones a incluir la restauración en los planes y políticas dedicadas al desarrollo nacional, así como a prevenir la degradación de los ecosistemas mediante la formulación de políticas y planes al efecto (Resolución A/RES/73/284, Asamblea General de las Naciones Unidas, 01 de marzo de 2019).

El más reciente informe de la Plataforma Intergubernamental de Ciencia y Política en Biodiversidad y Ecosistemas (IPBES, Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, por sus siglas en inglés) ha trazado un diagnóstico devastador, la naturaleza está sufriendo el período de mayor retroceso y deterioro de los ecosistemas sin precedentes en la historia humana, y ello ocurre como consecuencia de las actividades humanas no reguladas (Plataforma Intergubernamental Científico-Normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas, 2019).

De seguir el presente ritmo, un millón de especies de animales y plantas corren el riesgo de desaparecer, mientras que el planeta Tierra posee las tres cuartas partes de su superficie terrestre deteriorada, y dos tercios de los océanos con alteraciones significativas en sus aptitudes para sostener las cadenas tróficas que se desarrollan en él, y en definitiva sostener la vida (Ibidem), incluso la vida humana, y las causas de dicho declive son antropogénicas (Ibidem). Comprometidos por la crisis ambiental se hallan también los medios de sustento del ser humano, según informes de la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), 3 de cada 4 cultivos que se desarrollan en la Tierra dependen en alguna medida de la polinización, proceso natural que no puede ser sustituido por ninguna

tecnología humana (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2022).

Rápidamente las advertencias y admoniciones cobraron sentido cuando, en septiembre de 2019 se desataron en Australia, una serie de incendios de naturaleza que, al cabo de casi ocho meses devoraron cerca de 25 millones de hectáreas, pereciendo en ellos 25 personas y 3 mil millones de animales (Fondo Mundial de la Vida Silvestre, 28 de julio de 2020), sin contar los invertebrados.

Dichos incendios estaban inaugurando o continuando un período no de restauración, sino de destrucción, originado por la huella humana en el planeta.

Antes o después el panorama dantesco se repetiría en California, el Amazonas, el Cerrado paranaense, el Chaco paraguayo, Siberia, el Delta del Río de la Plata, en los Esteros del Iberá... La multiplicación del riesgo de incendio por doquier, en uno u otro rincón del planeta en el que aún exista vegetación natural que actúe como combustible, nos inspira un sentimiento de fragilidad colectivo. Sabiamente expresa el Santo Padre Francisco en Fratelli Tutti, “nadie se salva solo... únicamente es posible salvarse juntos” (Papa Francisco, 2020).

Durante los meses del gran incendio del Iberá, la provincia de Corrientes vio consumirse por las llamas el 12% del territorio provincial, con una superficie quemada al 27 de febrero de 2022 es de 1.042.514 hectáreas (Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, 2021), la mayor parte de ellas constituidas por vegetación de bañados, o esteros, es decir en zonas de vegetación no forestales.

Si bien no hay estadísticas del número de individuos de diferentes especies que se hayan visto afectados, sí se han descripto las consecuencias devastadoras de los incendios para la fauna de la región, en las que se impacta toda la cadena trófica, desde los pequeños mamíferos, pasando por los medianos, hasta las aves (Servicio Nacional de Manejo del Fuego, 2020a), pereciendo miles de individuos de manera directa, y destruyéndose fuentes de provisión de alimentos, nidos, refugios, hábitats enteros. Uno de los rasgos distintivos que deja a su paso un incendio de grandes proporciones es el silencio.

Lo acaecido en Corrientes, así como en Australia y otras latitudes, es un fenómeno nuevo, un nuevo Leviatán desatado por múltiples factores en los que subyace siempre la acción humana, y que los expertos han denominado como superincendio.

Los superincendios, mega incendios, o incendios de sexta generación, son fuegos de comportamiento extremos e impredecibles, liberan energía térmica equivalente a bombas atómicas y generan corrientes de aire que modifican la atmósfera a su alrededor. Pueden provocar no sólo nubes, sino tormentas, lluvia y rayos, a través de la formación de *pyrocumulus* o “nubes de fuego”, y sus daños son devastadores siendo capaces de consumir 5000 has. de bosque por hora (Carpentier y Huonnic, 2022). Superan la capacidad de anticipación de los servicios de manejo del fuego y también su capacidad de extinción. Pueden transportar partículas ígneas que generan nuevos focos a una gran distancia del epicentro, así como material particulado contaminante a cientos o miles de kilómetros de distancia, afectando directamente la salud respiratoria de habitantes de pueblos o ciudades enteras (Varo, 2021).

Su aparición está íntimamente ligada a las condiciones extremas que el cambio climático origina en los bosques y otros ecosistemas vía estrés hídrico y la acumulación de biomasa en el suelo forestal. El aumento de las temperaturas globales, con olas de calor más intensas, y el incremento de los períodos de sequía, propios de los fenómenos relacionados al fenómeno global del cambio climático potencia estos escenarios favorables a la aparición de incendios descontrolados.

El último informe de la Base de Datos Climáticos de la 3ra. Comunicación Nacional de la República Argentina a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, que incluye información de diferentes variables climáticas sobre la República Argentina para el clima presente y futuro, señala que “En el oeste y notoriamente en el norte del país, ha habido un cambio hacia la prolongación del periodo seco invernal. Esto podría estar generando problemas en la disponibilidad de agua para las poblaciones, condiciones más favorables para incendios incontrolados de bosques

y pasturas” (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, 2015).

Si bien el daño que provocan es catastrófico, su origen pueden ser acciones cotidianas ínfimas, una colilla de cigarrillo que se tira aún encendida al costado de un camino, lamínima negligencia de no apagar bien las brasas de un asado campestre, o prácticas culturales arraigadas y hasta el día de hoy toleradas o socialmente aceptadas, como la quema de pasturas para el posterior laboreo de la tierra, en ausencia de autorización estatal para quema controlada.

Por lo tanto el riesgo ínsito en estas acciones negligentes o descuidadas, incluso toleradas por motivos económicos, en otros casos dolosas, es mucho mayor objetivamente considerado de lo que normalmente ha sido.

De acuerdo con las estadísticas oficiales en Argentina, en un 95% los incendios son causadas por el obrar humano, mediante acciones dolosas o culposas, según la información que surge del Servicio Nacional de Manejo del Fuego.

Otras estadísticas permiten diferenciar los hechos dolosos de culposos. En un estudio realizados para la comunidad autonómica de Andalucía, durante el período de 2015 a 2019, el porcentaje de los incendios intencionados osciló entre el 35% y el 45%, el de los negligentes entre el 30% y el 40%, un 10 al 14% de causas desconocidas y sólo en un 2% al 11% tuvieron su origen en causas naturales (Rodríguez Montserrat, 2020). En Italia, por su lado, el Cuerpo Forestal del Estado obtuvo los siguientes datos para el año 2001, 60% de los incendios forestales fueron dolosos, 34,4% culposos, 1,1% naturales, 0,5% accidentales, con una duda en el 4% de los casos (Sistema de Protezione Civile de Italia, 2001). La prevalencia del factor humano en todos los casos es abrumadora.

Esta manifestación del obrar humano sobre el planeta, destructora del medio natural, es una expresión de lo que desde la ciencia moderna se ha dado en llamar Antropoceno, como un período geológico signado por el impacto de la huella antrópica sobre la Tierra, que sucede al Holoceno, período caracterizado por la estabilidad climática y ambiental.

El primer científico en utilizar el término Antropoceno fue Paul Crutzen. Crutzen, premio Nobel de Física en el año 1995, se refirió al mismo en la revista *Nature*, afirmando: “Parece apropiado asignar el término ‘Antropoceno’ a la época geológica presente, en muchos sentidos dominada por los humanos, que complementa al Holoceno, el período cálido de los últimos 10 a 12 milenios. Se podría decir que el Antropoceno comenzó en la última parte del siglo XVIII, cuando los análisis del aire atrapado en el hielo polar mostraron el comienzo de concentraciones globales crecientes de dióxido de carbono y metano. Esta fecha también coincide con el diseño de la máquina de vapor de James Watt en 1784.” (Crutzen, 2002). Bien podría catalogarse al Antropoceno como una era de superincendios.

Si bien el término aún es objeto de disputa en los foros científicos en torno a su pertinencia, o su validez, posee una fuerza simbólica y semántica indiscutible que ha llevado a su popularización.

2. El paradigma antropocéntrico y el paradigma ambiental

La realidad incontestable del cambio ambiental global, que surge de la información científica disponible, reveladora de los impactos antropogénicos sobre las diferentes dimensiones que involucran al funcionamiento de la biosfera, también ha producido su reflejo en el campo jurídico.

