ESCUELA DE LA MAGISTRATURA

del Poder Judicial de Salta

TEMAS Judiciales

Poder Judicial
Provincia de Salta

Octubre 2013 Número 20

Publicación en Papel
ISSN 1669-8665

Publicación On-Line
ISSN 1669-8657

Propiedad de la
Escuela de la Magistratura
del Poder Judicial de Salta

Consejo Editorial

Director
Dr. Abel Cornejo

Consejeros
Dr. Sergio Fabián Vittar
Dr. José Gerardo Ruiz
Dr. Héctor Guillermo Alavila
Dr. Roberto Faustino Lezcano
Dr. Jorge Daniel Cabrera
Dra. Analía Villa de Moisés
Dr. Héctor Hugo Martínez
Dra. Jacqueline San Miguel

Consultores *ad honórem*
Dra. Aída Kemelmajer
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Rodolfo Julio Urtubey
Dr. Francisco Diez

Coordinadora
Dra. Claudina Xamena de Canavoso

Recopilación de datos
Sra. Eva del Carmen Barrozo

Arte y Diseño
Sr. Néstor Osvaldo Cignetti

Impresión
Artes Gráficas Crivelli
Caseros 1551
300 ejemplares - Oct/2013

Registro de Propiedad Intelectual
En Línea Nº 978391
En Papel N° 978392

ANUARIO
2012

EDITORIAL

Con la publicación del Anuario, amanece en el ámbito del Poder Judicial de Salta un nuevo desafío de la Escuela de la Magistratura, que es propender a que quienes tengan interés en publicar sus opiniones y sus posiciones sentando doctrina, serán bienvenidos, con la conciencia plena, de que le debemos a nuestro medio un urgente aporte investigativo a la ciencia jurídica.

La lucha por el derecho, parafraseando a Ihering, es también, desde siempre la lucha por la justicia, pero en términos menos utópicos es la lucha por un mundo mejor, más civilizado, más inclusivo, menos discriminatorio, más igualitario y menos cruel. Es una apuesta a la dignificación de la existencia, a la preservación de nuestro ambiente y al respeto irrestricto a las garantías individuales. Todos los días nos encontramos con nuevos desafíos, pero también con nuevas incertidumbres, y parece ser que el camino a seguir, inexorablemente, es el del trabajo mancomunado, el sendero de la solidaridad, y el de erradicación del relativismo y el individualismo.

El Anuario, además de un ámbito de investigación, debe ser, necesariamente, un espacio de reflexión, de encuentro, y de impulso hacia nuevos desafíos, hacia nuevas metas, sabiendo que la Escuela de la Magistratura, no necesita ni debe ser fundada todos los días, o cada tanto, sino continuar por un derrotero institucional firme, seguro y decidido, y que jamás los nombres empañen su prestigio que es innominado: la Escuela somos todos, pero nadie lo es, así como Borges decía de la Patria.

Tengo la inmensa satisfacción de que durante este mandato en que me tocó presidirla, mucho es lo que se hizo, pero es infinito lo que resta por hacer, entre otras cosas, porque debemos animarnos y ser capaces de ir modelando un diseño técnico – ejecutivo que la conduzca profesionalmente, sin estar sujeta a los avatares de cambios de humor o de perspectivas minúsculas de quienes a veces con un afán de figuración, olvidan que las instituciones se nutren de grandeza, de renunciamientos, de esfuerzos compartidos y deben buscar la sinergia indispensable para que los esfuerzos individuales sumen al todo. El futuro para ser venturoso requiere de responsabilidad social y ciudadana.

La Escuela de la Magistratura está destinada a ser un referente regional y nacional de proyección académica, no debemos desperdiciar su prestigio y debemos saber sostenerlo, su Anuario puede ser en el futuro una publicación de consulta y una vidriera para quienes expongan su doctrina.

En diciembre finalizará la gestión de dos años para la cual fui electo, y en la que expresamente pedí no ser reelecto en la íntima convicción de que los mandatos deben ser periódicos, y las reelecciones son altamente perniciosas, hago votos, entonces, para que, -según la frase evangélica - la obra de los constructores sea la piedra angular sobre la que se asiente la fe de los que luchamos por un país mejor.

Con estas palabras, probablemente transidas de emoción, auguro que el Anuario será una luz que alumbre el conocimiento jurídico de quienes estén dispuestos a aceptar el reto de conformar un país y una provincia diferentes. En cualquier lugar donde me encuentre la Escuela de la Magistratura será para mí un imperativo conforme al cual cualquier esfuerzo o aporte que haga en pos de su realización, nunca será bastante, pero podrán tener la certeza que será hecho con una profunda vocación de servicio por la administración de justicia.-

Dr. Abel Cornejo
Presidente del Consejo Académico

LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD

Dr. Abel Cornejo

> "Lo que engendra la concordia tiene su origen, la equidad y la honradez. Los hombres soportan con trabajo, además de lo injusto y de lo inicuo, lo que pasa por despreciable, y no sufren que se haga burla de las costumbres admitidas en la ciudad. Para ganar amor es necesario, ante todo, lo que se relaciona con la religión y la moral". *(Espinoza, Ética: Tratado teológico – político, XV, CLVII)*

1).- A modo de inicio

Como sucede cada tanto, en el devenir de los ciclos históricos y sus cambios consecuentes, nuestro tiempo no sólo nos muestra alteraciones profundas en los usos y costumbres, sino que también han comenzado a trocarse valores antes considerados esenciales, por una nueva escala, sin hacer juicios axiológicos, al menos diferente. En otras palabras, desde los albores del siglo XX, hasta los inicios de este nuevo siglo, la humanidad observó casi absorta una secuencia de cambios esenciales.

Desde la evolución de la maquinaria bélica, transformada hasta el paroxismo apocalíptico de la destrucción total, hasta la celeridad de las comunicaciones entre las personas. Mientras que a principios del siglo XX, una misiva de América hacia Europa tardaba no menos de veinte días en los vapores, pues recién comenzaban a funcionar los cables submarinos. En el siglo XXI se desarrollaron, entre otras cosas, teléfonos inteligentes que permiten comunicarse en forma instantánea a cualquier punto del globo.

Cambios de esa envergadura repercutieron en forma inexorable en las concepciones éticas actuales. A los horrores de la Segunda Guerra mundial, se sumaron nuevas contiendas bélicas, nuevos aparatos de destrucción masivos, y nuevos pretextos de sometimiento. Comenzaron a marcarse aun más las diferencias entre los países desarrollados, de las economías emergentes, y junto con ello, el hambre comenzó a hacer estragos.

El cambio ambiental también se tornó en un nuevo factor de preocupación, como también el auge del terrorismo en atentados y magnicidios a escalas antes desconocidas. En ese marco, comenzó a observarse otro fenómeno, a la desesperanza propia del siglo XX, le siguió para instalarse el escepticismo casi militante del siglo XXI, relativizándose los valores que antaño eran indiscutibles. Irrumpieron con inusitado énfasis las adicciones, el fervor devorador consumista, y la sustitución del trabajo humano por maquinarias de avanzada tecnología. Conjuntamente, la educación dejó de ser una pauta primordial, y su impronta fue rotando hacia una cantidad de información desordenada, que no siempre sigue cánones adecuados.

Aparecieron grupos juveniles "decepcionados", aferrados a la desesperanza o a una suerte de melancolía cotidiana, alejados de toda idea de provenir, con consignas tales como: "sólo importa el presente". Como correlato, se observa que las premisas de todo el arco ideológico, y aún con una distancia cronológica ínfima, se tornaron vetustas. Lo que hasta los setenta o los ochenta, aparecían como consignas firmes para un futuro mejor, comenzaron a decaer, o directamente a quedar circunscriptas a sectores focalizados.

Ese fenómeno se vio reflejado en la política propiamente dicha, desde el momento en que se sustituyeron los discursos pletóricos de ideales, por una idea enmarcada en el concepto de gestión, y de paso desprovista de todo humanismo. Incluso, si analizáramos la poesía de las postrimerías del siglo XX, y principios del XXI, encontramos un reflejo de ese estado anímico global, pues se envuelve en un realismo irremisible, con un contenido simbólico, cargado en no pocas oportunidades de un desenfreno que si bien a primera vista no aparece, luego se muestra en toda su dimensión.

La poesía, desde los griegos hasta el presente, fue siempre una metáfora de la realidad. También se observa que se va perdiendo la memoria de la humanidad, pues todos los adelantos tecnológicos, no suplen en modo alguno la tendencia al alejamiento de los

libros, y por consiguiente de postración de la cultura. Ante ese panorama, de qué hablamos entonces sino no es de crisis de los valores, ¿cuáles son actualmente los valores diferenciales en la sociedad? En ese contexto, es que el análisis del sistema jurídico resulta de vital importancia, debido a que en no pocos casos existe una disociación entre los valores en que se funda el sistema como tal, y la real eficacia en la defensa y aplicación concreta de esos valores.

Mientras la demanda social, y la necesidad de que la justicia actúe con prontitud y dé respuestas medianamente satisfactorias, existe en el imaginario colectivo una percepción inversa. Junto con ello aparece el tema de la verdad. En la convicción ciudadana la verdad, que debería ser el norte inexorable hacia el cual se dirija el sistema, a menudo se ve postergada, ensombrecida, o directamente anulada. Sin la búsqueda directa de la verdad real, y no sólo de la formal, el sistema colapsa porque deontológicamente no tiene razón de ser. La pérdida o la devaluación de los valores en una sociedad, apareja la afectación del sistema jurídico en su conjunto.

¿Cómo embonar y conciliar todos estos aspectos? Será una ardua tarea a realizar buscando ese cometido, en la medida que puedan analizarse detenidamente desde la cátedra los factores que permitan realizar un diagnóstico certero del problema. Como puede observarse la cuestión estriba dentro de lo que se ha denominado como estimativa jurídica en desentrañar lo que tantos desvelos ha causado en la historia del pensamiento, antes de ahora, y en el presente, que es poder dilucidar cómo pueden convivir el ser con el deber ser.

2).- ¿Volver hacia la ética de los valores?

Enseñaba Risieri Frondizi[1] que: es una característica de los valores estar ordenados jerárquicamente. Preferir - acota – no es juzgar; el juicio axiológico descansa en un preferir que le antecede. La elección tiene lugar entre acciones. El preferir, en cambio, se refiere a bienes y valores.

Si se observa la profundidad que encierra este concepto, aun esbozado de un modo tan magistralmente sencillo, se puede inferir que la preferencia es lo que distingue el contenido axiológico que una sociedad elige en un tiempo determinado, pues en los modos reales del preferir se distinguen los caracteres morales.

Esto trae a colación el pensamiento siempre vigente de Isaiah Berlin[2], cuando afirma, - recordando fragmentos del poeta griego Arquíloco - que, el "zorro sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una gran cosa" y a renglón seguido agrega: los estudiosos han diferido acerca de la interpretación de estas oscuras palabras, que acaso no signifiquen más que el zorro, con toda su astucia, es derrotado por la defensa única del erizo. Pero también puede dárseles a las palabras un sentido figurado, en que establecen una de las diferencias más profundas que dividen a los escritores y pensadores y, posiblemente, a los seres humanos en general. Y es que existe una enorme brecha - afirma Berlin - entre aquellos que, por un lado, lo relacionan todo a una sola visión central, un sistema más o menos coherente, o expresado, de acuerdo con el cual comprenden, piensan y sienten; un solo principio organizador en función del cual cobra significado todo lo que ellos son y dicen; y, por la otra parte, aquellos que persiguen muchos fines, a menudo no relacionados y aun contradictorios, conectados, si acaso, de algún modo, de hecho por alguna causa psicológico o fisiológica, no vinculadas por un principio moral o estético.

Estas enseñanzas de Berlin, demuestran de manera fehaciente la importancia de la preferencia en el sistema de valores de una sociedad. Y cuando hablamos de preferencia. Inexorablemente debemos remitirnos a la libertad, pues no puede preferirse nada, sino la posibilidad de realizar la selección libremente. Aun cuando quien escribe pueda diferir con el pensamiento existencialista, resulta útil recordar a Nicola Abganano[3] cuando sostiene que: el

---

[1] ¿Qué son los valores?, Fondo de la Cultura Económica, México, 1995, pág.131, decimotercera reimpresión.

[2] Pensadores rusos, Fondo de la Cultura Económica, México, 1992, pág. 6, traducción de Juan José Utrilla, segunda reimpresión.

[3] Introducción al existencialismo, Fondo de la Cultura Económica, México, 1993, pág. 108, traducción de José Gaos, sexta reimpresión.

problema de la libertad tiene por horizonte la existencia. No concierne a ningún aspecto del hombre con preferencia sobre otro. No respecta solamente a su voluntad o a sus actos o a su conducta, sino a lo que el hombre es verdaderamente en su humanidad. Es una cuestión que gira en torno al ser del hombre, en torno a su constitución última; una cuestión que sólo puede comprenderse si se la reduce a la opción fundamental mediante la cual se decide justo el ser del hombre, esto es, la existencia. La libertad - concluye – es el fundamento y la normatividad de la opción existencial. Mediante ella decide el hombre de su propio destino de conformidad con lo que debe ser.

De allí es dable coincidir también con Karl Jaspers[4] cuando dice que: al hombre le es dado manejar con libertad su existencia como si fuese un material. Pero eso es el único que tiene historia, es decir, que vive de la tradición en lugar de vivir simplemente de su herencia biológica. La existencia del hombre - afirma - no transcurre como los procesos naturales, pero su libertad clama por una dirección.

Y aquí volvemos a Frondizi[5] cuando dice que, se puede preferir el prestigio al placer, debido a que el interés escoge entre los objetos que se le presentan como interesantes. La preferencia puede darse entre objetos de un mismo tipo - dos objetos placenteros, por ejemplo - o de diverso orden. La característica de la preferencia - concluye - es que ordena los objetos del interés comparativamente entre sí y en forma tal que no puede reducirse ni a la intensidad ni a la amplitud de interés.

No se propicia aquí una ética de las preferencias, sino que a través del orden axiológico puede observarse cuáles son las tendencias a las que en un momento determinado se inclina la sociedad irremisiblemente, sin que puedan justificarse muchas veces el sentido o la razón de esas preferencias. En donde debe detenerse el análisis, es precisamente en los motivos, y en las razones, porque no quiere decir que la elección de una preferencia, importe necesariamente que esa preferencia no esté reñida con principios elementales de la ética ciudadana.

En donde descarnadamente se ve la necesidad de que las preferencias no vulneren principios de ética ciudadana, es en relación al ejercicio del poder. Como enseña José Luis Aranguren[6], no sólo el Estado como estructura, también su función o ejercicio como poder, constituyen fenómenos originarios. El poder, psicológicamente considerado - acota – es fuerza, pero no ciega, sino orientada racionalmente a la consecución del fin. Ese fin debe ser exterior a él, en el sentido de que constituya un objetivo a cuyo servicio se ponga el poder. Pero puede ocurrir también - añade - que el poder por el poder convierta en fin. Entonces, dice, estamos ante el desnudo impulso de dominación, ante la pura voluntad del poder o afirmación de sí mismo sobre los otros.

En efecto el poder político no puede presentarse a la larga, como pura fuerza - bajo los infames rostros de la tiranía o el despotismo – sino que necesita de su justificación. Se toma al ejercicio del poder político, como una suerte de muestra de análisis, porque todos los cambios estructurales, o las preferencias sociales pueden ser solamente conducidos a través de una adecuada utilización del poder, y es solamente con referencia a valores determinados, donde una sociedad puede o no considerarse civilizada. Si los valores son sólo meros enunciados, o expresiones de deseos, la sociedad se tornará anómica, y por consiguiente, carente de una ética social que la encauce hacia objetivos sociales determinados. Sin esos valores esenciales, tampoco las preferencias pueden ser plausibles, porque estarán indefectiblemente signadas por claudicaciones éticas que concluirán en fracasos o frustraciones al mediano plazo sobre los objetivos sociales primordiales. Parecería que los valores primordiales que siempre subyacen, y cuya búsqueda es perenne, son el bien y la verdad, no siempre resulta tarea sencilla encontrarlos.

---

[4] La filosofía, fondo de la Cultura Económica, México, 2003, pág. 67, traducción de José Gaos, segunda reimpresión.
[5] Ibídem, pág. 73.
[6] Ética y política, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996, pág. 134, segunda edición.

Como acertadamente lo dice Julián Barbieri:[7] si los valores son el mármol de identidad, nuestras decisiones selectivas son los cinceles que permiten la belleza de sus contornos para que ingresen en nuestra personalidad pero también son los rieles que los trasladan por un lado, hacia la voluntad actuante conduciéndola a su bien, y por el otro a nuestro pensamiento para poder alcanzar la verdad.

III.- El ordenamiento jurídico como un orden axiológico para garantizar la paz en la convivencia:

Enseñaba John Locke[8], que: así como el fin principal de los hombres al entrar en sociedad es disfrutar de sus propiedades en paz y seguridad, y como el instrumento adecuado y los medios para conseguirlo son las leyes establecidas en esa sociedad, la primera y fundamental ley positiva de todos los Estados es el establecimiento del Poder Legislativo. Y la primera para conseguirlo son las leyes establecidas en esa sociedad, la primera y fundamental ley positiva de todos los Estados es el establecimiento del Poder Legislativo. Y la primera fundamental ley natural que ha de gobernar el poder legislativo mismo, es la preservación de la sociedad y en la medida que ello sea compatible con el bien público de cada persona que forme parte de ella.

El ordenamiento jurídico es un ordenamiento de paz - dice Karl Larenz[9] - porque protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y, por lo tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza - acota – que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho, con independencia de cualquier mandamiento moral, tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual, porque lo que interesa es la idea de una seguridad garantizada por el Derecho.

Ahora bien, de los conceptos reseñados anteriormente, se puede colegir que, por un lado, para la existencia pacífica de la sociedad civil es necesario que el poder se organice y se limite a través de la ley, y a la par de ello, que ese ordenamiento legal genere confianza, que sólo puede provenir si se observa la aplicación del derecho. El titulo de la obra de Larenz es sugerente: derecho justo. ¿Es siempre justo el derecho? O acaso, ¿la deontología a menudo, marcha por senderos divorciados del ordenamiento jurídico vigente?

En este sentido, resulta oportuno volver a recordar a Larenz[10], cuando enseña que: la paz jurídica y la justicia, los dos componentes principales de la idea del Derecho, están entre sí en una relación dialéctica, lo cual significa, por una parte, que se condicionan recíprocamente: a la larga - continúa – la paz jurídica no está asegurada, si el ordenamiento que subyace a ella es injusto y se siente como tal cada vez más. Donde la paz jurídica falta, donde cada uno trata de realizar su derecho con sus puños o domina la guerra civil desaparece la justicia. Triunfa el denominado “derecho del más fuerte” que es lo contrario de un orden justo. El derecho - dice Rudolph Von Ihering[11] - es una idea práctica, porque indica un fin y como toda idea de tendencia es esencialmente doble debido a que encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe, además, mostrar el camino que a él conduzca. La idea del derecho – concluye - encierra una antítesis que nace

---

[7] *De qué hablamos cuando hablamos de valores, Paidós, Bs. As., 2008, pág. 146.*
[8] *Segundo tratado sobre el gobierno civil, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pág. 140, tercera reimpresión, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo.*
[9] *Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica, Civitas, Madrid, 1985, pág 43, traducción de Luis Diez Picazo, primera reimpresión.*
[10] *Ibídem, pág. 51.*
[11] *La lucha por el derecho, Valletta Ediciones, Bs.As., 1992, pág. 47, traducción de Leopoldo Alas.*

de esta idea, de la cual es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo. El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también de todo el pueblo.

Coincidiendo con este criterio, John Rawls[12] dice que: una sociedad bien ordenada está regida también por su concepción pública de la justicia. Este hecho implica que - según señala – sus miembros tienen un profundo deseo, normalmente eficaz, de actuar según requieren los principios de la justicia. Como una sociedad bien ordenada perdura a lo largo del tiempo, su concepción de la justicia es, probablemente, estable, es decir, cuando las instituciones son justas, los que toman parte en estas disposiciones adquieren el correspondiente sentido de la justicia y el deseo de cumplir su obligación manteniéndolas.

Máxime, porque la continuidad en un funcionamiento institucional plausible, es lo que les otorga prestigio a las instituciones. La fortaleza institucional - dentro de un sistema jurídico - es una suerte de virtud innominada, porque desde el momento en que las instituciones ceden ante nombres propios la República se torna evanescente o comienza a desmenuzarse como el pan viejo. La levadura institucional es su preservación a través de los años, de todo tiempo y de cada tiempo, por crítico que haya sido.

Cuando los constituyentes de 1853 redactaron el Preámbulo de nuestra Constitución, que es una suerte de rezo laico inasible para espíritus autocráticos, e ininteligible para mentes difusas por el trastorno que produce la detectación del poder por el poder mismo, seguramente pensaron en las síntesis de las virtudes indispensables para asegurar la República. Entre los anhelos cívicos propugnados por el Preámbulo está el de afianzar la justicia. Es decir que ya nuestros Constituyentes pensaron la responsabilidad en la seguridad jurídica como una garantía esencial del sistema republicano, y junto con ella tuvieron presente que no puede ser posible una república sin valores.

Quien comprendió desde un principio cuáles debían ser los parámetros, y lo esencial de los valores republicanos, para alcanzar a ser algún día un país posible, fue el padre constitucional de la Nación: Juan Bautista Alberdi. En su análisis crítico sobre el desarrollo que había alcanzado la Argentina de mediados del siglo XIX. Puso el acento en la falta de instrucción - a la que distinguía de la educación – en la falta de profundización o en la precariedad de las instituciones; en el feudalismo próximo a la barbarie de los caudillos provinciales, y por sobre todo la falta de paz y orden existente hacia aquél momento en el país.

Decía Alberdi[13]: “el remedio de las crisis no se halla en las revoluciones, que cambian el personal gubernativo sin modificar el rumbo, ni en los empréstitos que transforman una deuda en otra mayor. Hay que curar el mal en las raíces, depurar el ambiente, remover los obstáculos que traban la producción. Es urgente un gobierno de orden y economía, sin supercherías, que asegure la libertad de trabajo, la imparcialidad de la justicia, la seguridad de las personas y de los bienes y dijera claramente la verdad...”.

Como enseña Norberto Bobbio[14]: cuando la coherencia...no es condición de validez, es sin embargo condición para la justicia del ordenamiento. Por cuanto, en un ordenamiento jurídico no pueden, ni deben existir antinomias. La confianza en la ley es lo que fortalece y da seguridad al sistema, porque la historia enseña que cuando se dejó de lado el sistema jurídico, y con él a las instituciones del sistema, la solución siempre fue nefanda, y se allegó así a las autocracias más aberrantes. Las garantías individuales - por consiguiente – no son antitéticas a la seguridad ciudadana. En un Estado de Derecho todos, sin excepción, deben contar con esas garantías, y los ciudadanos no deben confundir el goce pleno de las garantías con permisividad, pues lo que corroe el sistema es la corrupción y la impunidad, jamás el uso adecuado de las garantías. En un mundo civilizado las garantías individuales son el presupuesto de la seguridad jurídica.

---

[12] Teoría de la justicia, Fondo de la Cultura Económica, Bs. As., 1993, pág. 502, primera reimpresión argentina.
[13] Jorge M. Mayer: Alberdi y su tiempo, Abeledo Perrot, Bs. As., 1973, Tomo II, pág. 1032, segunda edición.
[14] Teoría General del Derecho, Temis, Bogotá, 194, pág. 206, traducción de Jorge Guerrero R.

Como señala Jean Marc Varaut[15] la libertad individual depende de la exterioridad plenamente reconocida del derecho en relación con el poder, y de que el poder esté fundado en el derecho. Es en el Estado de Derecho, donde se hacen visibles por las leyes los signos de la libertad, donde es asegurada su coexistencia pacífica por una tolerancia activa, y reconocida la irreductible conciencia de sí, lo único que hace deseable y practicables las libertades garantizadas. Y concluye Varaut: la transición de una sociedad vertical, en la que todo viene del Estado, a una sociedad horizontal, plural, contradictoria, incluso conflictiva, pasa por la restauración de la justicia, el fortalecimiento de la separación de poderes, y en la rehabilitación permanente de los principios del derecho.

Enseña Recasens Sichés[16] que el tema de la justicia, del Derecho que debe ser, y de los valores jurídicos ha preocupado siempre y en todo momento, no sólo a la conciencia vital de los individuos y de la opinión pública de los pueblos, sino también de un modo central a la especulación filosófica. Con vigorosa expresión - afirma – Sófocles hace decir a Antígona - hacia el año 456 antes de J.C. -: "este Derecho no es de hoy ni de ayer; vive eternamente y nadie sabe cuando apareció".

Como puede observarse, se esboza aquí, la idea de un criterio jurídico absoluto, que se contrapone al derecho histórico. Por encima de éste, y limitado en su vigencia - porque nace, porque muere, porque tiene fronteras trazadas - hay, por lo visto, otros principios que están allí no porque nadie los haya traído y los sostenga, sino desde siempre, valiéndose de sí mismos y sustraídos al sino de la caducidad. Esa idea de una medida jurídica independiente de la voluntad humana, con pretensiones de necesaria validez, como instancia suprema e infalible, no ligada a contingencias históricas, acompañó la vida y la cultura occidental desde sus inicios. Ha sido bagaje permanente de la conciencia individual y colectiva, que siempre abrió en su foro la posibilidad de una revisión crítica del Derecho positivo; y constituyó también el retorno de todas las reflexiones científicas y filosóficas sobre la regulación de la conducta social.

Todo orden normativo concreto - dice Eduardo García Maynez[17] - consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores. La diferencia entre los grandes órdenes que regulan el comportamiento humano depende - afirma - de la estructura del sistema regulador y de la índole de los fines de cada uno de esos órdenes. Ello es así, porque el derecho es un oren concreto, creado para la realización de valores colectivos, cuyas normas - integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible - son normalmente cumplidas por los particulares, y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.

Tanto es así, que H.L.A. Hart[18] pone como ejemplo que en 1944 una mujer fue procesada y condenada en Inglaterra por decir la suerte en violación de la Witchcraft Act de 1735. Este no es más que un ejemplo pintoresco de un fenómeno jurídico muy familiar, dice el autor, porque una ley dictada hace siglos puede ser derecho todavía hoy. Sin embargo, aun siendo un fenómeno de la picaresca, esta persistencia de las normas jurídicas es algo que no puede hacerse inteligible en términos del esquema simple que ve en ellas órdenes dadas por una persona habitualmente obedecida.

Ahora bien, cuando se asevera que el derecho ha sido instituido para el logro de valores, con ello se indica un elemento estructural de todos los órdenes: su finalidad. Este elemento pertenece a la esencia de lo jurídico, ya que no se podría considerar derecho a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común: la regulación normativa del comportamiento será tanto más perfecta cuando en mayor medida realice el desideratum que le dan sentido.

Por ello es que el problema de la justificación de un orden concreto sólo puede plantearse y resolverse de manera satisfactoria cuando se tiene un conocimiento adecuado

---

[15] El derecho al derecho, La Ley, Bs. As., 1989, pág. 153, traducción de Silvia Kot.
[16] Tratado general de filosofía del derecho, Porrúa, México, 1986, pág. 368.-
[17] Filosofía del derecho, Porrúa, México, 1994, pág. 413.-
[18] El concepto del derecho, Abeledo Perrot, Bs. As., 1997, pág. 77 traducción de Genaro Carrió.

de los fines a los que debe tender, lo mismo que los medios que permitirán realizarlos: Lo dicho revela una de las causas determinantes de la imperfección de los sistemas legales: ni siquiera el legislador más sagaz puede intuir convenientemente todos los valores que, en tal o cual circunstancia histórica, deben condicionar el contenido de las leyes, ni prever tampoco, de manera infalible, hasta qué punto estas serán cumplidas o aplicadas. La angostura o estrechez del conocimiento estimativo, claramente explica esa deficiencia.

Pero, como es obvio, las imperfecciones no sólo son imputables al legislador: a veces provienen de errores de los órganos jurisdiccionales, o de ignorancia, torpeza o mala fe de los destinatarios de las normas. El valor de un orden jurídico no puede, pues, juzgarse si sólo se atiende a la eficacia de su sistema normativo. Este existe para ser aplicado, y si la aplicación es deficiente o torcida, los propósitos de quien lo instituyó a la postre se malogran. Por ello es que los valores no son únicamente sustentáculo de los fines; fundan, asimismo, el deber de realizarlos. La máxima del deber - dice Giorgio Del Vecchio[19] citando a Kant – es superior a todo motivo particular, Y añade: el Derecho es el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de la libertad, porque el hombre debe ser respetado en su libertad.

Así es que se llega a la cuestión medular: los valores son el soporte y fundamento del sistema jurídico, por consiguiente, si el sistema no se apoya en ellos, será imposible no sólo la realización de las normas, sino ya la propia convivencia civil. Con relación a esos postulados, es que debe señalarse que, una cuestión de singular importancia reviste la búsqueda de la verdad como fin primordial de todo sistema jurídico. Si el derecho es un orden que propende a la paz entre los ciudadanos, la resolución de conflictos, para ser justa, no puede alejarse nunca de la verdad, o por lo menos aproximarse a ella al máximo. Máxime, cuando reside la verdad en el acuerdo entre las palabras y los actos. En ese sentido, Ortega y Gasset[20], definió a la verdad como la coincidencia del hombre consigo mismo. En suma, - añade - verdad será aquello sobre lo cual el hombre sabrá a qué atenerse, el ponerse en claro consigo mismo respecto a lo que cree de las cosas.

En general - dice Framarino dei Malatesta[21] - la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. El tema de la verdad en un sistema jurídico fundado en la axiología tiene que ver - fundamentalmente - en poder erigirse en una suerte de antídoto contra la arbitrariedad, dado que el principio de no arbitrariedad es el fundamento racional en que se sustenta el derecho justo, porque a la postre, si se reconoce que la racionalidad de una acción no puede residir en ningún contenido concreto, entonces sólo es posible encontrar un rasgo común entre la razón teórica y la razón práctica: la independencia frente a la voluntad arbitraria. Hay, por consiguiente, un principio negativo que une a toda actividad racional, el cual es que, el resultado de cualquier actividad racional, sea teórica o práctica, no depende del arbitrio individual, porque para que algo pueda ser considerado como racional, no debe, ni puede ser arbitrario, y como tal alejado de la verdad.

IV.- La justicia como imparcialidad: un valor esencial

Dos principios animan el espíritu de justicia de una República: la probidad de sus magistrados y el respeto a rajatabla de la Constitución y las leyes. A partir de esas premisas, que resultan insoslayables, toda teoría que se esboce en pos de que la justicia se haga posible a través del derecho vigente, no genera riesgo de que se desvíe uno de los fines supremos del Estado, cual es el de garantizar la convivencia pacífica y civilizada de sus ciudadanos.

---

[19] Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona 1980, pág. 98, traducción de Luis Legaz y Lacambra.
[20] José Ferrater Mora: Diccionario de Filosofía, Ariel Filosofía, Barcelona 1999, Tomo Q – Z, pág. 3665.
[21] Lógica de las pruebas en materia criminal. Temis, Bogotá, 1988, Vol I, pág. 15, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero.

Ahora bien, enseñaba Couture[22] que todos los derechos desfallecen, aun aquellos estampados en las leyes más sabias, si el día en que el juez ha de apreciar la prueba o realizar el acto de valoración jurídica que significa escoger la norma aplicable, no se halla a la altura de su misión. El instante supremo del derecho - afirma – no es el del día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante realmente dramático, es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: "ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución".

Por consiguiente, - dice el maestro uruguayo – no puede concebirse un juez que diga sin temblor esas palabras. Detrás de ellas están no sólo la ley y la Constitución, sino la historia misma con el penoso proceso normativo de la libertad. Detrás de ellas hay guerras y luchas internas, crisis colectivas y grandes exaltaciones de pueblos. Como consecuencia de esas crisis y de esas luchas, es que se redactó la Constitución y se juró solemnemente. Y esa Constitución sigue siendo tal, en tanto asegure su vigencia en el fallo de jueces libres, austeros y responsables, sin distinción de causas grandes o pequeñas, oscuras o brillantes. Si la sentencia no ha sido empañada por el miedo, por el interés, o por el odio, ella constituye la proclamación de la vigencia de la Constitución a lo largo del tiempo, en su prueba de cada día. Porque la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces; cuando ellos desfallecen, ya no existe más.

Allende del rol que les cabe a los jueces al momento de administrar justicia: ¿de qué se habla, cuando nos referimos a nutricia - garantía? En primer lugar al acceso a la justicia. Hoy existe en el imaginario colectivo, la íntima convicción de que la justicia se aplica sólo para un sector, o bien sólo a un sector. En la primera hipótesis nos referimos a una justicia excluyente que atiende sólo los intereses de los grandes grupos de poder. En un segundo caso, a la imposición de penas a un sector social de paupérrimos ingresos, que es donde asiduamente cae el brazo de la ley.

En cualquier caso, se generan sendos sentimientos negativos: la protección económica de los grandes grupos en desmedro del resto, y la impunidad como flagelo frecuente de nuestra realidad. Junto con ello, encontramos la debilidad en que quedan sumidos muchos magistrados probos, que, ante la impotencia de las denominadas "operaciones prensa" se ven acotados, o coaccionados a administrar justicia en condiciones indeseables para la independencia con la que deberían contar. O en todo caso, con la garantía del no avasallamiento de las decisiones judiciales.

Por ello, enuncia Rawls[23], dos principios para garantizar la imparcialidad de la justicia: cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de las libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos. A la par que propicia que: los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico y por tanto la libertad sólo puede ser restringida a favor de la libertad misma. Es así que, puede colegirse por una parte que para que las libertades queden plenamente garantizadas, el sistema debe pugnar por una imparcialidad en la justicia, y junto con ello se debe garantizar a los jueces un nivel de desempeño de máxima exigencia, pero con máximo respeto a sus decisiones.

Es un desafío, entonces, para afianzar la justicia, sosegar la violencia del poder. Probablemente, el desafío mayor de la justicia en la actualidad, y de cara al futuro, más que dar a cada uno lo suyo, sea lograr al menos morigerar esa violencia ¿A qué nos referimos cuando se habla de violencia del poder? Existe en el imaginario colectivo, la firme convicción de que el poder tal como está vertebrado no sólo en las grandes corporaciones, sino en las relaciones de desigualdad que se generan a diario en el mundo actual. Así es que parece inaudito que, por ejemplo, en materia discriminatoria - en la República Argentina - no sean sancionados penalmente los actos discriminatorios entre particulares, que probablemente, sean los más numerosos y frecuentes.

---

[22] *Estudios de Derecho Procesal Civil, Depalma, Bs. As., 1978, Tomo I, pág. 95, segunda edición.*
[23] *Ibídem, pág. 286.*

Con acierto, Michael Waltzer[24] escribió que: nada cabe agregar sobre los sistemas políticos que son plenamente excluyentes, religiones monolíticas o regímenes políticos totalitarios. Basta nombrarlos para recordar su realidad histórica. Con independencia de la realidad, la coexistencia pacífica - señala – es claramente un principio moral sustantivo e importante. Defender que se debería permitir coexistir en paz a diferentes grupos e individuos, concluye, no es lo mismo que decir que se debe tolerar toda diferencia real e imaginaria.

Como bien lo afirma José Luis Aranguren[25] el contrato social no es sólo el título de todos los derechos y obligaciones del orden jurídico y político, sino también del orden moral. La libertad civil, que es diferente a la libertad natural, la moralidad, el sentido mismo del deber, todo lo que tenemos y lo que debemos, es establecida por ese contrato.

Parecería que Kant[26] se aproxima al ideal de la República cuando afirma que: la constitución republicana es aquella establecida de conformidad con los principios de la libertad de los miembros de una sociedad, en cuanto hombres; de la dependencia de todos respecto a una única legislación común, en cuanto súbditos; y de conformidad con la ley de la igualdad de todos los súbditos en cuanto ciudadanos, por cuanto es la única que deriva de la idea de contrato originario y sobre la que deben fundarse todas las normas jurídicas de un pueblo.

Dice Brian Barry[27] que la justicia como imparcialidad no tiene ningún sistema para transformar las concepciones del bien en otra cosa con el fin de ponerlas en relación recíproca. Ni posee un método de cálculo para estimar el valor de todos los resultados según una medida común. ¿Cómo, entonces - se pregunta – sitúa concepciones diferentes del bien en pie de igualdad al tiempo que deja intacta su condición de concepciones del bien? Insistiendo en que, en el momento en que se preparan las reglas y principios básicos, no se debe conceder una posición privilegiada a ninguna concepción.

En suma, la justicia como imparcialidad requiere, ante todo, el pleno ejercicio de los derechos y garantías que consagra un auténtico Estado de Derecho. A su vez, para que ellos sean posibles, es menester que esté plenamente garantizada la independencia de los jueces, y que por su parte, los magistrados sustenten sus decisiones en un sistema axiológico, sin el cual la realización del bien resultaría imposible. Dentro de ese esquema, la búsqueda permanente de la igualdad es un objeto irrenunciable al que se debe tener en miras en todo orden jurídico, pues sin ellas los contenidos de equidad nunca podrían alcanzarse adecuadamente.

---

[24] Tratado sobre la tolerancia, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 19, traducción de Francisco Álvarez.
[25] Ibídem, pág. 106.
[26] Sobre la paz perpetua, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 15, traducción de Joaquín Abellán, quinta edición.
[27] La justicia como imparcialidad, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 1997, pág. 223, traducción de José Pedro Tosaus Abadía, primera edición.

PONENCIA DEL MINISTRO HERNAN VODANOVIC SCHNAKE AL SEMINARIO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ARGENTINO-CHILENO (SALTA)

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Historia

Antes de la vigencia de la Constitución Política de 1925, la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la ley era inexistente atendido el claro tenor del Art. 164 de la Constitución Política de 1833: "*Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos".*

Fue así como la Constitución Política de 1925 establece, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, la posibilidad de que la constitucionalidad de la ley fuera controlada por un órgano ajeno al mismo Congreso Nacional. El Art. 86 de dicha Carta estableció, en efecto, el denominado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, un hito en el Derecho público chileno, que permitía a la Corte Suprema apreciar si las leyes se adecuaban a la Carta Fundamental. El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentaba las siguientes características:

Constituía una acción constitucional, esto es, un mecanismo de defensa y garantía de la supremacía constitucional establecido directamente por el Código Político.

Representaba una forma de control represivo o a posteriori de la constitucionalidad, pues se verificaba respecto de preceptos legales vigentes que se invocaran en los casos concretos de que conociera directamente la Corte Suprema o que se siguieren ante otros tribunales.

Procedía sólo respecto de preceptos con rango de ley y tenía efectos limitados y no erga omnes, en la medida que la sentencia pronunciada por la Corte Suprema sólo producía efectos en la gestión de que se trataba y respecto de las partes involucradas en ésta.

A pesar de que el texto de la Constitución de 1925 no limitaba la procedencia de la inaplicabilidad respecto de la inconstitucionalidad de forma, es decir, la que se relaciona con el proceso de formación de la ley, la Corte Suprema entendió reiteradamente que sus atribuciones sólo le permitían controlar la constitucionalidad de fondo, pues en caso contrario, estimaba que se estaban invadiendo las atribuciones del legislador. Por su parte, el criterio de admisibilidad de los recursos de inaplicabilidad, por parte de la Corte Suprema, fue particularmente exigente.

Las limitaciones manifiestas con que se abordó el conocimiento y fallo de los recursos de inaplicabilidad por la Corte Suprema generaron preocupación en la comunidad académica. En efecto, connotados catedráticos de Derecho Constitucional chilenos apreciaban cómo en el extranjero el resguardo de la supremacía constitucional por la judicatura, especial u ordinaria, era uno de los pilares de lo que hoy conocemos como Estado Constitucional, y esa preocupación se tradujo en coloquios, textos, seminarios y propuestas para establecer en Chile un control de constitucionalidad que reforzara la inaplicabilidad por vicios de fondo, control que tenía –como se ha recordado- carácter ex post y particular. Muy acertadamente, la comunidad académica descubrió la necesidad de llenar el vacío respecto del control de constitucionalidad de forma, y fue a ese respecto que se concluyó que era necesaria la creación de un Tribunal Constitucional con facultades de control preventivo, tanto de forma como de fondo sobre la constitucionalidad de la ley, los decretos con fuerza de ley, los tratados internacionales y los decretos supremos, entre otras materias. En el fondo de esta preocupación académica se encontraba la necesidad de generar un mecanismo eficaz para resolver los conflictos que se suscitaran entre los poderes del Estado.

Las intenciones y sugerencias del mundo académico son finalmente acogidas, y el Presidente don Eduardo Frei Montalva presenta, en el año 1964, un proyecto de reforma

constitucional que, entre otras reformas, introduce la creación de un Tribunal Constitucional, proyecto de reforma constitucional que finalmente no prosperó.

Al final de su mandato, el Presidente Frei Montalva presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional que, finalmente, se materializó, mediante la Ley Nº 17284, de fecha 23 de enero de 1970, mediante la cual se creó un Tribunal Constitucional que recogía las inquietudes del mundo académico y que, en varios aspectos, seguía los modelos del Consejo Constitucional de la V República Francesa. Al nuevo Tribunal se asignaron facultades de control de constitucionalidad preventiva de la ley; facultades de control sobre decretos con fuerza de ley, además de la posibilidad de pronunciarse sobre las inhabilidades de ministros y otras facultades.

Dicho Tribunal se encontraba integrado por 5 miembros, tres de ellos abogados designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado (uno a lo menos que se desempeñara como profesor universitario con a lo menos 10 años de cátedra en Derecho Constitucional o Administrativo) y dos de ellos designados por la Corte Suprema de entre sus miembros.

Este primer Tribunal Constitucional dictó 17 sentencias antes de ser suprimido por mediante Decreto Ley Nº 119, de 5 de noviembre de 1973, que invoca como motivos el no estar en funcionamiento el Congreso Nacional y el considerarlo un órgano “innecesario”.

El constituyente de 1980 estimó necesario reinstaurar el Tribunal Constitucional creado, originalmente, en el año 1970 en el entendido que este órgano constituye “un soporte esencial de la integridad del ordenamiento jurídico fundamental”. Con tal finalidad, se sostuvo que la naturaleza y trascendencia de la función que está llamado a cumplir el Tribunal Constitucional exigían que su composición tuviera un carácter eminentemente jurídico y no político dotándolo de magistrados de gran solvencia moral e idoneidad que constituyeran, por lo mismo, la máxima garantía para el país.

En ese contexto, el Capítulo VII de la Constitución creó un Tribunal Constitucional integrado por 7 miembros designados de la siguiente forma:

3 Ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas.

1 abogado designado por el Presidente de la República.

2 abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; y

1 abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio.

Los Ministros del Tribunal Constitucional durarían 8 años en sus funciones renovándose por parcialidades cada 4 años siendo inamovibles en su cargo. Por su parte, se confió a una ley orgánica constitucional (Ley Nº 17997) la regulación de la planta, remuneraciones y estatuto del personal del Tribunal Constitucional así como su organización y funcionamiento.

La característica de este nuevo Tribunal Constitucional como un órgano constitucionalmente autónomo se veía reforzada por la disposición contenida en el Art. 79 de la Constitución, en el sentido de que estaba excluido de la superintendencia directiva, correccional y económica que la Corte Suprema ejerce sobre todos los tribunales de la Nación.

Por Ley Nº 20050, publicada en el Diario Oficial de 26 de agosto de 2005, se introducen diversas modificaciones a la Constitución Política de 1980, entre las que destacan aquéllas producidas respecto del Tribunal Constitucional. Dichas modificaciones pueden sintetizarse de la siguiente forma:

Se amplía su número de integrantes de 7 a 10: 3 nombrados por el Presidente de la República; 4 nombrados por el Senado, de los cuales 2 lo son por libre elección y, los otros 2, a propuesta de la Cámara de Diputados y, finalmente, 3 miembros designados por la Corte Suprema. Cada uno de estos Ministros duraría 9 años en sus funciones quedando afectos a un régimen de incompatibilidades muy estricto que, entre otras prohibiciones, contempla la referida al ejercicio de la profesión de abogado y de la judicatura.

Se confía a la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional la regulación de su organización, funcionamiento, planta de personal, régimen de remuneraciones y estatuto

de su personal, lo mismo que lo referido a los procedimientos inherentes a sus competencias.

Se unifica en una sola jurisdicción, que es el Tribunal Constitucional, el control preventivo y posterior de la constitucionalidad de la ley. Para estos efectos, el conocimiento y fallo de los recursos de inaplicabilidad pasa desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional.

Se confía al Tribunal Constitucional la posibilidad de declarar inconstitucional, con efectos generales, un precepto legal que previamente haya sido declarado inaplicable, ya sea procediendo de oficio o mediante el ejercicio de una acción pública.

Se abre la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de autos acordados dictados por los tribunales superiores de justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) y por el Tribunal Calificador de Elecciones.

Se amplía el control preventivo obligatorio de constitucionalidad a las normas de un tratado que versen sobre materias de ley orgánica constitucional.

Se unifica en una sola disposición constitucional la competencia del Tribunal para examinar la constitucionalidad de los decretos supremos, ya sea que hayan sido dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución o de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.

Se introduce explícitamente en la Constitución el efecto que produce la sentencia del Tribunal Constitucional que acoge la inconstitucionalidad de un auto acordado de los tribunales superiores de justicia o del Tribunal Calificador de Elecciones, de un decreto con fuerza de ley o de un precepto legal declarado previamente inaplicable. En tales casos, el precepto se entenderá derogado desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo.

SIGNIFICACIÓN DE LA REFORMA DEL AÑO 2005

El traspaso de la competencia para conocer y resolver de la acción de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional mediante la gran reforma constitucional contenida en la Ley 20050 y las otras atribuciones que se le confieren en dicha ley (la declaración de inconstitucionalidad de precepto legal vigente y el control de los Autos Acordados, normas infralegales dictadas por los tribunales superiores) ha significado uno de los cambios más importantes a la Constitución, que se traduce, en esta área, en un cambio en la configuración del sistema de jurisdicción constitucional. En palabras de un autor, una "ampliación notable de su competencia y racionalización de sus decisiones y sentencias", al punto que incluso se ha hablado de un nuevo Tribunal Constitucional, en atención a su integración y a sus competencias.

Las reformas de la Ley 20050, a este respecto, claramente se encuentran inspiradas en la experiencia de la inaplicabilidad ante la Corte Suprema y el desenvolvimiento del Tribunal Constitucional en los últimos años de la dictadura militar y durante los primeros años del régimen democrático. En efecto, como lo señalara el magistrado Eugenio Valenzuela Somarriva, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante la tramitación de la reforma, el Tribunal Constitucional, en primer lugar, “constituyó un aporte decisivo en la transición política a la democracia por las sentencias que dictó en materia del Tribunal Calificador de Elecciones, de las votaciones populares y escrutinios, de los partidos políticos, de determinadas instituciones electorales y de las municipalidades”, además de, continúa dando cuenta el informe, “incorporar nuevos sistemas interpretativos de la Carta Fundamental”.

En el marco de dicha reforma, se propuso por los Magistrados del Tribunal una nueva acción popular de inconstitucionalidad directa, de efectos generales, que nacería tras tres fallos uniformes de inaplicabilidad. Este tema fue discutido latamente, pues el efecto particular de la inaplicabilidad ha sido tradicionalmente uno de sus puntos que más claramente admite crítica, y finalmente, aunque en términos distintos como se verá más adelante, se instaura una acción directa de inconstitucionalidad, abstracta y de efectos erga omnes y ex nunc, que tiene como presupuesto a la declaración de inaplicabilidad, en un binomio que no es común en ningún sistema de control concentrado, y que, muy

parcialmente, se asimila sólo al sistema portugués en algunos aspectos, como la dualidad control concreto y particular con control abstracto y erga omnes[1].

La gran reforma del año 2005 ha significado, en lo relativo al control de normas, dejar el antiguo modelo chileno de control concentrado "dual" o "compartido", y hemos pasado a un modelo concentrado propiamente tal, dentro del que coexisten controles preventivos obligatorios, controles preventivos facultativos-contenciosos, que son los que ya existían antes de la reforma, con controles ex post, concretos y de efectos inter partes (el recurso de inaplicabilidad, que hace su esperado arribo al Tribunal, estrenando además la legitimación activa del tribunal que conoce de la causa en la que se origina), y controles abstractos y de efectos erga omnes (la nueva cuestión de inconstitucionalidad, toda una innovación en nuestro derecho), además del control de los autos acordados dictados por los Tribunales superiores, que hasta ese momento carecían de controles de esta especie, todo ello en manos de lo que se ha denominado el Nuevo Tribunal Constitucional.

Así, el control de constitucionalidad de la ley quedó concentrado única, exclusiva y excluyentemente en el Tribunal Constitucional, dejando a los tribunales ordinarios con competencia para ello sólo la tutela constitucional de derechos fundamentales por vía de las acciones de amparo y de protección[2], que se basan fundamentalmente en infracciones a la ley o a la interdicción de la arbitrariedad que tienen como efecto la violación de derechos fundamentales.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional chileno no tiene atribuciones de justicia electoral, pues en Chile existen tribunales electorales especiales desde principios del siglo XX.

Cabe señalar, asimismo, que el tribunal chileno tiene entre sus facultades el calificar la constitucionalidad de la única hipótesis de convocatoria a plebiscito de reforma constitucional que admite la institucionalidad vigente y además la atribución de declarar la inconstitucionalidad de grupos, movimientos y personas que cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política.

ESTATUTO BÁSICO DE LOS MAGISTRADOS

Cabe señalar que para ser magistrado del Tribunal se requiere de a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez de conformidad a la ley chilena; durarán 9 años en sus cargos, sin posibilidad de reelección.

En otro orden, los Ministros del Tribunal no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que corresponda. La ley orgánica del Tribunal agrega que "Ningún miembro del Tribunal, desde el día de su designación, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si la Corte de Apelaciones de Santiago, en pleno, no declara previamente haber lugar a formación de causa. La resolución podrá apelarse ante la Corte Suprema".

En cuanto al régimen de incompatibilidades, no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, además de estar sometidos a las incompatibilidades de los senadores y diputados.

Los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles y dentro de las causales de cesación en el cargo se encuentra el cumplimiento de los 75 años de edad.

---

[1]Ver a este respecto, "TÓPICOS SOBRE COMPETENCIAS E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL", José Manuel Moreira Cardoso da Costa, Ius et Praxis año 2002, vol. 8, número 001 Universidad de Talca, Talca, Chile.

[2]Ello sin perjuicio de otras tutelas de derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios que ha establecido el legislador.

FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De acuerdo al artículo 92 de la Constitución, introducido por la reforma constitucional del año 2005, el Tribunal puede funcionar en pleno o dividido en dos salas.

El quórum para sesionar será de a lo menos ocho miembros para el pleno y de a lo menos cuatro para las salas. La Constitución establece una reserva mínima de materias para el pleno, correspondiendo a la ley orgánica establecer si las restantes serán resueltas por el pleno o la sala.

Dentro de las categorías de análisis de la jurisdicción constitucional, el Tribunal tiene atribuciones de control de normas legales, tanto de carácter preventivo como represivo, y de normas infralegales, con carácter represivo, facultades de calificación de inhabilidades del Presidente de la República y de parlamentarios, y finalmente la atribución de declarar y sancionar ilícitos constitucionales en contra del régimen democrático.

Cabe señalar que dentro de la lógica de un modelo concentrado, la Carta Fundamental establece que en contra de las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno.

PRINCIPALES ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL

La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley

El artículo 93 Nº 6 de la Carta fundamental señala que es atribución del Tribunal Constitucional:

"Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución".

Es la facultad que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional para declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido.

El instituto de la inaplicabilidad "Es un tipo de control de constitucionalidad concreto, represivo y facultativo; es decir, control concreto, ya que tiene como presupuesto material una gestión respecto de la cual se construye el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada; control represivo, puesto que recae en normas legales (leyes, legislación delegada y legislación irregular) del ordenamiento jurídico, y control facultativo, en la medida que se incoa el proceso ante el Tribunal Constitucional mediante una acción entablada por el juez de la gestión a través de un "auto motivado" o vía requerimiento de parte la inaplicabilidad en cada caso en particular, de un precepto legal cuya "aplicación resulte contraria a la Constitución".

Es claro así que estamos frente a un control concreto y de efectos inter partes, que se realiza antes de la aplicación del precepto impugnado. Cabe señalar que la sentencia que acoge el requerimiento obliga al tribunal que resuelve la gestión pendiente a no aplicar el precepto legal impugnado, y a la inversa, la sentencia que desestima, no obliga al juez a aplicar el precepto impugnado, no porque tenga facultades de control difuso, sino porque la determinación de la legislación aplicable la hace el juez del fondo al resolver el asunto; como la inaplicabilidad es un control previo a la decisión, es posible que la norma impugnada, finalmente, no sea de aplicación al caso.

En cuanto a la legitimación activa, la Constitución dispone que "la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto".

En cuanto a la admisibilidad, es resuelta por las salas del Tribunal, correspondiendo a la misma la resolución de la suspensión del proceso en el que incide la inaplicabilidad. Los requisitos de admisibilidad son:

a) verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial,

b) que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto,

c) que la impugnación esté fundada razonablemente y

d) se cumplan los demás requisitos que establezca la ley[3].