Durante los últimos años se asiste en la ciencia jurídica, a la irrupción de lo que se ha denominado el “paradigma ambiental” (Esain, 2015) en contraposición al paradigma antropocéntrico, el cual implica un cambio en el enfoque y métodos jurídicos, del concepto mismo del Derecho en general, a través de una transformación en la cultura jurídica (Cafferatta, 2007) y sus “principios jurídicos estructurantes”, entre los que se menciona especialmente los de prevención, precaución y congruencia (Lorenzetti, 2006a). El paradigma ambiental y su concreción en el campo de las disciplinas jurídicas, el Derecho Ambiental, se enfoca en la protección de los bienes colectivos o plurindividuales, dentro de los cuales cobran un rol destacado los bienes

naturales y aún la misma naturaleza considerada como titular de derechos o, cuando menos, digna de una especial y reforzada protección, porque, a raíz del accionar avasallador y desenfrenado del hombre, ingresa en la categoría de protección de lo ‘débil’, tanto como por lo valioso (Lorenzetti, 2021, p. 22). Como expresa S.S. Francisco, “entre los pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra, que «gime y sufre dolores de parto” (Papa Francisco, 2015, n° 2).

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, y su giro ecológico (Sozzo, 2019, p. 236) es campo fructífero para el florecimiento de nuevas formas de tutela y reconocimiento de los bienes naturales, alejadas de una postura individualista antropocéntrica. Así por ejemplo, la Constitución de Ecuador (2008) estipula en sus artículo 71 y siguientes los derechos de la Naturaleza o Pachamama, entre los cuales se encuentran a que se “respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.”

Dicho paradigma implicaría un desplazamiento de una visión de lo jurídico exclusivamente protectoria de bienes individuales -del ser humano-, tan propia del Derecho Penal², así como un aplazamiento de la mirada patrimonialista sobre los bienes naturales, que también se llama paradigma dominial (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 41) considerados no sólo objeto pasivo de apropiación y utilidad humana, en favor de una mirada más holística (Lorenzetti, 2006a), que da prioridad a los bienes colectivos por sobre los individuales (Lorenzetti, 2006b, p. 425). Este paradigma coloca en el foco de su consideración las necesidades del funcionamiento del sistema natural³, uno de cu-

2 Debemos a la doctrina alemana la noción de ‘Derecho Penal nuclear’, que expresaría la esencia de la protección penal referida a los bienes individuales humanos, y de los bienes colectivos sólo de manera mediata, cuando resulte eficaz para la protección de los primeros. Cf. Sánchez, 1992, p. 270.

3 Cfr. Corte Suprema de Justicia, 2019: “El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.”

yos elementos es la persona humana, sin dudas que el más importante a la luz de la axiología jurídica, pero ya no el único.

En cuanto al bien jurídico ambiente dicho paradigma expresa en todo su alcance la autonomía de dicho bien, que adquiere toda su relevancia constitucional como un valor en sí mismo, y no simplemente un medio al servicio del ser humano.

Desde otro punto de vista también puede afirmarse que promover la protección del sistema natural y su normal funcionamiento no es otra cosa que poner en primer orden de jerarquía aquello que constituye las bases naturales que permiten la vida del hombre sobre la Tierra⁴.

Este paradigma ambiental tiene su origen en la fuente Constitucional del artículo 41 de la Constitución Nacional⁵, así como también se nutre de la construcción jurisprudencial realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶, y del diálogo de fuentes, a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Ambiental en general.

Ello origina un mandato tácito o implícito de adecuación de las normas infra constitucionales al nuevo paradigma establecido en la letra y la praxis constitucional.

Dicho mandato, que es un principio, implica que toda la normativa infra constitucional y en rigor, todo el sistema jurídico, debe interpretarse a la luz de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos y debe ser el reflejo de dicha jerarquización.

4 El título N° III, del Libro Segundo del Código Penal de Paraguay (Ley N° 1160/97), que incluye los delitos ambientales, se denomina "Hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana".

5 La cláusula ambiental de nuestra Constitución instauro el derecho-deber al ambiente sano en beneficio de las generaciones presentes y futuras, su orientación, como todas las cartas de derechos de la época de su reforma (1994), posee un sesgo antropocéntrico moderado, aunque aún no ecocéntrico ni biocéntrico, en el que destaquen los derechos de la naturaleza o aún la protección autónoma de bienes naturales.

6 Vde. Fallos destacados en materia ambiental de la Corte Suprema: Fallos: 326:2316, 329:2316, 31:2797, 337:1361, 339:142, 339:515, 340:1695, entre muchos otros.

Ya lo hizo la legislación civil, vía la constitucionalización del derecho privado, incorporando los límites al ejercicio de derechos individuales sobre los bienes colectivos en el artículo 240 del Código Civil y Comercial que establece que dentro del ejercicio regular de los derechos individuales está “no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros”.

El artículo 241, en su redacción final, articula el Código Civil y Comercial con las leyes de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental dictadas por el Congreso Nacional en virtud del artículo 41 de la Constitución Nacional de la siguiente manera: “Artículo 241: Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos de protección ambiental.”

Este tipo de abordaje, distante de un ensimismamiento antropológico, impone al observador y operador del Derecho la necesaria interdisciplina, el diálogo con otras ciencias que describen los objetos a los que el derecho asigna valor. La biología, la ecología, la ingeniería, la hidrología son algunas de las disciplinas que indagarán sobre las leyes que gobiernan los procesos físico-químicos y naturales, a las que el hombre de derecho deberá escuchar prudentemente al momento de la definición y descripción de los bienes jurídicos involucrados, así como de los procesos causales en los que deberá intervenir, para prevenir o revertir los daños al ambiente, para el diseño de los marcos legales, o bien para el ejercicio del poder punitivo a la luz de los estándares constitucionales.

3. La protección del ambiente frente a los incendios dolosos en nuestra Legislación Penal

Existen un sinnúmero de medidas preventivas, reparadoras e incluso disuasivas que el marco jurídico prevé para controlar el riesgo de incendios; las proveen el derecho administrativo y el derecho ambiental. Ellas están reflejadas en al menos dos leyes nacionales de pre-

supuestos mínimos, la Ley N° 26.562 de protección ambiental para control de actividades de quema en todo el territorio nacional, y la Ley N° 26.815 de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional, que además crea el Sistema Federal de Manejo del Fuego. También a nivel de las provincias existen marcos legales que posibilitan la aplicación de multas de mayor o menor cuantía. Todas ellas deben activarse con prioridad a las respuestas punitivas.

Sin embargo, se halla universalmente reconocido que las conductas culpables que originan los daños más graves y lesivos de bienes jurídicos deben ser abordados por el derecho penal, como última instancia *-ultima ratio-* (Bacigalupo, 1999, p. 87) del sistema jurídico para castigar o prevenir conductas que dañen o pongan en peligro los intereses vitales de una comunidad. Por otra parte la protección penal destierra la idea de la banalidad o insignificancia del bien jurídico que se tutela.

Pero el caso es que nuestra ley penal no castiga las acciones que por culpa o dolo dañen o coloquen en riesgo grave a los ecosistemas -‘macro bien’ Ambiente- o sus componentes -‘micro bienes’ ambientales-⁷, considerados en sí mismos, producto del riesgo de incendio o por los daños ocasionados por el mismo.

El delito de incendio que figura en el tipo del artículo 186 inc. 1) del Código Penal describe, en el tipo objetivo, la generación del fuego malo, o fuego peligroso (Fontan Balestra, 1975, p. 415), con capacidad de expansión autónoma que dañe o pueda dañar bienes que integran el patrimonio de las personas o puedan provocar daños físicos a las mismas, dado que una de sus características es la creación de

7 Esta diferenciación es sustancial, y propia del paradigma ambiental. La sola mención del bien jurídico ambiente podría llevar a soslayar la importancia de cada uno de los elementos configuradores del complejo ecosistémico en su importancia única para el funcionamiento del conjunto. De allí que proponemos ‘importar’ al derecho penal una terminología más estricta que la que se utiliza corrientemente para identificar el bien jurídico ‘ambiente’, separándolo en cada uno de sus elementos integrantes, que ameritan una tutela específica y en muchos casos diferenciada, como veremos más adelante.

un peligro común -como peligro concreto-. Como afirman Creus y Buompadre (2007, p. 2) “El derecho no sanciona [a estas conductas típicas], por sus resultados tangibles, sino porque por medio de esos daños se ha creado un peligro común, que de manera indeterminada han corrido realmente bienes o personas”.

El tipo subjetivo recaba la voluntad de incendiar del sujeto activo, sumado a la voluntad creadora de un peligro común para las personas o los bienes, con carácter indeterminado.

El bien jurídico tutelado por el tipo penal de incendio es la seguridad pública, entendida como la incolumidad de los bienes y de las personas, o más bien “la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se hallan exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen” (Donna, 2002, p. 17), en su aspecto de integridad física, vale decir que podrían incluirse el patrimonio, la propiedad, la salud, la vida, de los titulares individuales, considerados de manera indeterminada, es decir sin precisión de sobre quien de ellos recae el peligro común, entendido como un peligro general e indeterminado (Ibidem, p. 13), del que protege la ley penal, pero no otro tipo de bienes individuales o colectivos.

De esta manera configurado, el bien jurídico seguridad pública, si bien adquiere rasgos que los diferencian de los bienes individuales, su objeto mediato de protección son estos mismos bienes de la persona humana, transformándose así en un sucedáneo de la protección de las personas y de la propiedad privada desde el siglo XIX, pero de efectos ampliados.

En un breve recorrido histórico de la figura se podrá apreciar su rasgo protectorio de bienes estrictamente individuales, con especial énfasis en la propiedad, que aún hoy mantiene.

En la primera manifestación de la legislación penal argentina, en el período constitucional, el conocido como Código Tejedor, que fuera sancionado como Código Penal para la provincia de Buenos Aires, por Ley N° 1.140 del 27 de octubre de 1.877, y por once provincias argentinas, la protección del riesgo de incendios figuraba en el Título Octavo, Delitos contra la propiedad particular, Capítulo V, artículos 343 a 349, en los cuales se penaba de manera decreciente, a quien produjere la

muerte de una o más personas, por el incendio en edificio, buque o lugar habitado, así como en instalaciones militares, en almacén, instalación industrial, almacén de granos, eras, montes, viñedos, cañaverales, mieses y otras semejantes plantas, siguiendo a continuación sanciones menores en función de la cuantía de los bienes que habían sido dañados por el incendio.

Cuando se sanciona, la Ley N° 1.920, el primer Código Penal de nuestro país, realizado sobre la base del Código Tejedor, el 7 de diciembre de 1886, se produce una reproducción casi textual de lo estipulado en el primero, y así el incendio figuraba en el Título Octavo, Delitos contra la propiedad particular, Capítulo V, artículos 208 a 211, en la que se castigaba de manera agravada cuando el incendio fuese causa inmediata de la muerte de una persona, o en archivo general del Estado o los tribunales, y de manera decreciente en cuanto a la pena asignada, si se realizare en casa habitada, o almacén o establecimiento industrial, bosques, viñedos, cañaverales, mieses y otras cosas semejantes, reservándose las penalidades más leves cuando el hecho implicare objetos de valor económico superiores a los quinientos, cien y de menos de cien pesos⁸.

Estos artículos fueron derogados por la reforma instrumentada por Ley N° 4.189, en el año 1903 y sustituidos por la fórmula más moderna que posee nuestro Código Penal hasta el día de hoy, pero sin modificar la pertenencia a los delitos contra la propiedad, lo cual se refleja claramente en la letra del artículo 208, “el que causare incendio...1) si hubiere peligro común **para las propiedades**, 2) si hubiese peligro para un archivo público; 3) si hubiere peligro de muerte para alguna persona, 4) si fuese la causa inmediata de la muerte de alguna persona” (resaltado nuestro).

8 Ley N° 1.920, Código Penal Argentino, denominado Código Tejedor, por el catedrático de derecho criminal y político argentino al cual Bartolomé Mitre encargó la redacción del Proyecto de Código Penal argentino. Nunca llegó a tener vigencia nacional, pero sí fue adoptado por trece provincias argentinas.

Esto es lo más lógico, puesto que las principales fuentes del Código Tejedor, el código de Baviera y el Código Penal Español de 1848 establecían esta ubicación sistemática para el tipo penal de incendio⁹.

Si bien es cierto que la concepción del derecho penal como estricta protección de bienes jurídicos fue desarrollada a partir de la obra de Birbaum y, más en profundidad sobre el concepto material del bien jurídico, en los trabajos de Franz Von Litz (Frisch, 2017), durante la segunda mitad del Siglo XIX, y primeras décadas del siglo XX (Mass, 2011, p. 76), no cabe dudas que la ubicación sistemática de los tipos, aún en los primeros códigos argentinos resultaba un elemento indicador del alcance de la tutela penal sobre ciertos objetos.

En el derecho comparado, la primera diferenciación del bien jurídico seguridad pública con carácter autónomo, y los hechos dañosos a la misma, aparecería en el código penal Holandés, del 3 de marzo de 1881, uno de los más avanzados de su tiempo y aún vigente, pasando al Código penal uruguayo y al italiano, ambos de 1889, desembarcando en el Proyecto de Código Penal argentino de 1891 de los Dres. Rivarola, Matienzo y Piñero, a partir del cual se refleja en nuestro vigente código penal, previa escala en la reforma de 1904 pero que no modificó la ubicación sistemática de este tipo.

En el código holandés, el tipo de incendio figura en el Título VII. “Delitos que ponen en peligro la seguridad general de las personas o los bienes”, señalando que el énfasis de la norma está dado por la tutela de los bienes individuales, en especial la propiedad, de otros riesgos, que amenazan una colectividad de ellos, lo que resulta del tenor literal del artículo 157¹⁰, que establece: “El que deliberadamente

9 Código Penal Español de 1848, Título XIV, Delitos Contra la Propiedad, Capítulo VII, Del Incendio y otros estragos, “Artículo 467. El incendio será castigado con la pena de cadena perpetua a la de muerte: 1° cuando se ejecutare en cualquier edificio, buque o lugar habitado; 2° cuando se ejecutare en arsenal, astillero, almacén de pólvora, parque de artillería o archivo general del Estado.” A posteriori el código español de 1848 detallará hechos más leves: contra cualquier edificio no habitado, sobre pastos, mieses, montes o plantíos, no excediendo de 40 duros el daño ocasionado a terceros, pasando de 40 y no excediendo de 500 duros, y excediendo de 500 duros.

10 Artículo 137 del Código Penal Holandés: “El que deliberadamente prenda fuego, provoque una explosión o provoque una inundación, será reprimido:

prenda fuego, provoque una explosión o provoque una inundación, será reprimido: 1°. Con pena de prisión que no exceda de doce años o multa de quinta categoría, si hubiere motivos para temer **peligro común a la propiedad**" -resaltado nuestro-.

Hasta esa fecha el incendio era una especie del daño calificado por el medio utilizado o por el resultado, estrictamente un delito contra la propiedad como se puede apreciar en nuestro primer código penal, el Código Tejedor. Nunca pudo desvincularse totalmente por razones históricas, semánticas y dogmáticas del vestigio patrimonial que aún hoy conserva en nuestra ley penal. En cualquier caso, ya se trate del bien individual o del colectivo, la mirada es netamente antropocéntrica.

Esa es la interpretación que se otorga a la previsión del inc. 2 del mismo artículo 186 de nuestro Código Penal, conocido como 'estrago rural', que menciona a los bosques, yerbatales y otras plantaciones como objeto del delito y que la doctrina mayoritaria es coincidente en afirmar que se trata simplemente de un daño -delito contra la propiedad- calificado, por lo tanto debe existir una lesión concreta, no puede cometerse sobre la cosa propia -por el principio de autoprotección del patrimonio-, y es indistinto que tenga posibilidad de extenderse a otros bienes o no (Creus y Buompadre, 2007, p. 9).

Cabría preguntarse entonces que aptitud posee el tipo penal de incendio del artículo 186, inc. 1° de nuestro vigente Código Penal para satisfacer la protección del bien jurídico ambiente, dado que se orienta a la protección de los bienes individuales, con énfasis en el bien jurídico propiedad, o de un bien colectivo entendido como la suma de los bienes particulares de los individuos.

1° Con pena de prisión que no exceda de doce años o multa de quinta categoría, si hay motivo para temer peligro común a la propiedad;

2° Con pena de prisión que no exceda de quince años o multa de quinta categoría, si con ello se amenaza la vida o peligro de lesiones corporales graves para otra persona;

3° Con prisión perpetua o temporal que no exceda de treinta años o multa de quinta categoría, si se teme que ello ponga en peligro la vida de otro y el hecho resulte en la muerte de alguien." Aquí puede verse la extraordinaria similitud con el texto de nuestro artículo 186 del Código Penal argentino.

El caso es que un superincendio o un cualquier otro tipo incendio de naturaleza lesiona o pone en riesgo bienes que no integran un patrimonio porque son de nadie según la ley civil¹¹, comola fauna -carpinchos, yacarés, venados, zorros, víboras, yetapás, teros, tatús, monos aulladores, garzas, todo tipo de insectos, por nombrar sólo algunas especies amenazadas en los incendios del litoral argentino-, o que son bienes de dominio público, como los recursos hídricos de un humedal¹² que literalmente se evapora, o cuyo valor patrimonial está en cuestión, ya que no se justiprecian ni poseen valor en el mercado los servicios ecosistémicos¹³, como un pastizal nativo.

La protección del ambiente que ofrece la ley penal en estos casos es indirecta, mediantela afectación de bienes que se encuentren dentro de un patrimonio, o en su defecto, la seguridad pública entendido como la incolumidad que recaiga sobre aquellos bienes o sobre las personas.

11 Artículo 1947 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Apropiación. El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño se adquiere por apropiación. a) son susceptibles de apropiación... ii) los animales que son el objeto de la caza y de la pesca...”.