De acuerdo a las reglas generales, en contra de la resolución de admisibilidad o inadmisibilidad no procede recurso alguno.

La resolución del fondo corresponde al pleno.

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 93 no. 7 de la Carta Fundamental dispone que "es atribución del Tribunal Constitucional: … Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable", complementando dicho texto con el inciso 12 de dicho artículo, que dispone que "una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio".

A su parte, el artículo 94, en su penúltimo inciso, dispone que el precepto legal declarado inconstitucional "se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo", lo que significa que los actos realizados al amparo del precepto declarado inconstitucional con anterioridad a la publicación de la sentencia no pueden ser atacados como inconstitucionales.

Así, podemos conceptualizar la declaración de inconstitucionalidad como la potestad del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional in abstracto, con efectos ex nunc y erga omnes un precepto legal ya declarado inaplicable, potestad que puede ser ejercida de oficio o impulsada por vía de acción pública.

Estamos en presencia de un control abstracto, de efectos erga omnes y ex nunc, que tiene como presupuesto necesario una declaración previa de inaplicabilidad.

En cuanto a la legitimación activa, puede ser de oficio o por vía de acción pública; la admisibilidad es resuelta por el pleno y para dictar sentencia estimatoria se requiere mayoría cualificada de 4/5 de los miembros en ejercicio del Tribunal.

CONTROL DE AUTOS ACORDADOS

Según el número 2 del artículo 93 de la CPR, es atribución del Tribunal "*Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones*". Es decir, debe existir una cuestión de constitucionalidad, de lo que se entiende que estamos frente a un control contencioso, iniciado por vía de requerimiento.

En cuanto a la legitimación activa, hay que distinguir dos situaciones diferentes, pues el inciso 3 del artículo 93 de la CPR contempla dos situaciones diferentes:

"*el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros*". En adelante a este caso lo llamaremos control a requerimiento de órgano.

---

[3] *Se refiere a la ley orgánica constitucional del tribunal, y en particular, ya se verá por qué, a su artículo 39, que dispone:* "El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas.
Al requerimiento deberán acompañarse, en su caso, copias integras de las actas de sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema y de los instrumentos, escritos y demás antecedentes invocados. En todo caso se acompañará el proyecto de ley, de reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada."

"*Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal*", en este caso se agrega un elemento adicional, consistente en que la parte puede requerir el control del auto acordado "*cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado*". A este caso lo llamaremos control a requerimiento de parte, y tiene caracteres propios del control concreto: se desarrolla en el marco de un juicio, y la norma sujeta a control produce un resultado que no puede sino darse en el marco de su aplicación, el cual es relevante para efectos de su control de constitucionalidad.

Respecto de los efectos de la sentencia, atendido que nos encontramos frente a dos controles, podría pensarse que ello diferenciaría los efectos de la sentencia, toda vez que el control a requerimiento de parte incide en un proceso, dentro del cual la aplicación del auto acordado infringe los derechos del requirente, mas ello no significó para el constituyente una diferenciación de los efectos de la sentencia recaída en autos acordados, que son erga omnes y con carácter derogatorio (irretroactivos), debiendo publicarse la sentencia en el Diario Oficial.

EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA

En el marco del régimen presidencialista, la legislación delegada recibe en Chile el nombre de "Decretos con Fuerza de Ley", pues se realiza mediante una ley de delegación de facultades legislativas y la posterior dictación de un decreto por el ejecutivo.

Es atribución del Tribunal "Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley".

Se trata de un control facultativo y abstracto, de efectos erga omnes y que, en cuanto a su oportunidad, y de manera excepcional, podrá revestir un carácter *preventivo* -si lo solicita el Presidente de la República- o *represivo* -si las Cámaras estiman que es inconstitucional. En este último caso, el decreto con fuerza de ley estará vigente y producirá todos sus efectos, en tanto no sea declarado inconstitucional.

La legitimación activa corresponde al *Presidente de la República* dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría General de la República (órgano de control de los actos de la Administración) rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley, o bien por *cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio*, en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se estime inconstitucional, requerimiento que deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

Tanto la resolución de la admisibilidad como la decisión del fondo corresponden al pleno del Tribunal.

CONTROL DE DECRETOS SUPREMOS

Como precisión previa, cabe señalar que los decretos supremos son actos emanados de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que en nuestro sistema político puede ser de ejecución de ley o bien autónoma en el marco del sistema de reserva legal de la Constitución vigente, lo que se traduce en regular todas las materias que estén fuera del catálogo cerrado de materias de ley.

En este orden, cabe señalar que el control de los decretos emanados de la potestad autónoma es una de las vías más importantes para resolver conflictos entre el ejecutivo y el legislativo, fundados, en esta materia, en el límite del campo atributivo de cada uno de dichos poderes.

En este sentido, la Constitución de 1980 establecía en su texto original, a este respecto, dos vías de impugnación de decretos, que frente a las cuestiones de interpretación que cada una generó, fueron reformuladas por el constituyente derivado de 2005, disponiendo que es atribución del Tribunal "Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos,

cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley".

Este control es ex post, pues recae en decretos ya vigentes, es de carácter abstracto, en la medida que no contempla ninguna hipótesis de aplicación de la norma controlada, además de ser un control de efectos erga omnes e irretroactivos.

En cuanto a su legitimación activa, puede señalarse que es una atribución que opera estrictamente a requerimiento del órgano político interesado, en la medida que busca velar por el equilibrio de poderes en el marco de la reserva legal y teniendo presente que entre los roles de la Cámara de diputados y las minorías parlamentarias es fiscalizar los actos del gobierno. En efecto, se establece que el Tribunal "sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento", estableciendo una distinción entre decretos de ejecución y decretos autónomos.

En otro numeral del catálogo de atribuciones del artículo 93, su numeral 9 dispone que "Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente". Esta atribución, incluye no solo decretos sino también resoluciones y es de carácter preventivo, pues la Contraloría al representarlo lo hace en un control jurídico administrativo de tipo preventivo.

CONTROLES PREVENTIVOS OBLIGATORIOS

Dentro de los controles preventivos, se encuentra el control obligatorio de las leyes interpretativas de la Constitución y de las normas que versen sobre materias que la Constitución reserva a la Ley Orgánica Constitucional.

Cabe mencionar que en el derecho chileno la denominación "orgánica constitucional" corresponde a preceptos legales de control obligatorio antes de su promulgación y que requieren para su aprobación o modificación de los 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio. Las materias de este tipo de leyes son un verdadero catálogo cerrado de reservas materiales contempladas en la Constitución.

Se hace presente que como estas materias son de control obligatorio, lo común es que no exista conflicto, sino normas sometidas a control preventivo en razón de reservas materiales específicas, agregando la reforma de 2005, de acuerdo a lo declarado con anterioridad por el Tribunal, "las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas", en alusión a las referidas leyes orgánicas constitucionales.

Este es un control de carácter abstracto y preventivo, realizado con anterioridad a la promulgación de la norma legal, disponiendo la Constitución que "la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso".

En caso de ser declaradas inconstitucionales las normas sometidas a control previo, las mismas no podrán convertirse en Ley de la República.

CONTROLES PREVENTIVOS CONTENCIOSOS

Además de los controles preventivos obligatorios, existen controles previos de orden contencioso, que no pueden ser puestos en ejecución sin conflicto y requerimiento del legitimado activo. En efecto, se establece como atribución del Tribunal "Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".

En cuanto a la legitimación activa, la Carta Fundamental establece que "el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que

sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación".

En caso de ser declaradas inconstitucionales las normas sometidas a control previo, las mismas no podrán convertirse en Ley de la República.

En el marco de un régimen presidencialista, ésta atribución ha sido de gran importancia para delimitar el campo atributivo de los poderes legislativos, específicamente el concepto de ideas matrices de un proyecto de ley, el alcance de la iniciativa exclusiva del ejecutivo y la facultad de los parlamentarios de presentar indicaciones.

CONTIENDAS DE COMPETENCIA

La reforma constitucional del año 2005 entregó al Tribunal atribuciones en esta área, de las cuales carecía totalmente. En efecto, a partir de dicha reforma, es atribución del Tribunal "Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado", lo que antes correspondía a la Corte Suprema.

Para efectos pedagógicos, es menester señalar que corresponde al Senado resolver las contiendas que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia (Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, Corte Naval y Corte Marcial).

En cuanto a la legitimación activa, la Constitución señala que "el requerimiento deberá ser deducido por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto".

CUESTIONES DERIVADAS DE LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY

Es atribución del Tribunal "Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda".

Esta peculiar atribución deriva de hechos acaecidos en la historia política chilena, y regula la solución un conflicto específico que antiguamente se encontraba en un verdadero vacío de control.

En cuanto a la legitimación activa, la Constitución dispone que "la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley".

En cuanto a los efectos de la sentencia, la normativa constitucional dispone que "Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta".

CALIFICACIÓN DE INHABILIDADES

En este orden, se establecen dentro de las atribuciones del Tribunal "Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones", "Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios", además de su renuncia al cargo y finalmente emitir un informe en caso que el Senado declare inhabilitado para el ejercicio del cargo al Presidente de la República o cuando el Senado se pronuncie acerca de su dimisión.

LA TENTATIVA

CARLOS PARMA (Argentina)

1. - Consideraciones preliminares. 1.1. - El iter criminis o camino del delito.
2.- Concepto de Tentativa.-2.1.- Fundamento de la punición en la tentativa.-2.2.- Teorías sobre el Fundamento de la Punición en la Tentativa.-2.2.1.- Teoría del peligro.-2.2.2.- El quebrantamiento de la vigencia de la norma.-2.2.3.
3.- Distinción entre fundamento y presupuesto de sanción.- Tesis.
4.- Análisis de las teorías sobre el comienzo de ejecución de un delito.- 4.1.0. Subjetiva – objetiva. 4.1.- Posiciones negativas.-4.2.- Teoría de la univocidad de Carrara.-4.3.- Teoría formal objetiva.-4.4.- Teoría material objetiva.-4.
5.- Teoría del plan concreto del autor.- El fin del autor.
6.1.- El Dolo. 6.2.- Admisión del dolo eventual en la Tentativa.
7.1.- Tentativa en los delitos impropios de omisión.-7.2.- El comienzo de la tentativa en la autoría mediata.-7.3.- El comienzo de la tentativa en las omisiones.
8.- La Tentativa en la Legislación Peruana.
9.- La Tentativa en la Legislación Ecuatoriana.- Código Orgánico integral. Principios. Tentativa.
10.- La Tentativa en Colombia. Formas de aparición del delito: Bolivia.
11.- La Tentativa en el Derecho Penal Alemán.

1.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

1.1. El iter criminis o camino del delito.

El iter criminis es el derrotero que transita el delito desde la idea del autor, hasta que culmina plenamente objetivado en el mundo exterior. Así puede advertirse que entre lo prístino y la obra concluida existen estadios intermedios.

La tesis que domina es que la acción criminal dolosa tiene un curso o desarrollo, es decir un movimiento, que comienza con los actos preparatorios -impunes- luego transita por la tentativa -punible- y, por último, culmina con el delito consumado, desde luego también punible.

El todo está precedido por la ideación del delito, acto interno de conciencia, no susceptible de comprobación y también impune, conceptualizado por Ulpiano a través de su aforismo: "*Cogitationis poenam nemo patitur*"[1], es decir: nadie sufre pena por su pensamiento.

Así "el hecho punible doloso recorre un camino más o menos largo (llamado iter criminis) que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión, pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico[2].

Entre la fase interna y externa Jiménez de Asúa pensaba que hay dos estadios intermedios que son: la resolución manifestada y el delito putativo. La resolución manifestada no existe la fase externa, no se tratan de actos materiales, más de acción es de

---

[1] *Digesto, Lib. 48, Tit. 19, Ley 18*
[2] *Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes; Derecho Penal, Parte General; Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, ps. 367.*

resolución (proposición, conspiración, provocación). En el delito putativo hay una exteriorización del propósito de delinquir, pero el delito sólo lo es en la mente del autor[3].

Conforme esta premisa, hay en todas las legislaciones actos impunes, de carácter irrelevante, a estos la doctrina penal los ha llamado "*actos preparatorios*" y, consecuentemente, existen otros actos que siendo más que un mero pensamiento y menos que una obra consumada, tienen la entidad suficiente para alcanzar cierto grado de desarrollo criminal, poniendo de manifiesto que el autor va a ejecutar una obra prohibida por la ley. Ideación y actos externos de ejecución, son dos caras de la misma moneda. Aquí está el meollo de lo que se llama tentativa[4] que conjuga lo objetivo como lo subjetivo.

A los efectos de reproche interesa el instante donde la conducta réproba se corporiza en un obrar que se individualiza en el exterior y de esta manera compromete la vigencia de bienes jurídicos que han sido protegidos por el derecho[5].

2.- CONCEPTO DE TENTATIVA

La tentativa podría ser descrita o definida así: "…El que con el fin de cometer un delito determinado comienza la ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad..." (Art. 42 del C.P. Argentino equivalente al Art. 16 C.P. Ecuatoriano).

El artículo 8 del Código Penal de Bolivia dice textualmente: "El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad…". Véase que en la misma dirección los artículos 16 y siguientes del CP español contienen el concepto de tentativa penal. Hacen lo propio los §§ 22 y ss. del CP alemán.

El artículo 16 del Código Penal Peruano, indica que una conducta podrá ser castigada penalmente a título de tentativa si el agente ha tenido la decisión de cometer un delito y ha comenzado la ejecución del hecho sin consumarlo[6]. Visto de esta forma la tentativa no sería más que la interrupción del proceso de ejecución tendiente a la consumación, por lo que puede ser admitida en los delitos dolosos de comisión u omisión más no en los delitos imprudentes.

La primera advertencia que debe formularse es la siguiente: debe existir COMIENZO DE EJECUCIÓN a través de ACTOS EXTERNOS con un fin determinado. En esta inteligencia el Código Boliviano apuntala la idea que estos actos deben ser IDÓNEOS O INEQUÍVOCOS.

La idoneidad se encuentra insita en los actos de tentativa, más no podría ser de otra manera. El Art. 17 del C.P.P. fija los límites de la tentativa inidónea cuando la consumación

---

[3] Harb, Benjamín; "Derecho Penal. Tomo I, Parte General", Librería Editorial "Juventud", La Paz, Bolivia, 1998, ps. 380.

[4] Parma, Carlos; Revista del Foro de Cuyo, To. 18/19, año 1.995, Ed. Dike, Mendoza,"Cuestiones Sobre Tentativa, Jurisprudencia comentada de nuestras Cámaras del Crimen", ps. 7/13.

[5] Parma, Carlos; "Código Penal de la Nación Argentina", Comentado, Tomo 1; Editorial Mediterráneo, Córdoba, 2005, ps. 187.

[6] REVILLA LLAZA, Código penal comentado*, I, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, ps. 530. Dice que los requisitos del artículo 16 del Código penal peruano son tres, a saber: decisión de cometer el delito, inicio de la ejecución y no consumación del delito.*

del delito resulta imposible debido a la ineficacia del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto.

La tentativa es, en el marco de la temporalidad de ejecución del delito, el nivel más bajo de imputación penal y debe ser vista como un concepto jurídico, de allí que resulte más exacto hablar del TIPO DE TENTATIVA JURÍDICO PENAL.

Enseña Villavicencio que son elementos del tipo de la tentativa, el dolo y otros factores subjetivos, el comienzo de ejecución de la conducta típica y la falta de consumación del tipo (factor negativo)[7].

Puede decirse de esta manera que la tentativa es un "*punto de partida*" desde donde el sistema punitivo comienza a reprochar la conducta delictiva, porque la intención criminosa se corporiza en acciones individualizables en su exterioridad, afectando bienes jurídicos que han sido objeto de protección legal. Antes de ello, es decir, en las etapas del iter criminis que se mantienen en la interioridad del sujeto, el principio de reserva del art. 19 de la C.N. Argentina (Art. 76.3 Constitución del Ecuador 2008) sostiene la no punibilidad, sabia e inveterada herencia del llamado 'derecho penal liberal' del iluminismo. Es en esta etapa externa del iter criminis, donde para caracterizar la tentativa se requiere una actividad que supere la preparación del delito, es decir, alcanzar lo que se conoce como etapa de ejecución. Allí la tentativa surge "*con la intención de cometer un crimen, ejecutándose actos exteriores que tienen por objeto la consumación de ese crimen*"[8].

De lo visto hasta ahora es fácil entender que la tentativa es el comienzo de la ejecución de un delito determinado, que se detiene en un momento anterior a su plena consumación, precisamente por causas ajenas a la voluntad del autor.

"La tentativa de delito es una acción objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito, aunque a la vez diferente, en función de un dispositivo amplificador de la tipicidad que permite captar la acción en su dinámica desde el comienzo de su ejecución y hasta que se completa la tipicidad de delito (consumación)", dice Zaffaroni[9].

Prestamente se ha generado en doctrina una dicotomía inconciliable: aquellos que entienden que es un delito incompleto, dándose entonces una conducta típica que se detiene en la etapa ejecutiva o no produce resultado y los que avizoran un tipo independiente en la tentativa (similar al encubrimiento del art. 277 del C.P.A. o su equivalente en el Art. 44 del C.P. Ecuatoriano), que no guarda relación alguna con el tipo penal impuesto en la parte especial del Código. De allí que sean dos normas diversas, que aun cuando protegen el mismo bien, tratan de garantizarlo en acto y en potencia[10]. A modo de corolario, podríamos inferir que "*la tentativa no es un delito distinto e independiente del pertinente delito consumado, sino una ampliación de la imputación delictiva perfecta que este delito representa*[11]". Esta posición tiene mayor relevancia en el universo jurídico.

---

[7] Villavicencio, Felipe; "Derecho Penal, Parte General, Editorial Griley, Lima, 2006, ps. 427.

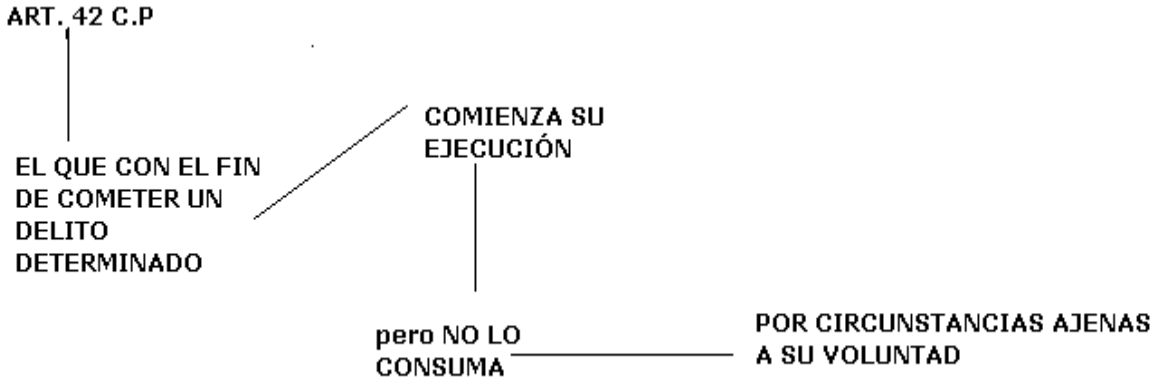
[8] Parma, Carlos; "Código Penal Argentino. Comentado", Tomo I, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2005, pg. 187.

[9] Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar A.: "Derecho Penal, Parte General", 2° edición, Ediar, Bs. As., 2002.

[10] Scarano, Luigi: "La tentativa"; Ed. Temis, Bogotá, 1960. Depalma Distribuidor., ps.292. Agrega el autor: "en la noción de tentativa se encuentra implícito el requisito del fin, que no es posible hallar en el momento de la consumación ni siquiera de la dolosa, dado que una cosa es el dolo y otra el fin... mientras que en el delito consumado se presenta la antijuridicidad cuando se verifica la lesión a un bien protegido, en la tentativa, por el contrario, se alcanza la punibilidad del acto cuando se verifica la idoneidad de éste para causar daño o peligro al bien jurídicamente protegido..."

[11] Núñez, Ricardo; "Manual de Derecho Penal", Parte General; Ed. Ediar, 1975., ps. 258. También en "Derecho Penal, Parte General", Creus, Carlos, pág. 432, Ed. Astrea, año 1994.

Gráficamente el Código Penal Argentino dice:

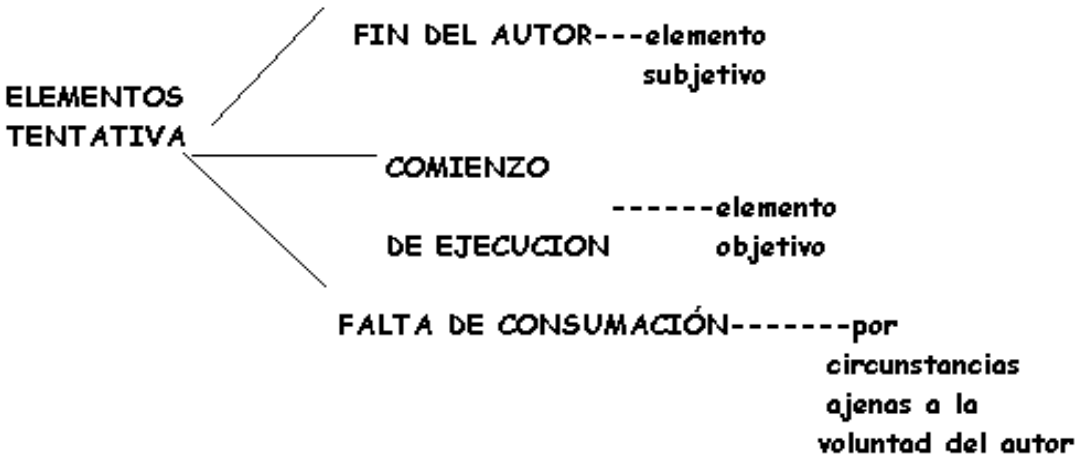


Como sabemos el delito es una obra humana que la ley indica como infracción y en ese sentido debe seguir un proceso. El hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar a la consumación y total agotamiento del delito. A este proceso se lo llama iter criminis donde el primer estadio punible es la tentativa prevista en el Art. 42 del Código Penal Argentino similar al art. 16 del C.P. Ecuatoriano.

Nelson Pessoa insiste en que lo que hay que determinar es "*el acto productor de la finalidad*", porque esta noción nos permitirá trazar con seguridad el límite entre lo punible (tentativa) y lo impune (acto preparatorio)[12].

Cuando uno piensa en los componentes de la TENTATIVA no puede dejar de mencionar: *1. El componente subjetivo; 2. El comienzo de ejecución de la conducta típica; 3. La idoneidad de los actos; 4. La univocidad de los actos y 5. La falta involuntaria de consumación*[13].

Sin perjuicio de ello resulta pedagógico indicar que la tentativa posee en sí misma al menos 3 elementos: fin, comienzo de ejecución y falta de consumación[14].



[12] Pessoa, Nelson; "La tentativa", Editorial Hammurabi; Buenos Aires, 1998, pg. 26.
[13] Velásquez, V.; Fernando; "Derecho Penal. Parte General", Cuarta edición, Editorial Comlibros,Bogotá, 2009, ps. 955/965.
[14] Parma, Carlos; "La tentativa", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1996, ps. 21.

2.1.- Fundamento de la punición en la tentativa.

Clásicamente se insiste que quien está intentando cometer un delito pone en peligro un bien jurídico protegido. Tal consigna no termina de satisfacer a la doctrina por lo que se ha generado un número importante de opiniones al respecto.

Se ha intentado con distintas máximas conceptuar este fundamento de punición en la tentativa refiriéndose a: el "*peligro corrido*" por el bien a proteger; la "*voluntad contraria al derecho*"; la "*peligrosidad del autor*"; "*alarma social*"; "*puesta en peligro abstracto*"; "*voluntad hostil al derecho*"; etc. Obviamente según la tesis a la cual se adhiera el pensamiento, se estará a tal o cual postulado, aunque de buen cuño doctrinario es creer, que la tentativa pone en peligro de daño o en peligro de peligro (efectivo o abstracto) los bienes jurídicos que el derecho en su totalidad protege, y de allí que deba atribuírsele una extensión de la imputación delictiva, obviamente degradada por el menor cargo de criminosidad que resulta de la no consumación.

Según Alcácer Guirao la tentativa es punible porque desautoriza la vigencia de la norma; es decir, porque quebranta la expectativa de seguridad del ciudadano en cuanto a la indemnidad de sus bienes jurídicos. Es de advertir que algo similar piensa Jakobs teniendo en cuenta que para él culpabilidad es prevención general positiva. De esta manera entonces quien tienta un delito es infiel al mandato normativo. Los hegelianos van en la misma dirección que apunta al quebrantamiento de la confianza en la vigencia de la norma (Lesch). Es oportuno aclarar que para Jakobs la tentativa es un quebrantamiento PERFECTO de la norma, de la misma forma que lo hace el delito consumado (obviamente en mayor grado de objetivación éste último).

Welzel (Finalista) entendía que la tentativa lesionaba el "poder espiritual del ordenamiento jurídico... desautorizando así la autoridad moral de las normas jurídicas y debilitando los valores ético – sociales que están plasmados en la norma". La tentativa es para Welzel "la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito. El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio el tipo subjetivo, debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. Por lo tanto si basta para la consumación el dolus eventualis entonces basta, también, para la tentativa"[15].

La teoría clásica u objetiva, tomaba como punto de partida el lesionar o poner en peligro un bien jurídico digno de protección. Obviamente si no hay riesgo alguno, no deviene el castigo. La teoría subjetiva indica que lo castigado es la conducta en sí misma, en tanto es una rebelión contra el orden normativo: es la voluntad contraria a derecho lo que se pena (Von Bury). La teoría ecléctica asienta la punición en la voluntad antisocial del hechor. A su rebeldía, se suma, la conmoción al ordenamiento jurídico, lo que de suyo genera inseguridad jurídica (Welzel, Jescheck). Lo que buscan estas últimas teorías es disfrazar de pretendida tutela a bienes jurídicos "*meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva*". Inclusive "la teoría de la impresión" –muy requerida en el ordenamiento Alemán- "resultaría violatorio" al principio de legalidad[16].

Diferente es la posición aportada por Marcelo Sancinetti, quien plantea la plena punibilidad para la tentativa acabada, ya que elimina el "*dato naturalístico"* de la consumación.

Debemos aceptar que no existe el delito independiente de "*tentativa*", sino que por su ubicación intra sistemática, este instituto –en principio- se aplicaría a todos los delitos dolosos, como una extensión del tipo, o como enseñaba Núñez: "*una ampliación de la imputación delictiva perfecta que el delito representa*". No hay delito de tentativa, sino tentativas de delitos.

---

[15] Welzel, Hans; "Derecho penal. Parte general", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1956, ps. 193.
[16] Zaffaroni, Raúl; "Manual de derecho penal. Parte general", Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, ps. 603 y ss.

Welzel decía que en la tentativa el tipo objetivo no está completo, mientras que tiene un tipo subjetivo de un delito consumado; es decir que existe una manifestación delictiva con déficit en el tipo objetivo. Zaffaroni por su parte enseña que en la tentativa tanto el tipo objetivo como el subjetivo se encuentran incompletos, porque ninguno de los dos se terminó de realizar en la praxis. Al igual que un delito doloso de peligro, tiene un injusto de menor contenido que en un delito doloso de lesión, no sólo por la objetividad de la lesión, sino además porque el dolo tampoco alcanza su pleno desarrollo.

2.2.- Teorías sobre el Fundamento de la Punición en la Tentativa.

2.2.1.- Teoría del peligro.

Esta teoría tiene su origen en los planteos de Feuerbach, quien a comienzos del siglo XIX, desarrolló su concepción del delito inspirada en la ideología liberal de la ilustración. Para este autor, el castigo de la tentativa sólo podría justificarse en cuanto conllevara una amenaza objetiva para los derechos subjetivos del ciudadano, por lo que acciones carentes de toda peligrosidad deberían quedar fuera de las lindes del derecho punitivo. El núcleo de esta idea responde al afán de separar Derecho y Moral y limitar la aplicación del ius puniendi a aquellas acciones que presenten un daño potencial para los intereses de otros ciudadanos, encarnados en los bienes jurídicos, satisfaciendo el presupuesto ilustrado del *nullum crimen sine iniuria.*

Con esta concepción la tentativa adopta por primera vez un perfil objetivo, rompiendo con la tradición subjetivista presente en la doctrina alemana e italiana desde los postglosadores. Vino entonces a plantearse por primera vez el problema de la tentativa inidónea. De este modo vemos que la distinción entre tentativa idónea e inidónea surge de la finalidad de protección del derecho Penal liberal de los individuos frente al poder del Estado.

De este modo se ve limitado el fin preventivo por lo exigido por el principio de lesividad, desde el cual sólo conductas peligrosas que ya hubieran manifestado una orientación indudablemente dirigida a la lesión podrían caer bajo las redes del *ius puniendi.* Con ello se conseguiría llegar a una armonía entre la necesidad de una prevención eficaz y el respeto a determinadas exigencias garantistas.

2.2.2.- El quebrantamiento de la vigencia de la norma.

Dentro de esta concepción se aglutinan teorías para las que la tentativa radica en que toda acción dirigida a la lesión de un bien jurídico genera, aunque no logre la lesión del mismo, determinadas repercusiones intersubjetivas consistentes en la alteración social y en el quebrantamiento de la confianza en la vigencia de la norma que poseen los ciudadanos.

Entre los exponentes moderados de este criterio podemos mencionar a Welzel, para quien la tentativa lesiona el poder espiritual del ordenamiento desautorizando la autoridad moral de las normas jurídicas y debilitando los valores ético – sociales plasmados en las mismas. Desde un punto de vista más radical está Jakobs para quien la tentativa para ser punible, requiere ser un fenómeno externo socialmente perturbador[17]. De esta forma, la tentativa constituye un quebrantamiento perfecto de la norma en cuanto que de igual modo que el delito consumado, aunque en un menor grado de objetivación lesiona la expectativa que los ciudadanos tienen en la vigencia de las normas. De esta manera vemos que lo relevante no es la causación evitable de la lesión de un bien jurídico, sino el significado de la conducta para la vigencia de la norma. Es por ello que Jakobs afirma: "la expresión de sentido jurídico – penalmente relevante de una acción injusta no está en la manifestación del autor acerca de cómo se imagina la configuración de la realidad, sino en la toma de postura frente a la validez de la norma que aquella conlleva de manera inseparable: no reconoce ninguna norma que le pudiese impedir actuar, sea que no conoce la norma en cuestión, sea que la conoce, pero pretende vulnerarla"[18]. En la idea jakobsiana "El mundo social no está ordenado cognitivamente, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo

---

[17] *JAKOBS,* Estudios*, p. 302; FRISCH, «Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter "Afekttaten»,* ZStW *101 (1989), pg. 610, nota 229. En idéntico sentido, ZACZYK,* Das Unrecht*, pg. 231 y ss.; MURMANN,* Versuchsunrecht*, pg. 5.*

[18] *Jakobs, G.; "Fundamentos del derecho penal", Ed. Ad – Hoc, Buenos Aires, 1996, ps.103.*

normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto[19]".

En la línea de la imputación objetiva se afirma que la vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgo. El riesgo permitido excluye el tipo. Lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo... Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe[20]. Intrasistemáticamente, el riesgo permitido se lo coloca: como que excluye la tipicidad (Roxin); como riesgo social permitido, excluye el tipo (Jakobs)[21]; puede verse como causa de justificación, entonces se la posicionaría en la antijuridicidad (Stratenwerth); oportunamente se dijo que excluye la culpabilidad (Torío López); que alcanza a todas las justificaciones (Jescheck) o bien como resultado de un "tipo" de actividad adecuada socialmente (Mir Puig)[22].

Aunque sintéticamente destaco que Jakobs traza directrices que suele llamar criterios. Estos pueden ser obligatorios, que son los que revisten un carácter negativo (por ejemplo la representación del autor no se aproxima a la consumación o bien las que son aceptadas socialmente o habituales) o variables los que tienen una faz positiva (por ejemplo la proximidad temporal entre la conducta y la materialización).

La tentativa, a diferencia de los actos preparatorios, tendría el significado comunicativo de ser una infracción del rol y, por tanto, una defraudación de la norma.

3. DISTINCIÓN ENTRE FUNDAMENTO Y PRESUPUESTO DE SANCIÓN

Hay una sempiterna discusión sin solución que campea en la dogmática jurídico penal: es innegable que si el bien jurídico es la finalidad de la norma, y el legislador quien crea la norma, *el bien jurídico será lo que el legislador decida*. Por lo tanto, si toda norma tiene una finalidad y esta finalidad es el bien jurídico, *lo que en realidad se protege es la norma*: el bien jurídico protegido es la norma (Bacigalupo).

Si partimos de un Derecho Penal que base su actuación en un cometido instrumental de la pena y no en la retribución, pero que no se fundamente exclusivamente en ese afán preventivo, sino que también sea respetuoso de principios garantistas como el de lesividad o el de culpabilidad, el fundamento de la sanción sólo puede venir basado en virtud de los efectos lesivos del delito que sean susceptibles de revocación por la pena. A diferencia de la lesión del bien jurídico, el quebrantamiento de la vigencia de la norma sí es susceptible de ser corregido por la imposición de la pena: con la misma se reafirma ante la sociedad que la norma sigue siendo una pauta de conducta vinculante, y que, por tanto, el ciudadano puede seguir confiando en que la norma seguirá vigente de cara a terceros. Si esto último se cumple se puede afirmar que el *presupuesto* para la aplicación de la pena es el peligro o lesión para el bien jurídico, por cuanto sólo cuando una conducta presente cierto grado de lesividad para los intereses protegidos por el Derecho Penal podrá considerarse contraria a la norma de conducta y ser, por ello, desvalorada como injusto penal y en consecuencia, merecedora de pena.

Las tesis objetivas se han basado preponderantemente en la existencia de una relación de causalidad (o cuasi causalidad) y en la presencia de un peligro inminente del bien jurídico, lo que de suyo implica una mayor atención al "disvalor del resultado". Tienen como apreciable ventaja la de poder justificar la menor punibilidad de la tentativa (ante el menor grado de ataque al bien jurídico) y la falta de punibilidad de la tentativa que como la irreal o supersticiosa no implica ninguna clase de peligro para el bien jurídico. Sin embargo, las concepciones objetivas presentan como uno de sus principales inconvenientes el de no poder explicar de manera adecuada la necesidad de sancionar la denominada tentativa

---

[19] Cfr.: "La imputación objetiva en el Derecho Penal"; Jakobs, G.; pág. 11 (prólogo), Editorial Civitas, año 1996.
[20] Aclara Jakobs, "un apretón de manos puede transmitir una enfermedad, una anestesia medicamente indicada, y aplicada conforme la lex artis, puede provocar una lesión".
[21] Ver: "Imputación objetiva"; Parma, Carlos; pág. 56; Revista del foro de Cuyo nro. 30, año 1998.
[22] Mir Puig, Santiago; "Derecho Penal, parte General"; 3ra. Edición, Editorial PPU, Barcelona, año 1990; ps. 246.

inidónea, dado que en ella no parece existir un verdadero peligro para el bien jurídico. Lo evidente es que los defensores de las concepciones objetivas se han visto obligados a reconocer la necesidad de evaluar la intencionalidad del comportamiento, tanto para poder explicar la punición de la tentativa inidónea como, para determinar en algunos casos cuál era el delito que el autor se proponía consumar con su comportamiento.

Para las concepciones subjetivas resulta determinante para la punibilidad de la tentativa la peligrosidad del autor (en las más antiguas) o el disvalor de acción (en sus más recientes formulaciones). Tienen en vista la voluntad dañina o maliciosa del autor. Poseen la ventaja, frente a las tesis objetivas, de poder explicar con notable facilidad y perfecta coherencia sistemática la punibilidad de la tentativa inidónea, dado que en ellas existe un disvalor de la acción (o un autor peligroso) idéntico al que caracteriza tanto las denominadas tentativas idóneas como los delitos consumados. No obstante esta evidente ventaja, estas teorías encuentran el inconveniente cuando intentan justificar la impunidad de las tentativas irreales, ya que en ellas existe una intención delictiva objetivada que en nada se diferencia de la contenida en las demás clases de tentativa. Para superar este problema han admitido la necesidad de correctivos de carácter objetivo que les permitan explicar la falta de punibilidad de la tentativa irreal.

Las teorías mixtas solo se diferencian de las teorías objetivas en cuanto reconocen de manera expresa tomar en cuenta tanto elementos objetivos como subjetivos para poder explicar de manera adecuada todas las manifestaciones de la tentativa. Este expreso reconocimiento de la mixtura propia de la tentativa es lo que explica que en la tentativa puedan encontrarse concepciones mixtas con tendencia objetiva y tesis mixtas con predominio del aspecto subjetivo, que en la práctica equivalen a las tradicionales teorías objetivas (que siempre admiten un elemento subjetivo) y subjetivas (que deben recurrir a correctivos de naturaleza objetiva).

De conformidad con la denominada teoría del defecto del tipo, la tentativa no es diversa de un delito al que le falta un elemento de la descripción típica para poder alcanzar la categoría de consumado. La sobrevenida del resultado, es justamente el defecto que padece el tipo y que da nombre a esta tesis.

Desde esta perspectiva, parece claro que la denominada teoría del defecto del tipo es útil como una forma de definir o presentar el fenómeno de la tentativa, pero que nada aporta sobre el fundamento de su punibilidad.

En algunos países, especialmente en Alemania goza de gran popularidad la denominada teoría de la impresión donde se observa el comportamiento del autor y lo que ello despierta en la comunidad social. Se advierte una posición ecléctica entre lo objetivo (la protección del bien jurídico) y lo subjetivo (la voluntad disvaliosa). Dable es decir que dogmáticamente pone el acento en el disvalor del acto.

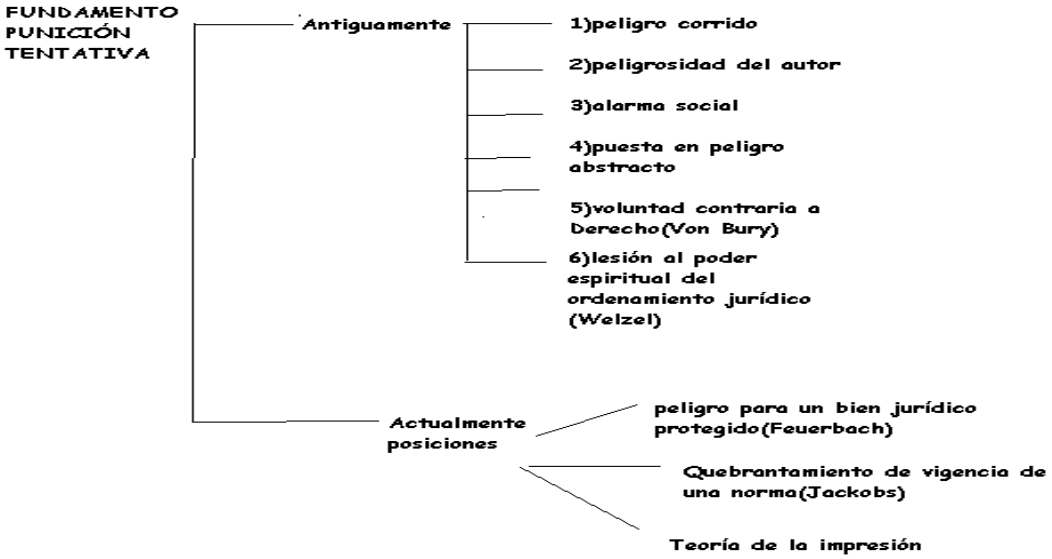
La teoría de la impresión es un intento de interpretar, desde bases preventivo – generales, la regulación subjetivista de la tentativa. El fundamento de punición de la tentativa se encuentra *en la voluntad del autor contraria a derecho, pero sólo existirá un merecimiento de pena cuando con dicha voluntad "pueda perturbarse profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia de la norma, así como el sentimiento de seguridad jurídica y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz jurídica"* (Roxin)[23].

Esta tesis muestra como sus principales ventajas la de brindar una clara explicación a la diferente punibilidad de la tentativa inidónea (debido a su desapego por el concepto de peligro al bien jurídico) y la de poder justificar la impunidad de la tentativa irreal (por ser una teoría que no está íntimamente ligada a la intencionalidad de la conducta). Sin embargo la extrema vaguedad del concepto de impresión (aún entendiéndolo como aquella impresión propia del hombre medio de la comunidad social) y la posibilidad de explicar de la misma manera la punibilidad tanto del delito consumado como de la tentativa, se muestran como

---

[23] Alcácer Guirao, Rafael; "La tentativa y los fines del derecho penal", Revista de Der. Penal, Nro. 4, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, ps. 282.

las principales carencias de esta tesis. Zaffaroni entiende que hasta sería violatoria del principio de legalidad.



Desde el punto de vista de una concepción normativa de la teoría del delito, tanto en la tentativa como el delito consumado deben ser punidos por la misma razón: haber quebrantado de manera reprochable una norma penal. Esta tesis tiene como ventajas el ofrecer una concepción unitaria de la teoría del delito y el de poder explicar de forma coherente tanto la punibilidad de la tentativa inidónea como la impunidad de la irreal o supersticiosa. No obstante debe admitirse que se trata de una teoría que requiere aún de algunas precisiones, especialmente en lo relacionado con el tratamiento de la denominada representación del autor y su importancia dentro del estudio de la tentativa.

El núcleo teórico de la tentativa reside en establecer cuanto debe haberse desarrollado en el mundo, la obra del hombre, desde que nació como idea, cuanto tuvo que haber crecido como realidad empíricamente verificable como para que podamos afirmar que ha comenzado la ejecución de un delito determinado. Esa es la función y justificación de las distintas teorías, forjar una pauta conceptual idónea para delimitar con la mayor precisión el grado de objetivación o desarrollo que la obra humana debe haber alcanzado en el mundo exterior para que se pueda afirmar que se comenzó a matar, lesionar, dañar, etc., en otras palabras para sostener que existe tentativa.

Nuestras legislaciones penan la "ejecución y consumación" de un delito. Quienes se enrolan en la doctrina clásica de la tentativa dicen que "*la imputación delictiva perfecta que tiene por objeto un delito consumado, encuentra su fundamento político en el daño del derecho que protege la respectiva pena. Por su parte, la imputación delictiva imperfecta, que tiene por objeto la ejecución delictiva sin consumación del pertinente delito, tiene ese fundamento en el peligro efectivo de aquel daño*"[24]. Para Jakobs el fundamento de la punición de la tentativa es *exactamente* que el de la consumación.

De buen cuño doctrinario –insistimos- es creer que la tentativa pone en peligro de daño o en peligro de peligro (efectivo o abstracto) los bienes jurídicos que el derecho en su totalidad protege, y de allí que deba atribuírsele una extensión de la imputación delictiva, obviamente degradada por el menor cargo de criminosidad que resulta de la no consumación.

Como adelantamos, extremadamente polémica resulta la posición que ostenta Marcelo Sancinetti, quien erradica del concepto de ilícito, al elemento "*consumación*". Allí se

---

[24]Cfr. "Tratado de Derecho Penal"; Nuñez, Ricardo, pág. 312, Ed. Lerner, año 1978. Con citas de Carrara y Herrera. Admite también la posibilidad de producir el resultado de un peligro abstracto o concreto, como ocurre con los delitos formales.

pregunta: ¿Qué sucede si todo el ilícito es el ilícito de la tentativa? Dice, que el paradigma vigente, supone agravación de penas por las consecuencias del hecho, situación que considera irrazonable y de pensamiento primitivo -alude a Soler, Nino, Zaffaroni y "*tantos otros*"-, entendiendo que "*no se distingue entre el quebrantamiento de una norma y un suceso de la naturaleza. Realiza consideraciones diferentes si se trata de tentativa acabada o inacabada (ver acápite especial), manteniendo su tesis de punibilidad plena en caso de tentativa acabada y el delito consumado*"[25].

El reconocimiento de que el ius puniendi del Estado se halla legitimado constitucionalmente para el fin de protección de bienes jurídicos siempre que, por sus efectos preventivo-generales y preventivo-especiales, constituya un medio adecuado, necesario y proporcionado para combatir las lesiones de dichos bienes, es precisamente lo que justifica la existencia de los diversos niveles de imputación.

A la vez de ello se obtiene información esencial sobre la estructura y el contenido tanto del concepto jurídico-penal de comportamiento, como de los de injusto y culpabilidad[26].

4. ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS SOBRE EL COMIENZO DE EJECUCIÓN DE UN DELITO

4.1.0. Subjetiva – objetiva:

Una de las tesis que goza de mayor preferencia y credibilidad es la que entiende que *"hay comienzo de ejecución cuando el autor realice actos que por su conexidad y sentido demuestren de una manera unívoca que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva"*[27]. A esta tesis se la denomina subjetiva – objetiva y deja entrever que atrapa varias conductas que por su significación revelan la criminalidad final del autor, por ejemplo encontrar una persona dentro de la casa de uno con una ganzúa y un revólver resulta por demás indicativo el fin: Robo agravado.

Ricardo Núñez lo explica así: "El "comienzo de ejecución" no comprende sólo los comportamientos típicos, por ser los adecuados para consumar el delito, sino, también, los comportamientos que careciendo en sí mismos de esa capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido demuestran que el autor ha puesto en obra su finalidad de cometer el delito[28]. No es necesario, que quien intenta robar tome la cosa, sino que basta que con la finalidad de apoderarse de ella, debidamente probada por otros medios, entre a la casa ajena; ni es preciso que la finalidad de acceder carnalmente a la víctima por la violencia se traduzca por el contacto externo de los órganos sexuales, sino que concurriendo el propósito de cometer la violación, resultan suficientes otros actos significativos de la ejecución de esa finalidad, por ejemplo derribar a la víctima y ponerse en posición adecuada.

Concebido así el *comienzo de ejecución,* se amplían las posibilidades de admisión de la tentativa. Esta no sólo será compatible con los delitos materiales y con los delitos formales, como sucede con la injuria y la revelación de secretos (Por ejemplo, los obstáculos o la distancia que impiden que la voz del injuriador sea oída; o la carta injuriosa o violadora del secreto puede extraviarse) sino que podrá existir siempre que la naturaleza del delito admita, antes de su consumación, conductas que no siendo de simple preparación del delito, resulten atípicas, pero sintomáticas, por su inmediata conexión y por su sentido, respecto a que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva. De acuerdo con ese punto de vista, que no reduce la tentativa al círculo de los comportamientos alcanzados por el tipo

---

[25]M. Sancinetti (conocedor del tema en sus trabajos en: Doctrina Penal, Teoría del delito y desvalor de acción - trabajo de tesis doctoral, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, etc.), muestra aquí, sorpresivamente, "ligereza en su pluma", por sus críticas y su escueta fundamentación, disociada con la lógica pues no todo debe ni puede ser desvalor de la acción, pues se podría caer prontamente en un peligrosismo extremo.

[26]"El Sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales"; Schünemann, Bernd, pág. 93, en "El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal" por Hans-Joachim Rudolphi; Ed. Tecnos, año 1991, Madrid, España.

[27] Núñez, Ricardo; "Manual de derecho penal", Editorial Lerner, Córdoba, 1999, ps. 228.

[28] GIMBERNAT ORDEIG; "Autor y cómplice en derecho penal"; Ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1966, ps. 103 y ss

delictivo, ya no es posible seguir rechazando la compatibilidad de la tentativa con los delitos de simple actividad (Según el Proyecto alemán de 1962, § 26, párr. 2o: "Al comienzo de ejecución lo constituye una acción mediante la cual el autor comienza con la realización del tipo o se dispone directamente a hacerlo")"[29].

4.1.- Posiciones negativas.

Son quienes opinan que es imposible formular conceptualmente la distinción entre la tentativa y el acto preparatorio.

Esta posición es objetable por diversas razones:

1- Porque el ordenamiento jurídico tiene una norma expresa sobre tentativa, por lo tanto es obligación del intérprete elaborar una explicación racional de la norma.

2- Esta posición genera inseguridad jurídica, en la medida en que el límite entre lo punible (tentativa) y lo impune (acto preparatorio) queda flotando en un ámbito totalmente desprovisto de racionalidad.

3- En tercer lugar como se ha señalado, en cuanto a actitud científica la posición negativa es criticable, ya que la dificultad del problema tiende a ser respondida no con un esfuerzo de búsqueda de solución sino con la simple afirmación de que ésta no existe.

En esta posición, hoy prácticamente abandonada, la tentativa reside en lo que el autor quiso pero especialmente en la creencia del mismo, en el siguiente sentido la convicción del autor de estar realizando una acción ya típica, en cuanto al comienzo de ejecución, más allá de que ello objetivamente suceda, determina la existencia de la tentativa.

Es decir, esta teoría edifica la tentativa sobre la subjetividad del autor creando de esta forma un serio riesgo para la seguridad jurídica ya que anula toda posibilidad de distinguir el acto preparatorio del acto de tentativa sobre objetividades racionalmente consideradas.

4.2.- Teoría de la univocidad de Carrara.

Este autor tuvo dos etapas, la primera conocida como teoría de la univocidad que parece haber tenido más difusión en nuestro país.

Esta primera teoría exige que el acto, para que revista la calidad de tentativa, provoque la certeza, la convicción de que está unívocamente dirigido al delito, lo que se deduce del contexto en que el mismo se lleva a cabo.

La crítica que se puede hacer a ello es que la univocidad se determina tomando en cuenta las circunstancias del acto pero no nos dice cómo debemos valorar esas circunstancias.

La segunda posición de Carrara, basada en los sujetos del delito, es la más endeble pues existen situaciones en las que no es posible distinguir a los cuatro sujetos del delito. Dice Carrara que en un robo, por ejemplo, el autor es el sujeto activo primario, los elementos usados para ejercer violencia constituyen el sujeto activo secundario, la caja fuerte donde se encuentra el dinero que se persigue, es el sujeto pasivo del atentado y el dinero es el sujeto pasivo de la consumación. Son actos de tentativa aquellos que alcanzan al sujeto pasivo del atentado, en nuestro ejemplo, la caja fuerte (y los que sólo llegan al sujeto activo secundario son actos preparatorios).

Vemos que no se puede construir la tentativa en situaciones como esta, apelando a la tesis de Carrara es imposible, si pensamos en el caso de un hombre que decide matar a golpes de puños a un niño ¿cuáles son los sujetos activo secundario y pasivo del atentado?

4.3.- Teoría formal objetiva.

---

[29] *Núñez, Ricardo, ob cit. Ps. 228/229*

Se determina la tentativa de un delito relacionando los actos cumplidos con el tipo correspondiente del delito.

Esta teoría, si es comparada con la tesis subjetiva, sin duda, tiene sobre ella el mérito de ser mucho más respetuosa de la seguridad jurídica, porque lo punible se edifica sobre conducta objetivada en el mundo y se toma como patrón valorativo de esa realidad al tipo penal, no afectándose de esa forma, en Argentina los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional (equivalentes a los artículos 75, 76.3, 76.7 letra k; 66.21, 66.22, 77 y 66.29 letra d) de la Constitución Ecuatoriana de 2008) , el primero porque no se pena lo atípico y el segundo porque no se castigan acciones que no lesionan bienes jurídicos.

La principal deficiencia de la teoría formal-objetiva es no elaborar una pauta o regla racional más concreta para determinar en forma específica el límite entre lo punible y lo impune. Es decir, que el mérito de esta tesis reside en haber afirmado que la tentativa se debe construir sobre la base del tipo penal, el acto de tentativa debe ser un acto de ejecución de la acción típica ya que trasladar lo punible a momentos anteriores a la misma es castigar lo atípico. Su defecto es dejar impreciso el límite entre lo punible y lo impune de acuerdo a las razones expuestas.

4.4.- Teoría material objetiva.

Esta posición es un complemento de la anterior en un intento de corrección. De esta forma se ha manifestado por dos vías principales: la de Frank comúnmente conocida con el nombre de "*natural concepción de la acción*" y la del "peligro" (algunos autores como Schonke y Schroeder, hablan del "*peligro inmediato*").

Frank, realiza lo que podríamos denominar, un proceso o mecanismo de retroceso a fin de aprehender esos "*actos anteriores*" que se escapan hasta ahora del concepto de tentativa y de esa forma "*incluye*" dentro de esta noción las "***acciones"*** que por su necesaria vinculación con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella, según una natural concepción.

El problema de esta teoría es que no establece pautas para ese retroceso, es decir, que no fija límite en esa marcha "*hacia atrás para establecer de esa forma el contenido o extensión de la acción típica vista según una "natural concepción*".

La otra vía o alternativa seguida por la posición material – objetiva es apelar a la noción de peligro.

Se sostiene que habrá tentativa cuando se pone en peligro el bien jurídico.

Lo que nos preocupa es saber cuál es la pauta sobre la que se afirma la existencia o ausencia de peligro pues tenemos la impresión que cae en un razonamiento que lleva a un círculo vicioso, ya que se discurre sosteniendo que hay tentativa porque hay peligro y porque hay peligro hay tentativa.

Pensemos en la persona a quien se le aplican años de prisión por considerársela autora de una tentativa y como única razón se le dice que ha puesto en peligro el bien jurídico, sin dar fundamento alguno de ello. El Tribunal Federal alemán viene exigiendo para esta fórmula[30] que la acción del autor no puede simplemente corresponderse con un elemento del tipo, sino que la realización parcial debe referirse a la acción típica, y el Tribunal del Imperio alemán exigía que la acción ejecutiva fuese "ya típica y se correspondiese conceptualmente con el tipo del hecho penal"[31]. En el mismo sentido, se venía exigiendo por la doctrina que la acción ejecutiva desde un punto de vista "lógico", "conceptual" ya fuese típica por corresponderse con el tipo, esto es, que fuese "típica" o "específica del tipo"[32]. Esta fórmula se corresponde hoy día con una postura mayoritaria en Alemania que pone en referencia el principio de ejecución con todos los elementos del tipo,

---

[30] *BGHSt. 9, pp 98 ss.; 26, 201 y ss.; 28, 163 ss.; 31, 178; JZ 1992, p. 379.*
[31] *BGHSt 31, p. 178 ss; RGSt. 66, 154.*
[32] *Von Hippel, Deutsches Strafrecht, p. 398 ss; LK (10)-Vogler, § 22, NM 23 ss.*

especialmente remarcado para delitos de varios actos, delitos cualificados o delitos especialmente agravados[33].

Sin embargo en Alemania se considera, de forma general, que ya antes de la acción típica puede desmarcarse un último acto esencial que, previamente a la acción típica, sería ya constitutiva de tentativa. Se considera de todos modos poco efectiva en su mero sentido formal y se utiliza conjuntamente con la Teoría de Frank, esto es, se requiere además que dicho acto previo a la acción típica pertenezca al contexto natural de la acción típica[34].

4.5.-Teoría del plan concreto del autor.- EL FIN DEL AUTOR.

Según esta doctrina desarrollada por Welzel y sostenida por numerosos autores, la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo.

Los funcionalistas modernos niegan que lo trascendente sea el plan del autor, tal entelequia tiene su fundamento en que los conceptos penales no siguen la metodología naturalista de las ciencias naturales, sino la posición normativista de las ciencias sociales, en base a la función que, en este caso, tiene el derecho penal, la cual –de suyo- no es resguardar bienes jurídicos sino tejer un marco de protección a la norma o más exactamente derechos conceptuados intrasistemáticamente por el derecho penal.

Pero la idea del plan del autor" ha sido reconocida con destacable respeto en latinoamérica, es que en este esquema, es fundamental que en cabeza del autor esté el plan delictivo concreto, pues para determinar la inmediatez de la conducta con relación a la consumación "*hay que apelar a la modalidad particular que asume la aproximación en el caso concreto*", lo que demanda tomar en cuenta en forma ineludible el plan concreto del autor.

La doctrina tiene el mérito fundamental de haber señalado que la presencia de la tentativa debe determinarse en función del plan concreto que el autor esboza para llevar a cabo su propósito delictivo. Ello implica que no se puede determinar la existencia de tentativa en forma abstracta, sino que la presencia o ausencia de la misma se establece sobre un plan concreto, en función con el grado de desarrollo alcanzado dentro del programa del autor.

Finalmente puede resumirse este tópico diciendo que la tesis predominante en Alemania y en España es la fórmula de Frank, según la cual pertenecen al tipo de tentativa todas las acciones que "según su necesaria pertenencia a la acción típica aparecen como componentes de la misma según una concepción natural".

Zaffaroni comparte la teoría del plan concreto del autor:

El comienzo de ejecución del delito no es el comienzo de ejecución de la acción típica.

El comienzo de ejecución del delito abarca aquellos actos que, conforme el plan del autor, son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de la acción típica.

Un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre éste y la acción típica no haya otro acto parcial.

Para determinar si hay o no otro acto parcial intermedio deberá tomarse en cuenta el plan concreto del autor y no lo que pueda imaginar un observador ajeno.

5.1.- El Dolo

En la tentativa se advierte la imagen prístina del dolo.

Se comparte el criterio que "*todo delito doloso es realización de la voluntad* " y que toda tentativa exige dolo. Es que el dolo como realización de un tipo pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de éste. Roxin enseña que en los tres tipos de dolo (de primer

---

[33] Rey Sanfiz, Luis; Conferencia dictada en el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, Argentina. Año 2010: "El tipo de tentativa y criterios de imputación".

[34] Rey Sanfiy, idem anterior.

grado, segundo y eventual) se emplea siempre la descripción del dolo como “querer y saber” de todas las circunstancias del tipo penal[35].

En Jakobs la cuestión es diferente: “El grado de fidelidad al Derecho se establece como baremo objetivo. Quien es culpable entonces, tiene un déficit de fidelidad al derecho. De manera psicologizante se dice que con dolo actúa quien conoce el riesgo por él creado”[36].

En referencia al dolo entonces, gravitan dos conceptos, a saber:

Voluntad dirigida a la realización del acto, y;
Voluntad capaz de realización del acto.

Es así que la dilucidación de esta encrucijada surgirá no del contenido, sino del hecho real que domina.

Se suele decir que los códigos penales no ofrecen fórmulas rígidas sino elementos conceptuales según una metodología normativa en base a la función social-normativa y ética del derecho penal en las sociedades actuales. El elemento conceptual recogido con estas formulaciones no es otro que el elemento subjetivo del tipo, especialmente en su forma dolosa. Su mención dentro del concepto de tentativa obedece al hecho de que no existe ningún injusto si el autor no conocía la norma y si no conocía, además, que ésta regía para el caso concreto. Asimismo se insiste en el elemento primordial que es COGNITIVO (sabe que está matando a un ser humano). La escuela funcionalista –Jakobs- insiste en el elemento subjetivo a tal punto que entienden que no existe ningún injusto de tentativa si el autor no conoce el sentido de lo que está haciendo. Esto se concibe clásicamente como conocimiento de la norma y del tipo: Así se unifican ambos aspectos al nivel de la culpabilidad bajo un mismo concepto común denominado conocimiento de la norma. Según este elemento conceptual sólo lo “subjetivamente” imputable al autor (como dolo o como imprudencia) puede concretar un injusto y, por tanto, una tentativa. Obviamente hay una super valoración del CONCEPTO DE AUTOR (el cual debe planificar ex-ante su comportamiento de forma adecuada a la norma). De acuerdo entonces con este criterio la interpretación de los elementos conceptuales subjetivos del tipo de tentativa dependen del concepto de autor, que es en definitiva decir: del concepto de culpabilidad como definidor del concepto de autor.

El sector doctrinario denominado "*finalista*", pretende inferir el concepto general del dolo, de la misma noción de tentativa, precisamente por la frase "*fin de cometer un delito determinado*" - y de allí que se torne un imperativo extenderse en este tópico. A falta de resultado en una acción ilícita, se introduce la idea de "*peligro*", que sólo constituye un ilícito bajo el presupuesto de que existiera el dolo de lesión. El peligro depende que el autor tenga dolo, al decir de Sancinetti: y un dolo que vaya más lejos que el peligro-, y esto se da de bruces con el criterio objetivista, resurgiendo así la idea subjetiva de la tentativa. Allí es donde Welzel lanza su "*argumento*": “*si el dolo era un elemento del ilícito en la tentativa, también tenía que serlo en el delito consumado; el resultado no podía hacer "saltar al dolo de lugar sistemático*". Inclusive los post-finalistas reafirman el dogma de "*identidad*" entre el dolo de la tentativa y el dolo de la consumación, situación ésta que no ha producido consecuencias en la teoría de la imputación objetiva[37], en materia de tentativa, reafirmando que la fuerza de la imaginación nomológica del individuo es la instancia fundante de la punibilidad.

La corriente finalista, buscando un dolo desvalorado, se aferra a la norma impuesta por el art. 42 del C.P.A. (Art. 16 C.P.E.), dando cuenta de un dolo sin relación con la antijuridicidad y, en más, se apuntala al art. 35 del C.P.A. (exceso de límites impuestos por

---

[35] Roxin, Claus; “Derecho penal. Parte general. Tomo I”, 5ta. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010, ps. 415.

[36] Jakobs, Günther: “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, Separata nro. 20; Estudios de Derecho Judicial, Xunta de Galicia, año 1999, ps. 125/127.

[37] "La teoría de la imputación objetiva se basa en una determinada comprensión del modo de función de las normas de conducta, y, a partir de este punto de partida, busca criterios de imputación.

la ley) demostrando que el dolo puede existir aunque se dé error en la antijuridicidad y que -como se dijo- debe tratárselo, como un dolo desvalorado en el tipo[38]. Bacigalupo entiende que el art. 35 del C.P.A., se refiere a los casos en que el autor ha obrado sin conciencia, o con una conciencia errónea sobre los límites de la necesidad de la acción de justificación llevada a cabo...la punibilidad atenuada se explicaría en la "*evitabilidad del error sobre la antijuridicidad de la acción cumplida, pero deja intacto el dolo en el hecho*". Por el contrario, Núñez postula otra solución, por considerar que el autor ha traspasado esos límites sin intención, de allí que su imprudencia, negligencia o inobservancia no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad: falta la conciencia de la antijuridicidad y desaparece el dolo. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha propiciado un destacado precedente donde en "*el abuso se mantiene el dolo, pero no en el exceso*"[39].

Retomando el tema en cuestión, y en las antípodas, se ubica la teoría clásica del dolo que, apuntalando la intención y comprensión del hecho, ve en el art. 34 inc. 1ro. del Código Penal Argentino (Art. 34 C.P.E.) la estampa del dolo[40]. En realidad, los "*clásicos*" son terminantes cuando afirman que la ley dice "*delito*", y en esta inteligencia se refiere a una acción: típica, antijurídica y culpable, por lo que ven allí debilitar los argumentos "*finalistas*" en la tentativa. Ante ello otra corriente "*finalista*" ensayó la noción del dolo como reverso del error de hecho[41].

Los delitos culposos no contemplan la tentativa, ya que la culpa es subjetivamente incompatible con la intención exigida, sin perjuicio que la responsabilidad culposa exige un resultado. Es el propio derecho positivo que excluye, a través de la palabra "*fin*", la posibilidad de la culpa en la tentativa, cerrando cualquier posibilidad de consideración de la misma y su punibilidad[42].

5.2.- Admisión del Dolo Eventual en la Tentativa.

Es mayoritaria en doctrina y jurisprudencia[43] en la Argentina la admisión del dolo directo en la tentativa, siendo excluido el dolo eventual en la especie[44]. En el Perú existe consenso de la admisión del dolo eventual.

---

[38]Las ideas de Impallomeni referidas a la visión del dolo en el exceso, como la conciencia de infligir al adversario un mal no necesario por la desproporción entre la acción ofensiva y la acción defensiva, fueron dejadas de lado en Italia ante el advenimiento expreso de la figura culposa en el exceso, más tuvieron acogida jurisprudencial en nuestro país a través de la S.C. de Bs. As. (serie 15, t. V, p. 109) y también la Cám. 2da. de San Luis, 29/10/69, J.A. res. 1970, t. 45, nro. 36 con voto de E. Zaffaroni. Sin embargo la mayoría de los Tribunales advierten la figura culposa en el exceso, no sólo por la indicación legislativa que tiene la norma remitiendo a la culpa o imprudencia, sino porque en la especie el pensamiento tradicional del dolus (querer y comprender la criminalidad... ilícito, antisocial o genéricamente malo) es doctrinariamente sólido.

[39]Ver "Una sentencia trascendente..."; Bacigalupo, Enrique, Revista Nuevo Pensamiento Penal, pág. 48, nros. 5 al 8, año 1975, Ed. Depalma.

[40]Cfr.: "Teoría clásica del dolo", Vidal, Humberto; en doctrina Penal, año 1980, pág. 282. Esta tarea fue iniciada en la Argentina, sistemáticamente por Soler (en Der. Penal Argentino). En la Edición de su obra magna, del año 1963, Soler elaboró el concepto de dolo eventual, pero ya con la ayuda de la frase: "dirección de las acciones".

[41]Distinguen los finalistas entre error de tipo y error de prohibición. Ambos impiden al autor el conocimiento de la criminalidad del acto. El error de tipo se da en aquellos casos en que la relación del sujeto activo se encuentra comprendida dentro de la descripción típica (tipo objetivo) pero el autor cree que su conducta carece de uno o más elementos del tipo -hay tipicidad objetiva pero no la subjetiva-. El error de prohibición no recae sobre los elementos del tipo sino sobre la comprensión de la antijuridicidad de la acción -excluye la culpabilidad en el supuesto de que sea insuperable o simplemente amengua en caso contrario-. Ver: "El error en el delito", Gurruchaga, Hugo, pág. 35 y 39/40, Ed. DIN, año 1989.

[42]Es oportuno señalar el avance que en la doctrina Alemana, Española, etc. tienen las ideas de Claus Roxin concediendo un mayor espacio al prototipo del injusto -creación dolosa o imprudente de un riesgo-, y, con ello, al comportamiento peligroso. Debe pensarse en la introducción de tentativas imprudentes (idóneas-acabadas)... recomendándose la posibilidad de prever el "delito de riesgo con una causalidad general meramente potencial". Es que para estos discípulos, el derecho penal es en primer término: Derecho penal del riesgo imputable personal e individualmente. Cfr. "Imputación objetiva y personal a título de injusto"; Wolter, Jürgen, en: El sistema moderno del Derecho Penal, pág. 133, Ed. Tecnos, año 1991, Madrid, España.

43 Cfr. De La Rúa, Jorge, Cód. Penal Argentino, ps. 575, nº 67. en jurisprudencia se ha dicho: "El "fin" de cometer un delito determinado" al que alude el art. 42 del C.P. excluye el dolo eventual... (CN Crim. y Correc. Sala IV, set. 5-988 en L.L. 1989-E, 437). "Aunque el prevenido haya actuado con dolo eventual, ello no basta

Sobre el dolo eventual se ha dicho clásicamente que el autor se representa la realización del tipo como posible. Otra visión habla de un "plus" necesario en la psiquis del autor diciendo que la realización del tipo debe ser "probable", lo que indicaría un alto grado de posibilidades. Sobre esta base otra teoría alegó a favor del asentimiento interior que debía colocar el autor además de la posibilidad. Autores alemanes (Rudolphi, Roxin, etc.) abonaron la idea que se estimaría suficiente que el autor "tome seriamente en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico... cuente con ello y se conforme...". Los finalistas españoles se limitaron a reafirmar que el autor "cuente con la posibilidad de la realización del tipo" (Cerezo Mir). El tema doctrinario se encuentra desarrollado extensamente en Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal. Parte General", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, ps. 209/211[45].

Había dicho "ut supra" que la tentativa exige un proceso interno y otro externo. Los actos exteriores que producen una modificación en el mundo jurídico, deben responder a "el fin de cometer un delito determinado". Esta imposición legal está indicando el tipo de dolo: directo (se incluye el necesario). A partir de aquí se observan algunas opiniones: el maestro Núñez sostiene que el lenguaje de la ley es claro, requiriendo que el autor tenga por objeto o motivo de su acción el logro de un determinado delito. Este contenido especial del dolo sólo es compatible con el dolo directo[46]. Terán Lomas tiene para sí, que el dolo de la tentativa es un dolo finalista, que pese a consistir en la voluntad encaminada a la comisión de un delito determinado que no llega a consumarse, difiere del dolo correspondiente al delito consumado. El empleo de la voz "*fin*" en el art. 42 del C.P.A. (Art. 16 C.P.E.) significa la exclusión del dolo eventual[47]. Núñez por su parte dice que el dolo de la tentativa no coincidirá siempre con el del delito consumado, que puede admitir el dolo eventual o indirecto. El fin es un elemento ínsito en el concepto de tentativa[48]. Carrara exigía la intención directa, ilustrando el tema de esta manera: "*Defino a la tentativa como cualquier*

---

para achacarle una tentativa de homicidio, ni el dolo indirecto es suficiente, ya que requiere dolo directo" (C.Civ. Com. Crim. y Correc. y Trab. de Cruz del eje, agosto, 23-984 en Rodríguez, Juan; LLC. 985-61.

44Parma, Carlos; "Homicidio. Elemento subjetivo": en Jurisprudencia de Mendoza, nro. 46, pág. 248/259, Enero-Abril de 1995.

[45] El Tribunal Supremo Español ha construido una línea jurisprudencial valiosísima. Esta teoría de la jurisprudencia, por el contrario, no le impone al autor una distinción cuantitativa que nadie puede hacer. Deduce su dolo del conocimiento del peligro que su acción genera. El juez que aplica la teoría de la probabilidad debe establecer si el autor se representó la realización del tipo como posible o como probable; para ello carece de una distinción segura entre lo posible y lo probable. El juez que aplica la jurisprudencia se debe preguntar si el autor conoció el peligro de la acción que realizaba para los bienes jurídicos que podían ser afectados.... La jurisprudencia posterior a 1992, y particularmente, la de los últimos cinco años, ha seguido aplicando este concepto de dolo. En efecto, en la STS 1269/2004 se trató de un caso de homicidio en el que el acusado "dirigió una cuchillada o navajazo hacia la zona central del pecho de su víctima (…) hasta seccionar su corazón por el ventrículo derecho".

En la sentencia 1064 del STS del año 2005 El Tribunal consideró: que "cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no puede controlar, debe responder de los resultados propios del peligro creado, aunque no persiga el resultado típico" (Fundamento Jurídico primero). En el año 2007 en la sentencia nro. 21 consideró que "quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace"....dicho entonces en forma simple la fórmula jurisprudencial sería así: el juez se pone en la situación del autor y, de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología, comprueba si el imputado conoció en el momento de actuar las circunstancias determinantes de un peligro concreto para los bienes afectados por la acción realizada (Confrontar: Bacigalupo, Enrique; "Manual de Derecho Penal", Temis Bogotá, 1998, ps. 103/117; "Hacia el nuevo derecho penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 309/333).

[46] Dable es recordar que el maestro Núñez daba por válida la posibilidad del dolo de ímpetu en la tentativa de homicidio, también nos dice que es "un dolo de propósito", sin perjuicio de ello, en su obra cita abundante jurisprudencia referida a la no admisión del dolo eventual. Destaco la siguiente: "La tentativa exige la intención directa y perfecta de cometer un delito determinado, la cual es incompatible con un dolo eventual y de ímpetu"(Trib. Sup. de Cba.,4/7/58, también este fallo está citado en Cód. Penal Com. de Ossorio y Florit, pág. 62, año 1975, ed. ELJ); "Es necesario probar que el agente tenía propósito de cometer un delito cierto, preciso y determinado" (Sup. Corte de Bs.As. 18/8/33). Cfr. Tratado de Derecho Penal; Parte general, tomo II, Núñez, Ricardo, pág. 317, Ed. Lerner, 1978.

[47] Terán Lomas, Der. Penal, Parte General, pág. 117, tomo 2, Astrea.

[48] Nuñez, Ricardo; Manual de Der. Penal, pág. 266/267, 3ra. Ed.

acto externo que por su naturaleza conduce inequívocamente a un resultado criminoso y que el agente dirige con explícita voluntad a este resultado, pero al cual no le sigue el mismo evento, ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que quería violar"[49]. La intención de la tentativa ha de ser: directa y perfecta[50]. Para Carrara entonces en la tentativa es necesario abandonar la consideración de lo que sucede, para seguir la consideración de lo que, en el preconcepto del agente, debía suceder[51]. Soler entiende que "*los hechos exteriores tienen que tender a la realización de un hecho penalmente incriminado*", por ello el concepto de tentativa es un concepto relativo, condicionado por la figura del hecho final[52].

Creus indica que: "*el que quiere consumar un particular delito y actúa con esa finalidad, lo hace con dolo directo, pero no con dolo eventual ya que en éste, su querer no puede contener el fin de cometer un delito, sino la previsión de cometerlo"*: el autor no se dirige a la comisión con su conducta, sino que sólo admite la perpetración del delito, como una contingencia de la actividad que despliega en procura de otro fin. En el derecho argentino y en el nuestro, la tentativa aparece incompatible con el dolo eventual[53].

Por su parte, Fontán Balestra entiende que en el derecho argentino, "*la exigencia de que la acción se ejecute con el fin de cometer un delito determinado es inconciliable con el dolo eventual*"[54]. A pesar de ello este autor adhiere a la tesis que en Alemania admite el dolo eventual.

Pues bien, frente a este criterio excluyente se erigió en forma conocida en la Argentina con fecha 30 de abril de 1964, un caso jurisprudencial que admitió el "*dolo eventualis*"[55] en la tentativa. Pues bien, este fallo generó un polo de opinión favorable, que coincidía, por cierto, con autores modernos, que -entre otros argumentos- entendían que la palabra "*determinado*" que la ley utiliza no debe interpretarse como referida al dolo[56]. Sin lugar a dudas que la palabra "fin" impuesta en la norma del Art. 42 del C.P.A. es ideológicamente utilizada[57], pero esto no debe llamar a "*espanto*" y generar una disputa entre "*causalistas y finalistas*", lo que sería en sí mismo un despropósito. El concepto que Welzel plasma en la materia, requiere ser tenido en cuenta: "*En la tentativa el tipo objetivo no está completo, mientras que el tipo subjetivo debe darse íntegramente. Por eso, si para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa*"[58].

En un análisis histórico, Zaffaroni entiende que cuando la ley impuso el término "*determinado*", quiso excluir el dolo de ímpetu, que es una voluntad lesiva que irrumpe de repente, en forma volcánica. Afirma este maestro que "*no hay ninguna razón para excluir de la tentativa al dolo eventual*"[59].

Jurisprudencialmente se dijo: "*La interpretación del art. 42 del C.P. (A) se destruye a sí misma, a tal punto que la aleatoria concurrencia de un resultado típico puede convertir en delito consumado por dolo eventual a lo que, en el supuesto inverso, no llegaría al grado de conato del mismo tipo penal*" (Cám. del Crimen, Bs. As., sala I, 2 de abril de 1987, "F. c/ Aquino, Héctor", del voto del Dr. Costa). En esta oportunidad -en primera instancia- se afirmó: "*se obra con dolo eventual si el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella, esto es, si toma el suceso "como venga" y*

---

[49] Carrara, Francisco, Der. Penal, vol. I, pág. 356.
[50] Carrara, Francisco, Teoría de la Tentativa y ...; pág. 20, Madrid 1.877.
[51] Cfr. Scarano, Luigi, La Tentativa, pág. 78, Ed. Temis, Bogotá 1.960.
[52] Soler, Sebastián; Ob. cit., pág. 203.
[53] Creus, Carlos; Der. Penal, Parte General, pág. 358, Ed. Astrea.
[54] Fontán Balestra, Crlos; Tratado de Der. Penal, tomo II, pág. 395.
[55] C. Fed. Cap., L.L. 118-6, 18-10-64, L.L., 117-225.
[56] Cfr. Zaffaroni, Eugenio; Teoría del Delito, pág. 676; Cód. Penal Comentado; Arias Gauna, pág. 145, Ed. Astrea; Caballero, Ricardo, El Delito Imposible, pág. 47; Bacigalupo, E., Manual de Der. Penal, pág. 167/168.
[57] Vargas Aignasse, Alberto; La Tentativa, pág. 33, Ed. CEC.
[58] Welzel, Hans; Der. Penal Alemán, pág. 262, Ed. Jurídica de Chile, año 1.987.
[59]"La tentativa de homicidio o lesiones con dolo de ímpetu está excluída del art. 42 del C.P. Argentino, pero no en razón de la palabra "determinado" sino porque se incluyó la figura del abuso de armas (art. 104 del C.P.) que da lugar a un concurso aparente de tipos". Ver: Manual de Derecho Penal, parte general; Zaffaroni, Eugenio R.; pág. 604/605, Ed. Ediar, año 1991.

actúa sin dolo y sólo con culpa consciente, si el autor confía en que el resultado no habría de producirse"[60]. Sobre el particular Welzel opinaba: "*el yo se siente estimulado o incitado desde el objeto proyectado hacia una conducta activa frente a él: atracción y estímulo hacia el objeto o rechazo o apartamiento de él. El impulso tiene una posibilidad doble de dirección: ir hacia el objeto o apartarse de él*"[61].

Los móviles y propósitos al comienzo de la acción, son fines en sí mismos, son decisiones u opciones que convergen en una meta voluntariosa e integran la intención del agente. Más, en favor de la negación del dolo eventual, puede afirmarse que si el dolo es una intención tendida a un fin dado, éste no puede ubicarse más allá del resultado típicamente previsto por la ley.

Es cierto que la corriente de pensamiento denominada "*finalista*", ha hecho un fructífero uso de la coyuntura especial que le da la palabra "*fin*", que en el Código Argentino impone en la norma del art. 42. Teniendo en cuenta las enseñanzas de Von Hippel, Edmundo Mezger y especialmente las de Hans Welzel, entre otros, el "*finalismo argentino*" (Zaffaroni, Bacigalupo, Tozzini, etc.) consolidó la siguiente máxima: el universo de la finalidad abarca todas las formas del dolo. Francisco Muñoz Conde, finalista español, apoyando la tesis de admisión del dolo eventual en la tentativa, es categórico cuando afirma: "*No hay tentativa en sí, sino tentativas de delitos consumados de homicidio, hurto, estafa, etc. De ahí que el dolo sea el mismo que en el delito consumado*"[62].

Tal vez, extraño a esta antinomia, la praxis jurisprudencial enseña, que en definitiva todo se reduce a un problema de prueba, con elementos objetivos, para identificar el fin que el agente se propuso, por ello se dijo que la cuestión consiste en la "*reconstrucción del fin para restituir a la intención su contenido y dar al acto su sentido propio*"[63].

La sentencia sólo puede apoyarse en pruebas. Es decir en elementos que provocan conocimiento respecto de la imputación penal y de las circunstancias que exige la ley sustantiva[64] .

6.1.- Tentativa en los delitos impropios de omisión

Importante doctrina apoya la idea que cuando el garante no ha intentado impedir la comisión del delito o la continuación de su ejecución, es decir, no ha practicado todos o parte de los actos que objetivamente hubieran impedido el resultado y, no obstante, el resultado, que no se intentó impedir, no ha tenido lugar por causas ajenas a su voluntad.

Enseñaba Jescheck: *"…la equiparación de la omisión con el hacer positivo presupone así que el omitente tenga que atender como "garante" a la evitación del resultado"*. Todos los deberes de evitación del resultado se basan en la idea fundamental de que la protección del bien jurídico en peligro depende de una prestación positiva de una determinada persona y los interesados confían y pueden confiar en la intervención activa de la misma. Por eso "*gracias al elemento objetivo de la posición de garante*", los delitos impropios de omisión adquieren tal carácter de "*delitos especiales propios*".[65]

La figura de la omisión del intento como esencia de la tentativa en los delitos de omisión ha sido elaborada en la teoría desde hace más de medio siglo. La existencia en las legislaciones modernas de reglas especiales para comisión por omisión le proporciona

---

[60] Cfr. Jescheck, Tratado de Der. Penal, pág. 404, par. 29, III. -Ver Sancinetti, M.; Tentativa y Dolo Eventual, Doctrina Penal nro. 40, 1987, Buenos Aires, pág. 795.

[61] Welzel, Hans; Causalidad y Acción, Cuadernos de Los Institutos nro. 126, Univ. Nac. Córdoba, Fac. de Der., pág. 204, con traducción de Finzi.

[62] "Teoría General del Delito"; Muñoz Conde, Francisco, pág. 163/164, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 1991.

[63] Cfr. Scarano, Luigi, ob. cit., pág. 98.

[64] Parma, Carlos; "Prueba – argumentación – interpretación", Editorial Universidad Católica de Cuenca, Azogues, Ecuador; 2011, ps. 5. Parma, Carlos; "Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 81 y ss.

[65] Jescheck, H.; "Tratado de Derecho Penal. Parte General"; Editorial Comares, Granada, Cuarta Edición, pág. 564.

actualmente un apoyo legal. Modernamente se ha reconocido que "*en los delitos impropios de omisión la tentativa tiene una significación práctica relevante*". En la tentativa de los delitos de omisión -se ha dicho también- *"se trata, en verdad, de la omisión del intento de ejecutar la acción descrita en el mandato"* (de acción).

Asimismo se ha precisado que *"la tentativa de actuar será omitida, cuando exista capacidad de intentarla y no se la realiza"* o, con otras palabras: "*A diferencia de lo que ocurre con el autor activo, que se refiere a la realización activa del hecho, la decisión del autor de la omisión se dirige a no evitar el resultado próximo, aunque ello le haya sido posible*". Como puede observarse está presente el elemento de la "*evitabilidad*" posible.

La omisión ha cobrado en tiempos posmodernos un rol liminar y –en este sentido- ocupa un espacio en la dogmática jurídico penal insoslayable[66].

De allí que la omisión de intentar impedir el resultado no será de apreciar cuando el garante haya realizado un intento serio, aunque infructuoso, de cumplir con el deber que le incumbe (Mir Puig, Bacigalupo).

A. Kaufmann, fue tal vez quien más aportó en materia de "*omisiones*" a la idea de Welzel (el otro gran destacado fue Bacigalupo). Precisamente el Maestro alemán entendía que la omisión no puede ser objeto de una voluntad de realización, sino que se caracteriza porque falta precisamente la voluntad de llevar a cabo un acto. Por ende, el dolo entendido como "*conocer y querer la realización del tipo*" no puede emplearse en el delito omisivo. En tanto la voluntad de llevar a cabo un acto pierde relevancia en los delitos de omisión, al dolo debe asignársele un carácter diferente, por lo que deja de ser considerado dolo (tal cual se entiende en la comisión) para tratarse de una suerte cuasi-dolo. Este cuasi-dolo carece de una voluntad activa dirigida a producir el resultado, pero exige un conocimiento efectivo de la situación típica generadora del deber de actuar y la cognoscibilidad (como posibilidad de conocimiento) de la vía para realizar la acción ordenada. En efecto, es requisito para la configuración del delito de omisión doloso, que el autor sepa efectivamente que en el caso media una situación que le impone actuar. Sin embargo puede ocurrir que frente a la situación de peligro el autor no piense que le es posible intervenir. Así, quien no sabe nadar y no supo ni pudo averiguar lo poco profundo que era el lago al que había caído el niño, no fue capaz de socorrer y por tanto, no omitió. Por el contrario, sí omitió quien se conforma con pensar que no hay posibilidad de cumplir el mandato, aun cuando no tendría que haberse quedado tranquilo hasta encontrar la vía de salvación. Por ejemplo, quien no sabe nadar y con sus capacidades, sirviéndose de una caña que estaba a su alcance, se hubiera convencido fácilmente de que podía salvar al niño caído en el lago. Esa persona inactiva no sabe que cuenta con la capacidad necesaria para realizar la acción de salvamento, pero su desconocimiento se origina en su indiferencia frente a la situación de peligro. En esas condiciones, y siguiendo a Welzel, A. Kaufmann se opone a una menor punibilidad de la omisión inconsciente, entendida como aquella que padece el autor que, si bien conoce la situación típica (el niño corre riesgo de ahogarse), no piensa -aún cuando podría- que le es posible intervenir en esa situación. Ya que en tal caso, se estaría premiando al indiferente y al insensible social. La persona que sabiendo que el niño se está ahogando, no busca una posibilidad de evitar su muerte, no merece un juicio de desvalor menos grave que aquel que no utiliza la posibilidad de evitación que ha advertido. Por ello, el cuasi-dolo, conforme la definición de este autor, incluye no sólo el conocimiento efectivo de la situación típica, sino

---

[66] *Debe advertirse que la* ***omisión impropia*** *encuentra aristas de contacto con los delitos activos. En esta inteligencia la imputación penal encuentra su fundamento en el "dominio" del riesgo que termina concretizándose en el resultado lesivo. Schünemann apuntala al dominio sobre la causa del resultado en tanto Silva Sánchez abona la cuestión entendiendo que la equiparación (acción – comisión por omisión) aparece cuando existe un comportamiento de actuar como barrera de contención de riesgos, por lo que aflora una identidad normativo-estructural entre ambas conductas. Como formas de responsabilidad penal, Jakobs sostiene que las competencias por organización y las competencias institucionales se pueden infringir por acción u omisión, por lo que la distinción entre ambas conductas es superflua.*

también la cognoscibilidad (como posibilidad de conocimiento) de la vía para realizar la acción debida[67].

6. 2.- Tentativa en los delitos impropios de omisión.

Se presenta la autoría mediata cuando alguien, para cometer el delito, se sirve de otra persona cuya conducta puede dirigir. Muy brevemente trataré de esbozar algunos conceptos.

La dogmática jurídico penal ha recurrido al *concepto extensivo de autor*, cuya principal función fue justificar la llamada *autoría mediata*. Conforme a este concepto, ya sea atendiendo a la causación de un resultado como a la lesión del bien jurídico, todo aporte será básicamente equivalente y consecuentemente, fundamentará la autoría. Solo desde el punto de vista del derecho positivo deben reconocerse *"causas limitadoras de la punibilidad"* que permiten reducir la pena de algunos partícipes.

Zimmerl sostuvo que "*el concepto de autoría mediata se origina como auxilio necesario de la dogmática del Derecho Penal contra la imperfección de la ley. La autoría mediata es, en cualquier caso una imposibilidad, si se quiere partir de un concepto restrictivo o extensivo de autor. Si se parte de uno restrictivo, así sólo puede ser autor el que realiza la acción de ejecución. Quien no la realice nunca es autor, ni mediato ni inmediato. Él solamente puede ser castigado según las prescripciones de la participación*"[68].

En una posición intermedia se encuentra la opinión de Hippel, "*existe autoría mediata cuando se determina dolosa y antijurídicamente a un ejecutor que no actúa antijurídicamente o sin dolo, o a un autor inimputable, en virtud de lo cual habría causado la comisión del hecho principal (acción de ejecución) a través de éste*"[69].

Para otras opiniones doctrinarias, la autoría mediata fue consumida dentro de otros modelos de participación. Así Binding, porque "*tal autor exige también un autor inmediato y éste, precisamente no existe*"[70], señalaba que "*el autor mediato, al no ser ejecutor, se degradaba a inductor*"[71]. Por otra parte, en la actualidad es dominante el concepto restrictivo de autor, que parte de la idea de que los tipos de la Parte Especial solo describen el comportamiento del autor y la responsabilidad de los partícipes en el hecho cometido por aquél se caracterizan como "*causas de extensión de la punibilidad*". De tal modo, las teorías de la autoría y la participación deben caracterizar al autor y además establecer los fundamentos que permiten una extensión de la punibilidad a personas que no han realizado acciones de autoría, sino, simplemente, "*tomado parte en el hecho del autor*"[72]. Bacigalupo relata la articulación de la jurisprudencia moderna donde nos cuenta que hay una convivencia de la teoría formal-objetiva con la teoría (material-objetiva) del dominio del hecho.

Ambos criterios son, en principio, incompatibles, dado que uno considera decisiva la forma de la conducta y para el otro lo decisivo es la significación material. Sólo

---

[67] Kaufmann, A. "Dogmática de los delitos de omisión", Trad. de la segunda edición alemana, por J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, ps. 127,133 y 148. Otro discípulo de Welzel Stratenwerth discurre con Kaufmann. Expone las consecuencias, a su entender contradictorias, que conlleva su tesis. Así señala que "este argumento tendría que regir cuando el autor, por su indiferencia, se encuentra impedido de reconocer la existencia de un peligro que él mismo ha causado (por ejemplo, arrojando un cigarrillo prendido en el bosque), y éste es indiscutiblemente un caso de culpa inconsciente.". Por lo demás -se pregunta- "¿quién podría decir si, en el caso concreto, la carencia de la representación proviene de la "maldad del autor y no sencillamente de su torpeza o su falta de reflexión?" (Stratenwerth, G. "Derecho Penal. Parte General, I." Trad. de 2 ed. Alemana, de Gladys Romero, Edersa, Madrid, ps. 310).

[68] Cfr. Hernández Plasencia, José Ulises: "La autoría mediata en el Derecho Penal", Ed. Comares, Granada, 1996, pág. 1.

[69] Cfr. Hernández Plasencia, José Ulises: op. cit.

[70] Cfr. Nuñez, Ricardo: "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, pág. 281, Lerner, Cba.- Bs.As., 1978.

[71] Cfr. Hernández Plasencia, José Ulises: op. cit., pág. 1-2.

[72] Bacigalupo, Enrique; "Derecho Penal- Parte General", 2da.Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, ps. 488/489.

excepcionalmente la jurisprudencia aceptó la teoría subjetiva[73], en ocasiones haciendo referencia al "*interés en el hecho*"[74]. Por otra parte, admitió la teoría formal objetiva en casos no problemáticos. Esta teoría está muy arraigada en la doctrina, que, por regla, la apoya en la idea de que la noción de autor se extrae de los tipos de la parte especial (en referencia a Gimbernat Ordeig) lo que implícitamente significa renunciar a un concepto general de autor y admitir que hay tantas nociones de autor como tipos penales. El punto de vista formal-objetivo está expresamente recogido en precedentes relativamente recientes y posteriores a la recepción de la teoría del dominio del hecho (por ejemplo: SSTS 31-5-1985; 4-4-1986; 24-3-1986; 16-12-1987; 25-3-1988; 9-2-1989). Así la jurisprudencia se vio obligada a introducir un criterio que permitiera distinguir los partícipes necesarios de los cómplices porque a partir de los tipos penales en particular, redactados para el caso de un único autor, no es posible deducir ningún criterio adecuado para decidir, p. e., si el que informó al autor el lugar en el que se encontraba la víctima de la agresión sexual del delito del art. 179 CP Español cooperó de tal manera que sin su aportación el delito no se hubiera cometido o si, por el contrario, su cooperación no era de esas características. El criterio de la subsunción de la acción bajo la previsión de un tipo de la parte especial sólo permite saber que quien tuvo acceso carnal mediante violencia es autor. Pero nada dice sobre el papel de otras aportaciones al hecho, como el ejercicio de la violencia. Por tal razón, para estos efectos, el Tribunal Supremo dio cabida, junto a la teoría formal objetiva, a la teoría del dominio del hecho, aunque no siempre la aplicó de manera consecuente.

En Jakobs la cuestión es de mera "*competencia*". Se pregunta: ¿Qué tiene que hacer alguien para que se le considere competente respecto de una obra? Y responde: "*para ello, por lo menos, debe haber configurado alguno de los elementos de los que se compone la obra concreta (por ejemplo en una orquesta) o trasladado a la obra "lesión de la norma*". Debe haber configurado el interviniente al menos, alguno de los elementos del delito de un hecho concreto. Por ejemplo, que en un asesinato se haya disparado con *su* pistola, que en un hurto haya sido utilizada *su* ganzúa, o que él haya organizado que la víctima de unas lesiones se encuentre *precisamente* en las cercanías del autor del delito, cuando éste comienza con la ejecución del hecho; en otras palabras, el interviniente ha tenido que lograr que se vaya a llegar a la ejecución. Esta vinculación con la ejecución alcanza al interviniente si él hace un aporte cuya significación no se agota en una prestación pasajera (división restringida del trabajo), sino que posee el sentido de posibilitar la ejecución, esto es: el interviniente debe o bien haber ajustado su aporte de tal modo que adquiera ese sentido, o bien haber prestado un aporte que ostente ya el sentido estereotipado de facilitar la ejecución. En todo caso, el aporte no debe ser, pues, neutral, socialmente adecuado, sino que debe estar relacionado especialmente con el delito (división vinculante del trabajo).

Es dable aclarar que en Jakobs los delitos de infracción a un deber no es lo mismo que los llamados delitos especiales. Se puede aquí partir de un apotegma: Si el autor es portador de un deber, da lo mismo que domine o no fácticamente el curso de los acontecimientos.

Cuando se habla del "*intermediario del hecho*" que ejecuta la verdadera acción típica, es el "*instrumento de aquel que lo dirige desde un segundo plano*".

En la casuística se analiza un primer ejemplo: un médico que quiera matar a un paciente, da una inyección venenosa a la enfermera (que desconoce esto) para que se le aplique a la víctima. El segundo caso se presenta cuando los hombres de atrás (ej. Una organización criminal) obligan a alguien mediante amenazas de muerte, a cometer un delito. De manera similar ocurre con los instrumentos inimputables. Así cuando alguien se vale de enfermos mentales o niños instruidos por él para cometer delitos, aquél es autor mediato de los delitos mientras que el ejecutante queda impune.

---

[73] Ver: SSTS de 25-5-1969; 5-3-1970; 9-11-1983; 27-3-1983; especialmente la STS 20-10-1993. Claramente contraria a la teoría subjetiva es la STS de 23-11-1993.

[74] Ver: SSTS de 29-10-1981; 27-9-1982; 5-3-1985; 8-7-1985; 22-7-1987.

Para el comienzo de la tentativa en estos casos deben tenerse en cuenta los mismos principios que para la tentativa acabada.

Ello significa que en el ejemplo del médico, mientras aquél esté ocupado con mezclar la inyección venenosa, todavía se presenta una tentativa inacabada y rigen sus principios. Según ello mezclar el veneno todavía es un acto preparatorio porque solamente crea el presupuesto para el hecho, pero aún está muy lejos de la verdadera realización típica. Si por el contrario la inyección venenosa ya está preparada y se la deja libre, dado que el autor ya ha hecho todo lo necesario de su parte se presenta una tentativa acabada y deben aplicarse sus reglas. Y es que él ya ha dado comienzo a los acontecimientos y el destino sigue en adelante su propio curso que ya no depende de aquél. Pero si el médico primero ha colocado la inyección en su oficina para que horas más tarde la recoja la enfermera, debe admitirse hasta entonces una preparación. Y es que él tiene todavía bajo control los acontecimientos y puede hacer desaparecer la inyección en cualquier momento.

6.3.- El comienzo de la tentativa en las omisiones.

También en hechos omisivos la cuestión del inicio de la tentativa juega un papel importante.

Si se pretende definir el comienzo de ejecución en los delitos de omisión es complejo y la complejidad se potencia en los supuestos de omisión propia o pura omisión. En efecto, estudiar la tentativa en los delitos de omisión propia exige superar, previamente, las críticas dirigidas en punto al reconocimiento de la posibilidad de tentativa en este tipo de delitos que, como vimos, han sido equiparados a los de mera actividad.

Hay problemas que se presentan en torno a los resultados elaborados para la tentativa acabada y para la tentativa del autor mediato. Y es que el autor de una tentativa acabada quien ha hecho lo que corresponde o que el autor mediato quien ha enviado al intermediario en camino hacia la víctima. Según esto si el omitente ha soltado el curso de los acontecimientos de su ámbito de dominio, ya en ese momento se ha pasado la frontera de la tentativa. Esto no necesita una fundamentación especial porque la identidad estructural con los casos de tentativa acabada y de la tentativa en la autoría mediata, en los cuales se ha explicado detalladamente esta solución, hace que este resultado resulte obligatorio. Cuando por el contrario el curso causal se encuentra todavía en el ámbito de dominio del omitente, debe admitirse sólo una preparación en tanto "*todavía no haya pasado nada*" y pueda recuperar en cualquier momento la acción de rescate. La tentativa comienza entonces recién con la inmediata puesta en peligro de la víctima o sea cuando se haya acercado la producción del resultado. En este momento ocurre una clara elevación para el objeto del hecho y ésta separa la preparación de la tentativa.

Ello lleva a los siguientes resultados prácticos. Cuando se da a luz a un bebé en un lugar solitario al aire libre y los padres, que son los únicos presentes, no le dan asistencia con el objetivo de que muera, esto constituye una preparación para el homicidio en tanto que los padres se queden junto al niño y este no corra todavía peligro. La tentativa recién comienza cuando el recién nacido entra en peligro para su vida al seguir esperando más tiempo. Si por el contrario los padres se van a casa y abandonan al niño a su suerte, ya en ello existe una tentativa punible, pues a partir de entonces los sucesos siguen un curso que ya no es controlado por los padres. El regreso que se pueda producir para rescatarlo o la comunicación telefónica a otros para que auxilien al niño solamente sería un desistimiento eventualmente voluntario, de la tentativa.

Finalmente el principio será demostrado todavía con el ejemplo didáctico del guardavía que deja que una persona ebria permanezca echada sobre los rieles con la intención de que sea atropellada. Si el guardavía supiera que el próximo tren recién pasará dentro de dos horas y, además se ha anunciado su llegada mediante una llamada telefónica, su inactividad, independientemente de su dolo es todavía impune. Recién cuando la continuación de la espera ponga en peligro la vida del ebrio comienza la tentativa. En cambio si el guardavía abandona su puesto de vigía y se va a dormir a su casa, entonces ya con eso existe una tentativa aún cuando todavía tengan que pasar dos horas para que se aproxime el tren.

En todos los casos de tentativa por omisión se hablará de una tentativa acabada. También el paralelo con el caso normal de la tentativa acabada hace inevitable el resultado: si existe una tentativa acabada cuando el autor haya colocado él mismo a la víctima sobre los rieles y luego se aleje o al acercarse el tren no lo aparte de la zona de peligro, entonces no puede ser diferente en el caso del autor de una omisión. Y es que no puede tener importancia ni para la punibilidad de la tentativa ni para diferenciar entre tentativa inacabada y acabada la forma cómo la víctima haya llegado a su situación.

7.- LA TENTATIVA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Resulta sencillo el texto legal peruano en cuanto indica que alguien decide cometer un delito, comienza su ejecución y no lo consuma. Así es considerada, en cuanto a su naturaleza jurídica, una extensión de los tipos penales[75].

Jurisprudencialmente se ha dicho que "la tentativa consiste en el inicio de la ejecución de un delito, sin consumarlo, el comienzo de la ejecución comprende el inicio de la acción típica, así como la realización de actos demostrativos por el agente para poner en obra su finalidad[76].

Enseña Villavicencio que son elementos del tipo de la tentativa, el dolo y otros factores subjetivos, el comienzo de ejecución de la conducta típica y la falta de consumación del tipo (factor negativo)[77].

Villavicencio entiende que la tentativa en el Código Peruano se orienta a la "teoría OBJETIVA" pues dice que será penada una persona por los actos practicados cuando constituyen por sí otros delitos, en los casos de desistimiento en tentativa inacabada (artículo 18 del CPP) en relación al delito consumado, y señala la impunidad para la tentativa inidónea (artículo 17 del CPP).

Sin perjuicio de ello Villavicencio relata que hay influencia de la "teoría de la impresión" en cuanto a la disminución prudencial de la pena en los casos de tentativa (art. 16 párrafo segundo del CPP) y en la impunidad de la tentativa irreal.

Se sabe que la "teoría de la impresión" combina teoría subjetiva (la voluntad dañina) y objetiva (el peligro corrido por el bien jurídico). En palabras de Jescheck: "*La voluntad puesta en marcha frente a la norma de comportamiento es, ciertamente, fundamento de la tentativa; sin embargo, el merecimiento de pena de la acción dirigida al hecho sólo es afirmado si con ésta se ve afectada la confianza de la colectividad en la validez del ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, pudiéndose menoscabar así la paz jurídica".*

El artículo 16 del Código Penal Peruano, indica que una conducta podrá ser castigada penalmente a título de tentativa si el agente ha tenido la decisión de cometer un delito y ha comenzado la ejecución del hecho sin consumarlo[78].

Dable es puntualizar que el legislador peruano no define a ciencia cierta tentativa, pero da pautas para poder entender, comprender y aplicar este instituto. Hurtado Pozo dice que se deduce que para admitir la existencia de la tentativa debe comprobarse primero, la existencia en el agente de una voluntad tendiente a la realización de una infracción; segundo, la exteriorización de esa voluntad en actos materiales que deben consistir, al menos, en el "*simple comienzo de ejecución de la infracción*" y, por último, que no se consume la infracción querida[79].

---

[75] Reyna Alfaro, Luis; "Derecho penal II", Ed. Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, 2004, ps. 114.

[76] Sentencia del 20 de abril de 1999. Exp. 96-0016-191601- SP01 Loreto en Academia de la Magistratura 2000ª. Pp. 232-234.

[77] Villavicencio, Felipe; "Derecho Penal, Parte General, Editorial Griley, Lima, 2006, ps. 427.

[78] Por su parte, Revilla Llaza, en Código penal comentado, I, Castillo Alva (coord.), Lima, 2004, pág. 530, entiende que los requisitos del artículo 16 del Código penal peruano son, en realidad, tres: decisión de cometer el delito, inicio de la ejecución y no consumación del delito.

[79] Hurtado Pozo, José; "Manual de Derecho Penal", Segunda Edición, Editorial Eddili, 1967, 463/464.

Villa Stein, "Cuando el autor pasa el límite máximo de los actos preparatorios e inicia los actos ejecutivos sin consumar el delito, estamos frente a la tentativa"[80].

García Cavero realiza un prolijo análisis referido a la imputación objetiva y subjetiva, que por su claridad amerita la imperiosa reproducción[81]: Dice que "a diferencia de la legislación alemana que considera tentativa el hecho de disponerse inmediatamente a realizar el tipo penal, nuestra regulación legal considera tentativa solamente el comienzo de la ejecución delictiva, lo cual parece abogar por una comprensión formal de la tentativa[82]. En este sentido, la delimitación de la tentativa frente a la preparación, por un lado, y la consumación, por el otro, se determinaría con base en el tipo penal correspondiente[83]. Las acciones preparatorias serían aquéllas que tienen lugar antes de la ejecución de la conducta típica, mientras que la consumación sería la realización completa del tipo penal. En este contexto de ideas, una tentativa podría tener lugar incluso en delitos de preparación[84] o en delitos de peligro abstracto[85], en la medida en que se realice algunos elementos, pero no todos, del tipo penal correspondiente. Esta posibilidad se encuentra incluso respaldada por el sistema abierto de incriminación de la tentativa en el caso argentino[86]".

En base a ello este autor entiende que la comprensión formalista de la tentativa no puede resultar, sin embargo, satisfactoria, pues obligaría, por ejemplo, a castigar ya por delito de conducción en estado de embriaguez a quien encontrándose bajo la influencia de bebidas alcohólicas, pretende volver a su casa conduciendo su automóvil. La degeneración en un Derecho Penal de la sospecha se encontraría, de esta manera, muy cercana. Por esta razón, consideramos que resulta indispensable dotar a la regulación legal de una base material que nos permita decidir cuándo efectivamente tiene lugar una tentativa del delito[87]. Desde nuestra comprensión de la teoría del delito, los elementos objetivos de la tentativa deben determinarse a partir de los criterios de la imputación objetiva. Como se admite de manera más o menos generalizada, la imputación objetiva del delito requiere la creación de un riesgo prohibido y la realización de ese riesgo en el resultado. En la tentativa solamente tiene lugar la sola creación de un riesgo prohibido a causa del incumplimiento de los deberes derivados de las competencias por organización atribuidas al sujeto (delitos de dominio) o por la infracción de competencias institucionales (delitos de infracción de un deber). En este sentido, no basta con que se haya creado un peligro inmediato de realización de la situación no deseada por el tipo penal, sino que resulta necesario establecer si el riesgo creado es consecuencia de una infracción de lo que al autor le era jurídico-penalmente exigible. Por lo tanto, hay que determinar el peligro prohibido normativamente, esto es, a partir de la infracción del rol general de ciudadano o de roles especiales. Con base en estas ideas, puede concluirse que la tentativa del delito no necesita ponerse en referencia con ningún objeto material, sino que se determina en función de las competencias atribuidas a la persona del autor".

---

[80] Villa Stein, Javier. Derecho Penal Parte General, segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, ps. 290.

[81] García Cavero, Percy; "Lecciones de Derecho Penal", Parte General; Editorial Griley, Lima, 2008, pág. 611/614.

[82] Por eso Jakobs, Strafrecht, AT, Apdo 25, n.m. 56, obtiene la conclusión contraria para el Derecho penal alemán.

[83] Similarmente Tiedemann, JR 1973, p. 412, al señalar que la delimitación entre preparación y tentativa debe tener en cuenta los respectivos tipos penales. En el mismo sentido, la delimitación objetiva de la norma defendida por Sancinetti, Teoría del delito, pág. 461.

[84] Rechaza esta posibilidad, Meinecke, Gesetzgebungssystematik, pág. 78.

[85] Vid., en principio, en contra de la punibilidad de la tentativa en delitos de peligro abstracto, Meinecke, Gesetzgebungssystematik, p. 70 y ss. Admite esta posibilidad, Otto, voz: Versuch, en HWiStR, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), pág. 3.

[86] La situación es distinta en la legislación penal alemana, en donde el § 23 inciso 1 del StGB alemán establece que sólo podrá castigarse por tentativa en caso que el tipo penal de la parte especial lo establezca expresamente. Vid., sobre esto, Otto, voz: Versuch, en HWiStR, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), pág. 1.

[87] En este sentido también se encuentra la línea de desarrollo de Zaczyk, Das Unrecht, pág. 300 y ss., aunque con fundamentos distintos a los que sostenemos.

Continúa diciendo García Cavero que el artículo 16 del Código penal peruano exige además una faceta subjetiva de la tentativa. Se exige concretamente que el autor se haya decidido a cometer el delito. A partir de esta exigencia, la doctrina penal señala que, a diferencia de la imputación objetiva, la imputación subjetiva en la tentativa se muestra completa, esto es, que resulta siendo igual que la del delito consumado[88]. No obstante, el sentido de la frase "*decidirse a cometer un delito*" no resulta tan evidente, por lo que una delimitación del ámbito de la tentativa requiere precisar el contenido conceptual de este elemento subjetivo.