12 Artículo 235 inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación.

13 Una las definiciones más citadas de servicios ecosistémicos es la realizada en la iniciativa Evaluación de los Ecosistemas del Milenio, auspiciada por Naciones Unidas, en la cual se expresa que son “los beneficios que las personas obtienen de los ecosistemas”, realizando la siguiente clasificación:

-los servicios de apoyo que subyacen a todos los demás, necesarios para producir los demás servicios ecosistémicos, por ejemplo: el ciclo del agua, formación del suelo, el ciclos de los nutrientes y la biodiversidad;

-los servicios de provisión, son productos propios del ecosistema que mantienen la producción de bienes, por ejemplo: alimentos, fibra, recursos genéticos, madera, agua;

-los servicios de regulación, por medio del cual se regulan los procesos ecosistémicos, por ejemplo: la regulación del clima, del agua, regulación de pestes, la polinización, y

-los servicios culturales son aquellos que servicios intangibles que los ecosistemas proporcionan a los seres humanos y que son necesarios para el bienestar de la persona y la comunidad, tales como: valores espirituales y religiosos, valores estéticos, recreación y ecoturismo.

Puede obtenerse mayor información en <https://www.millenniumassessment.org/es/About.html>, consultada en 19 de marzo de 2020.

Creus es muy claro en el siguiente ejemplo: si se produce la quema de un potrero extenso, que estuviera rodeado por cursos de agua que impiden el paso del fuego, la figura no saldría de los hechos de daño (Creus y Buompadre, 2007, p. 5), porque la expandibilidad del tipo de incendio implica que pueda pasar a otros bienes distintos del que se origina, entendido no en un sentido naturalístico sino en un sentido antropocéntrico, como bienes pertenecientes a un individuo y que en su expansión podría afectar los bienes de otro u otros individuos.

Desde el punto de vista ambiental o ecosistémico un campo con pastura natural puede estar conformado por numerosas especies, tanto de la flora como de la fauna, como puede apreciarse en el distrito fitogeográfico de los campos y pastizales del Sur de la Provincia de Misiones. La reserva natural silvestre denominada Parque Federal Campo San Juan, creada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 4172/22, en el marco de lo previsto en el artículo 3 de la Ley N° 22.351 de Parques Nacionales, se halla ubicada en el municipio de Santa Ana, Departamento de Candelaria, Provincia de Misiones, posee una superficie de alrededor de 5.100 has, y se constituye en una reserva compensatoria de los impactos producidos por el llenado del embalse de la hidroeléctrica de Yacyretá. Un reciente relevamiento identificó en el área cerca de 200 especies de pajonales y pastizales nativos (Baumi y Homberg, 2015, p. 57), entre ellas varias especies endémicas, y 174 especies de aves (Ibídem, p. 90) -alrededor de un 20% de las existentes en todo el país-, además de todo tipo de vertebrados, constituyéndose en un auténtico tesoro de naturaleza.

El área natural protegida se encuentra limitado hacia el norte, por el río Paraná; hacia el oeste y este por los arroyos San Juan y Santa Ana, respectivamente; y al sur por la Ruta Nacional N° 12, que en este momento es una autovía. De producirse un incendio doloso en dicho predio, el foco ígneo no tendrá posibilidades de extenderse a otros lotes vecinos por estar separado de ellos por límites naturales y una gran obra de infraestructura. A raíz del hecho podría ocasionarse una catástrofe ecológica, pero el autor del incendio quedaría impune al no reunirse un elemento del tipo objetivo, la expandibilidad del incendio, así como tampoco la posibilidad de afectar bienes con ca-

rácter indeterminado. No se trata de un caso de laboratorio, el 7 de agosto de 2021, 233 has. del Campo San Juan ardieron como consecuencia de un incendio de causa antrópica, de acuerdo con el informe de la Subsecretaría de Ordenamiento Territorial dependiente del Ministerio de Ecología y Recursos Naturales de Misiones (el territorio, 9 de agosto de 2021).

En los contados precedentes en que se ha tenido éxito en alcanzar el juicio de culpabilidad de autores de incendios de naturaleza¹⁴, la jurisprudencia nacional, consciente de los avances producidos en materia constitucional, tanto formal como material, referidos a la protección de bienes naturales, así como los límites antropocéntricos de nuestra ley penal, intentará encontrar la cuadratura del círculo, mencionando en sus considerandos la afectación de la naturaleza, para finalmente y con acertado criterio, optar por la aplicación estricta de la legalidad penal y fundar su resolutorio en la protección de los bienes.

Así por ejemplo, se ha dicho: “El daño ocasionado y su extensión no integran el delito de la condena, el que se perfeccionó en la especie antes de que la mencionada plantación fuera alcanzada por el fuego y destruida, con la acción del imputado de encender fuego en pastizales secos sabiendo que, por esa condición del pasto, el fuego era susceptible de propagarse rápida y descontroladamente, **alcanzando eventualmente bienes ajenos**” (Corte de Justicia de Catamarca, 2012, resaltado nuestro).

También se ha dicho: “Se desencadenó un incendio de inmensas proporciones que se extendió por miles de hectáreas en múltiples frentes, **causando de este modo un peligro común para los bienes de todos los lugareños**. Es así que el fuego devastó todo a

14 Un informe del Centro de Estudios y Proyectos Judiciales de la Justicia de la provincia de Córdoba sobre las causas que ingresaron a la justicia de la provincia de Córdoba entre enero de 2015 y diciembre de 2019 en materia de incendios forestales y rurales señaló que se detectaron 25 nuevas causas penales, con 44 imputados, 28 por incendios dolosos, y 16 por incendios culposos, alcanzándose solamente una condena para inicios del año 2020. Puede accederse al mismo en: <https://cepj.justiciacordoba.gob.ar/actividad-judicial-por-delitos-de-incendios-rurales-y-forestales-en-cordoba-2015-2019-2/> (10 de junio de 2022).

su paso, acabando con el bosque nativo de muchos años, con el consecuente daño a la biodiversidad y medioambiente, viéndose afectadas cientos de especies de flora y fauna autóctona; **la destrucción de los alambrados, pasturas implantadas, viviendas, animales y demás bienes materiales de los lugareños y terratenientes que utilizan esas extensiones de tierra en su mayoría para la explotación rural o con fines turísticos, siendo el medio de vida de muchas familias**” (Cámara Criminal, Correccional, Civil, Comercial, Familiar y del Trabajo de Deán Funes, 2022, resaltado nuestro).

Y en un caso más reciente: “El tipo objetivo del delito analizado implica la causación culposa del incendio, debiendo existir una relación directa entre la violación del deber objetivo de cuidado y el resultado del incendio. Aquí observamos un accionar absolutamente irresponsable y negligente del imputado de iniciar una quema de pasto, el cual se encontraba seco de acuerdo a la situación climática imperante, **fuego que se propagó hacia el inmueble lindero**” (Juzgado de Garantías de la Ciudad de Mercedes, Corrientes, 2022, resaltado nuestro).

Cada uno de estos párrafos revela que la praxis jurídica no se subordina al escueto ámbito de la protección de los bienes individuales o incluso el bien seguridad colectiva que ofrece la ley penal, sino que busca un cauce de desarrollo para reivindicar el bien colectivo ambiente, sentando solapadamente una objeción o crítica para aquella escasez.

Este análisis de legislación, doctrina y jurisprudencia nos lleva a la evidente, pero no por ello menos penosa conclusión de que nuestra ley penal no protege a los ecosistemas y la naturaleza de un incendio como un bien en sí mismos, o no los protege directamente, sino a través de una mirada patrimonialista o antropocéntrica ya que se deben identificar daños o peligro de daño a una propiedad o a una persona humana, o los protege inadecuadamente ya que el juez o el fiscal penal deben forzar al máximo las posibilidades interpretativas con riesgo de vulnerar el principio constitucional de la estricta legalidad penal -riesgo de imputar penalmente hechos o situaciones que la ley no prohíbe-.

Sin dudas que, en el mejor de los casos, una interpretación evolutiva del concepto de ‘bienes’ del artículo 186 inc. 1), permitiría ampliar

las posibilidades interpretativas, contemplando así en el tipo objetivo a los bienes ambientales, pero no menos cierto es que, las exigencias de seguridad jurídica, el principio constitucional de *lex certa* y *lex stricta*, y la importancia de los valores que se presentan en uno y otro ámbito, tanto en materia de garantías individuales como de la tutela de los bienes colectivos, ameritan otro tipo de respuesta institucional.

El marasmo de los órganos legislativos para la generación de los marcos normativos que protejan de acciones que deriven, por culpa o dolo, en graves riesgos o daños ocasionados por los incendios, ha sido desde hace tiempo superado por un gran número de sistemas jurídicos, tanto de Latinoamérica como de Europa, tal como veremos a continuación.

4. La protección penal del ambiente frente a los riesgos derivados del incendio doloso en el Derecho Comparado

En el derecho comparado pueden apreciarse varios modelos para la protección del ‘macro bien’ jurídico ambiente y de los ‘micro bienes’ ambientales, de los riesgos derivados de la producción dolosa de incendios.