Bramont - Arias Torres indica que la tentativa tiene que tener un delito que le sirva de base, porque es un tipo dependiente. Se da cuando el sujeto da principio a la ejecución de lo dispuesto por el tipo penal mediante hechos directos, pero faltan uno o más para la consumación del delito. Piensa este autor –siguiendo a Rodríguez Devesa- que la tentativa es sancionable por ser un dispositivo *amplificador* del tipo, dado que permite sancionar conductas no descriptas en forma estricta en la parte especial del Código y de esta forma evitar lagunas de punibilidad[89]. La línea responde al reconocido y ya desaparecido profesor chileno Novoa Monreal quien señalaba que la imperfección objetiva de la tentativa debe ser efecto de la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del agente[90].

De manera muy crítica Rojas Vargas señala la "declarada y atávica insuficiencia jurisprudencial" del Perú en materia de tentativa[91]. Dable es comentar que este autor señala la conveniencia que la tentativa, además de estar contemplada en la parte general debería también expresarse (como punible) en los tipos de la parte especial del Código Penal, por lo que su autonomía es "relativa"[92]. A favor de este criterio puede indicarse el fallo donde se dijo que "el delito de falsificación de moneda se consuma con la simple tenencia de los instrumentos que sirven para ese fin o dándole curso a los billetes falsificados" (E.S. 9/5/63, in RJP 1963, p.1520), siendo esto sólo un acto preparatorio reprimido expresamente en el art. 381.

No está de más recordar a un clásico Bacigalupo cuando opinaba que *"debe entenderse que HAY COMIENZO DE EJECUCIÓN cuando el autor ha comenzado a realizar una acción que según su plan implica directamente ponerse en la realización de la acción típica (Welzel, Jescheck), si desde el punto de vista de la experiencia general es una parte constitutiva de la acción típica"*[93].

Finalmente resulta útil reiterar dos aclaraciones que vienen de palabras del Maestro Villavicencio: a) El derecho penal Peruano no admite tentativa de un delito imprudente y b) Se admite el dolo eventual en la tentativa (con citas de Velásquez Velásquez y Muñoz Conde)[94]

8. LA TENTATIVA EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ECUATORIANA.

LA TENTATIVA EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ECUATORIANA.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo, en su obra intitulada "Delitos contra las personas", Tomo IV, Edino, Quito, 1999, al respecto de la TENTATIVA en el caso del aborto, nos dice: *"…el tipo básico del aborto admite la tentativa por mandato expreso de la ley penal contemplado en el segundo inciso del art. 441, esto es, que las acciones tendentes a*

---

[88] *Vid., JAKOBS,* Derecho penal*, PG Apdo 25, n.m. 24. En el Perú, HURTADO POZO,* Manual de Derecho penal*, Parte general, Lima, 1987, p. 464; REVILLA LLAZA, en* Código penal comentado*, I, Castillo Alva (coord.), p. 535. De una opinión contraria, STRUENSEE, «La punibilidad de la tentativa»,* Revista de Política criminal y Ciencias penales*, Agosto 1999, número especial 1, p. 21; SANCINETTI,* Teoría del delito*, pág. 417 y s.*

[89] *Bramont – Arias Torres; Luis; "Manual de derecho penal", Parte General; Segunda Edición, año 2002, Editorial Eddili, Lima, 2002, pág. 345/346.*

[90] *Novoa Monreal, Eduardo; Curso de derecho penal, T , II. Santiago de Chile, 1966, ps. 135/136.*

[91] *Rojas Vargas, Fidel; "Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito", Editorial Grijley. Lima, 1997, ps. 369.*

[92] *Rojas Vargas, Fidel, ob. Cit., del prólogo de Luis Roy Freyre, ps. XIX y XX*

[93] *Bacigalupo, Enrique; "Lineamientos de la teoría del delito", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, ps. 106.*

[94] *Villavicencio, Felipe, Ob. Cit. Ps. 428.*

provocar el aborto de una mujer embarazada, que no ha consentido en su aborto, por cualquiera de los medios previstos legalmente, que no logran matar al feto, son sancionadas como tentativa…"

Ahora bien, existe discrepancia en la doctrina interna respecto de si se admite la tentativa en los demás tipos de aborto determinados en la ley penal. Los que están en contra de esta interpretación "extensiva", respaldan su criterio en el hecho de que si el legislador hubiera querido sancionar la tentativa en los demás tipos de aborto, lo hubiera expresado como en el caso del art. 441 inciso segundo. Al respecto, ZAVALA BAQUERIZO nos dice: *"…Partiendo de la base de que el aborto es un delito doloso, esto es, que la voluntad del autor está dirigida a destruir al feto y que, además, es un delito de los llamados materiales, nosotros pensamos que la tentativa es posible, salvo en dos hipótesis que rechazan, por su propia naturaleza, la tentativa. Estas hipótesis son las previstas en el artículo 442 (aborto preterintencional), y en el artículo 445 (aborto seguido de muerte de la mujer), pues en el primer caso, la conducta del autor no estuvo dirigida a causar el aborto sino a violentar a la mujer y, por ende, no cabe hablar de tentativa de aborto; y en el segundo caso, porque por tratarse de un delito complejo, si es que las maniobras abortivas no logran la destrucción del feto, pero causan la muerte de la madre, carece de importancia jurídica el hecho de que no se hubiera consumado el aborto, ya que el resultado muerte comprende toda la conducta como delito consumado…"*

El distinguido e insigne maestro ZAVALA BAQUERIZO[95] discrepa de Beling en cuanto a que éste consideraba a la tentativa un tipo penal subordinado al tipo penal autónomo. El maestro ecuatoriano considera que: *"…la tentativa, pues, es una realidad que vive en el mundo de los fenómenos, por lo cual ha sido aprehendida por la ley penal (…) Pensamos que no es que el tipo penal de la tentativa se encuentra referido al tipo penal autónomo, y que sin esta referencia no asume vida jurídica el acto típico de la tentativa. La tentativa es un tipo autónomo por cuanto tiene características propias que no se encuentran en el tipo de delito consumado. Así, "comenzar a matar" no es, no puede ser lo mismo que "matar". El tipo penal de la tentativa de homicidio dice: "El acto de comenzar a matar con intención, sin ninguna de las circunstancias expresadas en el artículo 450, es tentativa de homicidio simple, y será reprimido con una pena de uno a dos tercios de la prevista en el art. 449 para el homicidio simple." Como se observa, ni en razón de la descripción del acto antijurídico, ni en razón de la pena, el tipo de tentativa queda subordinado al tipo de delito consumado. En el primero, la conducta que se describe es aquella conformada por actos idóneos que demuestran la voluntad de delinquir, la voluntad de acción, el querer el resultado típico que no llega a consumarse. En el tipo de tentativa existe, como elemento constitutivo el de "comenzar a…matar, falsificar, etc.", que son actos diferentes a los de "matar, falsificar, etc."*

Continúa el insigne profesor diciendo: *"…la confusión de considerar la tentativa como tipo subordinado emana del hecho de no haber reparado que la Ley no ha deseado hacer un tipo sui géneris, particular, para cada caso de tentativa, sino que ha redactado un tipo único que lo ha incluido en la Parte General del Código Penal. Toda persona que practique un acto idóneo dirigido a la realización de un delito de homicidio, hurto, violación, destrucción de muebles, etc. que no se consuma, adecua su acto al tipo penal de tentativa de homicidio, hurto, violación, destrucción de muebles, etc. Comprende el tipo penal de tentativa, una parte objetiva (la manifestación de voluntad y el comenzar a actuar), y una parte subjetiva (el dolo, es decir, el querer un resultado típico) (…) La tentativa, pues, es un tipo con defecto de congruencia, pues el tipo subjetivo supera al tipo objetivo. Mientras la voluntad va dirigida a la consumación de un resultado típico, este resultado no se consuma, se detiene en una etapa anterior a la consumación. No existe, pues, congruencia entre las dos partes del tipo. El elemento fundamental de la tentativa es la finalidad…"*

En relación a los delitos de comisión por omisión, ZAVALA BAQUERIZO nos enseña que: *"…La tentativa rechaza al delito omisivo, y lo rechaza por cuanto la omisión se*

---

[95] *ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Delitos contra la Fe Pública. Tomo I, Edino, Guayaquil, 1993, págs. 275 y ss.*

consuma por el hecho de permitir un resultado cuando se existía la obligación jurídica de impedirlo. La omisión no admite la división en etapas de su actividad, como sí lo admite la mayor parte de los delitos de comisión. Asimismo, la tentativa rechaza al delito culposo. No cabe tentativa en tales delitos por cuanto en ellos la finalidad del acto va dirigida a un resultado indiferente para el Derecho, en tanto que en la tentativa el acto va dirigido a la realización de un resultado típico. Por la razón antes indicada es que nuestro Código Penal (art. 16) expresa que el agente debe "practicar", es decir, debe ejecutar (deja de lado la omisión) actos idóneos, pero estos actos idóneos deben estar orientados hacia la realización de un resultado típico (deja de lado los delitos culposos). Es que la tentativa es un delito estructuralmente comisivo y doloso, sin excepción alguna…"

Nuestra legislación penal exige para la tentativa, que existan actos idóneos, es decir, un acto o actos capaces de producir el resultado deseado y querido por el agente activo. Cuando los actos no son capaces de producir un resultado, entonces por inidóneos, son incapaces de configurar la tentativa y por lo tanto no son de importancia para el Derecho. Veamos un ejemplo, dar agua a una persona no es idóneo para matar, pero sí lo es dar agua con veneno. Dispararle a una persona con un rifle de aire comprimido (sin munición) no es idóneo para producir el resultado: muerte, pero sí lo es disparar con una escopeta de cartuchos cargada. Por otra parte, cuando la legislación penal general ecuatoriana utiliza las expresiones "modo inequívoco" nos indica que el o los actos idóneos están indiscutiblemente dirigidos a la producción del resultado típico dañoso. La univocidad (CARRARA) del acto se obtiene mediante la observación de los medios y de la finalidad.

Por otra parte, TORRES CHAVES (2002) nos dice al respecto de este tema, lo siguiente: *"...nuestro Legislador, no hace diferencia entre delito frustrado y tentativa. En este solo artículo (art. 16 C.P.E.), están involucradas las dos situaciones. Sin embargo, podría decirse que alude el Legislador, a una y otra, por haber usado la conjunción disyuntiva "O" entre las frases "si la acción no se consume" y "el acontecimiento no se verifica". Al parecer es una redundancia, pero la acción no se consuma, pese a haberse hecho todo de parte del actor, estaríamos frente a un delito frustrado…"*

ZAMBRANO PASQUEL (Derecho Penal, Parte General, 3ra. Edición, 2006, pág. 165 y ss) nos recuerda que en el Código Penal Ecuatoriano determinadas resoluciones manifestadas son constitutivas de delito por el peligro que comportan ciertas resoluciones, tales como la proposición, la conspiración, la amenaza y la instigación, así como la apología del delito.

Entendemos como proposición, dice ZAMBRANO PASQUEL, la invitación formulada por quién se resolvió a delinquir y que busca cooperadores en su empresa criminal, y por conspiración, el acuerdo o concierto para ejecutar un delito, resolviendo nuestro Código Penal que *"sólo serán reprimidas en los casos de que la ley lo determina"* (art. 17), operando como excusa absolutoria el desistimiento voluntario de la ejecución, si éste tiene lugar antes de que se promueva el ejercicio de la acción penal. Encontramos estos tipos penales diseminados en el Título de los delitos que ponen en peligro la seguridad del Estado (a partir del art. 115) por razones de precautelar la seguridad estatal.

De igual forma, en el Título de los Delitos contra la Seguridad Pública se pena la asociación o reunión formada con la finalidad de atentar contra las personas o las propiedades, existiendo delito por la sola conformación de la asociación, independientemente de la producción del resultado apreciable en forma material (art. 369 C.P.), son realmente delitos de constitución sui generis a los que catalogamos como de peligro, que nacen por razones de seguridad nacional.

Caracteres especiales tiene el delito de intimidación (art. 377 y ss.), en que se pena la sola amenaza verbal o escrita, anónima o firmada, por el riesgo en que se encuentra la persona amenazada.

La apología del delito, o sea la pública exaltación de las bonanzas de delinquir o de sus beneficios, se pena por el contagio criminal que en atención a la influencia psicológica puede producir en el conglomerado que la recibe (art. 387 del C.P.). Igualmente es merecedora de sanción la instigación pública a cometer un delito contra una determinada persona o institución independiente de la aceptación de la instigación, por el peligro que

para la seguridad de las personas o instituciones representa la pública incitación a que se cometa contra ellas un determinado delito (art. 386 del C.P.). El instigador o inductor mueve el ánimo de aquel contra quien se dirige para que se resuelva a cometer un delito, se lo sanciona por las razones de política criminal analizadas precedentemente.

El Código Penal ecuatoriano, no recoge al peligro como fundamento de punición en la tentativa, sino el criterio positivista de la peligrosidad incluso del agente activo y el del peligro sufrido por el paciente, en el art. 46, apareciendo en cierta medida un criterio objetivo-subjetivo para la determinación de la pena. Nos enseña ZAMBRANO PASQUEL que la posición correcta es la de considerar que hay un peligro, pero no de lesión al bien jurídico, sino peligro de consumación, pero que la violación de la norma penal existe aún cuando imperfecta por el resultado; que el Estado por razones de seguridad de los asociados incrimina y sanciona el irrespeto a la norma penal que prohíbe determinados comportamientos bajo la amenaza de una pena, prohibición que le es indiferente al responsable del delito tentado. No olvidemos que el resultado es querido por el agente en su totalidad y su no causación es producto de factores extraños a su actividad y ajenos a esa voluntad determinante de llevar a término su conducta punible.

Estimar como punibles a título de tentativa los actos ejecutivos e impunes los preparatorios, es insuficiente, pues no todo acto ejecutivo debe ser punible y realmente nos interesa que se castiguen aquellos actos que constituyen tentativa. Si el derecho es un medio de garantía de la libertad de los individuos, es imperativo determinar los límites castigables de un delito no consumado o imperfecto, aclara ZAMBRANO PASQUEL.

Nos parece, indica ZAMBRANO PASQUEL que *"…un criterio objetivo formal es insuficiente para concluir que hay tentativa, por la sola apreciación de los actos ejecutados; como nos resulta insuficiente el criterio subjetivo, mirado a la sola intención o finalidad del agente siendo el punto de arranque para indagar la naturaleza del acto no es suficiente..."*

Fácil resulta destacar que los elementos de la tentativa extraídos del art. 16 del Código Penal nuestro, se conforman por: a) la práctica de actos idóneos, b) la intención inequívoca de cometer un delito y, c) el incumplimiento del evento querido por causas extrañas a la voluntad del agente, de estos siguiese la necesidad de racionalizar los elementos. La elaboración teórica de los elementos que constituyen la tentativa pecarían de falta de practicidad, pues la situación concreta la que permite al juez apreciar si por ejemplo existirá delito de lesiones o tentativa de homicidio; en el primer supuesto hay congruencia entre lo querido por el agente y el resultado (evento) que se produce, en tanto que en el homicidio tentado el tipo penal es incongruente pues hay un *minus* entre lo querido y lo obtenido por el agente.

Podemos afirmar que actos idóneos son aquellos capaces de producir un resultado lesivo de un determinado bien jurídico, como por ejemplo, un revólver es medio idóneo para matar, mas esta idoneidad genérica nos resulta insuficiente para afirmar o negar la tentativa, partiendo del supuesto de que un medio de que aparentemente es inidóneo como el agua azucarada, en una situación específica como el suministro intencional a un diabético es idóneo para cometer asesinato (homicidio por envenenamiento), esto nos lleva a sostener que la idoneidad de los actos puestos en práctica debe examinarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias del medio empleado, e incluso a la situación del sujeto, solución que admite BETTIOL(op. cit., p.485).

8.1. Proyecto Código Penal Orgánico. Principios. Garantismo.

El informe sobre el Código Orgánico Integral penal del año 2011 indica en el art. 9 lo siguiente:

Art. 9: Principio de estricta legalidad.- Son punibles las acciones u omisiones descritas en los tipos penales establecidos con anterioridad en la ley,[96] de conformidad con

[96] *Constitución del 2008, Art. 76 (3); Código Penal de 1971, Art. 2. Ver Hans Welzel,* Derecho Penal alemán. Parte General*, Chile, 1997, p. 23.*

la Constitución, y anteriores al hecho relevante penalmente, cometidos con dolo, o con culpa cuando se determine expresamente en esta ley.[97] En virtud de este principio los tipos penales pueden ser activos dolosos, omisivos dolosos, culposos y de tentativa.

El tipo activo doloso prescribe la punición de la acción realizada con conocimiento y voluntad, que produce un resultado coincidente con el propósito del agente, o que afecte bienes jurídicos distintos del propósito inicial del agente;[98]

El tipo omisivo doloso prescribe la punición de una persona que omita evitar un resultado material típico de acción, siempre y cuando no haya corrido riesgo para sí u otras personas y se encuentre en posición de garante.

Están en posición de garantes[99] quienes tengan la obligación legal o contractual de cuidado[100]; quienes se hallen en custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico; y quienes hayan provocado precedentemente riesgo contra un bien jurídico protegido.[101]

La aplicación de las penas por omisiones punibles será inferior o atenuada respecto a las acciones.[102]

Las acciones u omisiones se cometen con dolo, salvo que la ley establezca que se cometan con culpa.[103]

El tipo culposo es la acción u omisión punible determinada por la falta del deber de cuidado o evitabilidad de la persona en la previsión de un resultado típico, cuando el agente conoce el peligro, prevé la realización del resultado, pero confía que no suceda.

Cuando la persona conoce el peligro, pero no prevé la posibilidad de realización del resultado, tendrá sólo responsabilidad civil y administrativa si fuere el caso.

La tentativa se realiza cuando el autor comienza a exteriorizar la ejecución de la comisión punible para cometer un tipo penal doloso que no se consuma[104], con alta probabilidad de producir el resultado y poniendo en peligro al bien jurídico. En estos casos la pena será de hasta la cuarta parte de la pena que se impondría si se hubiese producido el resultado. Se disminuirá más la pena si es que la persona se arrepiente activamente e impide por los medios a su alcance la producción del resultado.

No será punible la tentativa en los delitos culposos; en el desistimiento, cuando el agente abandona u omite espontánea y definitivamente continuar con la ejecución de la acción[105]; y en el delito imposible, cuando la consumación no podría producirse por la ineficacia de los medios concretos empleados o por la imposibilidad de realización del tipo penal doloso.

---

[97] *Enrique Bacigalupo,* Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004, p. 215.*

[98] *Sobre la dificultad para la distinción entre dolo eventual y culpa consciente ver José Hurtado-Pozo,* Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Lima, 2005, p. 464; Enrique Bacigalupo,* Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004, pp. 312-314; y, Claus Roxin,* Derecho Penal Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997, p. 449.*

[99] *Victoria Adato Green, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal,* Código Penal y Código de Procedimientos Penales Modelos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, Art. 10, p. 28.*

[100] *Código Penal Español, Art. 11.a.*

[101] *Código Penal del Perú, Art. 13(1); Código Penal ecuatoriano,* ***Art. 12;*** *sobre la Omisión Impropia ver Hans-Heinrich Jebscheck, "Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado", en:* Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, Madrid, 1991, p. 84; y, Juan Bustos Ramírez,* Derecho Penal. Parte General*, Volumen III, Quito, 2008, p. 887.*

[102] *Código Penal Alemán, Art. 13.*

[103] *Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia (Luis Arroyo Zapatero, Matías Bailone, Elías Carranza, Adán Nieto Martín, Moisés Moreno Hernández, José Sáez Capel, Jan Simón, Eugenio Raúl Zaffaroni), Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, Parte General, 2009, Art. 16.*

[104] *Sobre la exterioridad ver* Código Penal y Código de Procedimientos Penales Modelos*, Victoria Adato Green, Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, Art. 13, p. 29.*

[105] *Código Penal Español Art. 16.2. Cfr. Manuel Cancio Meliá, "Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa", en Luis Miguel Reyna Alfaro (coord.),* Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 2005, pp. 305-322.*

En materia penal no hay responsabilidad objetiva.[106]

El actual Código refiere a quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica…" (art. 16CPE). Se trata entonces de un delito imperfecto o incompleto. Tal vez por esto es que Jiménez de Asúa pensaba que el comienzo típico de la ejecución de la tentativa se daba cuando se penetraba en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros[107].

La legislación penal ecuatoriana exige para la tentativa que existan actos idóneos, es decir, un acto o actos capaces de producir el resultado deseado y querido por el agente activo. Cuando los actos no son capaces de producir un resultado, entonces por inidóneos, son incapaces de configurar la tentativa y por lo tanto no son de importancia para el Derecho. El legislador *no hace diferencia entre delito frustrado y tentativa. En este solo artículo (art. 16 C.P.E.), están involucradas las dos situaciones. Sin embargo, podría decirse que alude el Legislador, a una y otra, por haber usado la conjunción disyuntiva "O" entre las frases "si la acción no se consume" y "el acontecimiento no se verifica". Al parecer es una redundancia, pero la acción no se consuma, pese a haberse hecho todo de parte del actor, estaríamos frente a un delito frustrado"*.

Fácil resulta destacar que los elementos de la tentativa extraídos del art. 16 del Código Penal Ecuatoriano, se conforman por: a) la práctica de actos idóneos, b) la intención inequívoca de cometer un delito y, c) el incumplimiento del evento querido por causas extrañas a la voluntad del agente,

Podemos afirmar que actos idóneos son aquellos capaces de producir un resultado lesivo de un determinado bien jurídico. La idoneidad de los actos puestos en práctica debe examinarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias del medio empleado, e incluso a la situación del sujeto pasivo como activo.

Zambrano Pasquel aclara que en el actual Código Penal no es admisible la tentativa de las contravenciones y es inadmisible en los delitos culposos... inclinándose por la admisión sólo del dolo directo atento la expresión "actos inequívocos"[108]

9.- LA TENTATIVA EN COLOMBIA

La tentativa tiene su origen en el Código Penal Colombiano de 1837, el que textualmente decía: "la tentativa de un delito, es el designio de cometerlo manifestado por algún acto exterior que prepare la ejecución del delito o dé principio a ella". Ya en 1890, con base en los artículos 4, 5, 7 y 8 del C.P.C. se pudo diferenciar el delito frustrado de la tentativa de delito y el desistimiento voluntario y manifiesto.

Recién en 1936 se hizo la correcta clasificación en Tentativa, delito frustrado, desistimiento y delito imposible.

La tentativa es vista como una forma ampliada o dispositivo ampliatorio del tipo penal[109] que sólo puede poner en juego su andamiaje cuando se materialicen actos de ejecución, de allí que se niegue en doctrina y jurisprudencia la punición de los llamados actos preparatorios, quizá –al decir de Jescheck- porque están muy lejos de los actos de consumación para conmover el sentimiento jurídico de la comunidad[110].

El Código Penal del año 2000, en su artículo 27 dice textualmente: "…*el que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a*

---

[106] *Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia, Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, Parte General, 2009, Art. 1 (8).*

[107] *Jiménez de Asúa, Luis; "La ley y el delito", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1967, ps. 513.*

[108] *Zambrano Pasquel, Alfonso; "Derecho Penal". Parte General", 3ra. Edición, ARA Editores, Lima, 2006, ps. 171 y 172.*

[109] *Reyes, Alfonso; "Derecho Penal", Ed. Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1981, ps. 169.*

[110] *Jescheck, Hans; "Tratado de derecho penal", Parte general, Volumen 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, ps. 712.*

su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena...cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena... si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla".

Fernando Velásquez enseña que con esta formulación se pretende adoptar una concepción unitaria de la figura y, por ello, rechazar la tentativa inidónea aunque se legisla expresamente sobre una modalidad muy especial de tentativa desistida: *la malograda* (inc. 2). Aquí se aclara que no cabe tentativa en la modalidad culposa, en tanto la tentativa queda inspirada en la concepción objetivo-subjetiva, pues "*para la existencia de la tentativa es indispensable una demostración de la intención o propósito del agente que naturalmente tiene como prueba principal, aunque no la única, esos mismos actos y la univocidad de que habla la fórmula*". (En las actas del debate legislativo se cita a Jiménez de Asúa en apoyo, siguiendo el criterio del CP de 1980).

Para este autor los elementos o exigencias de la tentativa (art. 27 del CPC) son CINCO:

1. El componente subjetivo; 2. El comienzo de ejecución de la conducta típica; 3. La idoneidad de los actos; 4. La univocidad de los actos y 5. La falta involuntaria de consumación[111]. En el mismo sentido se ha dicho que los requisitos de la tentativa *"…siguen siendo los mismos del anterior Código de 1980, es decir, propósito de cometer una conducta punible, principio de ejecución, idoneidad y univocidad de la conducta y no consumación del hecho por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto…"*[112].

La tentativa en el Código Penal de Bolivia

El artículo 8 del Código Penal de Bolivia, texto ordenado por ley 1768/97, al referirse a la forma de aparición del delito que habrá tentativa: El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad…"...Los artículos 16 y siguientes del CP español contienen el concepto de tentativa penal. Hacen lo propio los §§ 22 y ss. del CP alemán.

Es una preocupación constante para el analista del derecho y en especial para el Juzgador el delimitar la fina barrera que divide el acto preparatorio (impune) y la tentativa punible. Entre la fase interna y externa Jiménez de Asúa pensaba que hay dos estadios intermedios que son: la resolución manifestada y el delito putativo. La resolución manifestada no existe la fase externa, no se tratan de actos materiales, más de acción es de resolución (proposición, conspiración, provocación). En el delito putativo hay una exteriorización del propósito de delinquir, pero el delito sólo lo es en la mente del autor[113].

Relata Harb que si bien no se penan los actos preparatorios la ley penal boliviana a través de su art. 197 (substancias peligrosas) sanciona como delitos los actos preparatorios como el almacenamiento de coca, tenencia de substancias e instrumentos para fabricar cocaína[114]. Similar cuestión ocurre con las últimas modificaciones normativas, por ejemplo: Ley Nº 2494 de 4 Agosto 2003. Articulo 197.- (ÚTILES PARA FALSIFICAR): *El que fabricare, introdujere en el país, conservare en su poder o negociare materiales o instrumentos inequívocamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en los dos capítulos anteriores, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años.*

Stratenwert, Günther decía que comete tentativa de un hecho punible el que, de acuerdo con sus representaciones del hecho, se pone directamente a la realización del

---

[111] *Velásquez, V.; Fernando; "Derecho Penal. Parte General", Cuarta edición, Editorial Comlibros, Bogotá, 2009, ps. 955/965.*

[112] *Córdoba Angulo, Miguel; "Lecciones de derecho penal", Parte General, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, ps. 313.*

[113] *Harb, Benjamín; "Derecho Penal. Tomo I, Parte General", Librería Editorial "Juventud", La Paz, Bolivia, 1998, ps. 380.*

[114] *Harb, Benjamín; ob. Cit. Ps. 383.*

supuesto de hecho, lo que implica la decisión de cometer un delito y los actos de ejecución en tal sentido[115].

El Profesor Fernando Villamor enseña lo siguiente: "El Código Penal Boliviano de 1834 establecía claramente que el pensamiento no delinque, en el art. 36 decía textualmente: "*El pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar a empezar la ejecución del delito, no están sujetos a pena alguna salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determina la ley*". El Código Penal de 1972, ha suprimido esta aclaración y la reforma de 1997 ha mantenido en forma total el texto del Capítulo I, Título II, del Libro Primero."[116].

Villamor nos dice que hay tentativa en sentido estricto "cuando el culpable, mediante actos idóneos o inequívocos da principio de ejecución del delito y éste, no llega a consumarse por causas ajenas a su voluntad"[117]. El Maestro en base a lo descripto por el art. 8 del CPB dice que la legislación no hace diferencia entre tentativa y delito frustrado, cosa que si ocurre en la doctrina en general. Al referirse el Código a actos idóneos o inequívocos, pretende ilustrar lo siguiente: la idoneidad constituye una calidad puramente objetiva, la aptitud del acto para producir el evento lesivo. La inequivocidad será un acto de valor sintomático, revelador de la voluntad dirigida a la ejecución del delito. Así relata que más exacto era el proyecto del Código Penal Tipo para Latinoamérica en su art. 39 donde decía: "El que iniciare la ejecución de un delito por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no llegare a producirse por causas ajenas a él…".[118]

El anteproyecto de reforma del Código Penal de Bolivia del año 2008, en cuyo cuerpo consultor se encontraba Raúl Zaffaroni en el Capítulo Tercero, artículo 21 establecía: "Hay tentativa cuando el agente, con el fin de cometer un delito, realiza parte de los actos de ejecución o todos ellos y por causas independientes de su voluntad, no puede completarlos en el primer caso o no sobreviene el resultado en el segundo". En relación al desistimiento nos señala en el art. 22: "Cuando el agente evite voluntariamente la producción del delito, porque desista de completar la ejecución o porque impida el resultado, quedará exento de responsabilidad penal y solo será punible por los actos realizados si éstos constituyesen por sí mismos un delito distinto. El desistimiento del autor beneficia a los partícipes, salvo en los delitos contra la humanidad. Los partícipes pueden desistir cuando impidan la ejecución de todos los actos o la producción del resultado, y al igual que el autor, sólo serán punibles por los actos realizados si éstos constituyesen por sí mismos un delito distinto".

10. La tentativa en la República de Alemania

La dogmática alemana y su influencia: A través de la obra divulgadora de Jiménez de Asúa y de las traducciones españolas de los tratados de Liszt, Merkel, Beling, Mezger y Maurach,5 "la doctrina alemana condujo a un notable florecimiento de la doctrina latinoamericana del derecho penal, en los años 60 y comienzos de los años 70", lo que dio pie incluso a la realización de una traducción nacional de la 11ª edición alemana del derecho penal de Welzel[119] de manos de su discípulo Juan Bustos Ramírez .

La profusa doctrina alemana ha influenciado notoriamente en la dogmática jurídico penal latinoamericana, frente a este proceso de internacionalización del derecho penal, la propuesta de Roxin, que aparentemente vuelve al derecho positivo como *medida* o *baremo* para determinar la corrección o incorrección de las proposiciones teóricas, ha sido poco a poco dejada de lado por sus discípulos directos o indirectos. Precisamente fue

---

[115] Stratenwerth, Günther; "Derecho penal. Parte general", Ed. Edersa, Madrid, 1982, ps. 203.

[116] Villamor Lucía, Fernando; "Derecho Penal Boliviano", Parte General, Tomo I, 2da. Edición, Editorial Inspiración Cards, La Paz, Bolivia, 2007, ps. 251.

[117] Villamor Lucía, Fernando: Ob cit. Ps. 254.

[118] Villamor Lucía, Fernando; Ob. Cit., ps. 255/256

[119] WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 11ª Ed. *Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ, Sergio. Santiago de Chile:, Ed. Jurídica de Chile, 1970*

Schünemann,[120] quien primero popularizó la idea de que el "sistema", sin dejar de lado el rigor y la consistencia interna, debía "estar abierto" a la posibilidad de modificar los "puntos de partida" a la luz de su aplicación a los problemas e incorporar nuevos "descubrimientos", no parece ahora muy dispuesto a adaptarse a los "descubrimientos" que provengan del diálogo entre las distintas tradiciones europeas reflejado en las normativas provenientes de la Unión Europea, sino más bien lo contrario: propone que sea la dogmática alemana y "su" pensamiento sistemático quien guíe dicho proceso. Y ello incluye considerar fuera de discusión que Welzel llevaba razón cuando calificaba la distinción practicada por la *Strafrechtswissenschaft* entre injusto (causas de justificación) y culpabilidad (causas de exculpación) como "el más importante progreso dogmático en las últimas dos o tres generaciones", por lo que no duda en convertirla en el fundamento de su propuesta sistemática basada en la "teoría de los elementos negativos del tipo". Lo mismo parece observarse en el desarrollo del pensamiento de Ambos, quien ha abordado el estudio del derecho penal internacional desde la perspectiva de la dogmática alemana. Así, resulta muy difícil compatibilizar su actual propuesta en orden a que la teoría del delito del futuro derecho penal internacional adopte la sistemática "finalista" o "post-finalista" con sus "inalienables consecuencias" para el sistema de la teoría del delito, incluyendo la categórica distinción entre "injusto" y "culpabilidad",55 con aquellas palabras escritas hace ya más de un lustro, donde proponía adoptar en el estudio del "derecho comparado" un "sistema abierto", "libre de los conceptos sistemáticos del propio ordenamiento jurídico".

La tentativa:

El tipo subjetivo de la tentativa se suele formular con alusiones al dolo. Por ejemplo, la "representación del hecho" en el § 22 en Alemania, "el fin del autor" en art. 42 en Argentina. En España, se omite toda referencia al dolo, esto es, a la culpabilidad. Esto se corresponde con el hecho de que la tentativa nada añade a la problemática del dolo y de la culpabilidad y no necesita ser precisado por legislador. Así se evita además el problema de la posibilidad o imposibilidad de la tentativa imprudente, dejando al juicio del legislador la posibilidad de tipificar una tentativa imprudente, si lesiona de forma relevante un ámbito de libertad. Tal problema, por el contrario, es el que ha surgido en Alemania, donde por una parte el § 22 parece referirse a la forma dolosa como única forma posible del concepto de tentativa, mientras que el § 315 (§ 315c, parr. 3 n° 2 en relación con el parr.1, n° 2, letra f, 2 grupo de casos) tipifica una tentativa imprudente unánimemente reconocida por una doctrina que, por lo general, no encuentra concepto para la tentativa imprudente.

El tribunal Federal alemán empieza a ser restrictivo, en general, también en los ámbitos sensibles. Así, en homicidio tiende a no considerar tentativa hasta que el autor que apunta con el arma comienza a apretar el gatillo, mientras que la doctrina, si bien admite la posibilidad de tentativa generalmente con el mero apuntar, lo considera como un caso excepcional de la teoría del último acto, asegurando que tales excepciones son escasas (así Hillenkamp, LK-§ 22, NM 112), o como una concesión a un derecho penal de actitud (lesión del derecho penal de hechos) o como la punibilidad de conductas que no significan una lesión normativa, sino el mero intento de lesión de una norma, y una injerencia en el derecho de policía (Freund, AT, § 8, NM 59 s.). En caso de hurto, que según la doctrina alemana ha vivido hasta ahora una amplia concepción de la tentativa, empieza la jurisprudencia a ser más restrictiva diferenciando cada vez más entre ámbito de custodia en sentido estricto y ámbito de custodia de acceso permitido (Gewahrsamslockerung) (véase Kindhäuser, BT II, tomo I, „ 2, NM 53). Acciones que hace un tiempo eran conceptuadas como constituitivas de hurto debido a la lesión de un ámbito de custodia, hoy se consideran atípicas. Según Hassemer (JuS 1990. p. 849) esto es especialmente apreciable en los delitos de hurto en tiendas de autoservicio: ya no se considera siempre tentativa el agarrar la cosa con ánimo de lucro o meterla en el bolsillo o esconderla en el propio cuerpo. Si se trata de una cosa

---

[120] *SCHÜNEMANN, Bernd. "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft." En: SCHÜNEMANN, Bernd; BOTTKE, Wilfried; ACHENBACH, Hans; HAFTKE, Bernhard; RUDOLPHI, Hans- Joachim.* Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001. *Berlin: de Gryter, 2001. pp. 1-32, p. 9s.*

grande es necesario además, no declararla en la caja o salir directamente del negocio (OLG Düsseldorf NJW 1986, p. 2266; NK-Kindhäuser, § 242, NM 43) y, en la práctica, aunque las cosas sean pequeñas no constituye siquiera tentativa si se las introduce en carritos, bolsas o cajas u otros sitios no destinadas para tal fin por el propio establecimiento siempre que aparezcan en el tráfico como práctica social habitual del mercado en los actos de compra. En estos casos, se empieza a entender que el cliente "comparte su ámbito de custodia con el negocio", por lo cual no puede entenderse todavía una intromisón en el ámbito de custodia del establecimiento. Del mismo modo, el establecimiento abre al cliente sus ámbitos de custodia cada vez más para facilitar el proceso de compra. De esta manera no constituye desplazamiento de los ámbitos de custodia y, por tanto, tampoco hurto, probarse una prenda de ropa en un establecimiento o ponerse en el dedo un anillo que está a la venta aunque sea con ánimo de lucro, tal y como ha recalcado la jurisprudencia alemana (BGH GA 1966, p. 244; BGH LM, § 242, n° 11): las reglas que regulan los ámbitos de custodia y que determinan la tipicidad del hurto no han comenzado a romperse y, por tanto, no hay todavía usurpación del derecho típico, esto es, no hay tentativa.

En definitiva, en la doctrina y la jurisprudencia alemana se puede constatar, sin perjuicio de la pervivencia de fórmulas y teorías múltiples, una concreción del concepto de tentativa cada vez más vinculada al tipo. El comienzo de la tentativa se pone en relación más estrecha con todos los elementos del tipo y con la acción típica (especialmente en ámbitos de libertad que hemos denominado no sensibles). Asímismo la lesión jurídica en la tentativa se entiende cada vez más como ruptura de las reglas de distribucion de competencias que constituyen un derecho típico, como arrogación de un derecho típico, lo cual no puede ser comprendido sin tener en cuenta la realidad social del tráfico jurídico, las reglas formales e informales que rigen en los distintos contextos normativos, tal y como se evidencia en la problemática del hurto en establecimientos de autoservicio.

En Alemania se puede llegar a la conclusión de que las distintas fórmulas jurídico-formales tienen, en última instancia, una relevancia menor que las fórmulas materiales a la hora de establecer criterios de imputación en la tentativa. Esto es, con independencia de que se defienda que la tentativa es ya una realización parcial del tipo o de la acción típica o que se defienda otra posición que pueda entenderse como que los actos anteriores al tipo o a la acción típica son relevantes, lo concreto entonces serán los criterios de imputación material que se manejen.

EL CRIMEN DE GENOCIDIO

Alberto Luis Zuppi[*]

I. ANTECEDENTES

Se suele mencionar que la primera vez que apareció impresa la palabra *"genocidio,"* fue en el libro de Raphaël Lemkin sobre la ocupación de Europa por el Eje,[1] donde en el inicio del capítulo IX el autor anticipaba que "*nuevas concepciones requieren nuevas palabras*."[2] Por "*genocidio"* entendía la destrucción de una nación o de un grupo étnico, derivando la palabra de una unión entre la palabra griega "*genos,"* que significaba raza o tribu, y el sufijo latino "*cide*," de la palabra *cidium,* muerte. Lemkin, él mismo judío polaco emigrado a los EEUU, hizo de la instalación del término en el vocabulario internacional una causa personal que llevó adelante con gran éxito.

Poco después de la publicación de su libro, la calificación de genocidio apareció en un editorial del diario *The Washington Post,*[3] comentando el exterminio de 1,765.000 judíos en el campo de concentración de Auschwitz-Birkenau. Lemkin, que ocupaba una posición como asesor del gobierno, le sugirió a Jackson quien ya había sido nombrado por el Presidente Truman como Fiscal General ante el Tribunal Militar Internacional (IMT) que juzgaría a los jerarcas nazis en Nüremberg, que consultara su libro donde había pruebas sobre los crímenes cometidos.[4] La voz, que recién empezaba a conocerse, debe haberlo impresionado a Jackson pues utilizó la expresión en el Memorando de Ayuda usado durante la Conferencia de Londres cuando se planeaba el juicio de Nüremberg y la redacción de la Carta del IMT.[5] Sin embargo, el Estatuto del IMT no hizo referencia específica al genocidio, sino a los crímenes contra la humanidad. Las persecuciones genocidas sufridas por los judíos y los gitanos, iban a ser incluidas dentro del Estatuto del IMT, en el artículo 6 (c)[6] cuando habla de

"asesinato, exterminación, esclavización, deportación... y la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos... "

En la acusación misma ante el IMT, la palabra "*genocidio*" que Jackson introduce, aparece algo descolocada dentro de la descripción de los crímenes de guerra.[7] Pero será luego del juicio, cuando durante la primera sesión de la recién fundada Organización de las

---

[*] *Abogado (UBA), Dr. iur. (Universität des Saarlandes), Robert & Pamela Martin Professor of Law, (Paul M. Hebert Law Center, LSU), profesor visitante de la Escuela de la Magistratura de Salta. Este artículo es una adaptación de parte de un capítulo de la obra "Derecho Penal Internacional" de próxima aparición.*

[1] *Conf. LEMKIN, Raphäel, Axis Rule in Occupied Europe, Carnegie Endowment, Washington, 1944, pág. 79.*

[2] *Véase SCHABAS, William A., Genocide in International Law, Cambridge UP, Cambridge, 2000, pág. 14, quien atribuye que Lemkin respondió al discurso radial de Churchill del 24 de agosto de 1941, cuando luego de comentar las atrocidades cometidas por la carnicería perpetrada por los nazis durante la invasión de Rusia, concluyó la descripción diciendo "*estamos en presencia de un crimen sin nombre.*"*

[3] *Editorial del 3 de diciembre de 1944. Lemkin le escribió al diario New York Times el 8 de noviembre de 1946 señalando: "*parece inconsistente con nuestros conceptos de civilización que vender droga a un individuo sea una cuestión de interés mundial, mientras llevar a las cámaras de gas a millones de personas sea una cuestión interna."

[4] *Conf. BARRET, John Q., "*Raphael Lemkin and 'Genocide' at Nuremberg, 1945–1946," *en SAFFERLING, Christoph & CONZE, Eckart (eds.), The Genocide Convention Sixty Years After its Adoption, Asser Press, The Hague, 2010, 35, págs. 36 y 37.*

[5] *Conf. BARRET, cit. pág. 40*

[6] *"*(c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron*."*

[7] *Acusación,* The United States, et al. *v.* Hermann Wilhelm Göring, et al.*, in JACKSON, Robert H., The Case Against the Nazi War Criminals*, *Alfred A. Knopf , New York, 1946, App. II, págs. 111, 137-138*

Naciones Unidas (ONU), la Asamblea General de la ONU adopte la Resolución 90 (I),[8] titulada "*El Crimen de Genocidio",* que el nombre del crimen será instalado definitivamente en la terminología del derecho internacional.

La Resolución 90 (I) expresa que el genocidio es una negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, conmueve a la existencia humana, a la ley moral y al espíritu y objetivos de la ONU, reconociéndolo como motivo de preocupación mundial y afirmando que se trata de un crimen del derecho internacional, sea que haya sido cometido por motivos religiosos, raciales o políticos, o de cualquier otra naturaleza. La Resolución invitaba también a que los Estados Miembros promulgaran las leyes necesarias para la prevención y castigo de este crimen e invitaba al Consejo Económico Social de la ONU (ECOSOC) a la preparación de una convención para ser presentada ante la Asamblea General en la próxima sesión.

La voz "*genocidio*" fue usada por los tribunales militares norteamericanos que se instalaron luego de dictada la Ley del Consejo de Control Nº 10 (CCL 10).[9] En el caso *United States v. Josef Altstoetter et al,* o caso de la Justicia, el tribunal hace reiterada referencia a la Resolución 96 (I) de la ONU y condena a algunos acusados por el crimen de genocidio.[10] También en el caso *United States v. Ulrich Greifelt et al.,* o *"Caso RuSHA,"* siete acusados fueron condenados por el crimen de genocidio. Lo mismo sucedió con otros tribunales que juzgaban a criminales nazis. En el caso seguido contra Arthur Greiser,[11] gobernador de la región anexada por Alemania de Polonia conocida como *"Wartheland"* llevó adelante una política de exterminio contra los polacos. Su mandato, que incluía la región de Lodz y donde se encontraba el campo de concentración del Chelmno donde fueron asesinados, en opinión de la corte polaca -con un particular uso del término genocidio-, llevó adelante una

> *(b) represión genocida contra la religión de la población local...*
> *(c) Igualmente genocidas ataques contra la cultura y enseñanza polaca*."[12]

En *Poland v. Goeth,*[13] comandante del campo de concentración de Plaszow en Cracovia, el Fiscal acusó a Amon Goeth de genocidio. En la sentencia el Tribunal polaco sostuvo que

"*la exterminación de los judíos y también de los polacos tuvo todas las características de genocidio en el sentido biológico de esta palabra, y buscó adicionalmente la destrucción de la vida cultural de esas naciones."*[14]

En el caso seguido en Varsovia contra Rudolph Hoess,[15] comandante del campo de concentración de Auschwitz, uno de los más importantes de los nueve campos de concentración principales, y a quien se le atribuye la muerte de más de cuatro millones de

---

[8] *Del 11 de diciembre de 1946, véase < http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/56/IMG/NR003656.pdf?OpenElement>.*

[9] *El 20 de diciembre de 1945, mientras el juicio contra los principales acusados del gobierno nazi estaba iniciando fue emitida la Ley del Consejo de Control Nº 10 (CCL 10), consejo integrado por las cuatro potencias que ocupaban Alemania, cuyo artículo III establecía que cada una de las cuatro potencias ocupantes podrían instruir en cada una de sus zonas ocupadas, procesos contra los criminales que hubieran perpetrado alguno de los crímenes que la propia CCL 10 describía en su artículo II.*

[10] *Véase SCHABAS, Genocide, cit. pág. 48 y sigts.*

[11] Poland v. Greiser *(1946), 13 LRTWC, 70, 21 Jun-4 Jul 1946, disponible en <http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.07.07_Poland_v_Greiser.pdf>, constituye una de las primeras condenas por genocidio, siendo el acusado ahorcado el 20 de junio de 1946.*

[12] Idem, *pág. 112.*

[13] Poland v. Goeth *(1946) 7 LRTWC 1, disponible en <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-7.pdf>*

[14] Idem *pág. 9. Este caso fue llevado adelante entre el 27 de agosto y el 5 de septiembre de 1946.*

[15] Poland v Hoess *(1948) 7 LRTWC 11, 24-26, Corte Suprema Nacional Polaca, el caso tramitó entre el 11 y el 29 de marzo de 1947, disponible en <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-7.pdf>.*

personas, el Tribunal al referirse a la teoría de Hitler del *Lebensraum*[16] describe al crimen de genocidio como

"un atentado a las más orgánicas bases de la relación humana, tal como el derecho a vivir y a la existencia."[17]

A pesar de encontrarse el término instalado en el panorama internacional, muchos tribunales de post-guerra siguieron el criterio del IMT y recurrieron a la figura de crímenes de lesa humanidad para referirse a claras conductas genocidas. Esta circunstancia no es casual, ya que, con independencia de la especificidad del delito que tiene características propias, el genocidio es una clase de crímenes contra la humanidad,[18] y se encuentra en relación de especialidad con el crimen genérico.

A. LA CONVENCIÓN PARA LA SANCIÓN Y CASTIGO DEL DELITO DE GENOCIDIO

El ECOSOC pasó la redacción del proyecto de convención que disponía a Resolución 96 (I) a la Secretaría General ONU, quien nombró una comisión compuesta por Lemkin mismo, Donnedieu de Fabres, y Pella para escribirla. Así se elaboró un proyecto de convención acompañado por un comentario,[19] que se sometió a la consideración de los Estados Parte para su estudio. Un año más tarde, en su Resolución 180 (II)[20] de 21 de noviembre de 1947, la Asamblea General pidió al Consejo Económico y Social (ECOSOC) que continuara sus trabajos sobre el asunto y que procediera a elaborar el texto definitivo, sin esperar la respuesta de todas las observaciones formuladas por los Estados. En marzo de 1948, el ECOSOC instituyó un Comité especial sobre el genocidio compuesto de representantes nacionales de China, los Estados Unidos de América, Francia, el Líbano, Polonia, la URSS y Venezuela, el que preparó un segundo proyecto de convención con comentarios.[21]

La Asamblea General se reunió en 1948 en el Palais de Chaillot en la colina del Trocadero parisino a considerar dos instrumentos de gran importancia: la Declaración Universal de Derechos Humanos y el proyecto elaborado sobre la Convención sobre Genocidio. La Asamblea General aprobó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio por el voto unánime de los 56 participantes en sesión plenaria celebrada el 9 de diciembre de aquel año.[22]

Una de las preguntas que se planteaban tanto los redactores como los representantes, era saber si el genocidio era una clase específica de crímenes contra la humanidad, o si se trataba de un crimen autónomo.[23] Hoy el genocidio está incluido con carácter autónomo dentro del artículo 5 del ER y responder a esta pregunta se ha vuelto una cuestión académica. Pero no fue así durante muchos años.

La Convención aprobada por la Asamblea General tiene 19 artículos. El artículo I reitera que el genocidio, cometido durante la guerra o durante la paz, es un "*delito de derecho internacional*" que los Estados Parte se comprometen a prevenir y castigar. La aclaración sobre el tiempo de guerra o de paz estaba vinculada con la descripción de los

---

[16] "Lebensraum" *o espacio para vivir, que enunciaba Hitler como necesario para la sobrevivencia de Alemania en su libro Mein Kampf, Eher, München, 1925, disponible en <http://pdfcast.org/download/adolf-hitler-mein-kampf-deutsch-german-ungek-rzte-fassung.pdf >, pág. 741.*

[17] Caso Hoess *cit.* supra *pág. 24*

[18] *Véase* Prosecutor v. Kayishema, *Caso No. ICTR-95-1-T, del 21 de mayo 1999, <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/990521_judgement.pdf>, párr. 89.*

[19] *UN Doc. E/447 del 26 de junio de 1947.*

[20] *<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/041/18/IMG/NR004118.pdf?OpenElement>.*

[21] *UN Doc. E/794, 5 de abril a 10 de mayo de 1948.*

[22] *ASAMBLEA GENERAL Res. 260 (III), del 9 de diciembre de 1948, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/047/25/IMG/NR004725.pdf?OpenElement>. 76 UNTS 277.*

[23] *SCHABAS, Genocide cit., pág. 71.*

"*crímenes contra la humanidad*" de Nüremberg que requería el nexo de la guerra. La obligación de legislar que asumen los Estados, propuesta por Bélgica e Irán durante los trabajos preparatorios, impone a los Estados Partes incluir el delito en sus derechos domésticos.

El artículo II establece que será genocidio cualquiera de los actos que enumera a continuación, que fueran perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, "*como tal*." Este último agregado es intrigante, pero estimamos que hace referencia a la idea de grupo y a la dirección de la intención del autor, aunque su supresión no hubiera traído consecuencias.[24] Omite el texto entre la enunciación de los grupos víctimas del crimen al caso de grupos políticos, que estaban incluidos dentro de los que mencionaba el artículo sobre crímenes contra la humanidad en la Carta del IMT y adicionó el grupo *"étnico*" que no estaba. En la opinión del Comité redactor ese listado era exhaustivo y no indicativo y se limitaron al genocidio físico excluyendo el cultural.[25] Esta exclusión lleva a suponer que el homicidio de cientos de comunistas por el gobierno de Indonesia en 1965, no calificaría como genocidio.[26] En *Prosecutor v. Krstic*,[27] el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) encontró que los musulmanes de Srebrenica eran "*parte"* del grupo de los musulmanes bosnios, y los muertos fueron asesinados con el intento de destruir esa parte del grupo. El genocidio no es contra seres humanos individuales sino por su condición de miembros del grupo. Otra decisión europea, aporta más luz sobre el concepto de "*grupo:"* En *Prosecutor v. Paulov*,[28] la Suprema Corte de Estonia estableció que con relación al genocidio, bajo la palabra "*grupo*" sólo puede ser entendido, el que pertenece un individuo basado en un criterio objetivo, y cuya calidad de miembros no pueden cambiar a discreción sus componentes, composición establece e inalterable, que hace al grupo vulnerable a sus perseguidores.[29]

Con dudosa redacción, el artículo III de la Convención dice:
"*Serán castigados los actos siguientes:*
(a) El genocidio;
(b) La asociación para cometer genocidio;
(c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
(d) La tentativa de genocidio;
(e) La complicidad en el genocidio."

El artículo IV promete el castigo de las personas que han cometido genocidio o cualquiera de los actos enunciados en el artículo III, sea que se trate de particulares, gobernantes o funcionarios, y el artículo V obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas legislativas necesarias para implementar la Convención, tema éste sobre el que volveremos más adelante.[30]

El artículo VI establece:
"Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el

---

[24] En idéntico sentido la aclaración formulada por la CDI al texto similar en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en < http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf>, pág. 45.
[25] Idem *cit. 73*
[26] LUBAN, O'SULLIVAN & STUART, cit. pág. 992.
[27] ICTY, Caso No. IT-98-33-A, 19 abr. 2004, Judgment, en <http://www.icty.org/x/cases/krstic/acjug/en/krs-aj040419e.pdf>, párr. 43 y sigts.
[28] Suprema Corte de Estonia, 21 mar. 2000, Oxford Reports on International Law in Domestic Courts *(ILDC) 198 (EE 2000) § 3.*
*[29] VAN DER WILT, Harmen, "*Equal Standards? On the Dialectics between National Jurisdictions and the International Criminal Court," *8 Int´l Crim. L. (2008), 229, 235.*
*[30] Véase ****

acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción."

Esta es la primera enunciación sobre la formación de una corte penal internacional la cual no existió hasta la sanción del Estatuto de Roma. El artículo reconoce jurisdicción territorial para el Estado donde los actos genocidas fueron cometidos, y la comisión redactora rechazó la idea de otorgar jurisdicción universal para este delito, a la cual, se llegó con el devenir del tiempo y los acontecimientos.

El artículo VII establece que a los efectos de la extradición ninguno de los actos enumerados en el artículo III podrá ser considerado como delitos políticos, comprometiéndose los Estados Partes a conceder la extradición de acuerdo con su legislación y los tratados vigentes.

El artículo VIII establece que los Estados Partes podrán recurrir ante los órganos de la ONU para que tomen acción o medidas para prevenir o suprimir actos de genocidio y el artículo IX confiere jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) a petición de una de las partes, para resolver las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III.

Además de los artículos referentes a los idiomas oficiales del texto, las denuncias a la Convención y su apertura para la adhesión, así como el tiempo de duración de la misma que se estableció originalmente en diez años y luego por períodos de cinco años renovables (artículo XIV), la Convención no contiene una cláusula prohibiendo la posibilidad de hacer reservas a la misma. Cuando algunos Estados Parte hicieron reservas, las mismas fueron objetadas por otros Estados.[31] Esta circunstancia dio lugar a que la Asamblea General en su quinta sesión emitiera la Resolución 478 (V)[32] llamada "*Reservas a las convenciones multilaterales,"* por la que se solicita al respecto una Opinión Consultiva a la CIJ.[33]

A la CIJ le fue preguntado con relación a la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, si en el caso que un Estado que se adhiriera a la Convención lo hiciera formulando reservas y las mismas fueran objetadas por algunas Partes, ¿cómo era su situación con referencia a la Convención, con respecto de quienes objetaron y respecto de quiénes no lo hicieron? La CIJ después de recordar la aprobación unánime de la Convención y su razón de ser y carácter eminentemente humanitario, resolvió por mayoría que un Estado puede formular reservas y ser tenido por parte, pero sólo en la medida en que sean compatibles con el objeto y fin de la Convención. Si no fuera así no sería tenido como Estado Parte. La Opinión estima a los principios de la Convención como vinculantes para todos los Estados.[34] Como consecuencia de admitir reservas que no desnaturalizaran la Convención, se hicieron una gran cantidad de las mismas, sobre todo relativas a los artículos IX, relativo a la jurisdicción de la CIJ para resolver disputas relativas a la Convención, y XII, que permite extender la aplicación de la Convención a los territorios no autónomos.[35]

La Convención entró en vigor, de acuerdo con su artículo XIII, el 12 de enero de 1951 y a la fecha de este trabajo en 2012 tiene 142 Estados Partes.

---

[31] *Véase listado de objetores y objeciones en <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en>.*

[32] *Del 16 de noviembre de 1950, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/42/IMG/NR006442.pdf?OpenElement>.*

[33] *Véase* Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, *Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, pág. 15; 28 de mayo 1951, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>.*

[34] *Idem pág. 15*

[35] *Ver estado de ratificaciones y las reservas hechas en el sitio de la ONU <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en>*

B. EL PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

Como recuerda Schabas,[36] en la segunda sesión de la Asamblea General en 1947 se emitió la Resolución 177(II)[37] encarga a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la redacción de "*los Principios de Nüremberg*," y de un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad donde se indique la función que corresponde a los Principios de Nüremberg.

El trabajo de la CDI fue expeditivo en la redacción de los Principios de Nüremberg a los que ya nos hemos referido.[38] El texto fue aprobado por la CDI en su segunda sesión. El informe de la CDI también contiene comentarios sobre los principios,[39] los que fueron presentados para observaciones por los Estados según cuenta la Asamblea General en la Resolución 488 (V).[40] En cuanto a la redacción del Proyecto de Código, el proyecto inicial fue elaborado por Jean Spiropoulus en 1950 y en 1951 un proyecto fue presentado a la Asamblea General.[41]

En 1954 fue elaborado el primer Proyecto[42] de Código que fue sometido a la Asamblea General de la ONU. Este órgano emitió la Resolución 897 (IX)[43] considerando que presentaba algunos problemas relativos al crimen de agresión y que se había formado una Comisión que debía definirlo,[44] por lo que se decide postergar el análisis del Proyecto y de la corte penal internacional.

En el Proyecto de Spiropoulus no se mencionaba la voz *"genocidio*", pero la descripción del crimen VIII primer párrafo correspondía exactamente con el texto del artículo II de la Convención para la Sanción y Castigo del Delito de Genocidio.[45] Algunos miembros objetaron la inclusión del genocidio ya que el Proyecto se refería a la comisión de crímenes sólo en tiempo de guerra, y el genocidio podía ser perpetrado en tiempos de paz,[46] y además que el crimen de genocidio y los crímenes contra la humanidad se superponían unos a otros.

En 1981 la Asamblea General decide incluir el tema nuevamente en su 37mo. Período de sesiones y en Resolución 37/102[47] lo hace para el próximo, solicitando un informe preliminar, lo que se repetirá en los años subsiguientes[48] hasta 1996.

---

[36] SCHABAS, Genocide, pág. 81.
[37] Del 21 de noviembre de 1947,
*[38] Véase Capítulo Primero ****
[39] Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, págs. 374-378
[40] Del 12 de diciembre de 1950, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/064/52/IMG/NR006452.pdf?OpenElement>.
[41] Véase Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1951, Vol. II, Documento A/1858 párrs. 57 y 58.
[42] Disponible con comentarios en <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_3_1954.pdf>.
[43] Del 4 de diciembre de 1954, disponible en <
[44] Véase ASAMBLEA GENERAL Resolución 895 (IX), del 4 de diciembre de 1954, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/099/33/IMG/NR009933.pdf?OpenElement>.
[45] Véase el Reporte Spiropoulus en <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_25.pdf>, pág. 263.
[46] SCHABAS, Genocide, pág. 82.
[47] Del 16 de diciembre de 1982, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/433/42/IMG/NR043342.pdf?OpenElement>.
[48] Véase ASAMBLEA GENERAL Res. 39/80 del 13 de diciembre de 1984, en < http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/468/07/IMG/NR046807.pdf?OpenElement>, Res. 40/69 del 11 de diciembre de 1985, en < http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/485/56/IMG/NR048556.pdf?OpenElement>, Resolución 41/75 del 3 de diciembre de 1986, en < http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/502/25/IMG/NR050225.pdf?OpenElement>, Resolución 42/151, del 7 de diciembre de 1987, en < http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/520/70/IMG/NR052070.pdf?OpenElement>, Resolución 43/164, del 9 de diciembre de 1988, en < http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/538/36/IMG/NR053836.pdf?OpenElement>, y Resolución 44/32 del 4 de diciembre de 1989, en < http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/555/14/IMG/NR055514.pdf?OpenElement>,

En 1986 se elabora un Proyecto revisado del de Spiropoulus y donde el crimen de genocidio aparecía en la parte II del capítulo II titulado "*Crímenes contra la Humanidad.*" En 1991 la CDI estableció un Comité para revisar este segundo proyecto que sugirió volver a la redacción de la Convención para la Sanción y Castigo del Delito de Genocidio. La nueva versión fue presentada en 1995,[49] y su artículo 19 establecía una enumeración de actos genocidas que seguía la enumeración hecha por la Convención.[50] Con algunas modificaciones la CDI en 1996 adoptó la versión final del Proyecto de Código,[51] donde el artículo 17 hacía referencia al "*crimen de genocidio,"* reproduciendo la definición de la Convención. El Comentario del Proyecto recuerda que el mismo texto está reproducido en los Estatutos del ICTY y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR),[52] y subraya la intención que debe estar presente en el perpetrador de destruir al grupo como tal y no la dirigida contra individuos quienes pertenecen al grupo como hecho colateral, en cuyo caso su muerte sería homicidio. Es más importante para la categorización del crimen como genocidio la pertenencia al grupo que la identidad del individuo víctima. La búsqueda de destrucción total o parcial del grupo, a criterio de la CDI precisa que el resultado sea por lo menos "*sustancial*". Sin embargo, ello nos lleva a preguntarnos si el que, queriendo en efecto destruir un grupo, en resultado mata una sola persona del grupo, ¿ha cometido genocidio, homicidio en concurso real con tentativa de genocidio, o simplemente homicidio? El comentario de la CDI no responde claramente a estas preguntas que fueron resueltas por la jurisprudencia posterior. Sin embargo, más adelante el propio comentario señala que no es necesario conseguir el resultado buscado de la destrucción del grupo, bastando la comisión de alguno de los actos enunciados buscando la destrucción total o parcial del grupo.[53]

La destrucción buscada de la que habla el texto, es la destrucción física o biológica, dejando de lado *"la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa o cualquier otra".*[54]

II. EL CRIMEN DE GENOCIDIO EN EL ESTATUTO DE ROMA (ER)

A. SUPUESTOS DE GENOCIDIO CONTEMPLADOS

El ER siguiendo los precedentes enunciados, cataloga al genocidio en el artículo 6:

"*A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:*

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo."

1. Genocidio por matanza

os Elementos de los Crímenes (EdC),[55] al analizar el texto del artículo 6 ER, se refieren en primer lugar, al "*genocidio por matanza*" del inciso (a) requiriendo que el autor

---

[49] Un Doc. A/CN.4/466 disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_466.pdf>.

[50] Idem pág. 41 párr. 54.

[51] UN Doc. A/51/10, disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf>, pag. 15 y sigts.

[52] Idem pág. 44

[53] Véase EdC artículo 6 a) Elementos 1, en < http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>.

[54] Idem pág. 46.

[55] Con posterioridad a la sanción del Estatuto, el Comité Preparatorio se ocupó de la redacción de las reglas de procedimiento y prueba, de la determinación de los llamados Elementos de los Crímenes que servirían para interpretar al Estatuto de Roma, y, entre otros temas, del Acuerdo de Relación entre las Naciones Unidas y la Corte, las Reglas Financieras, el Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades, para que la Corte Penal Internacional comenzara a funcionar tan pronto como el Tratado entrara en vigor. Véase en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>.

haya dado muerte a "*una o más personas".* Esas personas deben haber pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, que el autor se proponía destruir total o parcialmente.

Citando el caso *Nottebohm,*[56] el ICTR en *Prosecutor v. Akayeshu*, [57] define a un grupo nacional como un conjunto de personas que comparten un ligamen común basado en la nacionalidad, o comparten la etnia, la religión, el nombre o la denominación. En el grupo racial se comparten características genéticas comunes, generalmente identificadas con una región geográfica con prescindencia de factores lingüísticos, culturales, nacionales o religiosos. El fallo insiste en la necesidad de considerar al grupo nacional, étnico, racial o religioso, como "*estable*" para ser considerado el objetivo al que se dirige este crimen, con exclusión de los grupos "*móviles*" como son los grupos políticos o económicos[58] y unidos por derechos y obligaciones.

En el grupo étnico se comparte un lenguaje y cultura común, o se trata de un grupo que se distingue a sí mismo (auto identificación) o que es identificado como tal por otros, incluyendo a los perpetradores de los crímenes (identificación por otros). El grupo religioso comparte una forma de vida o creencias religiosas comunes.[59]

En *Akayeshu*,[60] el ICTR define al homicidio en este contexto, como la muerte intencional e ilegal de un ser humano. Estima el mismo párrafo de esa decisión que los elementos que requiere el delito son: primero, la muerte de la víctima; segundo, que la muerte haya sido resultado del acto u omisión ilegal del acusado o su subordinado; y tercero, que al tiempo del homicidio, el acusado o su subordinado hayan tenido la intención de matar, o de infligirle a la víctima daño físico capaz de causarle la muerte y sea indiferente que el resultado muerte efectivamente sea seguro o no con dicho daño. En este mismo fallo se estimó que la muerte de un individuo que no pertenecía al grupo objeto del ataque genocida, pero que fue muerto en el contexto del genocidio al grupo, debía ser considerado también como un acto genocida bajo la definición de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio.[61]

El cuarto elemento del crimen para el genocidio, y cuya redacción dentro de los EdC se repetirá en el último párrafo del análisis de todos los demás incisos del artículo 6 ER, es un pasaje gramatical complejo, confuso y rebuscado, con uso de una construcción más común en el lenguaje psicoterapéutico que jurídico, y dice que requiere que esa conducta -genocidio por matanza- haya tenido lugar - incluyendo los actos iniciales de una serie que alcanza a perfilarse-

"... en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción."

La versión inglesa usa única palabra: "*pattern"* y también la francesa -"*dans le cadre*"- para referirse a lo que la versión española nombra primero como "*serie"* y luego como "*pauta".*[62] "*Pauta manifiesta de conducta"* es un comportamiento particular, pero el agregado de "*similar"* impone una tendencia de conducta dirigida contra ese grupo. Este agregado desconcierta pues parece requerir como elemento del crimen, la repetición previa de conductas dirigidas al grupo para que pueda catalogarse el resultado como genocidio, lo

---

[56] Nottebohm Case (second phase*), Judgment of April 6th, 1955, ICJ Rep. 1955, pág. 4, en <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>.*

[57] *ICTR* Prosecutor v. Akayeshu, *Caso No. IVTR-96-4-T, Judgment, 2 sept. 1998, en <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Akayesu/judgement/akay001.pdf>, párr. 512.*

[58] Akayeshu, *párr. 510.*

[59] Prosecutor v. Kayishema*, cit. párr. 98.*

[60] Idem, *párr. 589.*

[61] Idem, *párr. 712.*

[62] *En la versión francesa que cambia "*conducta*" por "*comportamiento*"se lee:* "Le comportement s'est inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe, ou pouvait en lui-même produire une telle destruction*."*

que brinda una confusión adicional.[63] Teóricamente, este inciso fue agregado para evitar trivializar el genocidio con cualquier acto aislado de odio,[64] pero lo confuso del agregado poco ayuda para este supuesto propósito.

2. Genocidio por lesión grave, física o mental

En el caso del segundo supuesto del crimen, esto es, *lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo,* hubo considerables discusiones durante la redacción de la Convención sobre el contenido y extensión de la lesión grave. El daño mental fue problemático para algunas delegaciones. Los EEUU, cuando ratificaron la Convención aclararon que la lesión a la integridad mental significaba total impedimento de las facultades mentales a través de drogas, torturas o técnicas similares.[65]

En el citado caso *Akayeshu*,[66] la ICTR incluye a la violación dentro de la noción de genocidio. En párrafos desgarradores que permiten acercarse con una brutalidad inconcebible al drama vivido en Ruanda, el ICTR señala que surge con claridad que los actos de violación y violencia sexual, como otros actos de grave lesión física y mental cometidos contra los Tutsi, reflejan la determinación de hacer sufrir y mutilar a las mujeres Tutsis antes de matarlas, con la intención de destruir al grupo Tutsi y causar un grave sufrimiento a los miembros en el proceso.[67] El razonamiento de la ICTR ha encontrado numerosos adeptos, y quizás explica la nota de pié de página que aparece en los EdC, cuando refiriéndose al *genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental* donde determina en primer lugar, que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas, aclara que esta conducta puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, aunque no está necesariamente limitada a ellos.

En *Kayishema*,[68] se determina que la entidad del daño para la categorización de conductas dentro de este inciso, debe hacerse caso por caso. No tiene porque producirse un daño irremediable o permanente.

3. Genocidio por sometimiento a condiciones de existencia que acarrean la exterminación del grupo.

La tercera modalidad de genocidio es mediante el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física. Ya durante la redacción de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio diversas propuestas de los delegados atendían al acto de privar al grupo de cumplir con necesidades elementales que aseguren su subsistencia.[69]

En *Akayeshu*,[70] el ICTR estima que por *sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*, se incluye, entre otras formas, la expulsión sistemática de los miembros del grupo de sus hogares y la reducción de los servicios médicos esenciales por debajo de un mínimo imprescindible.[71] El mismo tribunal, en el caso *Kayishema,*[72] determinó que este inciso

---

[63] *Coincidente WAGNER, Markus,* "The ICC and its Jurisdiction - Myths, Misperceptions and Realities," *Max Planck UNYB 7 (2003), 409, 425.*
[64] Idem *pág. 426 con referencias.*
[65] *Véase aclaración en <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en>.*
[66] Supra*, párr. 731 y sigts.*
[67] Idem *párr. 733.*
[68] Kayishema*, cit. párr. 108.*
[69] *SCHABAS, Genocide, cit. pág. 165 y sigts.*
[70] Supra *cit.*
[71] Idem *párr. 506.*
[72] *ICTR,* Prosecutor v. Kayishema*, Caso ICTR-95-1-T, 21 May 1999, en <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/990521_judgement.pdf>, párr. 115 y sigt.*

incluye llevar a condiciones de muerte lenta para los integrantes del grupo. Las violaciones, la hambruna a un grupo de personas, la reducción de los servicios médicos por debajo de un mínimo y la retención de un espacio donde vivir por suficiente tiempo, pueden conducir a la destrucción de todo o parte del grupo.

En los EdC, nuevamente una nota de página agregada a la parte correspondiente del texto explica que la expresión "*condiciones de existencia*" podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

4. Genocidio por impedimentos para nacimientos en el grupo

La modalidad del genocidio del inciso (d) mediante la toma de *medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo*, fue concebida con la memoria de las medidas que en este aspecto había tomado la Alemania nazi con las "*leyes de pureza aria*."[73] Estas leyes, que habían comenzado con la *"ley para la prevención de los nacimientos hereditariamente enfermos,"*[74] que establecía la esterilización de los individuos que sufrieran de determinadas enfermedades hereditarias, incluyendo la epilepsia, la depresión maníaca, ceguera o sordera genética, el alcoholismo severo y la esquizofrenia bajo la cual decenas de miles de personas fueron esterilizadas. También la ley contra criminales peligrosos,[75] permitió la castración de criminales sexuales, y ordenanzas suplementarias forzaron abortos de mujeres entendidas como genéticamente ineptas y que se encontraban en estado de embarazo. Alemania nazi dictó disposiciones restringiendo el empleo a los "arios puros"[76] y en 1937 se llevó adelante la esterilización forzosa de medio millar de alemanes de origen africano.[77] Esta política racial buscaba claramente impedir el nacimiento dentro del grupo perseguido.

En el llamado caso *RuSHA*[78] resuelto por un tribunal norteamericano tras el juicio del IMT en Nüremberg en cumplimiento de la CCL 10, se imputaron diversas medidas adoptadas y cumplidas por los acusados para impedir nacimientos dentro de los grupos perseguidos.[79]

En *Akayeshu*,[80] el ICTR interpreta este inciso, que aparece reproducido en el artículo 2 (2) (d) de su Estatuto, sosteniendo que las medidas destinadas a prevenir nacimientos dentro del grupo incluyen la mutilación sexual, la esterilización como práctica, el control forzado de nacimientos, la separación de sexos y prohibición de matrimonios. En las sociedades patriarcales donde la calidad de miembro de un grupo está dado por la identidad del padre, una medida destinada a prevenir nacimientos dentro del grupo está dado por la violación que embaraza a una mujer de un grupo por un hombre de otro, con el propósito de obligarla a dar a luz a un niño o niña que no pertenece al grupo de la madre. Estas medidas para prevenir nacimientos, además de físicas, pueden ser mentales como sucede por ejemplo con la violación cuando la persona violada rehúsa procrear, de la misma forma que otros miembros del grupo pueden, por vía de amenazas o ejercicio de coerción, no procrear.

---

[73] *Véase la ley de los ciudadanos del Imperio Alemán del 15 de septiembre de 1935("Reichsbürgergesetz"), y la ley de protección de la sangre alemana y el honor alemán del 15 de septiembre de 1935 ("Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre"), RGBl I, 1146 en <http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/nuernbergergesetze/index.html>. A estas les siguieron la ley de protección de la salud hereditaria del pueblo alemán," del 18 de octubre de 1935 ("Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes") RGBl I, 1246, y las ordenanzas reglamentarias de las leyes del 14 de noviembre de 1935 (RGBl, I, 1333 y RGBl, 1935, Nr. 125, 1333).*

[74] *"*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses," *RGBl I, 529.*

[75] *"*Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*" del 24 de noviembre, 1933, RGBl. I, 995.*

[76] *"*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums," *RGBL I 1933, 175.*

[77] *Véase POMMERIN, Reiner, Sterilisierung der Rheinlandbastarde: das Schicksal einer farbigen deutschen Minderheit 1918-1937, Droste, Düsseldorf, 1979*

[78] U.S. v. Greifelt et al., *Cit.* supra ****

[79] Idem*, véase < http://werle.rewi.hu-berlin.de/RUSHA-Case%20Judgment.pdf>, pág. 29 y sigts.*

[80] *ICTR cit.* supra *****párrs. 507 y 508*

El ICTY en el caso *Prosecutor v. Popovic*,[81] recuerda la opinión de la CIJ que la violación de mujeres las llevaba a un trauma físico que interfería con las funciones reproductivas de las víctimas y en algunos casos resultaba en infertilidad, aunque la CIJ no encontró evidencia que esas medidas eran hechas para prevenir nacimientos dentro del grupo.

Los EdC no aportan otros aspectos dignos de señalar para la interpretación del inciso.

5. Genocidio por traslado forzoso de niños

El último inciso del delito de genocidio castiga *el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo*. Ya la CDI había señalado que la transferencia forzosa de niños tiene futuras consecuencias para la viabilidad del grupo como tal.[82] El párrafo no contempla el traslado de adultos pertenecientes al grupo, que aparece caracterizado como crimen de lesa humanidad y puede configurar el tipo de genocidio del inciso (c). No se encuentra previsto el caso de traslado de adultos, aunque sea hecho con el mismo fin, ya que se adecuaría mejor a un crimen de lesa humanidad,[83] y tampoco existen registrados casos en donde se haya dado esta conducta.

¿Qué edad se requiere para ser considerado *niño* a los efectos de este inciso? No aparece una definición ni en el ER ni en los EdC. La Convención sobre los Derechos del Niño,[84] establece en su artículo 1 que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. El Protocolo Opcional[85] de esta Convención del año 2000 sobre la participación de los niños en los conflictos armados establece los 18 años como la edad mínima para el reclutamiento obligatorio (artículo 1) y exige a los Estados que hagan todo lo posible para evitar que individuos menores de 18 años participen directamente en las hostilidades (artículo2).[86]

Los EdC se refieren a "*personas*" en lugar de usar la voz "*niños*." Incluye, nuevamente en nota de pie de página que la expresión "*por la fuerza*" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción.[87] En ese mismo sentido se expresó el ICTR en el caso *Akayeshu*,[88] incluyendo en la figura a las amenazas o traumas que puedan producir el traslado de niños de un grupo a otro.

B. CUPABILIDAD Y GENOCIDIO

---

[81] Prosecutor v. Popovic*, Caso No.: IT-05-88-T, 10 jun. 2010, en <http://www.icty.org/x/cases/popovic/tjug/en/100610judgement.pdf>, párrs. 818 y 819.*

[82] *Report of the International Law Commission on the Work of the Forty-Eight Session, en < http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l532.pdf>, pág. 46*

[83] *Conf. artículo 7 (1) (d) ER.*

[84] *ASAMBLEA GENERAL resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.*

[85] *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, ASAMBLEA GENERAL Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor: 12 de febrero de 2002<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc-conflict.htm>.*

[86] *Debe advertirse, que algunas Convenciones internacionales que regulan aspectos específicos como el caso de restitución de menores substraídos en el ámbito interamericano (artículo 2, disponible en <http://www.menores.gob.ar/documentos/convencio_inter_restitucion_L_25358.pdf>), o en Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores, (artículo 4, disponible en <http://www.menores.gob.ar/documentos/convenio_internac_la_haya_3_23857.pdf>) consideran "*menores*" a quienes no han cumplido los 16 años de edad.*

[87] *Conf. en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>.*

[88] Prosecutor v. Akayeshu *cit.* supra*, párr. 509.*

El artículo 6 del ER requiere que para que se configure el genocidio mediante cualquiera de los actos que se han visto precedentemente, deben ser perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente al grupo protegido. Por las características del crimen no parece ser un delito generado instantáneamente sino como resultado de un plan, lo que ha sido señalado en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia internacional. Así en *Prosecutor v. Kayishema,*[89] se señala que un aspecto distintivo del crimen de genocidio es la intención específica del autor (*dolus specialis*) de destruir un grupo protegido, en todo o en parte, y ese dolo específico del autor lo distingue del crimen ordinario de homicidio. Esa intención específica del autor debe haber estado presente antes de la comisión de los actos genocidas, que no precisan ser necesariamente premeditados sino que el acto debe ser consecuencia de la intención genocida. La existencia de esa intención puede probarse por múltiples modos en los que se haya expresado la voluntad del autor que muestran la presencia de una pauta determinante y dirigida en su conducta. La ICTR encuentra evidencia de esa intención en los actos dirigidos contra la propiedad de un grupo específico, el lenguaje despectivo hacia sus miembros, los armamentos usados en la producción de daños físicos y su extensión, la planificación metódica y sistemática de los homicidios y el número de las víctimas ya que la escala de la destrucción provocada dentro de un grupo ayudará a comprender si la planificación de los actos estaba destinada específicamente contra ellos. Parece ser difícil que pueda existir genocidio sin una planificación determinada dirigida contra uno de los grupos protegidos, y aunque ello no requiere necesariamente la participación del Estado, puede ser difícil de imaginar que se haya llevado a cabo sin alguna forma de aquiescencia estatal. Pero es innecesario que el individuo en particular conozca todos los elementos del plan genocida,[90] o que se busque la destrucción del grupo en todos los puntos del globo.[91] Basta la búsqueda de la destrucción parcial del grupo protegido cuando sea por la cantidad o por el significado de las muertes producidas, demuestran esa intención.

El *actus reus* consistirá en la acción de matar, acto consciente, volitivo, realizado teniendo en mira los resultados que necesariamente producirá, con la intención de destruir en todo o en parte a un grupo protegido.

C. FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL GENOCIDIO

Además de las formas que han sido expuestas en el capítulo sobre autoría y participación,[92] el crimen de genocidio tiene algunas referencias concretas y de importancia dentro del texto del ER relacionadas con la participación. Así, el artículo 25 (3) (e) del ER incluye dentro de la responsabilidad penal individual, la de aquel que haga una incitación pública y directa para que el genocidio se realice. El artículo 33 que se refiere a las órdenes superiores y disposiciones legales como excusas de responsabilidad, recuerda en el inciso 2 que las órdenes de cometer genocidio son manifiestamente ilícitas a los efectos del artículo.

1. Incitación

En los juicios de Nüremberg el IMT se condenó a Julius Streicher por los virulentos artículos antisemitas que publicaba en el semanario "*Der Stürmer,"* encontrando que las incitaciones públicas que realizaba fomentando la exterminación de los judíos constituyeron crímenes contra la humanidad.[93] El IMT encontró que durante los veinticinco años en los Streicher dio discursos, escribió y predicó el odio contra los judíos, infectó al pueblo alemán con el germen del antisemitismo y lo incitó a la persecución activa. Cada número de la

---

[89] Prosecutor v. Kayishema*, cit. párr. 91.*
[90] *MORRIS, Virginia & SCHARF, Michael, The International Criminal Tribunal for Rwanda, Transnational, New York, 1998, pág. 168.*
[91] *Véase CDI, Draft Code of Crimes, <http://www.un.org/law/ilc/reports/196/chap02.htm>.*
[92] *Véase* supra ****
[93] *IMT, Vol. 22, pág. 502, en <http://avalon.law.yale.edu/imt/judstrei.asp>.*

publicación que llevaba a la calle 600.000 ejemplares, estaba plagado de esos discursos cargados de odio, apoyando los pogromos que tenían lugar. Streicher fue quien denominó al judío "*parásito,*" comparándolo con bandadas de langostas que debían ser exterminadas. Un artículo publicado en *Der Stürmer* en mayo de 1939 avocaba para que los judíos en Rusia fueran muertos, "*exterminados de raíz."* Estos textos fueron suficientemente convincentes para el IMT como para condenarlo a muerte.

El ICTR en *Akayeshu* sostiene que la incitación en *common law* es animar o persuadir a alguien para cometer un delito, mientras que en los países de derecho continental la incitación es vista mejor como una provocación pública.[94] Lo directo del elemento de la incitación exige que sea más que una vaga o indirecta sugestión para cometer el crimen y debe ser analizada en el contexto en el que ha sido hecha, pudiendo llegar a ser directa pero implícita,[95] como cuando se insinúa ante el auditorio psicológicamente apto, que el grupo atacado es responsable de las dificultades económicas o de otro tipo que se están viviendo. La *mens rea* requerida para el crimen de incitación directa y pública a cometer genocidio radica en la intención de dirigir a otro o provocarlo para cometer genocidio. Implica el deseo de parte del incitador de crear por sus acciones un estado de ánimo particular necesario para la comisión de tal crimen en las personas a las que incita, por lo que en el ánimo del incitador debe estar presente en sí mismo, la intención de cometer genocidio, esto es, de destruir en todo o en parte a uno de los grupos protegidos como tal.[96]

Tanto bajo el sistema del *common law* - en la forma de las llamadas "*inchoate offenses"*- o en el sistema del derecho continental en los delitos formales, se castigan algunos hechos *per se*, sin que cambie esta decisión el hecho de que el resultado final no fue conseguido. El ICTR estima que la incitación al genocidio es uno de estos casos, en donde una conducta claramente es tan seria, que se hace reprochable sin perjuicio de que el incitador haya obtenido su cometido.[97] Sin embargo, algunos autores señalan que para que la incitación sea válida como tal debe tener una posibilidad realista de producir el crimen.[98]

El uso de lenguaje ambiguo hace la categorización ciertamente más difícil. Sin embargo en *Prosecutor v. Kambanda*,[99] la expresión incendiaria "*ustedes rehúsan dar su sangre por su patria y los perros la beben por nada"* sirvió para que el ICTR lo estimara al acusado cómplice en el crimen de genocidio, sin perjuicio de otras calificaciones.

Como señala Schabas,[100] la complicidad en el crimen de genocidio ha sido categorizada por la jurisprudencia internacional en forma variada en cuando al grado requerido para la participación. En el caso del distribuidor del gas Zyklon B que fuera usado para asfixiar en las duchas de los campos de concentración a los internos, fue condenado por un tribunal británico por violación de las leyes de la guerra.[101] El tribunal reconoce que cuatro millones de personas fueron exterminadas usando este gas en las cámaras del campo de concentración de Auschwitz-Birkenau. La defensa de Tesch invocaba el desconocimiento que éste decía tener sobre el uso que se le daba al producto que distribuía a las SS. La evidencia mostró que Tesch acompañó en viajes de negocios a miembros de la Wehrmacht y que sugirió el uso del gas ante los problemas que traían otros tipos de exterminación. En la sentencia que lo condenó a morir en la horca el tribunal establece que Tesch era un accesorio para el hecho final, pero un accesorio importante. Un civil que era un

---

[94] Akayeshu*, cit. párr. 555.*
[95] Idem*, párr. 557.*
[96] Idem*, párr. 560.*
[97] Idem*, párr. 562.*
[98] *BENESCH, Susan, "*Vile Crime or Inaliable Right: Defining Incitement to Genocide," *48 Va. J. Int'l. L. (2008), 185, 498.*
[99] *ICTR, Caso no. ICTR 97-23-S, 4 Sep. 1998, en <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Kambanda/decisions/kambanda.pdf>, párr. 39 (x).*
[100] *SCHABAS, Genocide, cit. pág. 294 y sigts.*
[101] United Kingdom v. Tesch et al., *(1946) 1 LRTWC 93, en <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-1.pdf>.*

accesorio en los crímenes de guerra cometidos por los militares, se transformaba por su condición y ayuda prestada, él mismo en el ejecutor de un crimen de guerra.

En *Tadic*,[102] el ICTY después de dar varios ejemplos de decisiones posteriores a Nüremberg encuentra que la ayuda requerida para la complicidad incluye todos los actos de asistencia, por palabras o actos, que proporcionan apoyo o impulsa el acto, en tanto el requerido elemento de intención esté presente. La presencia del cómplice no es determinante si se tratara de una presencia involuntaria o ignorante de lo que sucedía. Sin embargo, si la presencia puede ser mostrada o inferida por circunstancias u otros elementos, y tuvo un efecto directo y substancial en la comisión del acto ilegal, será suficiente para atribuirle al cómplice su responsabilidad penal. Así cuando una persona golpea a otra y se queda en el grupo que se mueve a golpear a una segunda persona, aunque no haya tenido participación física en la segunda agresión, su presencia tuvo un efecto de apoyo al grupo y debe ser visto como participando en la segunda agresión también. El acusado será culpable por cualquier conducta cuando se determina que participó voluntariamente en la comisión de un crimen que viola el derecho penal humanitario, y su participación afectó directa y substancialmente la comisión del crimen, apoyando al mismo antes, durante o después del incidente. Será responsable por todos los actos que naturalmente resulten de la comisión de las acciones en cuestión.[103]

Al referirse a las formas de participación en *Tadic* el ICTY reconoce tres variedades, Primero, la co-participación por propósito común, que existe cuando todos los participantes en el mismo objetivo poseen la misma intención criminal de cometer el crimen que cometen de hecho, uno o más de ellos. En segundo lugar, en los casos llamados de "campo de concentración" donde la *mens rea* comprende el conocimiento sobre el sistema perverso de tratamiento de los internos y la intención de llevar adelante el mismo. Tal intención puede probarse por vía directa o indirecta o por inferencia en el caso de un acusado con autoridad dentro del campo. La tercera categoría de casos aplica la noción de "propósito común" cuando los siguientes requisitos para la *mens rea* se cumplen: (1) Intención en tomar parte en la JCE y llevar adelante, en forma individual o conjunta, sus objetivos; y (2) la previsibilidad de la posible comisión por parte de otros miembros de la JCE de otros delitos que no constituyen el objeto de la misma. Para que ese resultado extraño al propósito original pueda serles atribuido, es preciso que todos en el grupo hayan sido capaces de poder predecir el resultado. Para poder atribuirles responsabilidad penal a los miembros de la JCE que no han sido sus autores directos, se requiere por lo menos, la presencia de dolo eventual, esto es, la conciencia de la existencia del riesgo y el consentimiento o indiferencia en el resultado.

En el caso *Prosecutor v. Furundzija*,[104] el ICTY en primera instancia decisión que no era necesario que el cómplice y el autor principal cumplieran los mismos requisitos para la *mens rea*, en la medida en que el cómplice haya actuado con intención. Esa conducta puede ser totalmente legal vista aisladamente y se vuelve criminal sólo cuando se combina con la del autor. Sí en cambio, en la gran mayoría de los casos se requiere que el cómplice sepa que su conducta ayuda al autor en la comisión del crimen. Así por ejemplo, en el caso de quienes hayan conducido a los perpetradores al lugar del crimen, será el conocimiento de la intención de los autores lo que hará que la conducta de los partícipes sea criminal.[105]

El ER no da indicaciones sobre el grado cuantitativo de ayuda que es necesaria para alcanzar el *actus reus* de la complicidad.[106] En la confirmación de cargos de *Prosecutor v.*

---

[102] *ICTY, Caso No. IT-94-1-T, 7 May 1997, Opinion and Judgment, en <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf>, párr. 689.*
[103] Idem*, cit. párr. 692.*
[104] *Caso No.IT-95-17/1-T, 10 Dic. 1998, en <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>, párr. 243.*
[105] Idem *párr. 245.*
[106] *SCHABAS, Genocide, cit. pág. 296.*

Mbarushimana,[107] la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI estudia la responsabilidad por ayuda prestada *ex post facto* de la comisión del crimen, y aunque reconoce la inexistencia de una figura específica en el ER, el artículo 25 (3) (d) que admite responsabilidad a quien "*contribuya de cualquier otro modo"* es lo suficientemente amplio como para darle cabida, en la medida en que la contribución haya sido acordada con el grupo actuante con intención y conocimiento con antelación al crimen.[108] También en lo que hace a la intención de un cómplice actuando bajo este mismo inciso, es requisito que (a) la persona haya pretendido involucrarse en la conducta relevante que contribuyó al crimen, o (b) se dé cuenta que su conducta contribuye a la actividad del grupo de personas por los que se generará su responsabilidad.[109] La "o" es disyuntiva para el artículo 25 (3) (d), a diferencia de la responsabilidad del inciso (c).

2. Responsabilidad de los comandantes y otros superiores

El texto del artículo 28 ER no estaba en el Proyecto presentado por la CDI y la idea nació en el Comité *ad hoc* en 1995.[110]

La responsabilidad de los comandantes hace referencia a la forma de participación por la que la persona de rango jerárquico superior es hecha responsable de los actos de los subordinados, como lo vimos al analizar el caso *Yamashita.*[111] Schabas señala que la extensión de la responsabilidad al comando en caso de genocidio, presenta problemas particulares por el elemento de intención especial que es requerido en el delito.[112] La lectura del artículo 28 del ER prevé situaciones en donde la culpabilidad requerida es muy cerca a la de la negligencia culposa. En el caso de superiores civiles podrán ser hechos responsables en la medida en que supieron o debieron haber sabido los actos de los subordinados y no hicieron nada al respecto. Como puede advertirse es un crimen por omisión de haber tomado las medidas necesarias para evitar el genocidio cuando existía una obligación de actuar.

En *Prosecutor v. Delalic*, el ICTY hace un intenso análisis de esta responsabilidad.[113] Entre los antecedentes jurisprudenciales de esta responsabilidad, además del ya nombrado caso *Yamashita*,[114] en los Tribunales que actuaron bajo la CCL 10, el tema fue reconocido en el caso *United States v. Brandt et al.*,[115] y en *United States v. List et al.*,[116] donde se sostuvo que un comandante debe ser hecho responsable por los actos de los subordinados al ejecutar sus órdenes, así como por los actos que los subordinados llevaron a cabo y que el comandante sabía o debió haber sabido de su realización. También en *United States v. von Leeb et al.*[117] El tribunal decidió que bajo principios básicos de autoridad de comando y responsabilidad, un oficial que no actúa cuando sus subordinados ejecutan un acto contrario a una obligación moral bajo el derecho internacional, no puede lavarse las manos excusando su responsabilidad diciendo que no tuvo participación. En *United States v. Toyoda,*[118] el Tribunal militar dice que el almirante japonés supo, o debió haber sabido, mediante el ejercicio de ordinaria diligencia, de la comisión por parte de sus subordinados,

---

[107] *ICC, Caso No. ICC-01/04-01/10, 16 Dic. 2011, en < http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1286409.pdf>, párr. 286.*
[108] Idem*, párr. 287.*
[109] Idem*, párr. 288.*
[110] *SCHABAS, Genocide, cit. 307.*
[111] *Véase* ****
[112] *SCHABAS, Genocide, cit. pág. 305.*
[113] *ICTY, Case No.: IT-96-21-T, 16 Nov. 1998, párrs. 333 y sigts., en <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf>.*
[114] *Véase* ****
[115] *Véase* **** *(*Medical case*).*
[116] *Véase* **** *(Caso de los rehenes o* Hostage case*).*
[117] *Véase* **** *(Caso del Alto Mando).*
[118] United States v. Toyoda, *War Crimes Tribunal Courthouse, Tokio, Japón, 6 Sep. 1949, Official Transcript of Record of Trial, p. 5006.*

inmediatamente o de otra forma, de los actos que fueron probados en el Tribunal. El fracaso en tomar acción alguna para castigar a los autores, permitiendo que las atrocidades siguieran, es el fracaso en su deber como comandante y debía ser castigado.

Como recuerda el ICTY en el caso *Blaskic*,[119] también en el caso *Pohl*[120] cuando se discutió la responsabilidad de un oficial de las SS Karl Mummenthey que dijo ignorar lo que sucedía en el campo de concentración a su cargo, el Tribunal rechazó la invocada ignorancia diciendo que "*era su deber saber."* A idéntica conclusión se llegó en el caso *United States v. List*[121] y en *United States v. von Leeb*[122] en los juicios bajo la CCL 10. Un comandante es responsable por los crímenes de sus subordinados si falló en ejercitar los medios a su alcance para conocer el crimen y tal omisión constituye una omisión criminal. El ICTY recuerda también que este principio ha sido incorporado en los manuales militares y aparece también en el inciso 2 del artículo 86 del Protocolo Adicional I de 1977 de los Convenios de Ginebra:

" *2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción."*

Concluye el ICTY diciendo que si un comandante ha ejercitado la debida diligencia en el cumplimiento de su deber y a pesar de ello carece del conocimiento de los crímenes cometidos o por cometer, ese desconocimiento no puede ser usado en su contra. Pero la ignorancia no podrá ser nunca una defensa o una excusa, cuando la ausencia de conocimiento es producto de la negligencia del superior en el cumplimiento de sus deberes.[123]

La responsabilidad de los comandantes y superiores no implica necesariamente una relación oficial militar. En *Prosecutor v. Serushago,*[124] el ICTR analiza la responsabilidad del líder de los milicianos *Interahamwe* en Gisenyi, donde ejecutó o hizo se ejecutaran a varias víctimas Tutsis. Por este hecho se lo encuentra responsable por el artículo 6 (3) del Estatuto del ICTR,[125] como si hubiera sido cometido el hecho por un subordinado ya que era el líder *de facto* de dicha milicia. El mismo criterio de extensión de la responsabilidad ha sido hecho con relación a los civiles que ocupaban posiciones jerárquicas o de poder en el gobierno. En *Prosecutor v. Kambanda*,[126] el acusado había sido el Primer Ministro de Ruanda durante la matanza a los Tutsis, y aunque había tomado conocimiento de la masacre en las reuniones de gabinete, nada hizo para impedirla, y hasta echó a quien se opuso.[127] Estos elementos, sumados al reconocimiento de haber instigado la masacre lo convencieron al ICTR para condenarlo por genocidio.

Schabas entiende que el genocidio es un crimen intencional y que es imposible cometerlo por negligencia, por lo que a pesar de los textos de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* considera erróneo atribuir el crimen a un comandante o superior que ha

---

[119] *ICTY,* Prosecutor v. Blaskic, *Caso no. IT-95-14-T, 3 mar. 2000, <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>, párr. 317 y sigt.*

[120] US. v. Pohl et al., *LRTWC, Vol. V, pág. 1055, en <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/pohl.asp>.*

[121] *Cit.* supra*, LRTWC, Vol. XI, pág. 1271*

[122] *Cit.* supra, *LRTWC, Vol. XI, pág. 603.*

[123] *ICTY*, Blaskic *cit. párr. 332.*

[124] *ICTR, Caso no.98-39-S, 5 feb. 1999, en <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Serushago/decisions/os1.pdf>.*

[125] *Artículo 6 Estatuto ICTR: "...* 3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o lo había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores."

[126] *ICTR, Caso no. 97-23-S, 4 sep. 1998, en <http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Kambanda/decisions/kambanda.pdf>.*

[127] Idem *párr. 39 (iii).*

sido puramente negligente.[128] El sugiere que el Estatuto debería crear la presunción que el superior participó en el genocidio cometido por sus subordinados.[129]

III. EL CRIMEN DE GENOCIDIO Y LA RATIFICACIÓN ARGENTINA DEL ESTATUTO DE ROMA

Cuando Argentina ratificó el ER,[130] ocupó el número veintisiete entre las primeras sesenta naciones que pusieron a dicho instrumento en funciones.

Debe tenerse presente que la condición de miembro de la Corte Penal Internacional (CPI) afecta la jurisdicción local de una doble manera: por un lado, el Estado debe establecer la forma de cooperación con la CPI cuando ella le sea requerida; y por el otro, tratándose la CPI de una jurisdicción complementaria, se impone la tipificación en derecho doméstico de todas aquellas conductas previstas en el Estatuto de Roma, para poder proceder a su juzgamiento penal local. Adicionalmente, la CPI necesariamente afecta el ámbito constitucional, pues su aceptación importa reconocer una instancia judicial vinculante, foránea, no prevista, por ejemplo, en la Constitución Argentina. Pero esta cuestión, no produjo mayores dificultades ni cavilaciones entre los legisladores domésticos con relación a la aceptación de una instancia supranacional como el Pacto de San José de Costa Rica, que no aparece entre las previstas en el inciso 24 del artículo 75 de la Constitución Argentina.

El propósito expreso de la ley 26200 conforme su artículo 1, es el de implementar las disposiciones del ER y regular las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la CPI. Esta expresión de deseos, sin embargo, no se encuentra acabadamente cristalizada en el texto aprobado que para hacer la implementación, se reconoce como una "*ley penal en blanco*" que remite al Estatuto de Roma para permitir enterarse de su contenido, ubicándolo como un satélite *sui generis* de la legislación argentina. La ley tiene gruesos defectos de concepción y de redacción que hemos expuesto en otra parte.[131]

No se han tipificado en la ley, las conductas que han sido estimadas criminales para la CPI como ha hecho, aunque no en forma uniforme, el resto de los Estados miembros que han concluido la implementación. En la ley bajo consideración, se ha establecido bajo el título "alcance", que *"las conductas descriptas en los artículos 6, 7, 8 y 70 del Estatuto de Roma"* serán punibles para la República Argentina. Cuando se advierte que Argentina adeuda a la fecha, aún la tipificación del delito de genocidio desde su ratificación en 1956 de la Convención de 1948,[132] se puede preguntar si la mora de más de medio siglo en el cumplimiento de la obligación asumida entonces, puede quedar saneada con la referencia al número del artículo 6 del ER, sin siquiera describir el crimen o llamarlo por su nombre y mereciendo únicamente una mención en el título del artículo 8 de la ley, cuando se establece la pena para este delito. Igualmente, las voces "*crímenes de lesa humanidad*" y "*crímenes de guerra*," sólo aparecen en los títulos de los artículos 9 y 10 de la ley. Sin duda que puede admitirse que se trata de un procedimiento que puede ser entendido por algunos como "*práctico,*" que evita la mención de las conductas tipificadas y el quizás tedioso trabajo de reproducir los textos citados. Sin embargo, también debe reconocerse que se trata de un procedimiento poco ortodoxo, que carece de una justificación valedera y que no deja de

---

[128] SCHABAS, Genocide, cit. pág. 312.
[129] Idem *pág. 313.*
[130] Véase Ley 25.390 del 30 de noviembre de 2000 ratificada el 8 de febrero de 2001.
*[131] Hemos criticado largamente el entonces Proyecto de ley que fue aprobado íntegramente como Ley 26200 en ZUPPI, Alberto L, "*Implementando los delitos tipificados en el Estatuto de Roma en el derecho argentino,*" en "*La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y Perspectivas"1994-2004*," BOVINO, Alberto, COURTIS, Christian & ABRAMOVICH, Víctor, (Eds.), Editores del Puerto, Bs. As., 2007, 297. Todas nuestras críticas siguen vigentes, esta vez, ante un texto promulgado y nos remitimos al texto del artículo en cuestión para evitar repeticiones.*
[132] El artículo V de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ratificado por Decreto 6286/56, compromete a adoptar las medidas legislativas pertinentes para asegurar la aplicación de la Convención, lo que nunca fuera hecho en Argentina.

producir algunos inconvenientes, los que lo hacen inexplicable. También el procedimiento es contradictorio pues cuando efectivamente podía haberse hecho una remisión al ER, como sucede con algunos de los delitos contra la administración de justicia del Título III, que sí son conocidos en general por la legislación penal doméstica, el Proyecto elige tipificar las conductas en forma detallada. Pero los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y los de guerra, en cambio, que no están previstos en el CPA, y el juez argentino para enterarse de su contenido tendrá que buscarlo en otro documento.

Argentina no tiene una tradición de remisión a conductas internacionales para tipificar delitos, y la originalidad del método, que no tiene similares en el resto de los países miembros a excepción de Uruguay,[133] no explicará la ausencia en el Código Penal Argentino de un título pertinente que tipifique los crímenes internacionales, ni la necesaria revisión cotidiana que importará al lector del Código Penal aquellas conductas que aparecen descriptas.

Debe tenerse presente que el artículo 1 de la Ley 26200, previene que la misma tiene como objeto implementar las disposiciones del ER y regular las relaciones de cooperación entre el Estado y la CPI, mediante la atribución de competencia a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, en lo no previsto en el Estatuto de Roma y sus disposiciones complementarias. En otras palabras: el propósito de la ley es implementar las disposiciones del ER en la legislación interna y resolver algunas cuestiones que no estarían previstas en el Estatuto.

Para resolver el primer conflicto entre figuras penales que no están tipificadas ni en el Código Penal ni en la legislación especial argentina, en lugar de transcribir las conductas punibles se remite al número de artículo correspondiente del ER, incorporándolo parcialmente a la legislación doméstica en la medida en que esta remisión a otra ley sólo ha sido hecha "*para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente*". Esta redacción permite suponer que si los crímenes a los que se remitiera en blanco son de aplicación en Argentina cuando la Corte Penal Internacional (CPI) es competente, no siendo la CPI competente, la remisión en blanco es inaplicable y los crímenes en cuestión no estarán tipificados en legislación doméstica de forma alguna. Adviértase que la competencia de la CPI no depende solamente de la tipificación criminal sino también de que el Estado involucrado y parte no haya comenzado un procedimiento al respecto.

En la cita precedente del artículo 2 de la ley, en su primer y segundo párrafo se habla de "*delitos y crímenes*" en forma indistinta; en el tercer párrafo se explica que cuando el ER haga referencia a *"crímenes"* debe entenderse que se refiere a "*delitos,"* como si se tratara de dos cosas que pueden llegar a ser entendidas como diferentes y se prefiera al último sustantivo, aunque luego en otro artículo se utilizan los dos nombres como sinónimos, indistintamente.[134] El tema ha causado alguna preocupación en algún otro país,[135] pero vemos en él solo un defecto más de la pobre redacción de la ley.

Otra disposición conflictiva se advierte en el artículo 10 segundo párrafo de la ley, cuando se explica que la prohibición de recluir o alistar menores de 15 años, que es el

---

[133] *Uruguay, que aprobó el ER por Ley 17.510* <http://200.40.229.134/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17510&Anchor=> tiene un proyecto de ley semejante a la de la ley argentina (disponible en < *http://www.iccnow.org/documents/Uruguay_LopezGoldaracena_Aug2005.pdf>), simplificando la tipicación en una escueta "Parte I," al menos anuncia en su artículo 2 que "serán castigados con dos a treinta años de penitenciaría, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra previstos en el artículo 5 del Estatuto...".*

[134] *Véase el artículo 4 de la Ley 26200 por ejemplo, donde se explica que cuando alguien sea sospechado de haber cometido "un crimen", deberán tomarse las medidas necesarias para extraditarla o procesarla con respecto a dicho "delito".*

[135] *Véase FERNANDEZ, Fernando M., "Los crímenes previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la reforma penal y militar en Venezuela", Asamblea Nacional, Comisión Mixta para el Estudio de los Códigos Orgánico Procesal penal, Penal y Orgánico de Justicia Militar, Caracas, marzo de 2002, disponible en <http://www.urru.org/papers/EstatutoRoma_FernandoFernandez.htm>.*

crimen que tipifica el ER y cuya función el Proyecto buscaría implementar, en Argentina "*se entenderá que se trata de menores de 18 años*". La aclaración es coherente con la declaración informativa hecha por Argentina en ocasión de ratificar al Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la Participación de niños en los conflictos armados, el 10 de septiembre de 2002.[136] La declaración afirmaba en coherencia con la solicitud del artículo 3.2 de dicho Protocolo que la edad mínima requerida para el alistamiento voluntario en las fuerzas armadas argentinas es de dieciocho años. Pero el texto del Estatuto de Roma tiene su origen en el texto que utiliza el Artículo 4.3.c del II Protocolo Adicional de las Convenciones de Ginebra de 1949,[137] que Argentina ratificara en 1986 y donde no hizo aclaración o reserva alguna de la edad del menor en relación al texto ahora observado a pesar de las numerosas declaraciones interpretativas adicionadas al artículo 2 de la ley 23379 correctamente en oportunidad de su ratificación.[138]

---

[136] *Véase<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en>.*

[137] *Véase DÖRMANN, Knut, Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court, ICRC, Cambridge, 2002, 470.*

[138] *Ley Nro. 23379 publicada en el BO el 9 de junio de 1988; ADLA XLVIII-B, 2731*

LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE SALTA

Jorge Ramón Montenegro

UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Víctor Tau Anzoátegui en su Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el año 2002, aseveró que "El Derecho no puede comprenderse sin la Historia y la Historia no puede comprenderse sin el Derecho", porque, como enseña el español Francisco Tomás y Valiente, "si se quiere ser un jurista y no un simple conocedor de las normas vigentes para su aplicación mecánica ausente de toda crítica, se debe 'pensar' con una conciencia histórica del derecho y de su evolución".

Por lo tanto, afrontaremos el desafío no sólo de recrear la historia de la organización judicial en la Provincia de Salta, sino de hacerlo a modo de reseña en sus hitos fundamentales, no obstante la complejidad del camino transitado.

Así, el primer grito de libertad del 25 de mayo de 1810 trajo como consecuencia la concreción de los deseos de las provincias de ejercer el gobierno local con autonomía y con el derecho de establecer sus leyes fundamentales, en cuanto no perjudicasen los derechos de las otras provincias o de la unión entre ellas. Esta autonomía produjo la separación de cada una de las jurisdicciones, que intentaron organizarse institucionalmente, sancionando los textos constitucionales. Con respecto a éstos, advierte la investigadora salteña Marta de la Cuesta Figueroa, no se trata de verdaderas constituciones; algunas son muy cortas o simples, casi todas se redactaron en momentos de crisis política y son provisorias. Por eso no es extraño encontrar en la documentación de la época que se las designa indistintamente con el nombre de "Constitución", "Reglamento Provincial", "Leyes Fundamentales" o "Reglamento Municipal". Advierte Tau Anzoátegui que no pueden juzgarse a todos los ensayos constitucionales en un pie de igualdad, ya que algunos tienen limitaciones fundadas en su carácter precario o en el mismo pensamiento que los inspiró.