Lo que caracteriza a todas ellas es que han moderado o directamente dejado de lado la mirada antropocéntrica, patrimonialista e individualista que desde antaño caracterizó al derecho penal, penalizando las conductas que afecten o pongan en peligro bienes públicos ambientales de manera autónoma, como consecuencia del riesgo de incendio.

Normalmente, en el marco del combate contra incendios se diferencian los incendios forestales de los denominados incendios rurales. El primero se verifica cuando el mismo se propaga sin control sobre zonas de bosque nativo o implantado, con efecto no deseado sobre la vegetación y sin control humano, mientras que los segundos se definen por exclusión del anterior, y son los que se producen en zonas no boscosas o no aptas para la forestación, afectando matorrales, arbustales y pastizales. A estos se suma el incendio de interfase, que involucra áreas contiguas entre lo urbano y lo rural, afectando

vegetación, pero también estructuras humanas, como ser viviendas, establecimientos agrícolas, vías o redes de comunicación (Servicio Nacional de Manejo del Fuego, 2020b).

Estas definiciones se concentran en el bosque como recurso forestal, como bien susceptible de valoración económica, y entendida como una parte de la riqueza nacional, tal cual se encuentra legislada en la Ley N° 13.273, del año 1948, sobre Defensa de la Riqueza Forestal -Defensa, mejoramiento y ampliación de los bosques-, una de las primeras leyes nacionales que alude a la utilización racional de los recursos naturales, y prevé normas específicas para la protección frente a los incendios.

En una denominación más moderna, jerarquizando distintos ‘micro bienes’ ambientales que puedan ser objeto de incendio y por lo tanto más próxima al paradigma ambiental, la Ley N° 6.815, de presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional, y sin perjuicio del mismo título de la Ley, en el artículo 22 bis señala con prioridad la protección de los siguientes micro bienes: “bosques nativos o implantados, áreas naturales protegidas y humedales”, y en un segundo orden de consideración, en el artículo 22 *quáter*, “zonas agropecuarias, praderas, pastizales, matorrales y en áreas donde las estructuras edilicias se entremezclan con la vegetación fuera del ambiente estrictamente urbano o estructural.” Esta jerarquización se extrae de las sanciones que se prevén en caso de incendio, de mayor restricción a los derechos de propiedad en el caso de los primeros -50 años de limitación del derecho de propiedad para ciertos actos de disposición y administración- que en los segundos -30 años, entendida bajo la forma de sanciones administrativas-. De tal manera los bosques nativos¹⁵ o implantados, las

15 Los bosques nativos se hallan definidos por la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos N° 26.331, la cual en su artículo 2 establece: “A los fines de la presente ley, considérense bosques nativos a los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea -suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos, conformando una trama interdependiente con características propias y múltiples funciones, que

áreas naturales protegidas¹⁶, y los humedales¹⁷ actualmente constituyen 'micro bienes' especialmente protegidos del riesgo de incendio intencional o negligente por nuestra ley nacional.

Estas categorías, presentes en nuestra legislación nacional no penal, también son utilizadas en el derecho penal ambiental comparado para diferenciar distintos tipos de incendios dolosos, por los distintos bienes afectados.

Así en España, en Código Penal Español, con las modificaciones de la Ley, dentro del Título XVII Delitos Contra la Seguridad Colectiva, Capítulo I, Delitos de riesgo catastrófico, Capítulo II De Los Incendios, el artículo 352, establece el delito de incendio forestal, constituido por aquel que afecte montes o masas forestales, siendo agravado si el mismo se produce en una superficie de considerable importancia, con grave erosión de suelos, o en áreas naturales protegidas, entre otros

en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda diversos servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica. Se encuentran comprendidos en la definición tanto los bosques nativos de origen primario, donde no intervino el hombre, como aquellos de origen secundario formados luego de un desmonte, así como aquellos resultantes de una recomposición o restauración voluntarias."

16 La definición recomendada por la 22ª reunión del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico (OSACTT-22) del Convenio de Diversidad Biológica, reunida en Montreal, Canadá del 2 al 7 de julio de 2018, es la siguiente: "un área definida geográficamente diferente de un área protegida, que esté gobernada y gestionada de maneras que logren resultados positivos y sostenidos a largo plazo para la conservación de la diversidad biológica in situ, con las funciones y servicios asociados de los ecosistemas y, donde proceda, valores culturales, espirituales, socioeconómicos y otros valores pertinentes a nivel local" (Informe del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico Sobre su 22ª Reunión, CBD/SBSTTA/22/12, 2018, <https://www.cbd.int/doc/c/7843/e0e5/d0fbb-f7006e280ce9d32df79/sbstta-22-12-es.pdf>).

17 De acuerdo con el Convenio RAMSAR, relativa a humedales de importancia internacional, aprobado por Ley N° 23.919, los humedales son las extensiones de marismas, pantanos, turberas o superficies cubiertas de agua, sean estas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros. (Artículo 1).

(art. 353). Mientras que el Artículo 356 sanciona el incendio en zonas de vegetación no forestales para los que se necesita que exista grave daño al medio natural.

No obstante la ubicación sistemática que poseen, varios autores (Zapatero et al., 2007, p. 781) se inclinan por considerar que tales delitos forman parte de los delitos contra el medio ambiente por cuanto el único bien jurídico que mencionan distinto de aquel es justamente la protección de la vida humana -Artículo 351, “cuando exista peligro para la vida humana”-. Un punto significativo también se encuentra en la incorporación de figuras procesales para la mayor eficacia de la protección ambiental, en este caso mediante el ordenamiento, por parte del juez, de medidas cautelares a costa del autor del hecho tendientes a “restaurar el equilibrio ecológico perturbado” -Artículo 338 por la remisión del artículo 358 bis-. Se considera que se trata de delitos de peligro abstracto-concreto, así lo afirman Cruz Palmera, González Vaz y Pinto Palacios (2021, p. 304): “Los delitos de incendios son delitos de peligro en abstracto-concreto (STS 99/2017 de 20 febrero). Son de consumación anticipada al no precisar la producción del resultado lesivo o daño concreto y es dudoso si debe existir una efectiva situación de peligro. Pese a ello, la producción del fuego debe ir acompañada de cierta propagación en aras a valorar la situación de riesgo y su potencial peligrosidad.”

En Italia, la reforma del Código Penal efectuada en el año 2000, recientemente actualizada por Real Decreto Legislativo del 8 de septiembre de 2021, n. 120, incorpora al citado Código la figura del Incendio Forestal (art. 423 bis) la cual se halla dentro de los delitos contra la seguridad pública, que castiga al que provoque incendios en bosques, arboledas o montes, o en viveros destinados a la reforestación, agravándose el hecho si el mismo se produce con daños a las áreas naturales protegidas, y con una pena aún mayor si se producen daños graves, extensos y persistentes al medio ambiente.

En Latinoamérica el panorama es similar. En el proyecto de investigación en que se enmarca el presente trabajo se identificó que

en Iberoamérica y sobre 19 países¹⁸ solamente Argentina, Cuba y Uruguay, no poseían alguna previsión penal que vincule a las conductas incendiarias con el bien jurídico protegido ambiente.

En muchos de ellos se trata de hechos de daño, que entraña un peligro mayor, por lo que se requiere una lesión, aunque mínima al bien jurídico, y la posibilidad de que el mismo se concrete en uno mayor.

En México, el Código Penal Federal Mexicano establece, en su artículo 420 bis IV, dentro del Título Vigésimo Quinto - Delitos contra el Ambiente y la Gestión Ambiental, Capítulo Segundo - De la Biodiversidad, lo siguiente: "Provoque un incendio en un bosque, selva, vegetación natural o terrenos forestales, que dañe elementos naturales, flora, fauna, los ecosistemas o al ambiente." La pena se agrava si el mismo se produce en un área natural protegida o con espíritu de lucro.

En el Código Penal Peruano (art. 310) se sanciona la quema de bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones. El delito se agrava, en una serie de supuestos muy específicos: si se comete al interior de tierras de propiedad o posesión de comunidades nativas, comunidades campesinas, pueblos indígenas, reservas indígenas; o en reservas territoriales o reservas indígenas a favor de pueblos indígenas en contacto inicial o aislamiento voluntario, áreas naturales protegidas, zonas vedadas, concesiones forestales o áreas de conservación privadas debidamente reconocidas por la autoridad competente; Si se afectan vertientes que abastecen de agua a centros poblados, sistemas de irrigación o se erosione el suelo haciendo peligrar las actividades económicas del lugar, entre otros supuestos (art. 310 -C).

En Venezuela, la Ley Penal del Ambiente, establece en los artículos 64 -Incendio de plantaciones o sabanas de cría, y 65 -Incendio de vegetación natural, penas más graves respecto del caso anterior, 'micro bienes': selvas, bosques, sabanas o cualquier área cubierta de

18 El estudio comparativo alcanzó a los siguientes países, en orden alfabético: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

vegetación natural- los tipos penales correspondientes al riesgo de incendio doloso.

Para finalizar este breve panorama del derecho comparado es válido mencionar el caso del Ecuador. Como vimos supra, la Constitución ecuatoriana del año 2008 inaugura un nuevo paradigma constitucional al consagrar expresamente los derechos de la naturaleza. Ese enfoque ecocéntrico puede verse reflejado en su Código Penal, sancionado en el año 2015, cuyo Capítulo IV, lleva por denominación “Delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pachamama”, siendo elocuente en cuanto al carácter autónomo del bien jurídico protegido, por completo ajeno a bienes de carácter individual o colectivo pertenecientes al ser humano, pero yendo aún más allá, puesto que coloca a la naturaleza en el lugar de la víctima, acorde con sus postulados constitucionales.

En este caso se sanciona a quienes provoquen directa o indirectamente incendios en bosques nativos o plantados o páramos (art. 246 del Código Orgánico Integral Penal). Por su parte la norma técnica para la aplicación del artículo 256¹⁹ del mismo Código, sancionado por el Ministerio de Ambiente de Ecuador²⁰, considera integradora del elemento objetivo del tipo “daño grave” a las siguientes situaciones; la quema de cobertura vegetal en Áreas Naturales Protegidas (art. 5), ecosistemas frágiles como lugares de reproducción, refugio, dormitorio, saladero, alimentación, producción de semilla, anidación, crianza o crecimiento de especies (art. 6).

A partir de esta breve reseña, y en búsqueda de una sistematización de los distintos bienes jurídicos afectados y su modo de protección penal, en el marco del paradigma ambiental, es decir, desde una perspectiva autónoma de protección del bien jurídico Ambiente, a la luz

19 Código Penal Integral Orgánico de Ecuador, Artículo 256.- “Definiciones y normas de la Autoridad Ambiental Nacional. La Autoridad Ambiental Nacional determinará para cada delito contra el ambiente y la naturaleza las definiciones técnicas y alcances de daño grave...”

20 Acuerdo Ministerial N° 84, del 10 de junio de 2015, y publicado en el Registro Oficial del Estado, Suplemento 598 del 30 de septiembre de 2015.

de los sistemas jurídicos comparados, proponemos diferenciar entre tipos penales de:

- a. incendio forestal -comprensivo del bosque nativo o del implantado-, incluidos los viveros donde se reproducen las especies forestales;
- b. incendio de vegetación no forestal -todo otro tipo de vegetación natural-;
- c. incendio de naturaleza -que incluye a ambas categorías anteriores, como se presenta en varias legislaciones, tal el caso mexicano-; e,
- d. incendio de bienes de valor ecológico sobresaliente -como las áreas protegidas y los humedales-, que se presentan en general como tipos agravados respecto a las figuras anteriores.

5. Conclusiones

- La profunda crisis ambiental y climática que vive el planeta Tierra encuentra su fundamento en causas antrópicas -‘Antropoceno’- y dicha realidad es captada por el Derecho, a través de la irrupción del paradigma ambiental. Una de las manifestaciones actuales de aquella crisis, es la emergencia de los superincendios o mega incendios, de enorme expansividad y potencialidad dañosa para todo tipo de bienes, especialmente los bienes naturales. Éstos tienen preponderantemente su causa en el obrar humano.
- El paradigma ambiental implica el reconocimiento del macro bien Ambiente y de los micro bienes ambientales como bienes de primer orden, consagrados como tales con carácter autónomo por nuestro derecho constitucional, y los poderes públicos deben proveer a su protección, por medio de la legislación administrativa, civil y penal.
- Es necesaria una adecuación de la normativa penal argentina al mandato tácito constitucional de protección del bien jurídico

co ambiental, que responda a los parámetros de la tutela autónoma del ambiente, con carácter directo e inmediato, con independencia de la tutela de bienes individuales o colectivos del ser humano.

- Uno de los ejemplos de esta falta de adecuación a la protección autónoma de los bienes naturales lo podemos apreciar en el tipo de incendio doloso, del artículo 186, inc. 1) del Código Penal, que expresa un carácter antropocéntrico, individualista y patrimonialista en la protección de bienes jurídicos, propio de un paradigma que se halla en revisión, o que ha sido superado. No se encuentra en nuestra legislación un tipo penal que sancione con legalidad estricta los hechos más gravosos por la utilización de este medio comisivo en perjuicio del bien ambiente.
- El incendio doloso, y en su modalidad más agresiva, la generación de un superincendio implica la posibilidad de daños extendidos en los ecosistemas, produciendo graves desequilibrios en los mismos, lo cuales no son tutelados adecuadamente por nuestra legislación penal.
- La jurisprudencia y doctrina argentina reconocen la importancia de la protección de los bienes naturales, al mismo tiempo que encuentran los límites que plantea a este respecto la ley penal.
- La legislación no penal argentina postula la prevención del riesgo de incendios realizando un abordaje bajo un paradigma ambiental, considerando el macro bien ambiente y los distintos micro bienes jurídicos ambientales.
- La legislación penal comparada incluye al incendio doloso como un medio específico ofensivo del bien jurídico ambiente, autónomamente considerado, y teniendo en cuenta circunstancias agravantes para micro bienes jurídicos especialmente protegidos o jerarquizados por su valor ecológico sobresaliente.
- Es menester una reforma penal que adecue la legislación sustantiva argentina a las exigencias del paradigma ambiental, y

el rango de bien autónomo que posee el Ambiente, y sus micro bienes, dado que no alcanzan un mínimo umbral constitucional para la protección del bien jurídico frente a hechos más graves, lo que actualmente se configura en una omisión grave del legislador que aún no le ha prestado atención. Este desapego o indiferencia en la protección de los bienes ambientales de los hechos que más gravemente atentan contra el Ambiente en el marco de nuestra legislación penal tal vez encuentre un punto de inflexión cuando se perciba finalmente que lo que está verdaderamente en riesgo no es la naturaleza y sus especies sino la supervivencia de la especie humana.

Referencias

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General* (2da ed.). Hammurabi.
- Bauni, V., y Homberg, M. A. (Eds.). (2015). *Reserva Natural Campo San Juan*. Fundación de Historia Natural Félix de Azara.
- Cafferatta, N. (2007). De la efectividad del Derecho Ambiental. *La Ley, E. Cámara Criminal, Correccional, Civil, Comercial, Familiar y del Trabajo de Deán Funes* (2022). *Castro, Pablo César y otro s/ Incendio calificado*. Expediente SAC 9490741. 8 de febrero de 2022.
- Carpentier, S., y Huonnic, S. (Directors). (2022). *Megafires, The Big Burn*. Grand Angle Productions.
- Corte de Justicia de Catamarca (2012). *Contreras, Roberto Carlos y otros s. Recurso de casación en: Bazán, Fernando Exequiel y otros s. Incendio*. 9 de marzo de 2012. En SAIJ: FA12300011.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2019). *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad*. Fallos: 342:917. 4 de junio de 2019.
- Creus, C., y Buompadre, J. E. (2007). *Derecho Penal Parte Especial. Tomo I* (7ma ed.). Astrea.
- Crutzen, P. (2002). Geology of mankind. *Nature*, 415(6867), 23-23. <https://doi.org/10.1038/415023a>

- Cruz Palmera, R., González Vaz, C., y Pinto Palacios, F. (2021). *Manual práctico de derecho penal. Parte especial: delitos y sus penas*. La Ley, Wolters Kluwer.
- Donna, E. A. (2002). *Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-C*. Rubinzal y Asociados.
- El territorio. (9 de agosto de 2021). *Se quemaron por un incendio 233 hectáreas de la reserva Campo San Juan*. El Territorio. <https://www.eltterritorio.com.ar/noticias/2021/08/09/715404-se-quemaron-por-un-incendio-233-hectareas-de-la-reserva-campo-san-juan>
- Esain, J. A. (2015). El paradigma ambiental. *Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot*, 43.
- Fondo Mundial de la Vida Silvestre. (28 de julio de 2020). *3 mil millones de animales afectados por los incendios de Australia*. World Wildlife Fund. <https://www.worldwildlife.org/descubre-wwf/historias/3-mil-millones-de-animales-afectados-por-los-incendios-de-australia#:~:text=3%20mil%20millones%20de%20animales%20afectados%20por%20los%20incendios%20de%20Australia.>
- Fontán Balestra, C. (1975). *Derecho Penal-Parte Especial* (8va. ed.). Abeledo Perrot.
- Frisch, W. (2017). Franz Von Litz, Obra e Influencia. *Revista para el análisis del Derecho*, 2.
- Informe del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico sobre su 22a Reunión, CBD/SBSTTA/22/12 (2018).
- Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (2022), Informe del Grupo de Recursos Naturales de la Estación Experimental Agropecuaria, <https://inta.gov.ar/documentos/un-millon-cuarenta-y-dos-mil-quinientas-catorce-hectareas>.
- Juzgado de Garantías de la Ciudad de Mercedes, Corrientes (2022). *Sentencia 18/22*. 19 de mayo de 2022.
- Lorenzaetti, R. L. (2006a). El paradigma ambiental. *Revista Investigaciones de La Corte Suprema de Justicia de La Nación*.
- Lorenzatti, R. L., y Lorenzatti, P. (2018). *Derecho Ambiental*. Rubinzal y Asociados.
- Lorenzetti, R. L. (2006b). *Teoría de la decisión judicial*. Rubinzal y Asociados.
- Lorenzetti, R. L. (2021). *El nuevo enemigo: El colapso ambiental*. Sudamericana.