Un oficio del Cabildo de Salta a la Junta de Representantes prueba la vacilante marcha del Poder Judicial en los primeros años y muestra la imperiosa necesidad de contar con un reglamento capaz de afianzar a la autoridad judicial:

"Tal es la frecuencia con que se insultan los tribunales de justicia por los litigantes, que justamente puede llamarse al foro campo de gladiadores, donde descaradamente se ataca el honor y fama de las partes… o de los abogados que patrocinan, llegándose muchas veces a insultar a los Magistrados que presiden, con desdoro de la respetabilidad a que son acreedores".

Luego de declarada la independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata el 9 de julio de 1816, se produjo la situación paradójica de que la Constitución Nacional de 1819 prescribía normas de muy dificultosa implementación, en tanto que las provincias argentinas comenzaban a darse las instituciones políticas de su desenvolvimiento autónomo; cuando en Buenos Aires se analizaba la posibilidad de una monarquía, en las provincias ya se había afirmado su vocación republicana al elegir popularmente sus gobernantes, como ocurrió en Salta con el general Martín Miguel de Güemes, primer gobernador electo por el pueblo en la naciente Patria.

En nuestra Provincia, el 14 de julio de 1821, a casi un mes de la muerte de Güemes, se firmó un armisticio entre el representante del Comandante General de Vanguardia del Ejército del Perú y el doctor Facundo de Zuviría -diputado por el Gobernador y Cabildo de Salta-. Este armisticio sirvió de base para la organización institucional de Salta, ya que la situación política era caótica al fallecer Güemes. El 4 de agosto de 1821 se reunió la Honorable Junta Provincial y el 09 de agosto la Representación General de la Provincia de Salta sancionó el proyecto presentado. Esta constitución es muy breve, ya que sólo consta de 15 artículos. No obstante que la unión de la provincia con el Estado nacional y sus

relaciones con éste no están bien consignadas en el texto, los diputados provinciales quedaron expectantes a lo que pudiere decidir al respecto un próximo Congreso Nacional.

El reglamento constitucional, que establece la división de poderes, rigió en Salta durante 34 años. Como enseña Marta de la Cuesta, a pesar de su innegable imprecisión y de las dificultades por las que se atravesaron en esas tres décadas de crisis política, el modesto articulado sirvió de base y guía al gobierno. Era un documento respetable y respetado, que había sido sancionado por unanimidad por 20 diputados, habiendo estado representados en esa oportunidad Salta y su campaña, Jujuy y los partidos rurales y la ciudad de Orán.

Cabe acotar que después de la época hispánica, la justicia salteña fue administrada por el Cabildo. En los primeros días de noviembre del año 1824, Marcos Salomé Zorrilla –Vicepresidente Primero de la Junta de Representantes- presentó ante ésta una moción por escrito, en la que solicitaba la supresión de los Cuerpos Capitulares de la Provincia, con fundamento en el voto público que clama por esta medida; en la insignificancia de su presentación bajo la forma de gobierno que el país tiene adoptados; en la nulidad de su poder y de sus atribuciones. Agregó que las circunstancias habían cambiado desde el tiempo en que estas Corporaciones habían sido creadas. Este fue el principio de una de las discusiones más apasionadas que sostuvieron los miembros de la Legislatura salteña en la década de 1820, y que determinó el fin de una institución secular. En enero de 1825 se votó, aunque de manera no unánime, dado el hondo arraigo que esta institución tenía en los corazones americanos, por la supresión del Cabildo de Salta y la reforma de los fueros de la capital.

A principios de marzo de 1825, el Presidente y los Vocales de la Cámara de Justicia enviaron a la Junta Provincial un proyecto de reforma de la administración de justicia. Por él se trataron de remediar las dificultades causadas por el orden estudiosamente lento y por los muchos abusos que se experimentan en la práctica. El Reglamento fue sancionado el 16 de diciembre de 1825 por el gobernador Juan Antonio Álvarez de Arenales. El doctor Ricardo Reimundín llama a este Reglamento, Primer Código Procesal de la Provincia. En su articulado, se exigía la constancia de haber intentado la conciliación y cuando ésta se presentara difícil, el juez de primera instancia debía convencer a las partes para que éstas nombrasen dos hombres buenos que colaborasen, con su prudencia y consejo, a terminar el litigio. Es evidente la importancia de este reglamento, cuya característica es la economía procesal, ya que se pone término a las alegaciones, los juicios se simplifican, las dilaciones se abrevian y se ahorran los trámites y los gastos en la sustanciación de las causas, fijándose términos precisos para la conclusión de los pleitos.

El 28 de febrero de 1831 asumió el general Rudecindo Alvarado, que sería el último gobernador unitario, ya que después del triunfo de las fuerzas federales al mando de Juan Facundo Quiroga en la Batalla de La Ciudadela –Tucumán- la Junta de Representantes de Salta resolvió enviar una comisión encargada de negociar la paz. El tratado firmado el 2 de diciembre de 1831 estipulaba “que todos los jefes y oficiales que combatieron contra la causa de los Pueblos saliesen de la República Argentina” y además se exigió que la Sala de Representantes eligiera un gobernador que fuese “federal neto”. Muchos decidieron emigrar y dejando todo cuanto poseían, eligieron a Bolivia para refugiarse. El mermado vecindario impedía la reunión de la Junta Electoral, que era la encargada de nombrar a los funcionarios anuales de la provincia y por otra parte, se había marchado la mayor parte de la población distinguida y culta en la que habitualmente recaían los nombramientos. Pero en materia de justicia la situación era aún más crítica, pues, al no haber jueces ni defensor, los casos abarrotaban las oficinas sin que nadie pudiera resolverlos. Tal estado de cosas impulsó al Gobernador Delegado a nombrar jueces y defensor de menores.

El 26 de diciembre de 1833 la Junta de Representantes de la Provincia volvió a sesionar y para celebrar ese hecho emitió una ley del olvido, que aseguró el goce de todas las garantías, aun a aquéllos cuyas opiniones políticas fueran contrarias al régimen imperante. Los historiadores remarcan que esto no significó regresar a la normalidad institucional. En esos años difíciles, los escollos fueron muchos. Se hacía sentir la falta de

un Tribunal Superior de Justicia. La carencia de letrados para desempeñar las funciones de asesores, además, movió al Poder Ejecutivo a habilitar abogados; también se otorgaron títulos de escribanos.

El 15 de diciembre de 1838, la Junta de Representantes nombró Gobernador y Capitán General de la Provincia al teniente coronel Manuel Solá. Casi de inmediato se despertó la reacción unitaria, que tuvo como consecuencia el rompimiento de relaciones con Rosas y Buenos Aires y la formación de la Coalición del Norte.

El grito de Libertad, Constitución o Muerte lanzado por Solá en abril de 1840 fue apoyado por la Legislatura salteña y marcó el principio de un breve período rico en realizaciones de orden judicial.

De este modo, el 27 de enero de 1840 la Junta sancionó el proyecto por el cual el Poder Judicial de la Provincia sería ejercido por una Cámara de Justicia, compuesta por tres jueces, y por un Fiscal, nombrados por el Poder Ejecutivo. Se buscó "asegurar los derechos de los ciudadanos y… evitar que los juicios fueran interminables, como ahora, que los ciudadanos no llegan al fin de sus litigios, o los abandonan de cansados y desesperados".

El Gobernador y Capitán General Manuel Antonio Saravia, en uso de sus facultades extraordinarias, el 12 de febrero de 1842 mandó suspender la Cámara de Justicia. En su lugar, debía conocer en última instancia y en los demás recursos del privativo conocimiento de la Cámara, con sólo la vista del expediente, sin nuevos alegatos ni trámite alguno, un Tribunal Arbitral, que se compondría de cinco ciudadanos legos, sacados por suerte de una nómina de veinte federales de conocida probidad y honradez. Su fundamento consistió en la falta de letrados y el estado de penuria y "exhaustez" de los fondos públicos.

En enero de 1845 la Legislatura provincial acordó reponer en sus funciones la Cámara de Justicia.

Al ser depuesto en marzo de 1852 el gobernador José Manuel Saravia, se eligió popularmente a Tomás Arias como gobernador provisorio.

El 1 de mayo de 1852, al tomar posesión del cargo el nuevo gobernador, el Presidente de la Legislatura doctor Facundo de Zuviría pronunció un discurso en el que destacó, entre otras cosas, la necesidad de que renazca entre nosotros esa justicia base primordial de todo poder, de toda autoridad, de todo orden regular y de toda constitución; la libertad política empieza por justicia y ésta por el castigo del crimen y recompensa de la virtud; el ejercicio de la justicia es el punto en que el hombre se coloca más inmediato a Dios, origen de toda humana justicia; tampoco es de olvidar que una parte de la justicia está en administrarla prontamente, y no anularla con la tardanza que equivale a negarla, al mismo tiempo que el mundo civilizado declara en voz alta que ni el pueblo soberano ni el universo entero tienen derecho de tratar como culpable a un acusado sin pruebas legales, y esas formas protectoras que son de la esencia de la justicia.

La Constitución de la Provincia de Salta fue promulgada el 12 de noviembre de 1855 por el gobernador Rudecindo Alvarado. En ella se declara que el Poder Judicial se compone de una Cámara de Justicia, de un juez de alzadas, de los jueces de letras, del tribunal mercantil y de los jueces de paz. Asimismo a los fines judiciales dividía a la Provincia en los siguientes distritos: Salta, Cerrillos, Molinos, Rosario y Orán.

Esta constitución autorizó también al gobernador de la provincia para negociar con los gobiernos de Jujuy, Santiago del Estero y Catamarca la conformación de una Cámara de Justicia, compuesta de cinco magistrados y un fiscal. El gobernador Rudecindo Alvarado manifestó al respecto a los gobernadores de aquellas provincias que "Esta disposición reconoce motivos muy graves, 1º) la escasez de letrados para llenar el número de los funcionarios que deben componer una administración de justicia regular, al mismo tiempo que se conserven otros en aptitud de servir en la defensa de los pleitos; 2º) La dificultad de dotar convenientemente un tribunal de tercera instancia compuesto de varios magistrados con sólo las rentas de la Provincia y el poco provecho que se reportaría de aquel gasto por la escasa ocupación que los asuntos de una sola provincia proporcionaría; 3º) lo reducido de nuestra población, que da origen a que se estrechen los vínculos sociales multiplicando los impedimentos y creando innumerables obstáculos a la imparcialidad …".

El 13 de mayo de 1856, en la ciudad de San Miguel de Tucumán se firmó el Tratado para la creación de un tribunal de justicia común a Salta, Tucumán y Jujuy. Estas provincias se obligaron a someter todas las causas contenciosas tanto civiles como criminales, que fueran propias de su jurisdicción local, al conocimiento y fallo en última instancia de su tribunal común. El tratado fue sancionado en octubre de 1856 y aprobado por leyes del Congreso Nacional y de las respectivas legislaturas, y promulgado en setiembre de 1857.

Luego de las sucesivas reformas del 29 de enero de 1875 y del 1 de enero de 1883, en 1888 se estableció que el Superior Tribunal de Justicia se componía de una o más salas. Sus miembros eran designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

En el año 1892, la ley de Organización de los Tribunales determinó que la administración de Justicia sería desempeñada por un Tribunal Superior compuesto por cinco miembros, y los siguientes tribunales inferiores: jueces de mercado, de corrales, de partido, de paz departamentales y letrados.

Hubo una nueva reforma constitucional en 1906 y allí se suprimió la facultad del Superior Tribunal de tomar el examen de abogado y otorgar diplomas a los que se presenten a solicitarlo con grados universitarios o de práctica forense.

El 16 de octubre de 1929 se sancionó otra modificación de la Constitución Provincial. Esta tenía un capítulo dedicado al Poder Judicial a partir del cual se dicta una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial con el número 1173 que se adecua a la nueva organización. Desde entonces la Corte de Justicia adquirió su denominación actual.

El 15 de julio de 1949, durante el mandato del doctor Baudilio Espelta, una nueva reforma constitucional mantenía en lo principal algunas disposiciones de la Constitución de 1929. Respecto del Poder Judicial, establecía que la interpretación que hiciera la Corte de Justicia de la Constitución sería obligatoria para todos los tribunales locales.

Luego de la revolución nacional autodenominada “Libertadora” de 1955, la intervención federal de Salta dictó el decreto-ley 2296/55 que puso en vigencia nuevamente la Constitución de 1855 con sus sucesivas reformas, con excepción de la de 1949. Esto dio lugar a una nueva reorganización del Poder Judicial. Se elevó el número de miembros de la Corte a siete con tres salas y se crearon nuevos juzgados y una fiscalía penal, argumentando que el crecimiento demográfico, el incremento de la economía general y el volumen cada vez mayor de los negocios y transacciones de toda naturaleza, excedían la capacidad normal de los órganos jurisdiccionales existentes, que se hallaban sometidos a un permanente recargo de trabajo, que incidía en forma desfavorable sobre la administración de Justicia.

Luego del advenimiento de la democracia en el año 1983, la Constitución Provincial fue reformada totalmente en 1986.

Se trata de un acontecimiento histórico que tuvo el acierto de superar las orientaciones que pretenden tratar y vivir el derecho bajo el signo del simple devenir, de la movilidad, de la evolución, donde el ideal parece ser la transformación constante como tal; la evolución sería, de por sí una perfección; sería creadora sólo por ser evolución.

Tampoco adoptó una concepción estática de la realidad humana, poniendo los ojos únicamente en lo que permanece y es, soslayando los cambios que se verifican en el tiempo y en el espacio. Es que no se debe negar la realidad del devenir, pero sí condicionársela a la primacía del ser, como enseña el iusfilósofo argentino Tomás Casares; o como ilustra el autor salteño Ignacio Colombo Murúa, la normativa necesariamente debe modificarse en su adecuación histórica, pero siempre manteniendo una identidad, porque para hablar de modificación constitucional, debe haber “algo” que se mantenga.

Y ello se plasmó en 1986, al producirse la reforma con adecuación a las nuevas circunstancias históricas pero dejando incólume el respeto al núcleo de los derechos y garantías que dimanan de la dignidad humana, a las notas del sistema republicano y democrático y a los valores de la libertad, la igualdad, la justicia social y la solidaridad.

Por otro lado, la reforma concretada en 1986 superó las heridas institucionales y tiene una amplísima legitimidad de origen al haber sido declarada la necesidad de la reforma por un poder legalmente constituido y al no haberse encontrado sector alguno ausente de esa convocatoria; ningún partido político fue prohibido o impedido de ofrecer sus propuestas

al electorado. Por otro lado, como lo puso de relieve el informe del presidente de la Comisión Redactora, el proyecto de Constitución es fruto del esfuerzo, las inquietudes, el estudio y la imaginación de todo el pueblo salteño, que a través de sus instituciones e incluso en algunos casos de iniciativas personales, hicieron llegar sus opiniones a los convencionales; en definitiva, un gran debate de toda la comunidad que revela el espíritu democrático del pueblo salteño.

En lo que hace al Poder Judicial la reforma fundamental apuntó a la autonomía e independencia del Ministerio Público. Se buscó a tal fin la creación de un organismo de fuertes contornos encargado de velar por el orden público y la representación de los intereses generales de la sociedad.

Siguiendo el mismo camino y con las mismas cualidades señaladas, en 1998 se reformó parcialmente la Constitución Provincial de 1986. En lo que aquí nos interesa, cabe resaltar que se le dio rango constitucional a la Escuela de la Magistratura, que funciona desde 1992 con dependencia de la Corte de Justicia, con el objeto de atender al perfeccionamiento y actualización científica de magistrados y funcionarios, a la formación inicial de abogados aspirantes a cargos judiciales y a la capacitación de los empleados.

Y es particularmente relevante el art. 157 que institucionalizó el Consejo de la Magistratura, organismo encargado de la selección de postulantes a cubrir los cargos de magistrados inferiores del Poder Judicial y del Ministerio Público. Cabe sobre este punto reparar que como toda creación humana esta institución es técnicamente perfectible, sin perjuicio de que puede discernirse que las objeciones van dirigidas más a hábitos que los críticos consideran contraconstitucionales, antes que al texto de la Constitución y sus leyes reglamentarias. En este sentido, Tomás Casares enseña que una concepción de la conducta humana que no incluye a la defectibilidad del hombre entre los elementos con los cuales el ordenamiento de esa conducta debe contar, insuperablemente será una abstracción funesta. La tarea verdaderamente egregia no ha de ser, pues, la de superar lo insuperable sino la de “diluir” la natural imperfección inherente a lo humano en un orden que al mismo tiempo que la incluye, la ilumine y transfigure.

Por último, como reflexión final de este breve recorrido histórico, advertimos que la regulación constitucional de la organización judicial ha constituido un itinerario ciertamente problemático, pero siempre impulsado por la preocupación de alcanzar la finalidad propia de la sociedad política y el derecho: el bien común, pero no como la “estrella polar” de Stamler, que orienta al navegante pero es inalcanzable, sino como una realidad factible que permite lograr su acabamiento entitativo al todo social y a cada persona que lo integra, de un modo libre y expedito.

¿EXISTE UN SISTEMA SALTEÑO DE CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

Marcela von Fischer

INTRODUCCIÓN

Este comentario pretende poner el acento en el estado actual del contencioso administrativo local frente a la necesidad de iniciar una vasta renovación en la materia para adecuarla al actual modelo de Administración Pública.

La pregunta del epígrafe adquiere sentido cuando se comprueba la vigencia en la provincia del Código Procesal Contencioso Administrativo[1] que ha seguido el modelo del denominado "Código Varela" y que, a más de 100 años de aprobado, no se adapta al estándar de la tutela judicial efectiva, como tampoco se ajusta al esquema de una administración pública compleja y que presenta mayor descentralización, además de negar contención a los nuevos derechos e intereses colectivos reconocidos al amparo de la reforma constitucional de 1994[2].

Si tal presupuesto normativo se conjuga, además, con la existencia de un único juzgado de primera instancia[3], cuyas resoluciones son recurribles ante la Corte de Justicia, con carácter definitivo, la conclusión asoma sin esfuerzo: Salta carece de un fuero especializado, comprobación que compromete la eficacia del control judicial de la Administración Pública[4].

Ello significa, desde la política legislativa, un desconocimiento del largo y arduo camino transitado por la doctrina y jurisprudencia tanto vernácula como internacional a fin de lograr igualar a la Administración y al particular ante el Derecho y dar a cada uno lo que corresponde[5].

JUSTIFICACIÓN DE UNA REFORMA

Bajo tales presupuestos, es necesario profundizar el diálogo entre las distintas fuentes del derecho respecto de los institutos que integran la materia procesal contencioso administrativa a fin de colaborar en la definición del perfil de un ordenamiento moderno que recepte las reformas constitucionales de 1994 y 1998 a nivel nacional y local

---

[1] Ley 793 de 1908.

[2] Ello es así, sin perjuicio de reconocer que la Corte de Justicia local, en ejercicio de sus facultades de iniciativa legislativa, ha intentado, sin éxito hasta el presente, revertir tal rémora al enviar dos proyectos de ley impulsando la creación de un nuevo juzgado de primera instancia en la materia además de procurar dar operatividad a la cláusula transitoria cuarta de la Constitución Provincial con la creación de la Cámara de Apelación respectiva (Acordadas 10495 y 10504 de 2009), en la búsqueda de sistematizar un fuero especializado en lo contencioso administrativo.

[3] Creado por ley 6569 (B.O., 21 de noviembre de 1989) con sede en la capital de la provincia, destinado a entender en los juicios de expropiación y contenciosos administrativos que se deduzcan contra la Provincia, sus reparticiones autárquicas y municipalidades reclamando por la vulneración en su carácter de poder público de derechos subjetivos e intereses legítimos del accionante.

[4] Resulta esencial tener presente que el control de la gestión administrativa se viabiliza a través del proceso contencioso administrativo, como su herramienta o instrumento.

[5] Confr. Tomás Hutchinson, Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, pág. 352, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009.

respectivamente al mismo tiempo que se permita concretar la configuración de un fuero especializado en la materia.

En un primer enfoque, pueden indicarse tres grandes razones que justifican una reforma a fondo de las instituciones que se integran en el Código Contencioso Administrativo y la organización, de modo simultáneo, de una justicia especializada.

1. Como se adelantara, las reformas constitucionales de 1994 y 1998, nacional y local respectivamente**,** imponen la necesidad de adecuar el Código Contencioso Administrativo redactado en el contexto de la Constitución histórica, a fin de dar operatividad al principio de la tutela judicial efectiva[6] y el acceso irrestricto a la justicia, además de provocar el quiebre del dogma revisor propio del contencioso local y, con ello, la superación de recaudos de admisibilidad formal de la demanda tales como el acto previo y el agotamiento de la vía administrativa.

También los nuevos derechos y garantías[7] incorporados por dichas reformas torna obsoleta la clásica distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, además de reclamar el diseño de un proceso colectivo que contenga las nuevas pretensiones relativas a intereses colectivos e individuales homogéneos.

2. Los procesos de integración económica y las oscilantes tendencias privatizadoras y de publificación de determinados bienes y actividades, que provocan las políticas públicas dejan su impronta en el perfil de derecho administrativo, el que por naturaleza resulta extremadamente sensible al modelo de Estado imperante. De ello se sigue la afectación de sus principios tradicionales, sus institutos y sus técnicas. Tampoco resultó ajeno a nuestra realidad el fenómeno de la huida del derecho administrativo[8]. Se requiere, entonces, iniciar un proceso de modernización ya que el paradigma global avasalla las antiguas concepciones, colocando a algunas especialidades jurídicas y a algunas instituciones, entre ellas, la jurisdicción contencioso administrativa, en el dilema de adaptarse a los cambios y fortalecerse o entrar en un proceso de decaimiento que puede conducir a buscarles sustitutos.

Además, la incorporación de las nuevas tecnologías es adoptada por las normas de procedimiento en busca de mayor eficiencia. Tal comprobación deja su huella en el modelo de gestión administrativa que se perfile, lo cual reviste una enorme trascendencia ya que el modelo de administración pública, al decir de Luciano Parejo Alfonso, “es la razón de ser del derecho administrativo”[9].

3. En el contexto de las reformas instrumentadas en la organización de la justicia provincial y que se han sucedido en los distintos fueros[10] como también en el orden

---

[6] Arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada por ley 23054.

[7] Arts. 42 y 43, C.N.

[8] Ver, entre otros, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, págs. 393 y sgtes, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999.

[9] Parejo Alfonso, Luciano, Derecho Administrativo. Barcelona. Ariel, 2003, p. 23.121. Al respecto, Parejo explica que “la administración pública es ciertamente un sujeto de derecho, pero lo es básicamente por razón de su completa o plena sumisión, tanto como a la Ley como al Derecho de la que deriva el control total de la legalidad de su actuación por los tribunales pero con la particularidad de poder –dentro de ciertos márgenes establecer e incluso, crear unilateralmente el derecho. Primariamente, la administración es una organización y un poder público establecido para la acción, es decir para el servicio, con objetividad, de los intereses generales. Consecuentemente, se trata de un sujeto constituido por el orden constitucional para la realización de fines (los intereses generales) que no le son propios (le viene dado desde fuera) mediante una actuación enteramente determinada por el Derecho”.

[10] A modo de ejemplo, leyes nos. 7156 de creación del juzgado de primera instancia de concursos, quiebras y sociedades; 7441 de creación de los juzgados de primera instancia en lo civil de personas y familia de quinta y sexta nominación; 7284 de creación de los juzgados de primera instancia de procesos ejecutivos. La profunda reforma cumplida en materia penal (ley 7690, B.O. nº 18726) y que también provocó la modificación de la estructura de la Justicia Penal a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de la Justicia Penal promulgada por el Poder Ejecutivo por Ley 7716.

territorial[11], no alcanza a comprenderse porqué la estructura y dinámica de los juicios contencioso administrativos permanecieron impermeables a aquellas cuando, precisamente, ha sido la relación de los particulares con el Estado la que ha sufrido el mayor impacto en las últimas décadas, en un constante -si bien no siempre fecundo- proceso de armonización entre las prerrogativas estatales y los derechos de los administrados.

No obstante que a partir de 1989 con la creación del juzgado contencioso administrativo de primera instancia, la Corte de Justicia de Salta dejó de ser la instancia única y originaria para todo conflicto en la materia, tal estado de cosas demuestra una profunda deuda pendiente del legislador local ya que los justiciables del interior de la provincia deben otorgar poder a los letrados con oficinas en la capital de la provincia, encareciendo los trámites y desanimando la promoción de demandas de menor cuantía pero de carácter alimentario (por ej. en relación al contrato de empleo público), marcando, en definitiva, una abismal desigualdad respecto del derecho al acceso al servicio de justicia entre los ciudadanos de una misma provincia. Además, el tan reclamado principio de inmediación continúa siendo una utopía.

LAS LIMITACIONES DEL CÓDIGO VARELA

Mucho se ha dicho y escrito sobre el punto[12] pero al mantenerse la vigencia de tan arcaica legislación resulta forzoso insistir en las dificultades que este ordenamiento provoca para obtener el acceso irrestricto a la justicia, como reconocimiento de un derecho humano esencial[13].

a. La competencia en razón de la materia

El código procesal contencioso administrativo que rige desde 1908 en la Provincia, inspirado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1888, cuya concepción en relación a la demandabilidad del Estado en el marco del Derecho Público responde a dogmas ya superados, mantiene el estándar que acota el control judicial a la denominada "revisión" de actos cuyo previo cuestionamiento en sede administrativa ha fracasado[14].

---

[11] Ley Provincial 7718 (B.O. 30/05/2012) que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, quedando el Poder Judicial de la Provincia organizado en cuatro distritos judiciales: Orán, Tartagal, Centro y Sur, este último dividido en dos circunscripciones: Metán y Anta.

[12] A modo de ejemplo, ver Guido Santiago Tawil, El "Código Varela" y la necesidad de una profunda transformación en lo contenciosoadministrativo provincial argentino. LL 1989-A, 1127.

[13] Recordar, al respecto, los casos Cantos vs. Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002 y el informe nº 105/99, Caso 10.194, Narciso Palacios vs. Argentina del 29 de septiembre de 1999, CIDH.

[14] Reciente jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta continúa sosteniendo que "bajo las premisas que rigen el sistema de asignación de competencias jurisdiccionales y la normativa procesal de la Provincia de Salta, el fuero contencioso administrativo resulta incompetente (cuando), no obstante la invocación de normas de derecho administrativo, de las constancias de la causa surge que se trata de una cuestión ajena a dicha competencia en razón de la pretensión planteada, al actuar como accionante la autoridad administrativa y no existir acto administrativo denegatorio, a tenor de los arts. 1º y 26 del C.P.C.A., lo que lleva a la conclusión de la inexistencia de materia administrativa requerida para sustentar una demanda en los términos de dicho cuerpo normativo".También precisó que "para que proceda la acción contencioso administrativa es preciso que se produzca la vulneración de un derecho de carácter administrativo reconocido por normas preexistentes de ese carácter (arts. 1º y 26 C.P.C.A.). Y que, "por su parte, el art. 2º de la ley 6569, de creación del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, establece que será de su competencia entender en los juicios de expropiación y procesos contenciosos administrativos que se deduzcan contra la Provincia, sus reparticiones descentralizadas y municipalidades, reclamando por la vulneración en su carácter de poder público, de derechos subjetivos e intereses legítimos". Así, concluyó en que, "a fin de precisar lo que debe entenderse por causa contencioso administrativa y determinar el tribunal competente, habrá de valorarse la presencia de dos datos esenciales: la Administración actuando como poder público –en ejercicio de sus prerrogativas como tal- y la lesión, por parte de la autoridad demandada, de una situación jurídica administrativa preexistente (Tomo 161: 693, 2011 y precedentes allí mencionados).

Resulta indispensable, entonces, ampliar la competencia a toda causa o controversia que se origine en el ejercicio de la función administrativa de cualquiera de los tres poderes del Estado y aún extenderla respecto de la actuación de las personas públicas no estatales. Debe recurrirse a una concepción material u objetiva sobre el concepto de "función administrativa", tanto en supuestos de conductas activas u omisivas.

b. El plazo de caducidad de la acción

El Código vigente establece un plazo fatal, perentorio e improrrogable de 30 días hábiles judiciales para promover la nulidad de un acto administrativo. Acreditada la notificación al interesado de la resolución que agota la vía administrativa, comienza a correr este exiguo término cuyo desconocimiento conlleva la gravísima consecuencia de provocar la pérdida del derecho material en juego. Por ello se ha dicho que en verdad constituye un verdadero plazo de prescripción[15].

Pese a las críticas que ha provocado tal norma por su carácter restrictivo al acceso a la jurisdicción, ha encontrado justificación al señalar el Alto Tribunal local que "el término de caducidad previsto por el art. 12 del C.P.C.A. constituye una prerrogativa propia de la Administración Pública, para que, en virtud de los postulados del Estado de Derecho -entre los que se encuentran la justiciabilidad del Estado y la división de poderes- ella pueda estar en juicio. Esto significa, en otros términos, la posibilidad de habilitar la competencia de la rama judicial del gobierno para revisar la validez de los actos emanados del Poder Ejecutivo y de los que -con la propiedad de "causar estado", por cerrar la discusión en sede administrativa- emanan de los órganos y entes que se le subordinan, salvo los casos de excepción también establecidos por el legislador"[16].

Motivos de seguridad jurídica excusan la brevedad del plazo bajo el argumento de la necesidad de dar estabilidad a los actos administrativos en la búsqueda de equilibrio entre la prerrogativa estatal y las garantías del particular.

Sin embargo, cabe reconocer el esfuerzo pretoriano por morigerar tal privilegio estatal al restringir su aplicación a los supuestos de denegatoria expresa por parte de la Administración. Los casos de retardación, denegatoria tácita o reclamo previo se encuentran exentos de tal plazo para demandar, salvo, obviamente, el de prescripción[17].

Finalmente y en consonancia con los postulados que imponen la normativa y jurisprudencia del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos[18], el principio "in dubio pro actione" constituye el estándar que rige el acceso a la justicia: "de acuerdo con el cual el examen de las condiciones formales de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa, no se compadece con el excesivo rigor de los razonamientos lógicos, pues lo

---

[15] Cassagne, Juan Carlos, "El acceso a la justicia administrativa", LL, 2004-D-1218. Pese a ello, la Corte de Justicia de Salta, con cita de la Corte Federal, ha señalado que no puede confundirse el plazo de caducidad previsto por el art. 12 del Cód. Cont. Adm. con el plazo de prescripción, pues el primero no fue establecido para consolidar la adquisición o extinción de un derecho por el transcurso del tiempo, como ocurre en la prescripción sino con el fin de que los actos de la Administración no queden expuestos a la eventualidad de su revocación o anulación por un lapso indefinido. Asimismo, se sostuvo que, independientemente de las consideraciones que puedan efectuarse acerca del valor o conveniencia de sujetar la promoción de la acción contenciosa al transcurso de términos breves, lo cierto es que la facultad de las provincias de establecer plazos de caducidad para deducir demandas de este tipo, en cuanto se limite a la reglamentación del ejercicio de las acciones acordadas en el orden provincial, constituye una manifestación de los poderes no delegados por los estados locales al Gobierno Nacional como lo es el de organizar su propio régimen jurisdiccional y administrativo.
Así, sostuvo que, en la medida que dichos plazos no restrinjan derechos acordados por leyes de la Nación, no resultan susceptibles de la tacha de inconstitucionalidad. El instituto de la prescripción ha sido establecido para consolidar la adquisición o extinción de un derecho por el transcurso del tiempo, a diferencia de la caducidad que atiende el propósito de dar estabilidad al obrar administrativo, asegurando su firmeza. No se observa una identificación entre caducidad y prescripción, pues ambos institutos coexisten sin entrar en colisión (Tomo 54:883; 107:587, 144:1065).
[16] CJS, Tomo 123:917
[17] CJS, Tomo 144:1065; 153:877.
[18] Informe 105/99 de la C.I.D.H. en el caso "Narciso Palacios-Argentina".

esencial es dar a las normas procesales un alcance acorde con el contexto general y los fines que las informan, a efectos de posibilitar al demandante la tutela judicial efectiva de sus derechos, en consonancia con la garantía prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional"[19].

c. El agotamiento de la vía administrativa

¿Qué significa en realidad agotar la vía administrativa? La experiencia indica que tal expresión posee un significado unívoco: Transitar la denominada por García de Enterría "carrera de obstáculos" que propone la administración -sucesión estéril de recursos o reclamos- para siempre concluir en el mismo punto: promover la demanda, luego de una ingente perdida de tiempo, dinero y bajo la amenaza constante de ver frustrado de antemano el derecho sustancial que se reclama[20].

Por ello, un sector mayoritario de la doctrina propugna, bajo el prisma de la tutela judicial efectiva, que el sistema de recursos y reclamos debe ser una herramienta voluntaria, optativa, para procurar conocer la voluntad de la Administración antes de promover una demanda pero nunca para constituirse en un obstáculo para el ejercicio de un derecho[21].

d. el solve et repete

En el código vigente, con arreglo a su art. 28 esta prerrogativa fiscal no admite excepciones y la interpretación de la Corte de Justicia local ha extendido su exigibilidad a las multas pese a su naturaleza sancionatoria continuando con una línea de interpretación consonante con la elaborada por la Corte Federal de modo inveterado[22]. La aplicación de este recaudo sólo se ha flexibilizado frente a la constatación de una fuerte desproporción entre la suma que se debe ingresar y la capacidad económica o el estado patrimonial del contribuyente[23].

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe resaltar una inaugural postura en la Corte de Justicia local que, en su última composición ha receptado las tendencias doctrinarias más avanzadas en el punto[24], no sólo excluyendo a las multas del alcance del depósito previo, sino postulando la eliminación de su exigencia en todos los supuestos o, permitiendo su sustitución o reemplazo por algún medio que garantice su satisfacción oportuna: seguro de caución o garantías reales, por ejemplo[25].

e. La legitimación procesal

El Código aún vigente en su art. 1º centra en la titularidad de un "derecho de carácter administrativo"[26] el acceso a la jurisdicción en la materia. Si bien luego ampliada tal legitimación por la ley 6569, de creación del juzgado contencioso administrativo, a la "vulneración de "intereses legítimos del accionante", tal esquema resulta, como se adelantara, insuficiente para dar cobertura a los nuevos derechos y garantías incorporados

---

[19] CJS, Tomo 98:855; 99:1069; 100:269, 377, 119:813 entre otros.

[20] Es que su percepción como un intento de "producir una instancia conciliatoria anterior al pleito" para que la Administración pueda enmendar su error, revisar el caso y promover el control de legitimidad, (CJS, tomo 119:813, entre otros) no encuentra correlato en la realidad de las oficinas de la Administración, donde los recursos, reclamos o denuncias sólo prosperan de modo excepcional.

[21] Consultar al respecto, Cassagne .Perrino, "El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires", 2003, Lexis Nexos, pág. 189 y sgtes, en especial nota 25.

[22] CSJN, Fallos, 285:302; 323:3012, entre muchos otros.

[23] CSJN, Fallos, 285:302; 321:1741; 324:3722, entre otros.

[24] Rodolfo Spisso, Carlos M. Giuliani Fonrouge, Enrique G. Bulit Goñi, entre otros destacados tributaristas.

[25] Votos de los Dres. Cornejo y Vittar en "Aerolíneas Argentina", Tomo 140:891, entre otros. En relación a la sustitución del pago previo, ver tomo 139:751, in re: "Wester Geco S.A.". Encontrándose en prensa el presente artículo, la Corte de Justicia de Salta en el caso "Lorenzo Larocca, tomo 174:737, por voto mayoritario, excluyó a las multas de la exigencia del pago previo.

[26] Es decir, con exclusión de los titulares de derechos de carácter civil, comercial o laboral, en la inteligencia del Código Varela.

por los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional[27], además de recordar la ineficacia de efectuar clasificaciones dogmáticas en una cuestión donde lo sustancial para otorgar legitimación activa es la comprobación de la afectación, lesión o desconocimiento de un derecho o interés propio protegido por el ordenamiento jurídico[28].

f. Las pretensiones procesales[29]

Un ordenamiento procesal que sólo habilite a perseguir la nulidad de una decisión de la Administración y con fuertes restricciones en torno a la intensidad de tal control judicial no se corresponde con el estándar de una jurisdicción plena inherente al principio del Estado de Derecho[30]. Cabe, entonces, propiciar la superación del modelo del llamado "juicio al acto" y diseñar un sistema que se estructure en base al principio de unidad de acción con pluralidad de pretensiones tales como anulatoria o impugnatoria, de reconocimiento de derechos e intereses, indemnizatoria, meramente declarativa, de cese de vías de hecho, prestacional, etc. De tal manera, se supera el dogma revisor de la jurisdicción contencioso administrativa y se reconoce el control de legalidad formal y material de los comportamientos de la Administración, incluso de la discrecionalidad administrativa cuando no se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

g. Las medidas cautelares

Conforme la actual normativa, solamente se admite la suspensión de la ejecución de las "resoluciones administrativas reclamadas" cuando su cumplimiento pudiere producir perjuicios irreparables[31]. Se trata de una prohibición de innovar sujeta al requisito principal de la irreparabilidad del daño que la ejecución del acto causaría. Si bien la jurisprudencia ha flexibilizado tan añeja concepción, es necesario adoptar una regulación amplia que comprenda medidas de urgencia conservativas y también satisfactivas, incorporando aquellas que implican la anticipación de la tutela[32].

---

[27] Sin perjuicio de recordar que el art. 47 del CPCC (ley 7566) , de aplicación supletoria a la materia (art. 23, CPCA), incorporó la representación en caso de intereses difusos, colectivos o de grupos indeterminados: En las cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y en las que conciernen a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados para promover el proceso pertinente, indistintamente, el Ministerio Público, las instituciones o asociaciones de interés social.

[28] Ver al respecto el art. 13 del Código Procesal Contencioso Administrativo de la Pcia. de Buenos Aires, ley 12.008 (BO del 3/11/97) y sus modificatorias, que entró en vigencia en diciembre de 2003.

[29] Como lo señala Hutchinson, las pretensiones en el esquema del proceso administrativo son un elemento clave. Son las que determinan las cuestiones que pueden ser sometidas a los jueces, y en definitiva, y lo que es más importante, constituyen lo que éstos pueden resolver; es decir, circunscriben el alcance de sus decisiones (conf., Derecho Procesal Administrativo, Tomo II, pág. 20, Rubinzal Culzoni, 2009).

[30] Consultar la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Administrativos –Judicial y Extrajudicial- para Iberoamérica, aprobado por la Asamblea General de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal con ocasión de las XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, ocurridas en Bs. As., el día 8 de junio de 2012.

[31] Art. 20 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

[32] Resulta interesante tener presente el precedente donde, de modo excepcional, la Corte de Justicia de Salta concedió una medida cautelar autónoma mientras se resolvía un recurso administrativo y la Administración mantuvo silencio ante el pedido de suspensión solicitado en el marco del art. 81 de la ley de procedimientos administrativos. Señaló que "La posibilidad de disponer la suspensión como medida autónoma deviene de la necesidad de una más amplia interpretación del artículo 20 del CPCA. con fundamento en la garantía de debido proceso que impregna el procedimiento administrativo, en relación a la cual se encuentran vigentes los principios de tutela efectiva –en los ámbitos judicial y administrativo- y de acceso a la jurisdicción, tutelados por los tratados internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75, 22 Const. Nac.). Agregando que "la presunción de legitimidad de los actos administrativos, insoslayable en el análisis de la petición cautelar contra una decisión administrativa y que en principio obsta a su procedencia a menos que se comprueben los exigentes extremos requeridos, debe imponerse con un criterio menos riguroso cuando se advierte falta de respuesta al interesado en sede administrativa, por cuanto el obrar omisivo contraviene tanto la garantía del debido proceso como el derecho a una resolución fundada que cabe reconocer a todo interesado en el procedimiento administrativo, de acuerdo a los arts. 18, 25 y 86 de la Const. Pcial" (conf. Tomo 112: 799, in re: "Benavides").

h. La ejecución de sentencias

En el ámbito provincial siguiendo el modelo del Código Varela, en el supuesto de resultar la sentencia contraria al acto impugnado, deberá intimarse a la vencida al cumplimiento de la resolución judicial dentro del término fijado en ésta (art. 74)[33].

Siguiendo en ello a la ley española de 1888, se reconoce la denominada suspensión o expropiación de la sentencia al admitir la posibilidad de que la administración vencida en pleito obtenga la suspensión de la ejecución de la sentencia en forma temporal o definitiva, indemnizando los perjuicios que pudiera ésta causar.

De lo expuesto, fácil es concluir en que tal procedimiento, como consecuencia de las leyes de emergencia[34], que otorgaron carácter declarativo a las sentencias condenatorias contra el Estado, trocó en letra muerta. Resulta imperativo, entonces, prever un sistema ágil de ejecución forzada de sentencias contra la Administración, que respete la cláusula constitucional que admite los embargos de bienes públicos no afectados a la función asistencial del Estado[35], así como la fijación de multas punitivas y coercitivas, además de pérdidas y daños a favor del acreedor por atraso en el cumplimiento de la orden[36].

i. Los métodos alternativos de resolución de conflictos

En el contexto de una reforma profunda, no debe olvidarse la efectividad de los mecanismos alternativos de resolución de disputas, en especial la mediación[37], salvo en los casos de nulidad de actos administrativos. El uso de medios alternativos de solución de controversias con la Administración debería estar sujeto a los siguientes principios:

Legalidad: los acuerdos con la Administración destinados a prevenir o extinguir un litigio, deben estar respaldados en el principio de legalidad de manera de garantizar la no afectación del patrimonio público o su conformidad con el ordenamiento jurídico;

Isonomía: Los acuerdos que envuelvan normas administrativas o actuaciones de alcance general deben alcanzar a todos aquellos que se encuentren en la misma situación fáctica, aunque no hayan participado de esos acuerdos;

Disponibilidad: Solamente se podrá hacer uso de otros mecanismos de solución de conflictos, cuando la materia en controversia sea disponible para las partes.

Cosa juzgada: El acuerdo objeto de mediación no requiere homologación judicial, y el acto que lo contenga tiene eficacia equivalente a la de cosa juzgada.

Revisión del acuerdo: El acuerdo solamente será judicialmente revisado en caso de existencia de vicios que generen nulidad absoluta o de hechos nuevos, sobrevinientes.

Cumplimiento: Será garantizado el cumplimiento de los acuerdos y de las decisiones obtenidas por medio de los mecanismos de solución de conflictos. El interesado podrá recurrir a la jurisdicción para obtener la ejecución forzada de los acuerdos que se produzcan por el uso de tales métodos.

---

[33] Transcurridos 60 días desde el vencimiento de tal plazo, el vencedor podrá pedir al tribunal que mande llevar adelante en forma directa la ejecución (art. 76), determinando expresa y taxativamente lo que cada funcionario debe hacer y el término en que debe verificarlo (art. 78). Interesante resulta en ese sentido la previsión del Código en su art. 79, al disponer que "cualquiera sea la disposición que la Suprema Corte mande cumplir por los empleados o funcionarios de la administración, éstos deberán hacerlo, aun cuando no exista ley que lo autorice, aun cuando haya ley que lo prohíba y aun cuando sus superiores le ordenasen no obedecer". Vencidos los plazos sin que el funcionario o empleado cumpla lo ordenado, contempla el Código la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de éste ejecutando sus bienes propios, por la vía de apremio, sin que obste para ello la renuncia del empleador posterior a la comunicación que le ordenaba llevar adelante la ejecución (arts. 80 a 84). Tal acción resulta, por supuesto, independiente de la responsabilidad penal del funcionario por el incumplimiento, encuadrada generalmente en la figura del desacato (art. 83).

[34] ley 6583 (B.O. Nº 13.403, del 23 de marzo de 1990), sus modificatorias y sucesivas prórrogas.

[35] Art. 5, Constitución Provincial

[36] ver modelo del Código Iberoamericano citado.

[37] Regulada en la provincia por ley 7324 (B.O. Nº 17.016.), si bien sus arts. 10 y 11 excluyen los procesos de competencia en lo contencioso administrativo y todos aquéllos en que estuvieren en juego normas de orden público o se tratare de derechos indisponibles para las partes.

REFLEXIÓN FINAL

Las singularidades de la regulación normativa aún en vigor[38] demuestran la urgencia de replantear los problemas del derecho público local y otorgan plena validez a las palabras del maestro Fiorini al resaltar la crisis del contencioso administrativo hace casi cincuenta años atrás, al señalar que "*todos los actos, instituciones y principios, que esta novel disciplina creía afirmar con vocación de permanencia, han sufrido la arrolladora acometida; y el contencioso, que solo exhibe el proceso de la contienda administrativa, no es ni puede ser lo que fue. Sólo quedan los términos que no expresan los nuevos contenidos; por eso es noble labor intelectiva y docente bucear qué es lo que ha quedado, pese al devenir de lo que no es...*"[39]

[38] *Aquí apuntadas de modo sumamente acotado.*
[39] *Bartolomé A. Fiorini, Qué es el Contencioso, pág. 8, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.*

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN MATERIA AMBIENTAL: DE LA CAUSALIDAD ADECUADA A LA CAUSALIDAD PRECAUTORIA

Claudina Xamena Zárate de Canavoso

"El daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo" (CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros vs. Estado Nacional" 20/06/2006)

Introducción. El daño ambiental. La causalidad en la teoría de la responsabilidad civil por daño. Causalidad adecuada. Causalidad no verificable. Pluralidad de causas en el daño ambiental. La relación de causalidad en el daño ambiental individual y en el daño ambiental colectivo. Hacia la construcción de nuevos regímenes de causalidad. El principio precautorio. El rol del juez como gestor ambiental. La causalidad precautoria. Breve reseña de Jurisprudencia Salteña en referencia al daño ambiental. Conclusión.

Introducción

El nexo de causalidad presenta un desafío al momento de adaptar la teoría responsabilidad civil por daños tradicional concebida para los distintos tipos de daños civiles, a la relación causal específica de la responsabilidad por daño ambiental.

El fallo "Mendoza" (CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros vs. Estado Nacional" 20/06/2006) ha sentado un precedente importante en el derecho ambiental argentino y se ha convertido en un hito jurisprudencial a la luz del cual deberán reinterpretarse las instituciones del derecho ambiental, y por consiguiente, todos los aspectos de la responsabilidad civil por daño.

En el presente trabajo se partirá desde el concepto de daño ambiental, siguiendo con el abordaje de la causalidad y las diferentes teorías en el derecho civil para luego analizar la causalidad ambiental. Se enunciarán casos de la jurisprudencia nacional en materia de daños ambientales. Finalmente se delinearán los aspectos de la causalidad precautoria.

El daño ambiental

Enseña el Dr. Néstor Cafferatta que el daño ambiental es un daño diferente a los restantes perjuicios, no es un daño común, sino que por el contrario los daños ambientales son perjuicios despersonalizados o anónimos con graves dificultades para la determinación del agente, que suelen alcanzar y provocar un número elevado de víctimas y pueden ser el resultado de actividades especializadas que utilizan técnicas específicas, desconocidas por las víctimas.

El daño ambiental es el único daño que aparece previsto expresamente en la Constitución Nacional, al haber sido incluido por los constituyentes del año 1994 en el art. 41 al establecer que "el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer".

Nuestra Ley General del ambiente define el daño ambiental en su art. 27 como "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

Los daños ambientales son diferentes a los restantes perjuicios ya que se presentan como:

a) daños continuados: originados en una sucesión de actos, de un mismo autor o de varios autores.

b) daños progresivos: porque son el resultado de un proceso sucesivo de impactos negativos.

c) daños de efectos prolongados: por su proyección en el tiempo.

Estos caracteres propios y diferenciados de los daños ambientales han llevado a sostener que se tratan de daños distintos a los daños civiles, y que por lo tanto escapan a la teoría general de la responsabilidad civil, por lo que sería necesario formular una teoría general de la responsabilidad ambiental.

En este trabajo analizamos cómo puede adecuarse uno de los presupuestos del daño-la relación de causalidad- al daño ambiental.

La causalidad en la teoría de la responsabilidad civil por daño

Es por todos conocidos que la teoría de la responsabilidad por daño experimentó una evolución desde la culpa a la prevención del daño, y desde la prevención del daño a la garantía resarcitoria y que para que una persona pueda ser tenida como civilmente responsable por un acto ilícito dañoso es imprescindible que el daño pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de un hombre o al hecho de una cosa –*imputatio facti* o relación de causalidad- y que concurra algún factor, subjetivo u objetivo, que la ley repute idóneo para señalar quién habrá de ser responsable en el caso.

Stuart Mill define la causa como la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente, de toda necesidad . Pero la causalidad jurídica difiere de la causalidad natural o física, aún cuando la primera haya tomado elementos de las ciencias naturales y de la filosofía.

Aída Kemelmajer de Carlucci explica que en el campo de la responsabilidad, la relación de causalidad cumple una doble función: a) permite determinar con rigor científico a quien atribuírsele un resultado dañoso y b) brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias.

Para la tendencia doctrinaria dominante en la materia, los presupuestos de la responsabilidad por daño son cuatro: a) el daño causado a otro, b) la existencia de un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico, c) la relación de causalidad entre ese hecho y aquel daño, y d) un factor de atribución de la culpabilidad.

De todos ellos, la relación de causalidad es el elemento que sufre mayor alteración cuando analizamos el daño ambiental, y esto es así porque la materia ambiental es decodificante. La relación causal en la responsabilidad por daño ambiental se presenta a menudo con incertidumbre científica, es por esto que el principio precautorio ayuda a determinar el nexo de causalidad. Esta es la postura seguida por doctrinarios de la talla de Romero Casanova, de Ángel Yagües, entre otros, quienes sostienen que en materia de relación causal el juez debe contentarse con la probabilidad de su existencia.

Existen variadas teorías sobre el nexo causal que ayudan a interpretar la relación de causalidad en los supuestos de daños especiales, como es el caso del daño ambiental. Carlos de Miguel sabiamente las sintetiza del siguiente modo:

- Teoría holandesa de la causa alternativa o disyuntiva: *industry wide or Enterprise theory of liability*, que exime al demandado de probar el nexo causal cuando resulta imposible para la víctima probar quién fue exactamente el que produjo el daño.
- Teoría del *market share*: el demandante no tiene que probar el nexo causal si los demandados son fabricantes de un determinado producto dañoso.
- Teoría alemana de la condición peligrosa: se autoriza a la víctima a accionar en contra de uno de los agentes productores del daño, quien deberá solventar la indemnización aunque no sepa que el producto dañoso era suyo o no.

- Teoría de la proporcionalidad: se indemniza en la proporción en la que el demandado puedo haber ocasionado el daño. La víctima no obtiene una reparación integral.
- Teoría de la víctima más probable (en inglés *the most likely victim*): se resarce solamente a aquellas personas que prueben una mayor probabilidad de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del demandado.

Similar criterio es adoptado por Isidoro Goldenberg quien sostiene que "el tema de la cocausación en sus distintas variantes: causalidad conjunta o común, causalidad concurrente o acumulativa (v.gr. varios industriales derivan agua sobrante al río y la mezcla de las materias tóxicas arrojados por uno y otro destruyen la pesca) y causalidad disyuntiva o alternativa, reviste especial importancia para los casos de daño ambiental en los que, por lo general, se producen efectos sinérgicos, de pluralidad de causas, que involucran, como es el caso del daño ecológico producido por la actividad industrial, a dos o más agentes contaminantes."

La relación de causalidad ha sido elaborada desde la doctrina penalista, sin embargo la doctrina civilista le dedica numerosa bibliografía, debido en gran parte a que el fenómeno de la causalidad haya sido históricamente común para ambos sistemas de responsabilidad, y a ello ha llevado a que en definitiva, las formulaciones penalistas de la imputación subjetiva influenciaran a la causalidad civil.

Aunque algunos doctrinarios definen a la causalidad jurídica como una vinculación material que enlaza el evento dañoso con el hecho de la persona o cosa o agente que la produce, no debemos equivocarnos al momento de distinguir entre causalidad jurídica y causalidad material. A la primera le interesa fijar un tope de imputación a la conducta de las personas o al acontecer de las cosas, para dar un corte, establecer un límite hasta dónde debe responderse. Sin embargo a la causalidad material representa un encadenamiento de eventos que puede llegar a no tener final. Por ello, Llambías ha dicho que "el derecho no es una física de las acciones humanas",

Autores como López Mesa y Trigo Represa han denominado a la causalidad con el sustantivo "tamiz" porque consideran que el juez debe valerse de la causalidad para establecer un filtro por el que deben pasar los reclamos indemnizatorios.

La doctrina ha realizado numerosas calificaciones de los distintos supuestos de causalidad, tales como causalidad concurrente, causalidad superadora o adelantante, causalidad irregular o anómala, causalidad no verificable, causalidad hipotética o alternativa hipotética, entre otras calificaciones.