- Mass, J. J. (2011). *El Tipo Penal*. La Ley.
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. (2022, May 20). *FAO busca proteger a insectos polinizadores en América Latina y el Caribe* | FAO. www.fao.org. <https://www.fao.org/americas/noticias/ver/en/c/1513465/>
- Papa Francisco. (2015). *Carta encíclica Laudato si' del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común*. Verbo Divino.
- Papa Francisco. (2020). *Carta encíclica Fratelli Tutti del Santo Padre Francisco sobre la fraternidad y la amistad social*. Verbo Divino.
- Plataforma Intergubernamental Científico-Normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas. (2019). *El Informe de la evaluación mundial sobre la diversidad biológica y los servicios de los ecosistemas. Resumen para los encargados de la formulación de políticas* (M. Carneiro da Cunha, G. Mace, y H. Mooney, Eds.). https://www.ipbes.net/sites/default/files/2020-02/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers_es.pdf
- Rodríguez Monserrat, M. (2020). La protección penal del medio ambiente: análisis de los incendios forestales en Andalucía. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 1-32. <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00147>
- Sánchez, J. M. S. (1992). *Una aproximación al derecho penal contemporáneo*. Bosch.
- Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (2015), Base de Datos Climáticos de la 3ra. Comunicación Nacional de la República Argentina a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, (Resumen Ejecutivo), <https://3cn.cima.fcen.uba.ar/index1.php>, consultado el 13 de noviembre de 2021.
- Servicio Nacional de Manejo del Fuego (2020a), Informe del Servicio Nacional de Manejo del Fuego, Reporte diario del 26 de agosto de 2020, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/reporte_manejo_fuego.pdf, consultado el 9 de diciembre de 2020.
- Servicio Nacional de Manejo del Fuego (2020b) <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/fuego/conocemas/incendioforestal#:~:text=Incendio%20rural%3A%20es%20el%20que,recursos%20h%C3%ADdricos%20y%20los%20suelos>, consultada el 28 de abril de 2022.

- Sistema de Protezione Civile de Italia. (2001). *Le cause degli incendi boschivi*. https://www.sistemaprotezionecivile.it/allegati/140_Cause_degli_incendi_boschivi.pdf
- Sozzo, G. (2019). *Derecho privado ambiental. El giro Ecológico del derecho privado*. Rubinzal y Asociados.
- Varo, L. (2021, September 11). *El riesgo de los “superincendios” de nueva generación*. El País. <https://elpais.com/espana/2021-09-11/el-riesgo-de-los-superincendios-de-nueva-generacion.html>
- Zapatero, L. A., Nieto Martín, A., y Pérez Cepeda, A. I. (Eds.). (2007). *Comentarios al Código Penal*. Iustel.

**REFLEXIONES EN TORNO A “*HOW DEMOCRACIES DIE*”
DE STEVEN LEVITSKY Y DANIEL ZIBLATT¹**

***REFLECTIONS ON “HOW DEMOCRACIES DIE”
FROM STEVEN LEVITSKY AND DANIEL ZIBLATT***

Barreiro, M., Rojas, A., Esteban, R., Bustos,
A., Giorno M., Schiavoni, F., Storchak, M.,
Gómez, F., Leiva, P., Agesta, M. Madeo R.,
Nikdelian P., Paredes C., Ibarra, D.,
Rodas L., Ramírez, G., Noguera N. Bruno,
J., Pommorsky, M. Escobar, M., Martins,
M. Villanueva, L., Clerici, J.,
& Vázquez, Agustina N.
Universidad Argentina de la Empresa

Resumen

Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, profesores de la Universidad de Harvard, plantean una obra de 335 páginas, distribuida en nueve capítulos que inspira su título en el trabajo de Linz (1978) “El quiebra de la Democracia” a efectos de analizar no sólo las interrupciones democráticas, sino las paulatinas erosiones que la vigencia de la democracia y del estado de derecho, experimentan en distintas sociedades.

La obra de Levitsky y Ziblatt nace en un contexto de fuerte crítica a la presidencia de Donald Trump, y lo utiliza como disparador para discutir distintos hitos históricos donde se la democracia fue vulnera-

¹ Nota de los autores: Trabajo realizado por la comisión 393404 de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) bajo la supervisión de la Dra. Agustina N. Vázquez.

da, así como las afectaciones al sistema de división de poderes consagrado en la carta magna norteamericana. Retomando varios ejemplos centrados en Europa de la década del 1930 y en Latinoamérica en la década de 1970, su comparación con Estados Unidos lleva a la inexorable pregunta: ¿Está la democracia estadounidense en peligro?

En respuesta a esta pregunta, los autores proponen advertir que el principal peligro que enfrentan las democracias modernas es la polarización y el uso de filibusterismo, asociado al surgimiento de liderazgos populistas y demagogos, quienes se caracterizan a su vez por evadir y transgredir las normas sin ningún tipo de límites, con la característica principal de hacer uso abusivo de las prerrogativas constitucionales para sobreponerse a los poderes y a distintos estamentos sociales, como los medios de comunicación y el sector empresarial.

Abstract

Steven Levitsky and Daniel Ziblatt, professors at Harvard University, propose a 335-page work, divided into nine chapters that inspire its title in the work by Linz (1978) "The Bankruptcy of Democracy" in order to analyze not only the democratic ruptures, but rather the gradual erosions that the validity of democracy and the rule of law experience in different societies.

The work of Levitsky and Ziblatt was born in a context of strong criticism of the presidency of Donald Trump and uses it as a trigger to discuss different historical milestones where democracy was violated, as well as the effects on the system of division of powers enshrined in the American Magna Carta. Taking up several examples centered on Europe in the 1930s and Latin America in the 1970s, his comparison with the United States leads to the inexorable question: Is American democracy in danger?

In response to this question, the authors propose to warn that the main danger facing modern democracies is polarization and the use of filibustering, associated with the emergence of populist and demagogue leaderships, who are characterized in turn by evading and transgressing the rules. without any type of limits, with the main characteristic of making abusive use of constitutional prerogatives to overcome the powers and different social classes, such as the media and the business sector.

1. Sobre el autor

Los autores de la publicación son Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, ambos son politólogos con filiación académica en la Universidad de Harvard. Desde sus trabajos en "Government y Social Studies" y sus investigaciones comparadas en materia de democracia con foco en América Latina y Europa, la obra sintetiza la investigación de aproximadamente dos décadas de análisis en torno a episodios implosivos de las crisis democráticas recientes, en contraposición a los clásicos golpes militares del siglo XX.

2. Sobre el contexto temporal y político en el que se editó el libro

Esta obra vio la luz en los primeros años de la presidencia de Donald Trump, que inició una era de preponderancia política de personas "anti-sistemas" que se incorporaron a la escena pública, algunos llegando a la presidencia como Jair Bolsonaro en Brasil y otros, con resultados cada vez mejores como Marine Le Penn en Francia. Argentina no está exenta en el fenómeno de liderazgos populistas, en cualquier punto del espectro político.

El estudio toma como referentes antagónicos a Obama y Trump, ambos llegaron al poder con apoyo de los dos partidos tradicionales norteamericanos y representando dos tipos de votantes antagónicos, convivientes en el seno de la sociedad norteamericana que fueron afectados de forma opuesta por el fenómeno de la globalización.

3. Breves apuntes del contenido del libro

A lo largo de los nueve capítulos se abordan las amenazas que enfrenta actualmente la democracia. Este recorrido comienza en el capítulo primero, donde los autores califican como "error fatídico"

la entrega voluntaria de “las llaves del poder” cuando un personaje autoritario llega al poder.

Esta afirmación la desarrollarán a partir de abordar los casos de Adolf Hitler, Getulio Vargas, Alberto Fujimori y Hugo Chávez, quienes comparten alcanzar una máxima magistratura a partir de comicios o alianzas con figuras políticas poderosas que luego fagocitaron en su toma y ejercicio absoluto del poder.

El capítulo dos se pregunta por qué Estados Unidos no ha sido gobernado por un gobierno fascista o autoritario, pese a haber atravesado fenómenos históricos que en otras latitudes, sí desembocaron en liderazgos de esas características. Los autores encuentran una respuesta en el proceso de selección de candidatos que utilizan los partidos políticos, y que Donald Trump ha rebatido; pese a que el sistema -en lo formal- pareciera haber logrado superarlo y reafirmado su vigencia.

Las propias salvaguardas del régimen democrático, vernáculamente referidas como “instituciones sólidas”, han frenado la ascendente trayectoria de candidatos que no se adaptaron al sistema -a diferencia de Trump- y que alardeaban discursos antidemocráticos.

En el capítulo tres, los autores abordan la “gran abdicación republicana”: nadie tomó en serio las aspiraciones de Donald Trump. Propios y ajenos pensaron que se trataba solo de una forma más de llamar la atención del famoso magnate; hecho que fue aprovechado desde su manejo en las redes sociales por el expresidente quien pudo hacer una campaña política sin depender de los fondos económicos del partido republicano.

En el siguiente capítulo, los autores recuperan su investigación sobre las prácticas antidemocráticas de distintos dirigentes políticos mundiales, quienes llegaron, gestionaron e intentaron perpetuarse en el poder. Navegando las historias de Fujimori y Chávez, se propone un ejercicio intelectual interesante para un lector latinoamericano que no debe de resultarles ajeno a uno norteamericano o ruso: el debilitamiento de la oposición, la gestión de la información, la intimidación para la dominación, son algunos de los muchos métodos identificados por los autores para explicar la administración del poder por figuras autoritarias.

El quinto capítulo se enfoca en los guardarríeles de la democracia: allí resulta central el estudio de la constitución estadounidense, mecanismo de control y equilibrio que se concibió para evitar que los dirigentes políticos concentraran u abusaran de su poder. Pero, la reciente experiencia 'trumpista' le dispara la siguiente pregunta a los autores que comparten con todos nosotros: ¿son las salvaguardas constitucionales, por sí solas, suficientes para proteger la democracia?

El análisis revela una respuesta por la negativa donde en distintas latitudes y fechas, se repiten determinados patrones donde democráticamente, se destruye la democracia. Incluso, alegándose la constitución.

En el capítulo seis, los autores proponen un recorrido diacrónico de democracia estadounidense hasta la actualidad donde comparan las presidencias de Washington, Theodore Roosevelt y Nixon para arribar a una conclusión: la constitución y las instituciones gubernamentales no bastan para garantizar el ejercicio de la democracia; la cual necesita nutrirse de la tolerancia incluyente del antagonista, y la autocontención en el uso de las propias facultades legales, encarnada en el concepto de "dureza constitucional", acuñado por los autores.

El capítulo siguiente propone un análisis belicoso de la política, presentándose el personaje a Gingrich como una génesis vernácula de la idea que equipara al adversario con el "enemigo", recordando episodios de encarcelamiento a los rivales, denuncias de fraude electoral, acusaciones de establecer una dictadura, hasta partidos que utilizan su mayoría para destituir presidentes y tomar puesto un Tribunal Supremo. Tales métodos, son las verdaderas "muertes de la democracia", las cuales nos presentan ante el axiomático abismo entre cómo funciona nuestro sistema político y nuestras expectativas de cómo debería serlo. La presidencia de Trump es una experiencia que condensa muchas de las "muertes" de la democracia norteamericana para los autores.

Por eso, su último capítulo se titula "Trump contra los guardarraíles de la democracia" y navega en torno a una pregunta que no formula

expresamente, pero que a efectos de esta reseña nosotros entendemos: ¿es fácil matar la democracia?

Para mantener salvaguardada la continuidad de la democracia debemos defender ciertos estándares y normas que aseguren a la misma. No confiarnos en la legitimidad de origen de un gobernante, sino cuestionar las acciones de quienes ejercen el poder público. No normalizar las conductas que tensionan el equilibrio de poderes, el respeto de las instituciones, el respeto mismo a las personas.

Los autores cierran su publicación haciendo un ejercicio no típico el estereotipo de ciudadano norteamericano: cuestionan su país. Cuestionan al bueno, al malo y al feo en su realidad política, en plena vigencia de cada uno.

¿Quiénes son el bueno, el malo y el feo? Los autores no plantean esta pregunta, pero fue una conclusión compartida por quienes participamos en la escritura de esta reseña.

Trabajamos este texto en una clase inicial de las carreras de “Abogacía” y “Relaciones Gubernamentales” y cada uno de nosotros tiene a su “bueno, malo y feo” en la cabeza. ¿Quién es el tuyo, lector? ¿Quién de los tres va a matar a la democracia?

4. ¿Por qué no leer el libro?

Si bien recomendamos ampliamente la lectura de este libro, el espíritu crítico que impera en un aula universitaria debe condensarse aquí: los autores logran plantear un libro de lectura sencilla para un tema complejo. Eso es un propósito de cualquier profesor cuando escribe una obra para trabajar en el aula; sin embargo, advertimos -desde nuestro remoto lugar geográfico y atravesados por la coyuntura de un país que nunca es el mismo dos días seguidos-, que los autores han vivido la mayor parte de sus vidas sin experimentar en sí, la imperiosa necesidad de queja del ciudadano argentino.

Seguramente los autores tienen su presidente norteamericano favorito, pero el contexto en el que surge -presidencia de Trump- parece actuar de disparador para preguntarse por las muertes de la democracia. Los autores escriben este libro desde una profunda experiencia académica, y trayectoria vital recorrida. ¿Por qué este libro no surgió antes?

Si bien una de las fortalezas de la publicación radica en la rigurosidad de la investigación que sustenta sus afirmaciones, nuestros ojos latinoamericanos advierten muchas más formas de desacreditar la democracia, sutiles y expresas con las que hemos convivido y muchas veces, protestado habitualmente.

La sociedad norteamericana no expresa sus quejas hacia el poder de la misma forma ni frecuencia que la sociedad argentina. Quizá el bienestar económico de la mayoría sea una causa para ello, o quizá su confianza en las instituciones sea mayor que la nuestra.

Por otra parte, la obra no pretende, ni lo hace, seguir un orden cronológico. Es cierto que se encuentra una lógica en la organización interna del texto, pero en algunos casos, la hallamos luego de la primera lectura completa. Sin embargo, la discusión de su contenido, oralizada en varios encuentros académicos, nos permitió cuestionar no el análisis efectuado, sino la forma de presentarlo. El orden histórico permite trazar con mayor simplicidad las relaciones de causalidad que los autores adscriben para explicar su unidad de análisis "la muerte de la democracia".

Otros factores que hubiesen sido de gran interés poder ver más desarrollados, surgen al desandar el iter investigativo que sustrae la obra: ¿Por qué no hay un eje de investigación sobre la cuestión racial? ¿La baja participación de las mujeres en los cargos de mayor poder político, no es una de las muertes de la democracia? ¿Es la democracia "hetero-cis céntrica"?

No lo sabemos. Tampoco sabemos si son variables que a los autores les interese abordar, pero sí advertimos la utilidad que seguiría para la contextualización sociológica de este fenómeno, si se abordasen más ejes de análisis.

5. ¿Por qué sí leer el libro?

Nos muestra como el sistema político americano ha generado mecanismos de contención interna para preservar el sistema democrático mientras que, en otros países, líderes autoritarios llegan al poder y borran las limitaciones de la democracia.

Por otra parte, nos ayudó a empezar a entender como la clase política establece procesos de funcionamiento de la democracia tendientes a lograr la subsistencia de sus integrantes. Hoy en día, en Argentina, se popularizó el uso del término ‘casta’ para referirse al fenómeno de la poca renovación de las personas que ejercen cargos públicos. De hecho, podemos rastrear personas cuya trayectoria profesional ha sido siempre en el sector público.

Podemos identificar también, cómo personas provenientes de renombradas trayectorias en el sector privado se convirtieron en pocas horas en funcionarios controladores de la industria donde se desempeñaban hacía días.

Además, ayuda a cuestionar ambos casos, a advertir la existencia de una minoría que ostenta el poder, que influye en el gobierno y construye candidatos que finalmente, son las opciones que el resto de la sociedad tiene para elegir.

Con un lenguaje sencillo, comprensible incluso para estudiantes que se inician en su formación de grado, los autores dejan en clara evidencia la vitalidad de mantener un sistema democrático a lo largo del tiempo, y cómo puede ser afectado según quien conduzca los destinos del país.

6. Conclusión

Las constituciones, las instituciones, las economías son tan sólidas como imaginamos que son. Levitsky y Ziblatt recuperan desde la ciencia política, las preocupaciones que Anthony Giddens, desde la sociología, planteó sobre las dificultades que atraviesa la democracia en todo el mundo al estudiar el fenómeno de la “discon-

formidad con respecto al sistema democrático". ¿Sigue siendo la democracia el medio para satisfacer las necesidades de los habitantes de un país?

Pese a los nueve capítulos de fuertes cuestionamientos, esta obra nos permitirá responder esta pregunta de modo afirmativo al ungirse como un despertador de nuestros últimos minutos de sueño: no sólo logra levantar a sus lectores al norte del río Bravo continente, sino que desde una pequeña aula sobre la Avenida 9 de Julio en Buenos Aires, nos invitó a leer con otros ojos las noticias de nuestro día a día político y social.

UCSF
Universidad Católica
de Santa Fe