Nos detendremos a analizar, entre tantas, la causalidad no verificable pues es el típico caso que se presenta en el daño ambiental y la causalidad adecuada que es la especie impuesta por el Código Civil Argentino.

Causalidad adecuada

La causalidad adecuada tiene basamento en la previsibilidad y en el curso ordinario de las cosas. Es la teoría de la causalidad empleada en nuestro ordenamiento jurídico.

Nace en 1871 con el pensamiento de Von Bar quien sostuvo que había que excluir de la causalidad todo lo que no correspondiera a la regla de la vida. Posteriormente Von Kries basándose en el pensamiento de Von Bar formula la teoría subjetiva de la causación adecuada. Ambos pensadores arriban a la conclusión que la causa capaz de producir un resultado concreto es la que se encuentra en el sentir del sujeto que actúa.

De la aplicación pragmática de esta teoría se colige que debe tomarse únicamente en consideración las condiciones que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado típico. El Juez debe situarse en el momento de la acción para determinar si de acuerdo a los conocimientos y previsiones de un hombre medio, el resultado dañoso aparece como previsible.

La habitualidad y el acontecer cotidiano darían las pautas al juzgador de lo que resulta en definitiva previsible.

Ahora bien, detengámonos un momento a pensar si las cuestiones que son traídas a conocimiento del juez pueden presentarse con la habitualidad necesaria para formar un criterio, por ejemplo, podría presentarse un caso de organismos genéticamente modificados que llega a la Justicia civil para su decisión en un proceso de daños y perjuicios. ¿Con qué habitualidad podremos analizar la previsibilidad del agente? La primera respuesta puede ser negativa.

El avance de la ciencia y de la tecnología nos posiciona ante grandes desafíos. Y es precisamente en materia de daños ambientales en los que estos desafíos suelen ser más frecuentes.

Roberto Vázquez Ferreira arriba a similar conclusión cuando advierte sobre numerosos casos, relacionados con sectores de actividades estrechamente vinculados con el desarrollo tecnológico o científico, al decir que no se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada por cuanto al tratarse de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa como para juzgar qué es lo que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas.

La causalidad adecuada no requiere una certeza absoluta sino que supone una alta probabilidad, probabilidad con la que en algunos supuestos de daños ambientales bastaría para tener acreditado el nexo causal. Contrariamente existen supuestos en los que no queda configurada la alta probabilidad, sino una simple presunción o una mera relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio ocasionado al ambiente.

Causalidad no verificable

En la causalidad no verificable no resulta posible determinar con exactitud cuál fue el mecanismo y el proceso químico o físico productor del daño porque es imposible reconstruir cómo y en qué cantidad cada agente productor del daño pudo generarlo.

Este caso de causalidad no verificable se presenta en la contaminación de ríos, y especialmente en el caso del Riachuelo, en el que las industrias que se encuentran establecidas en la cuenca Matanza-Riachuelo son numerosas y no se podría decir en qué porcentaje ha contaminado cada una de ellas las aguas a las que vuelcan sus efluentes no tratados. Entonces cabe preguntarnos, cómo cuantificamos el daño? Y en su caso a quién se lo imputamos?

En el caso COPETRO la contaminación del aire se determinó por la medición de las partículas emitidas a la atmósfera. La prueba pericial en este caso fue crucial para que el Juez pudiera determinar la relación causa-efecto entre la emisión de polvo, partículas o material particulado sobre los límites admisibles por un lado, y por el otro el daño físico actual y futuro de 18 de los 43 actores que padecían derrame conjuntival. La determinación de causalidad llevó al magistrado a fijar una indemnización por el daño que desde antes se les había venido causando, por el daño actual y por el daño futuro, teniendo en cuenta el patrimonio de COPETRO.

La causalidad no verificable resulta aplicable en estos dos supuestos de daño ambiental, sin embargo exigen en el magistrado un mayor esfuerzo para reconstruir el nexo causal, sobre todo sabiendo que los daños ambientales pueden producirse por el efecto de más de una circunstancia generadora.

Pluralidad de causas en el daño ambiental

Existe coincidencia doctrinaria en admitir que los daños ambientales se producen por una serie de condiciones –causas adecuadas- y no por una sola. Isidoro Goldenberg distingue cuatro clases de pluralidad de causas para el supuesto de daño ambiental:

- Causalidad conjunta: Tiene lugar cuando varias condiciones son todas causas del evento final, colocando cada una su medida para llegar a la consecuencia.
- Causalidad acumulativa o concurrente: En este supuesto intervienen diversos factores, siendo suficiente la existencia de cualquiera de ellas para que se produzca el efecto. Es procedente la acción de regreso entre los agentes dañosos.

- Causalidad disyuntiva o alternativa: En este supuesto intervienen diversos factores, pero a diferencia de la causalidad acumulativa, sólo una es la causante.
- Causalidad colectiva: Existen varias condiciones que concurren pero no puede identificarse el protagonista que causó el daño ambiental.

Sin embargo, algunos autores han planteado una posible conciliación entre la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada. Siendo la primera óptima para establecer la causalidad fáctica, es decir aquellos hechos materiales que conducen al daño, la causalidad adecuada sería más propia para dirimir entre las diversas causas materiales identificadas. De esta manera, ambas teorías pasarían a ser complementarias. De otra parte, una posición pragmática ha sido planteada para solucionar los problemas de la causalidad.

Teniendo en cuenta que la teoría de la responsabilidad civil por daños sienta su desarrollo en el análisis de presupuestos o elementos del daño, nos encontramos en materia de daño ambiental ante el desafío de tener que aplicar estos presupuestos a una situación distinta, o en palabras de Morello, "aplicar lo mismo pero para algo diferente". Si analizamos los presupuestos de la teoría de la responsabilidad civil por daños nos encontramos que el daño ambiental constituye un daño diferente al daño común.

Nuestro Código Civil adopta la teoría de la responsabilidad adecuada y en ese sentido atribuye la categoría de causa solamente a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado, es decir, la condición que se encuentra dotada de la mayor fuerza productiva.

La magistratura argentina le ha dado un contenido más pragmático a la relación de causalidad adecuada, dado que en ocasiones la probabilidad puede diluirse y quedamos frente a una mera probabilidad e incluso frente a un alto grado de incertidumbre.

En fallos jurisprudenciales se evidencia que la causalidad adecuada no requiere necesariamente la fatalidad cuando se presentan casos en los que existe mera eventualidad.

Tal sistema de causalidad adecuada nada prevé con relación a qué nivel de convencimiento debe arribar el juez para resolver sobre las pretensiones en uno u otro sentido.

El presupuesto de causalidad en el daño ambiental

Conviene entonces, delinear dentro de la "teoría general de la responsabilidad civil ambiental" cuáles serán las características que la distinguen de las otras especies de daño civil. Se trata, en palabras de los doctrinarios Trigo Represa y López Mesa, de un nuevo y particular modo de daño, que presenta particularidades respecto del daño normatizado por los artículos 1068 y concordantes del Código Civil, a punto tal que puede afirmarse que las reglas de reparación no podrán equipararse a las que se otorgan en protección de derechos subjetivos clásicos. No se trata sólo de adjetivizar esta especie de daño como ambiental, sino de caracterizarlo como un daño diferente.

Para ello, comencemos distinguiendo entre dos clases de daño ambiental: el individual y el colectivo. Cada uno de ellos presenta a su vez características propias y a la vez es influenciado por el principio precautorio que atraviesa transversalmente la teoría general de la responsabilidad civil por daños ambientales.

El daño al ambiente también puede traer aparejado un ataque, actual o potencial, a la integridad psicofísica de los individuos y aun a su patrimonio, susceptible de llegar a configurar un daño –material y moral- cierto, personal del accionante y lesivo de un interés legítimo suyo, jurídicamente protegido. Esto es lo que en doctrina se conoce como daño ambiental individual.

El daño ambiental colectivo es el que afecta al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, los bienes o valores colectivos, como es definido en el art. 27 de la Ley General del Ambiente, es decir el que ataca intereses difusos de la sociedad. Es también denominado daño ambiental residual o daño al ambiente "en sí mismo".

Este criterio es claramente receptado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Mendoza”, al declarar su competencia sobre el daño ambiental colectivo, dejando librada la apreciación de las reclamaciones individuales correspondientes a la reparación del daño ambiental individual a los tribunales ordinarios.

La relación de causalidad en el daño ambiental individual y en el daño ambiental colectivo.

El reconocimiento de dos especies de daño ambiental nos plantea si las normas de la LGA respecto a la causalidad son aplicables a ambas especies o solo al daño ambiental colectivo.

El daño ambiental individual es el daño, material o moral, a la integridad de la persona y/o a su patrimonio. Mientras que en el daño colectivo, es el daño ambiental en sí mismo.

La jurisprudencia registra numerosos antecedentes en los que se advierte el deslinde de las dos especies de daño.

En el caso “Sagarduy, Alberto” se sostuvo que al lado del interés individual existe un interés difuso a la salubridad del medio ambiente por lo que se rechazó el pedido de levantamiento de la medida cautelar que prohibía liberar material contaminante al puerto de La Plata.

En el caso “Asociación de Superficiarios de la Patagonia vs. YPF S.A.” (13/07/2004) se distingue entre el daño ambiental colectivo y la naturaleza de los intereses individualmente comprometidos. En este proceso, la Asociación de Superficiarios de la Patagonia promueve acción a fin de que se condene a YPF y las restantes concesionarias de la explotación y exploración de las áreas hidrocarburíferas de la cuenca neuquina, cuencas hídricas de los Ríos Negros y Colorado:

a) Realizar todas las acciones imperiosas para la recomposición integral de los daños colectivos ambientales causados por la actividad que desarrollan en dicha área hasta la total desaparición de los agentes contaminantes del suelo y del aire, de las aguas superficiales y subterráneas, y para la reposición a su estado anterior de las extensas áreas desforestadas y sin vegetación a causa de la apertura de caminos, calles, locaciones, picadas, zanjas, canteras y toda otra actividad que, a su juicio, ocasionó la pérdida del manto vegetal, de modo tal de revertir el proceso de desertificación que ello habría causado.

b) Construir el fondo de restauración ambiental previsto en el art. 22, Ley 25675.

c) Adoptar todas las medidas necesarias para evitar, en lo sucesivo, esta clase de perjuicios y, subsidiariamente, obtener la reparación de los daños y perjuicios colectivos de ese modo originados.

En este proceso la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la competencia originaria resulta *ratione personae*, por la citación del Estado Nacional y los Estados Provinciales. La postura mayoritaria en este fallo en relación al presupuesto de causalidad surge claramente cuando la Corte dice que es la actora la que debe establecer a qué personas jurídicas les atribuye la responsabilidad en los hechos que denuncia, no obstante se advierte entre este fallo y el caso “Mendoza” una importante evolución tendiente a deslindar los daños ambientales colectivos e individuales. El fallo dividido de la Corte tiene una especial importancia porque “constituye el punto de inflexión en el recorrido acelerado que experimenta, en la realidad de las controversias, el fenómeno de la legitimación. Se asiste, en palabras de Morello, a una divisoria de aguas que desnuda las resistencias o dificultades de adaptación y de hermenéutica, por parte de los operadores jurídicos (jueces y abogados) ante una nueva y desafiante frontera de “reclamantes” y “defensorías”.

En el caso “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes V. ENRE Edesur s/Cese de obra de cableado y traslado de subestación transformadora”, el nexo causal entre las dolencias padecidas por los habitantes de la localidad de Ezpeleta y los efectos negativos de los campos electromagnéticos se desplazó de la “causa adecuada”

a la “probabilidad estadística” al quedar configurado con la enumeración de vecinos afectados por similares dolencias.

Cafferatta sostiene que las normas de presupuestos mínimos son aplicables a ambas especies, pero aclara que cuando en ambos supuestos nos encontremos ante menoscabos producidos por un mismo hecho dañoso, cuando ambos tengan una misma causa común, mientras que Pastorino afirma que el daño ambiental individual se resuelve por aplicación de las reglas civiles.

Sin embargo existe coincidencia en la doctrina al afirmar que la aplicación de la LGA al daño ambiental individual debe ser cuidadosa y prudente. Si la prueba es un tema de capital importancia en materia de daños, la presunción de causalidad en materia de daño ambiental individual se transforma en el centro de nuestro estudio ya que la misma reviste una mayor dificultad para el juzgador al momento de apreciar la prueba tendiente a demostrar la existencia de nexo causal.

Autores como Morello y Cafferatta sostienen en materia de causalidad que las presunciones derivadas de máximas de la experiencia vinieron a gravitar decisivamente sobre el régimen de distribución de la carga de la prueba, en cuanto a la regla de juicio dirigida al juzgador. En el terreno procesal ello ha tenido concreción en la denominada prueba *prima facie*. Esta noción se ha generalizado en el Derecho Comparado. Es en el derecho anglosajón donde más se ha desarrollado, denominándosela *res ipsa loquitur* (*the things speak for himself*) que traducido al castellano significa las cosas hablan por sí mismas. Es precisamente en el daño ambiental donde se verifica que el daño a la naturaleza habla por sí mismo.

En consecuencia, podemos adelantar a modo de conclusión que en el daño ambiental individual el actor debe probar el nexo causal entre el hecho dañoso y el menoscabo que sufre, sin embargo no se exige la misma rigurosidad del daño civil en la demostración de dicha relación de causalidad, sino que se debe valorar especialmente la prueba producida siendo innecesario la certeza y bastando la mera probabilidad.

Sagarna arriba a similar conclusión al preguntarse por qué se requiere una “mera” relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio sufrido, basándose en la dificultad probatoria.

Hacia la construcción de nuevos regímenes de causalidad

La teoría de la causa adecuada adoptada por nuestro Código Civil en su art. 906 se sustenta en el criterio de regularidad, puesto que está basada en la existencia de datos reales, ciertos comprobables, determinables.

A simple vista estos caracteres no acompañan al daño ambiental en el que prima la incertidumbre, la incerteza, debiendo en estos casos el juez conformarse con un análisis de probabilidad.

¿Cómo incorporamos la incertidumbre que caracteriza al daño ambiental en la relación causal? Los doctrinarios parecen adoptar dos claras vías para dar una respuesta a este interrogante. En el primer grupo encontramos a quienes sostienen que el daño ambiental ha venido a dar nacimiento a una nueva teoría de la responsabilidad con presupuestos distintos a la clásica teoría del daño, mientras que en el otro grupo se enrolan quienes consideran que el daño ambiental sigue estando comprendido en la teoría clásica del daño civil, pero es necesario adaptar uno de sus presupuestos: la relación de causalidad.

En este último grupo de doctrinarios ubicamos a quienes sostienen que la relación de causalidad constituye un presupuesto necesario, siendo su relevancia más significativa cuando el factor de atribución es objetivo. En materia de daños al medio ambiente, la causalidad es difícil de integrar dentro de los esquemas habituales de causalidad jurídica, ya que desaparece la certidumbre de la causa-efecto, originándose una “causalidad circular”.

Quienes se ubican en este segundo grupo proponen abandonar la relación causal de tipo directa “causa-efecto” para incorporar la incertidumbre. En este sentido, donde el principio precautorio instala una nueva dimensión de tutela en el instituto de la

responsabilidad civil. Roberto Adorno ha dicho con razón que “el principio precautorio funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobada de modo pleno”. En igual sentido, Luis A. Facciano sostiene que “la incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia”.

Avanzamos desde una causalidad lineal a una causalidad circular en el acontecer de las circunstancias causales.

El principio precautorio en la Jurisprudencia Argentina

Sin hesitaciones podemos decir que el principio precautorio es el protagonista de una nueva especie de causalidad: la causalidad precautoria. Por ello es imprescindible detenernos a conocer el significado de este principio, incorporado en el texto de nuestra normativa ambiental, nacional y provincial.

Preliminarmente conviene distinguirlo del principio preventivo a fin de evitar confusiones iniciales. Si bien el principio preventivo tiende a evitar un daño futuro con efectos conocidos, el principio precautorio se aplica a daños futuros, de efectos inciertos, desconocidos.

La primera expresión del principio precautorio nació en el derecho ambiental alemán con la expresión Vorsorgeprinzip, basado en el principio del buen manejo doméstico. Posteriormente, este principio fue traspolado al derecho internacional.

En el principio 15 de la Convención de Río se hace expresa mención al decir que cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

En el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), el art. 5, inc. 7° establece que cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable”.

La Convención sobre derecho del mar lo enuncia en el art. 206 al decir que respecto a la protección y preservación del medio marino, el Estado debe evaluar los efectos potenciales de actividades que podrán implicar una polución importante o modificaciones considerables.

El principio de precaución fue enunciado primeramente por el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático. Aparece consagrado en el art. 3 del Convenio Marco sobre Cambio Climático, como art. 15 en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en el Tratado de Maastricht de la Unión Europea, en la Ley de Medio Ambiente Francesa y en la Ley General del Ambiente de Argentina.

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo sostenible también lo enuncia al decir que a fin de lograr que para el 2020 los productos químicos se utilicen y produzcan siguiendo procedimientos científicos de gestión de los riesgos, teniendo en cuenta el principio de precaución enunciado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, de modo que se reduzcan al mínimo los efectos adversos de importancia que puedan tener en la salud humana y en el medio ambiente.

Raúl Estrada Oyuela indica en qué circunstancias el principio precautorio se torna procedente y menciona las siguientes razones: a) en procesos de toma de razón, b) medio provisional, c) previo análisis de riesgo, d) riesgo grave e irreversible.

Numerosos doctrinarios definieron al principio precautorio y su abordaje ha dado lugar a numerosos artículos e incluso ha sido el eje temático de las IV Jornadas Latinoamericanas sobre Medio Ambiente, organizadas en el mes de agosto de 2007 en la Provincia de Salta.

De todas las definiciones dadas existe coincidencia en delinear al principio precautorio como aquel principio que aconseja adoptar medidas aun en aquellos casos en que no se haya demostrado con certeza que pueda dañarse al ambiente.

Luis Facciano enseña que "el principio precautorio implica un cambio en la lógica jurídica. Demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mora al riesgo sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad, al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia."

El admirado Prof. Philippe Le Torneau aporta a la doctrina argentina concluyendo que el principio precautorio es un refuerzo del principio preventivo ya que posee un alcance mucho más extenso que el deber tradicional de prevención. Diferencia el maestro estos dos principios al decir que mientras el preventivo reposa sobre un riesgo conocido y pasible de ser evaluado, el precautorio recae sobre riesgos hipotéticos y no verificables. En la misma obra describe la modalidad de aplicación del principio precautorio y realiza una importante salvedad, no se trata de buscar el riesgo cero, sino que concluye se trata de un redescubrimiento de la virtud moral y jurídica de la prudencia. Enuncia como precedente importante de aplicación en la jurisprudencia francesa respecto a la instalación de antenas transmisoras de telefonía celular móvil en la sentencia del 17 de junio de 2003 por el TGI Grasse.

La magistratura argentina también ha aplicado el principio precautorio en numerosos fallos. En el caso "VILLIBAR, Silvana c/ Provincia de CHUBUT" la Cámara de Apelaciones de Esquel, fallo de fecha 24 de Junio de 2003, enuncia al principio precautorio como "la duda o incertidumbre científica hace que, en la situación a estudio, la balanza se incline hacia la protección del medio ambiente, y que por ello sea procedente el acogimiento del amparo, a fin de evitar consecuencias nefastas que podrían producirse sobre la flora, la fauna, el aire, el agua y, en general, sobre todo el ecosistema. Si bien el daño ambiental o su probabilidad son cuestiones de compleja determinación y quién debe juzgarlos debe actuar con suma prudencia, este Cuerpo se inclina por la solución dada en la sentencia en crisis, pues la seria y razonable duda científica aconseja que, ante su existencia – la que está referida a las consecuencias negativas que los actos de prospección y exploración pueden llegar a producir-, el otorgamiento de amparo ambiental es la solución adecuada. Por lo demás, así lo impone el PRINCIPIO PRECAUTORIO".

En el caso "Asociación OIKOS Red ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/amparo" la Cámara de Apelaciones Civil de Mendoza, (31 de junio de 2003) parte del derecho instituido por el artículo 41 de la CN, y sentencia que "la materia ambiental debe regirse en principio por la Ley 25675, en virtud de la cual la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los PRINCIPIOS y normas establecidas en la presente ley; en caso que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga y por el marco normativo provincial que se compone con la Ley General del Ambiente Nº 5961 y las normas de contenido particular para situaciones especiales. Tal como lo autoriza el artículo 4º apartado tercero, de la ley 25675, la FALTA DE CERTEZA CIENTÍFICA no puede utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente cuando hay peligro de un daño grave o irreversible. Dicha norma recoge el añejo PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN, consagrado en numerosos documentos internacionales de derecho ambiental."

En el caso "Asociación Coordinadora de Usuarios c/ ENRE- EDESUR" la Cámara Federal de La Plata, (8 de julio de 2003) sentenció que "El precepto reclama medidas de inmediato, de urgencia, aun cuando hubiera ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos al comportamiento de la naturaleza, a fin de impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos plenamente, lo que presupone que cualquier demora puede resultar a la larga más perjudicial que cualquier acción temprana".

Por otra parte, sobre la base de los principios de prevención y precaución que rigen la materia ambiental (art. 4° de la Ley General del Ambiente) la Cámara Federal de La Plata ordenó la cesación del eventual perjuicio que causen los campos electromagnéticos derivados de la Subestación transformadora SOBRAL y las líneas de alta tensión, y en ese

sentido, adoptó una postura preventiva a través de la suspensión de toda obra nueva de cableado y del control del accionar futuro de la demandada a fin de prevenir y evitar daños posteriores al ambiente, y principalmente, a la calidad de vida de los habitantes afectados.

En el caso "BARRAGÁN, José Pedro c/ AUTOPISTAS URBANAS SA s/amparo" (octubre de 2003) la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Ciudad Autónoma Buenos Aires hace referencia a los art. 3 y 4 de la LGA, especialmente al principio precautorio. El artículo 3 de la ley 25675, establece "La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de ORDEN PÚBLICO y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta". El artículo 4 enumera LOS PRINCIPIOS a los que debe sujetarse la política ambiental, entre ellos el de CONGRUENCIA (que debe darse entre las legislaciones de los diferentes niveles de gobierno) PRECAUTORIO ("Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente") de EQUIDAD INTERGENERACIONAL DE RESPONSABILIDAD (El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan"), que a su vez concuerda con el artículo 28 ("El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su reestablecimiento al estado anterior de su producción"). Además hay que tener en cuenta, en este punto, el PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD consagrado en la Ley 25675, general del ambiente: "Los objetivos deben ser logrados en FORMA GRADUAL, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos".

En el caso "Municipalidad de Magdalena c/ SHELL CAPSA y otros s/Disposición residuos peligrosos", nuevamente la Cámara Federal de La Plata, (30 de diciembre 2003) hace expresa referencia a la sanción de la Ley General del Ambiente Nº 25675, publicada en el Boletín Oficial el 27 de noviembre de 2002, y concluye que la misma ha instaurado en nuestro país un flamante orden jurídico, con disposiciones sustanciales y procesales, destinadas a regir las contiendas en las que se discuta la responsabilidad por daño ambiental, reglamentaria del artículo 41 CN que establece entre otros derechos y obligaciones que aquel daño "generará prioritariamente la obligación de recomponer". Así contiene PRINCIPIOS ORDENATORIOS Y PROCESALES que importan una modificación de la legislación que sustentó las sentencias dictadas en autos en materia de competencia.

En el caso "ASOCIACIÓN JUDICIAL BONAERENSE c/EDES Y OTRO s/AMPARO" (22 de septiembre de 2004) la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó el fallo apelado considerando que todos sus razonamientos se encuentran abonados por el imperativo de tutela ambiental que fluye de precisas normas de rango constitucional Arts. 41 Constitución Nacional y 28 Constitución Provincial y expuestos en la dirección que orientan los principios PREVENTIVO y PRECAUTORIO que informan la materia abordada en esta litis.

En el caso "VERZEÑASSI, Sergio Daniel y otros c/Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/amparo ambiental", Juzgado de Instrucción Nº 3, (Paraná, 3 de junio de 2004) se recordó la vigencia expresa de los principios que gobiernan la interpretación de la legislación que instrumenta Políticas ambientales, en particular, los principios de PREVENCIÓN, PRECAUTORIO y de SUSTENTABILIDAD VERZEÑASSI c/Provincia de Entre Ríos s/amparo. El Juez en concreto consideró que la Acción de AMPARO prevista por el artículo 43 CN y el artículo 52 de la Ley 8369 - como Acción de Protección - resulta claramente viable y se impone como EL REMEDIO MÁS ADECUADO E IDÓNEO para la prevención y evitación, con la urgencia que el caso amerita y por aplicación del PRINCIPIO PRECAUTORIO – de la concreción del daño grave e irreversible denunciado por los ACCIONANTES, en tanto la accionada, mediante el decreto Nº 1317/04 SP, instauró un régimen que involucra al bosque nativo entrerriano, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta al desconocer ante la carencia de los estudios pertinentes – el impacto ambiental que tendrá

su decisión de proseguir con la actividad de desmonte en la provincia en las condiciones en que se prevé autorizar, máxime considerando el grave estado ambiental del bosque nativo entrerriano y la ausencia de toda legislación provincial que regule la materia.

En el caso "ASOCIACIÓN PARA LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL Y EDUCACIÓN ECOLÓGICA 18 DE OCTUBRE c/EDELAP" la Cámara Federal de La Plata, Sala 1º, (6 de abril de 2004) pronuncia respecto del Principio PRECAUTORIO que su configuración demanda: 1) la existencia de incertidumbre acerca del riesgo, que debe ser serio y basado en información calificada (TRIGGER); 2) El transcurso de un tiempo que permita a la autoridad reguladora tomar aquellas medidas necesarias hasta tanto la situación de incertidumbre se despeje (TIMING); 3) La existencia de una respuesta reguladora (RESPONSE); 4) La revisión de Las medidas adoptadas en tanto la certidumbre científica se aproxime (ITERATION). Aunque otras formulaciones sólo requieren la existencia de una situación de incertidumbre, la evaluación científica del riesgo y la perspectiva de un daño grave e irreversible.

Debe distinguirse este principio PRECAUTORIO del llamado principio de PREVENCIÓN. Este último se dirige a un riesgo conocido que se busca precaver aquél, a uno grave pero incierto. Con otra expresión, el PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido científicamente comprobada de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la PREVENCIÓN y la PRECAUCIÓN.

En los autos "ESTADO PROVINCIAL s/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" Cámara Civil y Com., Laboral y Minería, 2º Circ., Santa Cruz (10 de diciembre de 2004) funda su decisión en la aplicación del "PRINCIPIO PRECAUTORIO", de amplia raigambre nacional e internacional, en Derecho ambiental, y que no puede modificar las dudas técnicas de la Prefectura Naval Argentina, en tanto es pacífica doctrina que "...cuando haya peligro de daño grave e irreparable, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente".

En el caso "ASOCIACIÓN COMUNITARIA DE NUEVA POMPEYA Y OTROS c/ PROVINCIA DE CHACO Y OTROS - Juzgado Civil y Comercial Nº 6 de Resistencia, (14 de diciembre de 2004) La Ley 25675 contiene PRINCIPIOS de interpretación y aplicación de la normativa y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental que en general son reconocidos por la doctrina ambiental: 1) Principio de congruencia; 2) Principio de PROGRESIVIDAD del que derivan dos subprincipios: proporcionalidad y GRADUALIDAD; 3) Principio de EQUIDAD INTERGENERACIONAL; 4) Principio de SUSTENTABILIDAD; 5) Principio de responsabilidad; 6) Principio de solidaridad; 7) Principio de Cooperación; 8) Principio de prevención; 9) Principio Precautorio; 10) Principio de Subsidiariedad; 11) Principio de Integración. Adquieren fundamental importancia en particular los principios de SUSTENTABILIDAD, PREVENCIÓN Y PRECAUTORIO.

En el caso "CONSTANZO DIAS, Luis Eugenio y otros" El Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro (27 de diciembre de 2005). Respecto de los principios de política ambiental, a tener en cuenta, en la sentencia recaída en RIVELLI, Rolando s/amparo el ST de Justicia consideró que la interpretación y aplicación de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental deben estar sujetas al cumplimiento de los PRINCIPIOS, establecidos en la Ley 25675 General del Ambiente. En el caso de autos se han respetado los siguientes principios: a) Principio de congruencia; b) Principio de prevención; c) PRINCIPIO PRECAUTORIO; d) Principio de equidad intergeneracional; e) Principio de progresividad; f) Principio de subsidiariedad; g) Principio de sustentabilidad; h) Principio de solidaridad; i) Principio de cooperación.

En el caso "WERNECKE, Adolfo Guillermo y otros c/Ministerio de Asuntos de la Provincia de Buenos aires s/amparo- medida cautelar" La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala I, (11 de mayo de 2006) entiende que el mecanismo del principio de PRECAUCIÓN indica que hasta que no se despejen con la certeza suficiente las dudas sobre los efectos de una determinada actividad, lo que se debe hacer es postergar la

autorización. Es dable enmarcar la resolución del Juzgado y de esta Cámara Federal en el PRINCIPIO PRECAUTORIO del artículo 4 de la Ley General del Ambiente

En estas actuaciones, tanto el Fiscal General y la Cámara Federal en las resoluciones interlocutorias del proceso coinciden al precisar que resulta clave acudir al PRINCIPIO PRECAUTORIO del Artículo 4 de la Ley 25675. En esta materia no se puede fijar la mirada en un futuro más o menos inmediato, sino que debe elevarse la perspectiva y el raciocinio hacia el futuro mediato, bajo riesgo de desconocer nociones elementales de Derecho Ambiental. En este campo rige el PRINCIPIO PRECAUTORIO o de cautela. La regla es “ante la duda abstenerse”. Este principio se caracteriza por invertir la carga de la prueba, la que recae sobre aquél que pretende alterar el status quo por medio del desarrollo de un proyecto o actividad industrial. El artículo 4 de la ley 25675 adopta una definición del principio de precaución acorde con esta realidad. Lo primero que se nota dentro de la definición del principio de precaución lo denomina el PRESUPUESTO DE INCERTIDUMBRE. En consecuencia del mismo, una norma que dice que se autoriza una actividad con impacto ambiental pero permitiendo que ante la degradación del ecosistema éste se podrá suspender, en realidad lo que está haciendo es invertir el mecanismo de precaución

En el caso “MENDOZA, Beatriz Silvia y otros c/ESTADO NACIONAL y otros s/daños y perjuicios” la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (M. 1569. X, 20 de junio de 2006) hace expresa mención y aplicación del principio de progresividad y al principio precautorio al requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires y al COFEMA para que en el plazo de 30 días y en los términos de la Ley 25675, presenten un plan integrado, (artículo 5: Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los PRINCIPIOS enunciados en la presente ley), basado en el PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD (art. 4) el que prevé que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma GRADUAL, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal.

El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna." (CSJN, "Mendoza, Beatriz y otros vs. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios" (daños derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza - Riachuelo, Fallo M.1569. XL, -20-06-2006).

En el caso “ASOCIACIÓN CIVIL NUEVO AMBIENTE – CENTRO VECINAL PUNTA LARA c/CEAMSE s/AMPARO” la Cámara Contencioso Administrativo (La Plata 22 de junio 2006) dijo que en materia ambiental rige el denominado PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, reglado por la Ley General del Ambiente 25675, extremo éste oportunamente consagrado, en el ámbito Regional, en el artículo 1 del Tratado de Asunción del MERCOSUR, Ley 23981. Allí se describe estableciendo la necesidad que la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley, en caso que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se oponga. Congruencia significa, en términos del legislador, que el complemento legislativo provincial – al que agrega el municipal- debe ser “adecuado” a los principios y normas que establece la Ley General del ambiente. Adecuar significa “acomodar una cosa con otra”. Con ello lo que se quiere decir es que las normas que pertenezcan a los órdenes provinciales y municipales se deberán amoldar a las de presupuestos mínimos nacionales (consecuencia directa del principio de supremacía federal del art. 31 CN), pero desarrollándolas o maximizándolas.

En igual sentido la Cámara en lo Contencioso Administrativo pronuncia en el fallo que la Ley General del Ambiente 25675 esparcirá sus principios sobre un sistema cuádruple: a) primero sobre las normas provinciales generales del Ambiente; b) luego sobre las normas sectoriales o específicas provinciales; c) posteriormente en las normas ambientales generales de nivel municipal (en algunos lugares “Cartas Municipales”); y finalmente, d) en las normas sectoriales municipales. Ha de recordarse la vigencia y aplicación del PRINCIPIO DE PREVENCIÓN y EL PRECAUTORIO (art. 4º Ley 25675) que deben presidir las decisiones políticas, o de oportunidad jurisdiccional a la hora de ponderar una decisión limitativa de un derecho constitucional (ejercer industria lícita – art. 14 CN), en aras de tutelar armónicamente el compromiso ambiental y en la salud de la población (art. 41, 42, 43 CN, art. 28 Const. PBA), frente a supuestos en los que la actividad desarrollada pudiera afectarlos, que debe garantizarse, debe ponerse a resguardo por el titular del emprendimiento. La principal característica del PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN está dirigida a gerenciar el riesgo de un daño desconocido o mal conocido derivando entonces en la toma de medidas aún antes de que el peligro de daño pueda ser realmente identificado. En cambio, el PRINCIPIO DE PREVENCIÓN, intenta mitigar los posibles efectos dañosos de una actividad o proyectos cuya nocividad resulta conocida.

En ese sentido ha de recordarse que el PRINCIPIO PRECAUTORIO refuerza la idea predominante en el derecho ambiental de la prevención. Es un instrumento idóneo para la defensa del medio ambiente, en situaciones de riesgo potencial, frente a la duda científica y de cara a la posibilidad medianamente aceptable de un peligro ecológico o ambiental amerita la tutela judicial.

En el reciente caso "MERLO APOLINARIO C/AGUAS DE CORRIENTES S.A., ADMINISTRACION DE OBRAS SANITARIAS DE CORRIENTES Y ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA (CONOCIMIENTO)" la Cámara de Apelaciones de Corrientes (1 de octubre de 2009) hizo lugar parcialmente a la medida peticionada, existiendo elementos que hacen potencialmente factible el daño ambiental toda vez que la propia empresa señala en su página web que en la ciudad de Corrientes el efluente cloacal es volcado directamente a las aguas del Río Paraná; que dado el plazo de puesta en funcionamiento de las plantas de tratamiento de Capital y Goya para agosto de 2010, resulta verosímil que el río Paraná ya no sea capaz de diluir los efluentes cloacales, como otrora lo era, atendiendo a las particularidades que ahora presenta el curso de agua así como el aumento de la población y otras características propias de la zona; que conforme al principio precautorio establecido en el art. 4º de la ley 25675 "cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

Esta misma Cámara se había pronunciado en el caso “LEIVA, Bruno c/FORESTAL ANDINA SA s/Sumarísimo” (2 de diciembre 2005) haciendo aplicación del principio precautorio consagrado en la Ley 25675 al decir que cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio Ambiente.

Los numerosos precedentes jurisprudenciales de nuestros tribunales argentinos evidencian el esfuerzo por adaptar los elementos del derecho civil y procesal civil a una visión precautoria.

Breve reseña de Jurisprudencia Salteña en referencia al daño ambiental

En la jurisprudencia salteña existen antecedentes en los que los presupuestos de causalidad del daño han sido adaptados conforme al principio precautorio. Uno de ellos es el caso “Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral de 1° Instancia vs. Municipalidad de Salta s/Medida cautelar prohibición de innovar”. En este caso, el Ministerio Público de Salta accionó de oficio a fin de evitar el potencial daño al ambiente que podía producir la construcción de la ampliación de la terminal de ómnibus de la Ciudad de Salta, en este caso

se intervino en aspectos iniciales a la edificación, controlando la correcta restitución de las especies arbóreas que se habían quitado y controlando el plano de la ejecución de obra.

Otro caso importante en la Jurisprudencia de la Provincia de Salta es la causa "Esper, Félix Antonio C/Bocanera, SA" del Juzgado de Instrucción de 1° Nominación, del Distrito Judicial del Sur – Metán. En este proceso, el magistrado Mario Herminio Teseyra, adecuó la afectación genérica a la específica afectación ambiental en la que quedan incluidos los bienes culturales, distinguiendo asimismo entre afectación personal y afectación de muchos (colectiva), inclinándose por la protección al patrimonio histórico y cultural, y en especial respecto a la conservación por las ruinas arqueológicas.

Respecto al daño ambiental abstracto, la Corte de Salta se pronunció en los autos "Mulki, Gastón Martin vs. Municipalidad de la Ciudad de Salta" en la que el actor interpone una acción de amparo con el objeto de que se dejen sin efecto los actos por los cuales la Municipalidad de Salta autorizó ha habilitación y funcionamiento de una sala de juegos, en su carácter de vecino.

La causalidad adecuada a la luz de la Ley General del Ambiente 25675

El art. 4 de la ley 25675 establece el principio precautorio al disponer que cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

En materia ambiental, a tenor de la ley general del ambiente vigente, el peligro de daño grave o irreversible basta para que se deba tomar medidas, sin poder utilizar la excusa de la falta de causalidad adecuada o de certeza para impedirlo.

Sentado lo expuesto, teniendo en cuenta que la causalidad adecuada implica una "alta probabilidad" y el principio precautorio establece que la ausencia de información o certeza científica no puede ser tomada como excusa en materia ambiental, debe necesariamente concluirse que las exigencias de alta probabilidad han quedado reducidas a la simple posibilidad.

El principio de precaución, por ende, ha venido a aggiornar, ajustar, adecuar la relación causal entre una determinada tecnología y el daño ambiental incierto.

Numerosos son los fallos jurisprudenciales de nuestros tribunales nacionales que han comenzado a aplicar este razonamiento lógico jurídico, entre los que cabe destacar el Fallo Mendoza. Y es que los jueces cuando se enfrentan a definir la existencia del vínculo causal en materia ambiental no siempre deben recurrir a la elaboración de complejas teorías. A veces, además, basta la equivalencia de las condiciones para afirmar o descartar un determinado hecho como causal. En otros, sin embargo, será necesario recurrir a un criterio de razonabilidad, por lo cual deberá recurrirse a la causalidad adecuada.

En este sentido, Mario Valls sostiene que el juez puede formar su criterio en base a probabilidades cuando se enfrenta a la dificultad de acreditar la relación causal en materia ambiental.

Para la ciencia clásica la causalidad material constituye un proceso lineal, mientras que para la ciencia actual se trata de un proceso circular, donde la causa produce un efecto y este efecto retroalimenta una nueva causa. Si bien no debemos confundir causalidad material con causalidad jurídica, el derecho ha internalizado la incertidumbre al momento de resolver cuestiones ambientales.

El rol del juez como gestor ambiental

El rol del juez como tercero imparcial ha quedado desplazado por el nuevo rol del magistrado ambiental, a quien se le exige un rol proactivo, ya que a quien le incumbe juzgar estas cuestiones no se le puede escapar que los daños ambientales suelen ser de gran dimensión, presentarse súbitamente y con un gran efecto expansivo, provocando la degradación funcional de los sistemas y el deterioro del hábitat que se traduce en daños a todas las formas de vida, incluida la humana. Por ello, a los jueces les incumbe calibrar la

doble faz del perjuicio derivado del daño ambiental: la individual que soportan quienes padecen los efectos del deterioro y la colectiva que soporta la especie humana en su conjunto cuando el proceder lesivo desprecia el medio donde habita.

La magistratura fue evidenciando con el correr del tiempo cambios profundos en su actuación. Se pueden distinguir, siguiendo al autor Felipe Fucito, tres tipos de jueces: Juez Boca de la ley, para quien la actuación judicial se limitaba a la interpretación y aplicación estricta del texto normativo; Juez Teleólogo, quien avanza más allá de la interpretación literal de la norma y considera los fines previstos en la ley al momento de aplicar la misma. En otras palabras, hablamos del Juez Finalista; Juez con responsabilidad social: En “Los Jueces de Hoy” se describe el rol actual de los magistrados insertos en una problemática que les exige cada día un mayor protagonismo.

El papel del Juez en la protección del ambiente surge como un juez interesado, en las palabras de Néstor Sagües, es decir, un juez atento a los requerimientos y necesidades sociales, que abandone una postura pasiva, de mero espectador, para asumir un rol activo en la búsqueda de la verdad real.

El Juez Proactivo necesita una formación interdisciplinaria y transdisciplinaria que lo capacite para tomar decisiones tutelando el ambiente. La sola formación jurídica resulta insuficiente en el espectro actual para fundamentar la decisión del magistrado a la luz del Paradigma Ambiental.

Sin lugar a dudas, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios” del 20/06/2006 constituye un leading case, caso testigo, al delinear el perfil de la función ambiental del magistrado actual y fijar el sentido en el que deberán pronunciarse los magistrados argentinos.

En estas cuestiones el rol del juez ha cambiado sustancialmente, rotando hacia una posición más inquisitiva, con un mayor protagonismo y con una participación mucho más activa en el proceso lo que ha permitido afirmar - a mi juicio con acierto que: "En el nuevo marco procesal, es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa, con miras a la prevención del daño ambiental, donde debe buscarse "prevenir más que curar" (cfr.Sup. Corte de Bs. As. 19/5/98 "Almada, Hugo v Copetro S.A. y otro"; "Irazú, Margarita v Copetro S.A. y otro. L.L.B.A. 199894).

El juez quiere, como toda la comunidad, dejar a las generaciones futuras un mundo mejor, por lo que no puede ser mero espectador en las cuestiones ambientales, debiendo ejercer una doble responsabilidad como juez y parte interesada en la conservación del ambiente. Para ello debe asumir un papel proactivo, buscar la verdad real y en definitiva buscar una protección efectiva del ambiente, porque tenemos que crear un nivel distinto de consideración del problema, un conjunto de valores en los que el "juez es parte porque le interesa que el agua que bebe siga siendo fresca, cristalina, pura, porque le interesa que el aire que respira mantenga sus condiciones" (cfr. Pigretti, Eduardo A "Derecho ambiental profundizado" 2003 Ed. L.L. pág. 10).

En el interés del magistrado priman dos deberes:

a. Su deber de aplicar la Constitución que en su art. 41 lo obliga, como a cualquier habitante a cumplir con su obligación de "defender el medio ambiente";

b. Su deber de velar por intereses superiores de la comunidad, derechos humanos constitucionalizados de los individuos y la sociedad, en donde se encuentra insoslayablemente en juego el orden público.

Por ello y a modo de conclusión, es en definitiva el juez quien deba en el caso concreto adaptar el presupuesto de la relación de causalidad adecuada en el daño ambiental.

En definitiva, son los magistrados quienes se encuentran con la necesidad de fallar en cuestiones de daños ambientales valiéndose de los postulados de la teoría general de daños, y en consecuencia, empleando los presupuestos para la existencia del mismo, por lo que a ellos les cabe asumir la tarea de adecuación del presupuesto de causalidad y su adaptación al caso ambiental.

La causalidad precautoria

Es indudable que para abordar esta tarea de adecuación el juez deba valerse del principio precautorio que domina en materia de daños ambientales.

Es que podemos concluir que la causalidad adecuada se transforma por la labor judicial en causalidad precautoria. Una especie de causalidad propia del ambiente, propia del derecho ambiental y, por ende, propia del daño ambiental.

Sin lugar a dudas, el ingreso a nuestro ordenamiento jurídico del principio precautorio contenido en el art. 4 de la ley 25675 ha transformado la causalidad adecuada en causalidad precautoria, nombre al que se arriba en este trabajo

Esta causalidad precautoria está teñida de incertidumbre, de mera probabilidad y posibilita el resarcimiento del daño, pero también posibilita la evitación del daño a los bienes ambientales. Funda su basamento en el principio precautorio y logra internalizar en nuestro razonamiento lógico jurídico la incertidumbre que nos plantea la actualidad tecnológica, bastando la mera o simple posibilidad de ocurrencia del daño.

Se caracteriza también por ser acumulativa, ya que intervienen diversos factores, siendo suficiente la existencia de cualquiera de ellos para que produzca el efecto.

A esta conclusión se arriba luego de analizar en detenimiento el caso “Bordenave, Sofía A. s/Mandamus” del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (17 de marzo de 2005), un claro antecedente jurisprudencial de aplicación de la “causalidad precautoria” en el que se acoge la pretensión en base al principio precautorio, teniendo asimismo en mira los intereses de las generaciones futuras (art. 41 CN), en función de prevenir daños al ecosistema, esencial para la subsistencia de los seres humanos. Dicho principio, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre.

Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial.

Las técnicas de prevención se inscriben dentro de la etapa del predaño. En este marco, el principio de precaución se inscribe dentro de los mecanismos que imponen la obligación de actuar con prudencia frente a las incertidumbres científicas. En otras palabras, un deber de prevención, en períodos de conocimientos científicos y técnicos inciertos.

En cuanto a las incertidumbres, reconoce que tanto en la comunidad científica como en la sociedad de los consumidores se debate respecto a las incertidumbres que resultan de la comercialización de los productos modificados transgénicamente y estas dudas tienen por motivo la ausencia de información respecto a qué tipo de posibles riesgos podrían resultar a los consumidores de la ingesta de estos productos.

Las nuevas condiciones creadas por los avances científicos y tecnológicos arrojan inseguridad sobre el desenvolvimiento de muchos procesos causales.

Las cuestiones ambientales confluyen en muy diversas cuestiones, como las características del compuesto eventualmente tóxico en sí mismo, las condiciones naturales y artificiales del ambiente concreto, el comportamiento de cada contaminante en distintos ambientes y organismos.

Extraigo textualmente de este fallo la aseveración de Roberto Andorno, quien pone de relevancia que el principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobada de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la `prevención' y la `precaución'. En el caso de la `prevención', la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar o reducir los perjuicios causados por automotores. En cambio, en el caso de la `precaución', la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos

científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial" (cfr. Isidoro H. Goldenberg y Néstor A. Cafferatta, "El principio de precaución", JA. 2002-IV-1442, Lexis N° 0003/009138).

En igual sentido, arriba a similar conclusión María Valeria Berros al proponer “dejar de lado la relación causal de tipo directa y de corte individualista, construida a manera de causa-efecto, y transformarla a partir de la incorporación de lo incierto en su seno constitutivo, recomponiendo el presupuesto de la causalidad del derecho de daños.”

Análogo pensamiento sostiene Marcelo López Mesa al advertir que la ley 25675 ha derogado la causalidad adecuada en materia ambiental, por aplicación del principio precautorio.

Consideramos, en esta monografía, que la causalidad adecuada se ha transformado en causalidad precautoria para poder encontrar cabida en el daño ambiental, de ningún modo pensamos que esta adaptación implique el surgimiento de una nueva teoría de la responsabilidad ambiental, sino un necesario ajuste a la realidad de la problemática ambiental.

Tampoco consideramos que la causalidad adecuada haya quedado derogada por la causalidad precautoria, sino que la suplementa en aquellos casos en los que gobierna el principio precautorio.

Frente a los perjuicios ambientales la causalidad se presenta difusa y los principios que rigen el derecho ambiental pueden sostenernos al momento de analizar la causalidad partiendo de una causalidad adecuada, y en algunos casos “no verificable” a una causalidad precautoria, de raigambre ético-jurídico y que nos ayude a gobernar los riesgos tecnológicos.

Conclusión:

En materia de responsabilidad por daño ambiental existe la necesidad de flexibilizar los presupuestos contenidos en la teoría general de la responsabilidad civil para adaptarlos al daño ambiental.

Si bien al derecho ambiental se lo reconoce como decodificante, esto no implica que la responsabilidad por daños ambientales no pueda analizarse a la luz de los presupuestos del daño civil en general. Por ello, se encuentra controvertida la necesidad de recurrir a la construcción de una teoría general de la responsabilidad ambiental si se analizan las distintas y abundantes posturas existentes en la doctrina y en la jurisprudencia nacional sobre la causalidad en materia civil.

Por consiguiente, podemos concluir que el presupuesto “causalidad” se verifica plenamente en materia de daños ambientales, bastando su adecuación a los principios ambientales, especialmente al principio preventivo y más aún al principio precautorio.

Resta solo decir que es necesario adaptar la causalidad adecuada a los nuevos parámetros de incertidumbre a los que asistimos en la actualidad. En este proceso de adecuación para arribar a la causalidad ambiental partiendo de la causalidad adecuada juega un rol importante el principio precautorio.

Esta postura puede colegirse de la labor jurisprudencial de nuestros magistrados quienes sin recurrir a la formulación de una teoría de la responsabilidad ambiental han comenzado a aplicar el requisito de la causalidad adecuándolo a la realidad de la problemática ambiental. Es posible concluir, en este sentido, que transitamos el camino de una “causalidad adecuada” a una “causalidad precautoria” en materia ambiental, causalidad ésta que toma los matices de la adecuación para adaptarse al principio precautorio, logrando de esta forma internalizar en nuestro razonamiento lógico jurídico la incertidumbre que nos plantea la actualidad tecnológica, bastando la mera o simple posibilidad de ocurrencia del daño.

Nuestros jueces no han alterado los principios que regulan la materia de daños, sino que por el contrario han encontrado nuevas formas de adecuación de los presupuestos, y

ante el caso de duda, han adaptado la causalidad adecuada del daño civil a la causalidad precautoria que justifica la máxima “in dubio pro ambiente”.

De los numerosos precedentes jurisprudenciales citados en el presente trabajo se aprecia que el perfil proactivo del juez ambiental enriquece aún más la ciencia del derecho dándonos una nueva causalidad surgida de la creación jurisprudencial por aplicación del principio precautorio: la causalidad precautoria.

Bibliografía:

Giannini, Leandro J. – “La Tutela Colectiva de Derechos Individuales Homogéneos”- 1ª ed.- La Plata: Librería Editora Platense, 2007.

López Mesa, Marcelo J. y Trigo Represas, Félix Alberto- “Tratado de la Responsabilidad Civil”- 1ª ed. 2ª reimpresión - Buenos Aires: La Ley, 2008.

Lorenzetti, Ricardo Luis , “Derecho Ambiental y Daño” 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2009.

Morello, Augusto Mario y Cafferata, Néstor, “Visión Procesal de Cuestiones Ambientales”- 1ª Ed.- Santa Fé – Rubinzal Culzoni, 2006.

Valls, Mario F. “Derecho Ambiental”- 1ª ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

“Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad”– Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad IDEAS – Universidad Católica de Salta- Salta- Eucasa, 2007.

Revista de Derecho Ambiental, 1ª ed. – Lexis Nexis, Argentina- Números 0 al 17.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/02/voces-relacion-de-causalidad-relacion.html. Fecha de acceso 28/06/2009.

PREMIO AL MÉRITO JUDICIAL 2012

El Consejo Académico de la Escuela de la Magistratura aprobó el "Premio al Mérito Judicial 2012", destinado a Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Salta, conforme al reglamento aprobado mediante Acta 274 y la evaluación del jurado integrado por los doctores Abel Cornejo, Luis Félix Costas y Héctor Guillermo Alavila, otorgando los premios en el siguiente orden de mérito:

Primer Premio se otorga al trabajo "Nemo tenetur se ipsum accusare" de autoría de Jorge I. González Ferreyra Solá.

Segundo premio se otorga al trabajo *"La garantía del derecho de defensa en el procedimiento disciplinario carcelario de Salta y su influencia en el cumplimiento de la prisión"* de autoría de Claudia Carolina Alarcón.

Además se ordena publicar los otros dos trabajos presentados en el Anuario: "*Delito y Pueblos Originarios",* presentado por la Dra. Sandra Mabel Sánchez y "*El lenguaje de la sentencia penal y la garantía del proceso penal público"*, presentado por el Dr. Ramón Esteban Medina.

Se transcribe el Reglamento para la presentación de los trabajos:

REGLAMENTO

Artículo 1: El Consejo Académico de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta, de conformidad a lo establecido en el art. 3, inc. J) de su Estatuto, llama a concurso de trabajos monográficos para otorgar el "Premio al mérito judicial 2012", destinado a magistrados y funcionarios del Poder Judicial de Salta con el objetivo de reconocer la calidad académica de miembros del Poder Judicial y facilitar el perfeccionamiento en institutos de capacitación jurídica nacionales o extranjeros.

Artículo 2: Se instituyen como premio 2 (dos) becas para participar de un Curso de Posgrado en Derecho que dicta la Universidad de Castilla – La Mancha a desarrollarse en el mes de Enero de 2013 en Toledo, España.

La beca incluye: a) Costo de matrícula del curso; b) Pasaje aéreo Salta – Toledo – Salta.; y c) Alojamiento durante el dictado del curso.

Los demás gastos que demande la estadía serán asumidos por el participante.

Artículo 3: Los trabajos deben versar sobre Derechos Humanos Fundamentales y Garantías Constitucionales en la Justicia Penal.

Artículo 4: Se aceptará únicamente trabajos monográficos individuales. Podrán presentarse obras inéditas, originales, escritas en idioma español. La extensión de la obra no podrá ser mayor a 10 (diez) páginas. El formato de presentación deberá ser realizado en documento de Word 97-2003 o superior; presentado impreso en papel tamaño IRAM A4; a una sola carilla; tipo de letra Arial Tamaño 12; con interlineado 1,5; alineación justificada, con márgenes: superior 4 cm; inferior 2 cm; izquierdo 4 cm; derecho 2 cm. Las tablas y gráficos que se opte incluir deberán insertarse como Anexo e incluirse como archivo independiente en formato jpg. Los títulos del trabajo se identificarán con tipo de letra Arial Tamaño 14 negrita y los subtítulos del trabajo se identificarán con tipo de letra Arial Tamaño 12 negrita. Las referencias bibliográficas se consignarán al final del trabajo en orden alfabético siguiendo el apellido del autor.

Artículo 5: El concurso está destinado únicamente a magistrados y funcionarios de todas las instancias y fueros del Poder Judicial de Salta.

Artículo 6: La Escuela de la Magistratura no se responsabiliza por la originalidad de los trabajos presentados, las opiniones vertidas, o la eventual falta de indicación del nombre de un autor o del origen de una obra citada en los trabajos.

Artículo 7: Los trabajos deberán ser presentados, personalmente por el autor o un tercero autorizado, en soporte papel en dos ejemplares en Mesa de Entradas de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta, sita en Ciudad Judicial – Ala Norte, Avda. Bolivia

4671, Código Postal 4400 - Salta - Capital. Igualmente deberá realizarse su envío digital a la dirección de correo electrónico escuela@justiciasalta.gov.ar, indicando en asunto: "Concurso". La fecha y hora de recepción quedará determinada por el cargo que se coloque en Mesa de Entradas.

Se fija como fecha límite de presentación de los trabajos el 31 de agosto de 2012.

Artículo 8: Se fija como fecha de entrega del informe de la Comisión que actuará como jurado hasta el 28 de setiembre de 2012.

Artículo 9: Criterios de selección: el criterio principal de la calidad del trabajo pondrá especial énfasis en la importancia teórico práctica del mismo, la originalidad, claridad expositiva, la riqueza bibliográfica y jurisprudencial. Tendrán preferencia aquellos que contemplen aspectos o temas no abordados o poco tratados por la doctrina o aquellos que aborden temas de alta complejidad.

Artículo 10: Se seleccionarán 2 (dos) trabajos ganadores cuyos autores se harán acreedores a una BECA cada uno y serán publicados en el Anuario de la Revista Temas Judiciales. Los demás trabajos participantes se publicarán, a criterio de la Comisión, en la página web de la Escuela de la Magistratura www.escuelamagistratura.gov.ar .

Artículo 11: La presentación de los trabajos monográficos implica el consentimiento liso, llano e incondicional para su reproducción por cualquier medio por parte de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta.

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

Jorge I. González Ferreyra Solá

Significación, alcances y proyecciones del derecho fundamental de toda persona de no auto incriminarse y de negarse a cooperar activamente con la acusación.

I Presentación

En el presente ensayo me propongo esbozar algunas breves reflexiones propedéuticas en torno a un tópico fundamental de la ciencia jurídica constitucional y penal de todos los tiempos: el principio *Nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie está obligado a acusarse a sí mismo). En primer lugar, haremos una breve alusión a la génesis romanista del axioma y a su ulterior difusión por todo el mundo jurídico civilizado. Asimismo, precisaremos el sentido histórico del apotegma y su significación primigenia y actual, destacando su linaje constitucional, su relevancia política garantista y su trascendencia lógico-sistemática; por último, enfatizaremos los alcances concretos de su vigencia dentro y fuera del proceso penal y sopesaremos, ya en la órbita propiamente criminal, la incidencia de la regla en la situación jurídico-procesal del imputado y en el régimen de producción y valoración de la prueba. Todo ello, claro está, dentro de los acotadísimos límites impuestos a esta monografía que, por cierto, tiene letra para mucho más.

II Breve Noticia Histórica

En relación con nuestro objeto de investigación, y en vinculación directa con la prueba testimonial en materia penal, las Sagradas Escrituras consagraron la ineptitud de un solo y único testimonio para condenar a un delincuente[1].

Asimismo -según referencia estampada por la pluma erudita de Gorphe-, en el derecho romano, en las acciones privadas y en las acusaciones no capitales, se consideraba que quien transigía mediante dinero con la parte contraria había confesado el hecho que se le imputaba: *intelligitur confiteri crimen, qui pasciscitur* (Digesto, lib. 3, tít. II, ley 5. *De his. qui not. inf*)[2].

Sin embargo, tiempo después, en tímida prefiguración de lo que sería práctica corriente durante los tiempos oscuros de la Inquisición, se le acordó a la confesión del

---

1 En efecto, en el Antiguo Testamento puede leerse: "Si alguien mata a una persona, el homicida será condenado a muerte por la declaración de testigos, pero el testimonio de uno solo no basta para condenar a muerte a alguien" (Números, 35-30); "Para que alguien sea condenado a muerte se requiere el testimonio de dos o más testigos. Nadie será condenado a muerte en base al testimonio de uno sólo" (Deuteronomio 17-6); "No basta un solo testigo para declarar a un hombre culpable de crimen o delito; cualquiera sea la índole del delito, la sentencia deberá fundarse en la declaración de dos o más testigos" (Deuteronomio, 19-15).

Según nuestro parecer, en la cita sagrada subyace el fundamento bíblico de las máximas latinas testis unus, testis nullus *("testigo único, testimonio nulo") y* ubis numerus testium non est expressus, duos suffcere *("allí donde el número de testimonios no está establecido de manera expresa, dos son suficientes"). Los citados preceptos del texto sacro sugieren dos consecuencias prácticas de interés para nuestra indagación: a) que desde la antigüedad pre-cristiana la certeza condenatoria en la órbita criminal requería de la declaración de "testigos" en sentido propio, es decir, "terceros" ajenos, en principio, al hecho delictivo y distintos, por tanto, de las personas de la víctima y del propio sindicado; b) que debían concurrir "por lo menos" dos testimonios contestes (dos o más) para considerar culpable al acusado y, en consecuencia, condenarlo.*

2 GORPHE, Francois, "Apreciación Judicial de la Prueba", Ed. Temis, Bogotá – Colombia, 1985, pág. 169.

De modo que regía, en tales casos, el adagio Confessus pro judicato est. De la fuente compuesta que conforman el texto divino con la afirmación gorpheana se puede inferir verosímilmente que en la Roma de aquellos años, en materia de acciones públicas o de acusaciones capitales no bastaba con la sola declaración autoinculpatoria del sindicado confesante, sino que al testimonio del propio acusado debían sumarse elementos de prueba y convicción que confirmaran y respaldaran, en forma bastante, la autoincriminación del reo.

inculpado plena eficacia comprobatoria y las leyes romanas sentaron *que el reo confeso debía tenerse por convicto*. Con sentido parcialmente abrogatorio de esta máxima, en tiempos del emperador Severo se estableció *que "nadie está obligado a delatarse a sí mismo"* (*nemo tenetur se detegere*). Dicha sentencia se entendió en el sentido amplio de que *"nadie está obligado a proceder en su propio perjuicio (nemo tenetur procedere) ni tampoco puede ser constreñido a acusarse a sí mismo* (*nemo tenetur se accusare*)"[3].

Con el correr del tiempo el proverbio fue acogido tanto por la tradición jurídica continental-europea cuanto por la práctica judicial anglosajona. Hacia 1670 la célebre Ordenanza francesa establecía que *"el silencio del acusado ante una acusación lo exponía a los rigores pronunciados contra el "mudo voluntario" y permitía estimar como definitivamente verdaderos los hechos sobre los cuales no hubiera querido explicarse"*[4].

A fines del siglo XVI se hallaba suficientemente difundido en Inglaterra que *"nadie está obligado a proceder en su propio perjuicio ni a acusarse a sí mismo"*. Más tarde, la regla sería proclamada en el *nuevo mundo,* en la sección VIII de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 (*"nadie puede ser compelido a declarar contra sí mismo" o "nadie puede ser obligado a dar testimonio contra sí mismo"*) y se reproduciría, finalmente, en la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, bajo los siguientes términos: *"nadie será obligado en juicio criminal a declarar contra sí mismo"*[5].

En el derecho patrio argentino la recepción de la garantía se advierte con claridad a partir de 1813, en el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica-Literaria: *"Ningún ciudadano será obligado a declarar contra sí propio o confesar un crimen, ni se lo notificará para que diga en juicio lo que llanamente no conteste"* (art. 201). En el mismo año, el Proyecto de Constitución federal para las Provincias Unidas de América del Sud reproducía el mismo concepto: *"Nadie será compelido en un caso criminal a delatarse a sí mismo"* (art. 48). Años más tarde, el Proyecto de Constitución de Alberdi (1852) sentaría: *"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"* (art. 19). Finalmente, la Constitución Nacional de 1853 consagró la garantía en el art. 18, según los términos de la fórmula propuesta por Alberdi: *"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo".*

A poco más de tres décadas de lograrse el acto constituyente que fundara la identidad jurídico-política de la República Argentina, el Código de Procedimiento en lo Criminal de 1888 dedicaba el Título V a la declaración del indagado, disponiendo en su art. 239: *"Si el procesado se negase a declarar, se hará constar por acta en el proceso que deberá ser firmada por el Juez, el procesado, su defensor, si concurriere, y el Secretario. El silencio del interrogado o su negativa a declarar, no hará presunción alguna en su contra".*

A partir de mediados del siglo XX la sentencia bajo estudio fue consagrada y reeditada por la legislación internacional consagratoria de los derechos humanos

---

[3] De tal manera, se establecía la precariedad, imperfección e insuficiencia probatoria de la confesión de los acusados si al propio tiempo su declaración no se hallaba sostenida por otras probanzas o por nuevos argumentos fácticos. En tal sentido, rezaba la ley severiana: confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instrunt (L. 20 ss. de quaest.).

[4] *GORPHE, Francois, Op. y Loc. Cit. De modo que en Francia, hacia mediados del siglo XVII, el silencio del acusado se tomaba como indicio de cargo y presunción de culpabilidad, es decir que la pasiva actitud silente del inquirido tenía la misma significación jurídica (de reconocimiento, confesión y autoinculpación) que se le asignaba en el ámbito civil.*

[5] Ya en pleno siglo XX la jurisprudencia norteamericana habría de darle al postulado plenitud de sentido y máxima operatividad práctica, a partir del leading case Miranda vs. Arizona (384 U.S. 430 - 1966). Desde entonces, la policía debe leerle sus derechos a la persona detenida como sospechosa de haber participado en un delito a fin de informarle: a) que tiene derecho a guardar silencio; b) que todo lo que diga puede ser usado en su contra; c) que tiene derecho a contar con un abogado de su elección o bien proporcionado por el Estado en caso de ser persona de escasos recursos; d) que tiene derecho a entrevistarse con su abogado antes de declarar y a que éste se halle presente en todos los interrogatorios.
Poco antes del citado precedente, en el caso Escobedo vs. Illions (378 US 478, 1964) la Corte estadounidense dijo que "ninguna declaración obtenida por la policía sin la presencia de abogado podía ser usada como evidencia en un proceso criminal, pues el derecho a contar con un abogado es constitucional. Los interrogatorios policiales no están prohibidos, pero quedan sometidos a las exigencias de Miranda" (CAMARGO, Pedro Pablo, "Manual de Enjuiciamiento Penal Colombiano", Ed. LEYER, Bogotá – Colombia, 2008, pág. 44).

fundamentales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 preveía el derecho de toda persona acusada de delito a ser juzgada en un juicio público conforme a la ley, en el que se le asegurasen debidamente todas las garantías para su defensa (art. 11). Mas explícitamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo el epígrafe "garantías judiciales", dispone: *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho…g)…a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;…"* (art. 8º.2 g). Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: *"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:…g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable."*

En la esfera del derecho penal internacional, el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 -por el cual se creó la Corte Penal Internacional- prescribe que *"…nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable…"* (art. 55, nº 1, "a").

III Fundamentación Racional del Principio

Se ha dicho que *"el sindicado…es un testigo a quien no se puede coaccionar;…no tenemos el derecho de pretender que él coopere en su propia condena"*[6]. Asimismo -y aunque en referencia a la facultad de abstención declarativa de que goza toda persona llamada a deponer testimonialmente en una causa en contra de sus parientes o familiares cercanos-, se adujo un fundamento de orden antropológico y natural que bien puede valer para justificar la incoercibilidad moral del sujeto declarante en la hipótesis confesoria: *"…repugnaría a la moral y a los derechos naturales constreñir a alguien para dar testimonio en perjuicio de aquellos a quienes está obligado a amar por deber estricto"* [7] .

Valiéndonos del razonamiento del preclaro jurista italiano, podemos decir que repugnaría a la moral, al derecho natural, a la dignidad de la persona humana -en su ontología y libre autodeterminación- y a las propias bases de legitimación política del Estado Constitucional de Derecho (*legalidad, igualdad, justicia, libertad, reserva o intimidad, división de funciones, razonabilidad y proporcionalidad*), constreñir a alguien para dar testimonio o proceder (actuando, cooperando activamente o haciendo positivamente algo) en su propio perjuicio[8].

IV Formulación constitucional y significación procesal

1. Conforme se anticipara, en el derecho argentino la formulación constitucional del principio se encuentra cristalizada en el art. 18 de la CN: ***"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"***. Todas las cartas fundamentales, tanto de países americanos[9] y

---

[6] *FRAMARINO, Niccola, "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", Ed. Temis, Bogotá - Colombia, 1978, T. II, pág. 152.*

[7] *CARMIGNANI, Giovanni, "Elementos de Derecho Criminal", Ed. Temis, Bogotá – Colombia, 1979, pág. 215.*

[8] *En nuestro concepto, el* nemo tenetur se ipsum accusare, *valorado en perspectiva histórica, significó -aunque fuera luego suprimido por la abyecta Inquisición- la primera garantía fundamental establecida en resguardo de la dignidad de la persona inquirida y fue la primera limitación formal al descubrimiento de la verdad real en el proceso penal; tradujo, en suma, uno de los hitos centrales en el zigzagueante y accidentado camino de humanización del proceso penal y de dignificación de la persona acusada.*

[9] *Tal es el caso de las Constituciones de: i) Colombia: "…nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes…" (Const. 1991, art. 33); ii) Chile: "…en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio…" (Const. 2000, art. 7 inc. f); iii) Ecuador: "…nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que pueden ocasionar su responsabilidad penal…" (Const. 2008, art. 77, nº 7, c); iv) Perú: "…nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes… (…) Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia…" (Const. 1993, art. 2, nº 24, h); v) Venezuela: "…ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o a declarar contra sí misma (…) La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza…" (Const. 1999, art. 49, nº 5); etc.*

europeos[10] cuanto de otras latitudes, contienen una declaración semejante. Ello confiere al postulado rango axial y vigencia universal.

En explicitación de la significación esencial de la locución bajo análisis, podemos decir que, como derecho fundamental y garantía constitucional que es, *ampara a "todo habitante"* (no sólo a quien reviste la calidad de imputado), *dentro y fuera del proceso penal* (aunque siempre respecto de la llamada "materia penal o criminal", esto es, aquella que puede ser objeto de un proceso penal por vincularse a un supuesto de hecho previsto como delito por la ley penal y sancionado por ella como tal; así surge de todas las fuentes vernáculas y foráneas), *frente al riesgo de persecución, acusación y condena penal*. En tal sentido, oportuno es señalar que el objeto de tutela constitucional no es la "declaración" de la persona (como pudo haber sido en otros tiempos), sino su dignidad y su libertad corporal, intelectual y espiritual; en una palabra: su *incoercibilidad moral* (que funda la imposibilidad de obligarla, constreñirla, inducirla o engañarla para que exprese o haga algo, o asuma un determinado comportamiento activo en contra de su voluntad o con prescindencia de ella).

Lo que se procura, en definitiva, es evitar la autoinculpación involuntaria (o sea, desprovista de *discernimiento, intención y libertad*) o coacta (forzada o carente de libertad); de manera que nadie puede ser obligado a acusarse, delatarse o auto-inculparse (pero nada obsta, por cierto, a que el individuo asuma libre y voluntariamente tales comportamientos). Por ello, una correcta interpretación dinámica y progresiva de la garantía recomienda su constante acomodamiento a las nuevas técnicas de investigación y a las tecnologías científicas de avanzada, según un entendimiento amplio de la voz originaria ("declarar o dar testimonio"), comprensivo de *todo comportamiento activamente auto-inculpatorio.* De tal manera, extendiendo razonablemente el universo protectorio de la garantía (mas allá de lo que encierra la simple declaración o expresión de ideas) se optimiza en forma plausible la eficacia tutelar del principio.

En consecuencia, el sentido actual de la fórmula histórica es el siguiente: ***nadie puede ser compelido u obligado*** (directa o indirectamente, por medio de violencia, inducción o engaño) ***a cumplir un acto cualquiera*** (en sede penal o extrapenal -pues bien puede tratarse de una declaración o de una actuación a cumplirse materialmente dentro de un proceso civil, comercial, laboral, contencioso-administrativo, etc., o bien fuera de todo proceso judicial, pero de la cual surja el "peligro de persecución penal"-) ***que lo pueda perjudicar penalmente o le pueda acarrear consecuencias de índole criminal*** (por exponerlo al riesgo de ser acusado, perseguido y condenado penalmente). Entonces, "declarar" equivale a "actuar, hacer, decir o comportarse", y "silencio" o "callar" significa tanto como "no actuar, no hacer, no decir, no mostrar ni revelar". De tal modo, *nadie puede ser obligado, forzado o inducido a declararse culpable ni a asumir un comportamiento material autoincriminatorio sin su libre y consciente voluntad*[11].

En síntesis: ***nadie puede ser forzado a cooperar activamente con la acusación en la destrucción de su estado de inocencia***.

2. Sentado cuanto antecede, e ingresando en la constelación propia del proceso penal, preciso es recordar aquí los dos sentidos en que puede ser considerado el imputado desde el punto de vista probatorio. *"La distinción es importante, pues según sea la calidad que se asigne al imputado en cuanto a su intervención concreta en la prueba -sujeto u objeto- distinta será la solución, en cada caso, frente al principio de incoercibilidad"*[12].

---

[10] *Así, por ejemplo, la Constitución de España, luego de establecer que "Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias" (art. 16. 2) y que toda persona detenida debe ser informada de inmediato sobre sus derechos, "no pudiendo ser obligada a declarar" (art. 17. 3), prescribe que "todos tienen derecho…a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia" (art. 24. 2).*

[11] *En el mismo sentido, se ha apuntado:* "El concepto de `declarar´ debe ser entendido como cualquier clase de manifestación por la cual se exprese, verbalmente, por escrito, gestual, o cualquier otro modo susceptible de poder ser interpretada la expresión de un pensamiento o mensaje consciente y voluntario. En este sentido, el imputado es órgano de prueba, y en consecuencia no puede ser obligado a expresarse" *(JAUCHEN, Eduardo M., "Derechos del Imputado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 205).*

[12] *De la RÚA, Fernando, "Proceso y Justicia", Ed. L.E.A., Bs. As., 1980, pág. 267.*

Asimismo, se ha dicho, con parcial exactitud -pues entiendo que se limita impropiamente el concepto de *órgano de prueba* a la faz puramente declarativa y relatora del sujeto actuante, cuando, a mi criterio, la noción abarca toda clase de actuación racional o inteligente de la persona, aún cuando no fuera estrictamente declarativa o relatora sino meramente actoral o conductual-, que *"…la garantía sólo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba. No la ampara, en cambio, cuando ella misma es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel, o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos…para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio, al examen"*[13] .

En mi concepto, la distinción entre "órgano de prueba" y "objeto de prueba" no depende de que el sujeto "declare o relate" (como parece entender el ilustre jurista precitado), sino, más bien, de que la práctica respectiva involucre (órgano de prueba) o no (objeto de prueba) su personalidad moral y su psiquismo expresivo como emanación actitudinal de su personalidad. En consecuencia, toda actuación racional e inteligente que trasunte un comportamiento personal y que comprometa, por tanto, toda la personalidad del imputado y su genérica expresividad moral (y no solo su inerte corporeidad), lo ubicará en la categoría de *sujeto u órgano de prueba* (como ser inteligente, dotado de libre voluntad). Por el contrario, toda práctica que demande la pasiva materialidad corporal del acusado, de modo que deba tolerar que otros hagan algo sobre su humanidad física (con la sola limitación de que la medida no sea desproporcionadamente invasiva, denigrante o peligrosa para su salud e integridad), le asignará la condición de *objeto de prueba* -u objeto de comprobación o investigación- (como puro ser corporal).

Generalmente, el acusado goza de la condición constitucional-procesal de *inocente-sospechado*. En cuanto sospechado y como *objeto de prueba*, el imputado tiene deberes de sometimiento a la jurisdicción, de comparendo personal y de sujeción a medidas de coerción material, real y personal (física o corporal). Pero tal coercibilidad es sólo material o física, pues desde el punto de vista moral (como ser racional, dotado de consciencia y voluntad) es absolutamente incoercible y se halla protegido por la garantía aquí tratada.

Por ello, la inmunidad constitucional que motivara estas líneas ampara al imputado cuando "actúa" como *sujeto u órgano de prueba* (por ejemplo: cuando declara o es interrogado; al intervenir en un careo, en una reconstrucción del hecho, en un examen psicológico o psiquiátrico, en una pericial caligráfica o en un cotejo de voz, etc.), pero no rige cuando es abordado como *objeto de prueba* (por ejemplo: en un reconocimiento en rueda de personas, en una extracción de sangre, saliva, piel o cabello; en un examen clínico o de mera constatación física; en una radiografía, ecografía, tomografía computada o en un electroencefalograma, etc.). En cuanto *objeto de prueba* el imputado tiene un ineludible "deber de tolerancia" que es inversamente proporcional al tipo de injerencia corporal y a su mayor o menor carácter invasivo; por ello, a menor invasión corporal (o sea, a menor riesgo e intromisión física) mayor será su deber de tolerancia, y a mayor injerencia corporal tendrá un menor deber de tolerancia y mayor será su derecho a resistirse o negarse a la práctica.

3. Ahora bien, desde el punto de vista retórico, discursivo y lógico-argumental la regla bajo estudio admite tres niveles distintos de significación, protección y vigencia, según que lo resguardado o tutelado sea: a) sólo la dimensión expresiva o declarativa de la persona (en cuyo caso el principio equivale a un mero "derecho al silencio" como apéndice singular del "derecho a la intimidad", con sustento en el respeto a la "dignidad humana"); b) su esfera psíquica y moral (de modo que quedaría cubierto, además de la faz declarativa, todo comportamiento activo y positivo que implicase un *hacer o un actuar* de parte del sujeto); o c) la totalidad de su ser físico o corporal y psíquico (supuesto en el cual toda comprobación o indagación sobre la humanidad física -extracción de sangre o cabello- o

---

[13] *MAIER, Julio B.J., "Derecho Procesal Penal – Fundamentos", Ed. Del Puerto, Bs. As., 1999, T. I, pág. 675.*

psíquica -examen psicológico, pericial caligráfica- del sospechado únicamente podría practicarse con su expreso consentimiento).

En consecuencia, las *áreas de inmunidad* y los posibles *alcances* del principio serían tres de creciente amplitud protectoria:

a) *expresiones verbales* (orales, escritas y gestuales, simbólicas o por señas) = ***derecho al silencio*** (no decir, no expresar ni comunicar nada);

b) *toda intervención psíquica o moral* = ***derecho al comportamiento procesal pasivo*** (no hacer ni actuar, pero dejar hacer y tolerar que otros hagan y actúen);

c) *la total humanidad de la persona* = ***derecho a la intangibilidad psico-física*** (no hacer, no tolerar ni dejar hacer o actuar)[14].

Como anticipamos en la precedente anotación marginal, la postura fijada en b) -*derecho al comportamiento procesal pasivo*- traduce el justo equilibrio entre eficacia investigativa y seguridad personal; entre lo que puede hacer u omitir el individuo y lo que pueden y deben hacer los órganos estatales encargados de la procuración y administración de justicia penal. Al respecto, y a tono con lo que llevamos dicho, se ha precisado que la garantía aquí tratada implica *"el derecho de todo habitante de abstenerse de suministrar de cualquier manera, sea verbal, escrita o gestual, toda explicación, información, dato o cosa que pueda incriminarlo penalmente; sólo es válido que lo haga voluntaria y conscientemente"*[15].

En conclusión: el *nemo tenetur* traduce el *"derecho a negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir a raíz de ello ninguna consecuencia negativa, derivado del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de Derecho"*[16].

---

[14] *En (a) se protege la dimensión expresivo-comunicacional del sujeto, es decir, su órbita declarativa (como* órgano de prueba declarante*); en (b) se ampara, además, toda la esfera psíquica, moral y espiritual (*sujeto u órgano de prueba, *en general), quedando incomprendida, en principio, la faz corporal o física, que puede ser materia de relativa experimentación (*objeto de prueba*); y en (c) se tutela la totalidad del ser humano (*objeto de prueba y órgano de prueba*). En consecuencia, (a) es inmunidad de declaración (tal parece haber sido el sentido originario de la garantía); (b) es inmunidad de comportamiento activo (actuación) y positivo (no se lo puede obligar a "hacer o actuar", pero debe soportar que otros hagan o actúen, incluso sobre su corporeidad); y (c) es inmunidad total (de declaración, actuación e indagación material-corporal-objetiva).*

En (a) se le puede exigir al imputado que haga algo (comportamiento activo: hablar, silbar, correr, caminar, saltar, agacharse, etc.) a fin de someterlo a un reconocimiento, o que se deje examinar físicamente (comportamiento pasivo), con tal que no se altere su libertad de expresión inteligente; en (b) se reconoce su derecho a "no hacer" (pues tiene derecho a la pasividad*), pero está obligado a "dejar hacer" -sobre su cuerpo- (pues tiene el deber de tolerar la* actividad *de sus acusadores); en (c) se reconoce su derecho -prácticamente ilimitado- a "no hacer ni dejar hacer".*

De tal manera, en (a) se advierte el alcance más limitado o restringido de la garantía (libertad declarativa); en (b) una protección media (libertad declarativa y de actuación personal); en (c) el nivel de tutela más amplio (libertad declarativa, de actuación personal y de permisión para ser objeto de investigación corporal).

Entiendo que la postura correcta es la que se consignara bajo el literal b); ella traduce, a mi ver, el justo medio entre dos extremos que pecan el uno por defecto (a) y el otro por exceso (c). En efecto, la solución presentada en primer término (a) resulta exigua y acotada en demasía, pues ampara al justiciable sólo en tanto sujeto declarante capaz de relatar, narrar o comunicar un determinado contenido declarativo. A su vez, la inteligencia expuesta en (c) deviene excesiva y exagerada, desde que convierte al amparado en caprichoso dueño y señor de la suerte del proceso con derecho a obstaculizar o impedir, incluso, la investigación a su antojo.

[15] *JAUCHEN, Eduardo M., Op. Cit. pág. 206.*

[16] *BACIGALUPO, Enrique, "El debido proceso penal", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007, pág 69. En idéntico sentido: FAVAROTTO, Ricardo S., "El Derecho de negarse a cooperar con la acusación", trabajo publicado en la obra colectiva "GARANTÍAS PENALES en Argentina, España y sus Sistemas de Inserción Regional", Ed. EDIAR, Bs. As., 2011, pág. 13 y ss.*

Bibliografía Consultada

BACIGALUPO, Enrique, *El Debido Proceso Penal*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2007.

CAMARGO, Pedro Pablo, *Manual de Enjuiciamiento Penal Colombiano*, Ed. LEYER, Bogotá – Colombia, 2008.

CARMIGNANI, Giovanni, Elementos de Derecho Criminal*, Ed. Temis, Bogotá – Colombia, 1979.*

DE LA RÚA, Fernando, *Proceso y Justicia,* Ed. L.E.A., Bs. As., 1980.

FAVATOTTO, Ricardo S., *El Derecho de negarse a cooperar con la acusación*, trabajo publicado en la obra colectiva "GARANTÍAS PENALES en Argentina, España y sus Sistemas de Inserción Regional", Ed. EDIAR, Bs. As., 2011.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Ed. Temis, Bogotá - Colombia, 1978, T. II.

GORPHE, Francois, Apreciación Judicial de la Prueba*, Ed. Temis, Bogotá – Colombia, 1985.*

JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal – Fundamentos*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 1999, T. I.*

LA GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO CARCELARIO DE SALTA, Y SU INFLUENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN

Claudia Carolina Alarcón

ÍNDICE

Introducción.
1. El derecho a la defensa como derecho humano y el principio de igualdad.
2. Normativa aplicable en el proceso disciplinario penitenciario de Salta.
2.1. Procedimiento en algunos expedientes Administrativos sustanciados en la Unidad Carcelaria nº 1 de Salta.
2.2. La aplicación del derecho disciplinario local.
Conclusión.
Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El régimen disciplinario carcelario propende a resguardar el orden y la seguridad en las cárceles y, eso lo vincula neurálgicamente con el fin resocializador de la pena. Los autores De la Fuente y Salduna (2.011)[1] lo caracterizan como un procedimiento integrante del Derecho Penitenciario, pero con características sui generis, porque tiene caracteres del proceso administrativo disciplinario y del proceso penal. En efecto, estos últimos, tutelan bienes diferentes; el primero busca proveer al buen funcionamiento de la administración a través del correcto desempeño de sus agentes y, el segundo aplica la ley penal de fondo. Sin embargo, puede afirmarse que ambos tienen un eje común que consiste en la concreta aplicación del ius puniendi estatal.

Este trabajo busca mostrar que durante el trámite del procedimiento sancionatorio carcelario en el ámbito local, las posibilidades de acceder efectivamente a la defensa técnica son mínimas y la ausencia de esa asistencia durante el desarrollo de aquel proceso, es un tópico que muestra la consideración político social de las personas detenidas, que concretamente se traduce en una práctica restrictiva de ciudadanía y de inobservancia de tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, de los que el Estado argentino es parte.

Al respecto Zaffaroni (2011)[2] dice que el poder punitivo inscribe en el cuerpo de la persona sancionada sus implicancias: a su turno, el estado la aloja en un establecimiento separada del resto del cuerpo social y dentro, nuevamente dispone de ella aplicando correctivos disciplinarios orientados hacia su resocialización. Pero contando con ese presupuesto elemental no siempre observado, lo cierto es que nadie puede obviar los

---

[1] *De la Fuente, Javier y Salduna Mariana (2011) El régimen disciplinario en las cárceles, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe.*
[2] *Zaffaroni Raúl (2.011) La cuestión criminal, Editorial Planeta, Buenos Aires, Pág. 341.*

efectos estructurales de la prisión que responden a su esencia de institución total, pero pueden hacerse esfuerzos por no acentuarlos y, básicamente, eliminar del trato todo lo que contribuya a degradar la autopercepción y la dignidad humana por el hecho de estar preso.

1. EL DERECHO A LA DEFENSA COMO DERECHO HUMANO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El Art. 18 de la Constitución Nacional establece que "*la defensa de la persona y de sus derechos en juicio es inviolable" y* en el mismo sentido el art. 18 de la Constitución de Salta dice: "*Es inviolable la defensa de la persona y sus derechos en sede judicial, administrativa y en el seno de las entidades de derecho privado".* Se trata de una garantía individual que integra el debido proceso y al respecto Rawls (1.998)[3] sostiene que cada estado debe reconocer al menos, aquellos derechos básicos como el derecho a la vida y a la seguridad y los elementos del debido proceso, ya que así se integra el plexo de derechos humanos fundamentales que expresan un patrón mínimo de instituciones políticas bien ordenadas para todos los pueblos.

La persona sobre la que pesa un proceso en su contra tiene derecho a la defensa material y técnica en todas las fases del procedimiento. Por la primera la persona acusada puede hacer su descargo y la segunda es ejercida por un/a abogado/a que realiza una tarea técnico científica, con implicancias de asistencia y representación.

Está reconocido en los tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos que fueron incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, tales como: la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 8; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. 26 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus arts. 9 y 11. Estas enunciaciones contienen normas operativas que obligan a los estados y, con ellas se procura remover los obstáculos que pudieran existir en los ordenamientos jurídicos nacionales, que impidan el ejercicio de los derechos reconocidos. La CIDH[4] sostuvo que generan responsabilidad internacional porque al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos -por el bien común-, asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos sometidos a su jurisdicción.

Por otra parte, el principio de igualdad contenido en los arts. 16 y 13 de las Constituciones Nacional y Provincial, respectivamente, manda considerar diferentemente situaciones que son diferentes y de esta forma se propicia el concepto de igualdad jurídica, también llamado de igualdad proporcional o relativa. Parafraseando a Cianciardo y Giardelli (2.009)[5] puede afirmarse que la igualdad tiene íntima relación con la justicia, ya que las distinciones y las semejanzas deben hacerse a la luz de los criterios de la última.

La hermenéutica en el área de derechos humanos indica que son aplicables los principios de buena fe, pro homine, pro accione y el favor debilis; por el primero deben interpretarse de buena fe los tratados suscriptos por el Estado, por el segundo debe estarse a la norma e interpretación más favorable, por el tercero debe estarse a favor de la acción y en relación al último Antonio M. Hernández (2.008) [6] dice que los jueces deben señalar al justiciable, la mejor vía para la tutela judicial efectiva y debe tomarse en cuenta la

---

[3] Rawls, John (1.998) El derecho de Gentes, en De los derechos humanos, Editorial Trotta, Madrid, Pág. 72

[4] Opinión consultiva OC 2/82 de fecha 24/09/1.982, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, titulada "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75); solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos".

[5] Cianciardo, Juan, Giardelli Lucas y Toller, Fernando (2.009) "Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema Estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho de igualdad" en La ciencia del Derecho Procesal constitucional, Tomo I, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, Pág. 274.

[6] Hernández, Antonio María (2.008) coordinador, Los derechos y deberes en nuestro constitucionalismo subnacional, en Derecho Público Provincial, Lexis Nexis, 1era. Edición, Buenos Aires, Pág. 275.

inferioridad de condiciones de la parte más débil en una controversia. En concordancia Bovero (2.001)[7] dice que la positivización y constitucionalización de estos derechos humanos, equivale a la obligación de los poderes públicos de disponer garantías idóneas de los derechos y de los deberes correlativos.

Lo hasta aquí expresado permite sostener que el derecho de defensa y el de ser oído se extienden a cualquier jurisdicción, ya que como dijo la CIDH[8] *las garantías del debido proceso no se circunscriben exclusivamente al ámbito judicial*. La defensa técnica de una persona debe poder contrarrestar los efectos de la acusación y, de esa forma se garantiza el derecho de defensa en los términos de igualdad jurídica, previstos por la normativa constitucional.

2. NORMATIVA APLICABLE EN EL PROCESO DISCIPLINARIO PENITENCIARIO DE SALTA

El Congreso de la República Argentina dictó la ley 24660/96 titulada Ley de Ejecución Penitenciaria que fue reglamentada por los Decretos 18/97, 1058/07 y 1136/97 que reglamentan el Capítulo V, el artículo 33 y el Capítulo XI respectivamente.

En Salta rige la Resolución Nº 159/02 llamada Reglamento Interno de Unidades Carcelarias dependientes del Servicio Penitenciario de la Provincia. Ambas normas buscan con la figura de la progresividad, la resocialización de las personas privadas de libertad, en este sentido el art. 1 de aquella ley dice "*la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*".

La ley al igual que su reglamentación receptan el principio de legalidad y, la primera, en el Art. 84 dice *"No habrá infracción ni sanción disciplinaria sin expresa y anterior previsión legal o reglamentaria"*, de lo que se desprende que para aplicar una sanción disciplinaria en una cárcel, siempre debe existir una norma que describa un hecho como castigable y, para sancionar, debe seguirse un procedimiento preestablecido legislativamente. En este sentido Cesano (2.002)[9] afirma que la intervención del Estado sobre los derechos fundamentales del ciudadano sólo puede hacerse mediante una ley formal.

En igual sentido se pronuncian los artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe agregar las "Reglas Mínimas sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" de la ONU[10] que afirman que podrán constituir causas de vulnerabilidad: la edad; la discapacidad; la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías; la victimización; la migración y el desplazamiento interno; la pobreza; el género y la privación de libertad. Entonces puede concluirse que la Constitución es la ley superior y el contenido de todos los Tratados internacionales con jerarquía constitucional, informan y actualizan

---

[7] Bovero, Michelangelo (2.001) Tutela supranacional de los derechos fundamentales, en Revista Internacional de Filosofía Política Nº 18 " El lenguaje de los derechos" , Editorial UAM y UNED,, Pág.13

[8] La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 11.298 Reinaldo Figueredo Planchart c/Venezuela, produjo el informe 50/00 y, sostuvo que las garantías del articulo 8 de la C.A.D.H. también deben aplicarse a procedimientos administrativos, porque la aplicación por parte de los Estados de las garantías del debido proceso no están limitadas al ámbito judicial. .

[9] Cesano, José Daniel (2.002) Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias, e impugnación de los actos administrativos sancionatorios de la ley 24660 y su reglamentación. Editorial Alveroni, Córdoba, , Pág. 32

[10] Las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad *fueron aadoptadas por la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en la ciudad de Brasilia de la República Federativa de Brasil, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008. Se trata de cien reglas que tienen corno objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. En su sección 23 respecto a la asistencia legal y la defensa pública, expresan la necesidad de garantizar la promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad en todas las jurisdicciones, en un proceso judicial y en todas las situaciones susceptibles de afectar derechos o intereses legítimos de aquellas personas.*

permanentemente toda la normativa argentina y, el Derecho Penitenciario no es la excepción.

La ley procesal penal de Salta establece que las actuaciones penitenciarias en las que se aplica el derecho disciplinario, pueden ser revisadas por el Juez de Ejecución de sentencias cuando el/la interno/a apela una sanción disciplinaria. Al respecto la Corte de Justicia de Salta[11] sostuvo que esa es la vía ordinaria para plantear los reparos que puedan existir en materia disciplinaria y que sólo puede ser obviada por medio del habeas corpus, cuando se demuestra que resulta inadecuada para evitar el agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención. Por otra parte este derecho está contemplado en las leyes 7262/03 y 7690/11 en sus artículos 29 y 42 respectivamente, cuando dicen que el Juez de Ejecución "*entenderá en grado de apelación en las resoluciones sobre medidas disciplinarias dictadas por el Director General del Servicio Penitenciario, sean los sancionados penados o encausados…".*

El contenido de las normas enunciadas permite afirmar que, si bien existe una necesaria subordinación de las personas internadas en una cárcel respecto de la autoridad penitenciaria, ésta siempre debe actuar de conformidad a la ley, porque en su tarea diaria representa al Estado y este acato no puede entenderse fuera de los principios y garantías fundamentales de los ciudadanos en un estado de derecho.

2.1 PROCEDIMIENTO EN ALGUNOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS SUSTANCIADOS EN LA UNIDAD CARCELARIA Nº 1 DE SALTA

El cotejo de las actuaciones Nº 49/12 y 241/12[12], seguidas contra los internos XXXX por *"lesionarse sobre su humanidad*"[13] y por *"agresión mutua con un elemento contundente punzo cortante"* respectivamente, tienen idénticos procedimientos ya que se inician con informes de celadores de pabellón.

Los internos reconocen las imputaciones y de las actas surge que en virtud del Art. 139 del Reglamento de Unidades Carcelarias se les hace conocer que pueden hacerse asistir por defensor particular u oficial. También se adjuntan certificaciones médicas que acreditan las lesiones en ambos casos, además de un informe de elevación de las actuaciones y de solicitud de sanciones de aislamiento, realizados por la Jefatura del Departamento de Vigilancia y Tratamiento. Finalmente las resoluciones se orientan en el sentido sancionatorio requerido por la Jefatura mencionada.

2. 2 LA APLICACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO LOCAL

Los arts. 136, 137, 138 y 139 de la Resolución Nº 159/02 señalan que las sanciones disciplinarias serán impuestas por el Director de la Unidad Carcelaria y se pondrá al infractor a su disposición, dicho funcionario dará intervención a la Policía local si se trata de un delito común. El interno podrá presentar sus descargos, ofrecer prueba y ser recibido en audiencia por el Director del establecimiento, antes de que el mismo resuelva en el lapso de 48 hs. de producido el hecho; este plazo puede extenderse fundadamente. También emerge la expresa desconsideración de la intervención de la defensa técnica de la persona considerada infractora y, aquí debiera tenerse en cuenta que nuestra Constitución local garantiza el derecho de defensa en sede administrativa y, para el sector de la doctrina que entienda que el proceso disciplinario carcelario es administrativo, también debiera resultarle evidente que existe incumplimiento de una norma constitucional.

Pero más allá de las posiciones doctrinarias respecto a la naturaleza jurídica del proceso sancionatorio carcelario, debe tenerse en cuenta que es en el ámbito de la realidad

---

[11] Fallo de CJS en Expediente Nº 31.452/08. Disponible en http:// www.justiciasalta.gov.ar

[12] Las actuaciones Nº 49/12 y 241/12 fueron labradas en la Oficina de Sumarios dependiente del Departamento Vigilancia y tratamiento de la U.C.Nº1 y la identidad de los internos contra los cuales se sustanciaron, no se devela para preservar el derecho a la intimidad de los involucrados.

[13] Es llamativo que el R.I.U.C. contenga una disposición con esta característica porque el Código Penal Argentino no considera la autolesión como un delito y, la norma en cuestión, es una resolución administrativa que no puede ampliar el plexo de conductas jurídicamente reprochables, sin desmedro de lesionar el principio de legalidad.

de aplicación de la ley, de donde surgen los elementos que indican hacia donde debe orientarse su interpretación. En este sentido Catherine MacKinnon (1.998)[14] considera que el derecho no crece por compulsión silogística, sino que es impulsado por la lógica social de la dominación y la oposición a la dominación, forjado entre la interacción entre el cambio y la resistencia al cambio.

Así puede entenderse que el derecho de defensa es un derecho que debe interpretarse ampliamente porque, si bien la ley local no menciona la real intervención de la asistencia técnica legal, lo cierto es que tampoco la prohíbe. Este derecho implica la posibilidad de ofrecer prueba de descargo y encuentra su correlato en la concurrencia de un asesor letrado, que mínimamente conozca la existencia de la acusación que pesa sobre la parte acusada para poder intervenir efectivamente. Además la inviolabilidad de la defensa en juicio y el derecho a la igualdad no son principios exclusivos del derecho penal, sino de cualquier proceso que implique un avance sobre los derechos de la ciudadanía.

Sin embargo, en la sustanciación de los procesos referidos se advierte que la persona infractora no cuenta con un real acceso a la defensa técnica y, las decisiones concluyentes de esta etapa, suelen implicar prácticas que afligen el cumplimiento de la pena y lesionan el principio de igualdad. Al respecto Marcos Salt (1.999) [15] señala que a medida que transcurre la ejecución, la pena sufre modificaciones de importancia en sus condiciones de cumplimiento y, que no cabe duda de que el denominado régimen progresivo tiene fundamental importancia en la medida en que las resoluciones sobre sus avances y retrocesos, constituyen siempre modificaciones sustanciales de las condiciones cualitativas de la pena. Además la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Art. 7.2 establece que las personas sólo pueden ser privadas de su libertad de acuerdo a lo establecido previamente en las constituciones y leyes de los Estados signatarios. Entonces, puede entenderse que existe un problema epistemológico, de posicionamiento jurídico y político frente a la realidad, que no tiene que ver con la subordinación sino con el modo de entenderla; y en lo referente a aplicación de sanciones disciplinarias durante la detención, puede decirse que el acusado concurre al proceso disciplinario como un solitario integrante del cosmos penitenciario sin asistencia técnica, lo que refuerza su respuesta asertiva a los condicionamientos de la sociología carcelaria y se retroalimenta el círculo del que forma parte. Siguiendo a Ferrajoli (2.009)[16] puede decirse que es preciso reconocer que la cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Inevitablemente ha conservado muchos elementos de *aflicción física*, que se manifiestan en las formas de vida y de tratamiento durante toda la duración de la pena.

Por otra parte Cesano (2.002)[17] afirma que si el preso por infracciones de supervivencia está preso no tanto por lo que hace, sino porque lo hace mal y porque ha elegido un camino para sobrevivir que lo lleva a su destrucción, esto lo vuelve funcional y vulnerable ante el poder punitivo.

Un sector de la doctrina penal entiende que es suficiente que se garantice al interno *el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior*[18], pero en la realidad se advierte que la ausencia de la defensa técnica durante el proceso sancionatorio carcelario no queda salvada, porque la misma interviene cuando la sanción correctiva ya fue aplicada y, no puede controvertir ningún aspecto fáctico, ni producir prueba, por lo que puede concluirse que las garantías que sostienen el proceso penal, no se agotan con la imposición de la pena sino que también deben aplicarse durante la etapa de cumplimiento.

---

[14] MacKinnon, Catherine (1.998) Crímenes de guerra, crímenes de paz en De los derechos humanos, Editorial Trotta, Madrid. Pág. 87-

[15] Riveira Beiras, Iñaki y Salt, Marcos Gabriel (1.999) Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina, Editores Del Puerto, Buenos Aires, , Pág. 224

[16] Ferrajoli, Luigi (2.009) Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, Pág. 412.

[17] Cesano, José Daniel (2.002) Ob.cit.

[18] Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Art. 8.2.h , ratificada por Argentina mediante ley 23.054/84

Al respecto, el fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia en la causa Cacharane, Hugo Alberto s/ Ejecución Penal[19] sostuvo que la ley establece un continuo sistema de control judicial de la ejecución de la pena para salvaguardar garantías constitucionales y, en consecuencia, el condenado puede recurrir cualquier acto lesivo de esas garantías, pues ellas no se reducen al proceso previo a la imposición de la pena, sino que se extienden durante todo el cumplimiento de ésta.

CONCLUSIÓN

Siguiendo a Bobbio (1.991)[20] puede afirmarse que existe una única afirmación segura y consiste en que la historia humana es ambigua y responde diferentemente según quién la interroga y según el punto de vista de aquel que lo hace. No obstante, las preguntas acerca del origen y el destino del hombre son necesarias y sólo pueden hacerse escrutando los signos que ofrecen los acontecimientos, como hizo Kant cuando se planteó si el género humano progresaba o no hacia lo mejor.

La historia del derecho de defensa también tiene que ver con la historia de la crueldad humana impuesta sobre el cuerpo de las personas inculpadas y de los abusos de poder. Sin embargo, hoy existe abundante reconocimiento constitucional del derecho a la defensa como derecho fundamental integrante del debido proceso en cualquier jurisdicción administrativa o judicial[21] de los/las ciudadanos/as, y de que paralelamente existen prácticas estatales que impiden el concreto acceso a prácticas ciudadanas vinculadas a aquellos reconocimientos. La imposibilidad real de acceder eficazmente a la defensa técnica durante la sustanciación del procedimiento en estudio, es un claro ejemplo de negación de práctica de ciudadanía ya que, si bien del análisis de algunas actuaciones administrativas penitenciarias surge que se consigna el derecho de nombrar defensor cuando aquellas se inician, lo cierto es que las posibilidades de contactar la defensa técnica son mínimas o imposibles, porque la primera prevención que realiza la administración penitenciaria consiste en el aislamiento de la persona infractora.

Entonces el derecho humano reconocido constitucionalmente, en la práctica es ilusorio y la pena conlleva un nuevo elemento aflictivo. En este sentido Ferrajoli (2.009)[22] expresa que hay que reconocer que el carácter típico y formal de la pena moderna viene desmentido, por el funcionamiento concreto de la institución carcelaria, que se ha convertido en una sociedad mitad salvaje y mitad disciplinar, por la simultánea anomia de las relaciones entre los presos y de los poderes internos de vigilancia y de control.

Urge un nuevo modo de interpretación del acceso real a la garantía del derecho a la defensa o su protección en la esfera de aplicación del “ius puniendi” carcelario, ya que su fundamentación como derecho humano reconocido en tratados internacionales no es necesaria, porque existe el consenso necesario para entender que la defensa en juicio es un derecho inalienable y cualquier restricción implica quebrar el sentido de igualdad jurídica reconocido en la Constitución. En esta línea hoy no puede entenderse un proceso sancionatorio llevado adelante por funcionarios estatales que dirigen omnímodamente un procedimiento, sin acatar la auto obligación estatal al suscribir tratados internacionales, de respetar el debido proceso y el derecho de defensa como su correlativo. En este sentido Riveira Beiras (1997)[23] dice que desde la reforma constitucional de 1994 se construyó un nuevo panorama que sirve para “repensar" a la persona interna como sujeto de derechos y, no como un súbdito de la administración bajo una "Relación de sujeción especial”.

---

[19] Fallo de CSJN, 9-3-2.004, R.230.XXXIV “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ Ejecución Penal”, Fallos: 327:388, Voto del Dr. Antonio Boggiano. Disponible en http//:www.csjn.gov.ar

[20] Bobbio, Norberto (1.991) El tiempo de los derechos, Editorial Sistema, Madrid, Pág. 101

[21] Arts. 18 de las Constituciones de Salta y Nacional

[22] Ferrajoli, Luigi (2.009) Ob.cit.

[23] Riveira Beiras, Iñaki (1997) La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría. El status jurídico de los reclusos, Ed. J.M. Bosch, Barcelona.

Finalmente puede concluirse junto a Catherine MacKinnon (1.998) [24] que el problema no es filosófico sino político e histórico -por lo tanto de derecho- y se transforma en la experiencia de quién sustenta qué norma…, ya que el acceso en forma igualitaria a la defensa técnica para las personas detenidas, durante el trámite de un proceso disciplinario carcelario, es un problema de interpretación de la normativa existente.

Un modo superador de lo explicitado podría estar dado con la notificación del inicio de las actuaciones disciplinarias a la Defensoría Oficial en turno o al defensor particular en caso de conocerlo y, podría realizarla la entidad penitenciaria. De esa forma se concretizarían los derechos a ser oído y a la asistencia letrada de todo/a ciudadano/a en cualquier proceso -inclusive el disciplinario carcelario- y se consolidaría una amplia interpretación del derecho de defensa y, su respeto como garantía del debido proceso y como derecho humano reconocido en la Constitución Nacional y en el ámbito internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Actuaciones Nº 49/12 y 241/12 de la Oficina de Sumarios dependiente del Departamento Vigilancia y Tratamiento de la U.C.Nº 1- Salta.
- Bobbio, Norberto (1.991), El tiempo de los derechos, Editorial Sistema, Madrid- España.
- Cesano José Daniel (2.002), Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias, e impugnación de los actos administrativos sancionatorios de la ley 24660 y su reglamentación. Editorial Alveroni, Córdoba.
- Fallo CSJN, 9-3-2.004, R.230.XXXIV "Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ Ejecución Penal", Fallos: 327:388, Voto del Dr. Antonio Boggiano. Disponible en http://www.csjn.gov.ar
- Fallo CJS en Expediente Nº 31.452/08) Disponible en http:// www.justiciasalta.gov.ar
- De la Fuente, Javier y Salduna Mariana (2011), El régimen disciplinario en las cárceles, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe.
- Informe 50/00 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos producido en el caso 11.298 Reinaldo Figueredo Planchart c/Venezuela.
- Dromi, Roberto (1.996), Derecho Administrativo, Ediciones Derecho Administrativo, 5ta. Edición, Buenos Aires. .
- Ferrajoli, Luigi (2009), Derecho y razón, Editorial Trotta, Madrid, Pág. 353-457
- Foucault, Michel (2.000), Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI de España Editores, 12va. Edición.
- Jauchen, Eduardo M. (2.005), Derechos del imputado, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe.
- Lefort, Claude (2.002) El derecho internacional, los derechos humanos y la acción política, Revista ISTOR Nº 8, CIDE, México.
- MacKinnon, Catherine (1.998) Crímenes de guerra, crímenes de paz en *De los derechos humanos*, Editorial Trotta, Pág. 87-115.
- Opinión consultiva 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24/09/1982 y titulada "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75) Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Rawls, John (1998), El derecho de Gentes, en *De los derechos humanos* Editorial Trotta, Madrid, Pág. 47-85.
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Adoptadas por la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre

[24] *MacKinnon, Catherine (1.998) Ob. Cit.*

Judicial Iberoamericana, celebrada en la ciudad de Brasilia de la República Federativa de Brasil, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

- Riveira Beiras Iñaki y Salt, Marcos Gabriel (1999), Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina, Editores Del Puerto, Buenos Aires, Pág. 224.
- Sazbon, José (1975), Mito e historia en la antropología estructural, Buenos Aires, Nueva visión.
- Zaffaroni, Raúl (2011), La cuestión criminal, Editorial Planeta, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Raúl (2009), En busca de las penas perdidas, Ediar, Buenos Aires.

EL LENGUAJE DE LA SENTENCIA PENAL Y LA GARANTÍA DEL PROCESO PENAL PÚBLICO

Ramón Esteban Medina

"Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo"
L. Wittgenstein.

I. Introducción:

Hace poco leía una entrevista al Dr. Manuel Ángel Urriza[1] –Presidente del Consejo de la Magistratura de la Nación- y a la interrogación sobre los principales temas tratados en la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en abril en Buenos Aires, respondió: "Personalmente, de entre los temas que se trataron, destacaría… el relativo a la publicidad de las decisiones judiciales. Muchas veces, las decisiones judiciales se dictan en un lenguaje muy técnico que la opinión general no tiene porqué conocer y, a veces, no puede interpretar lo que el juez ha querido decir. Además, a veces, se distorsiona la opinión del magistrado por los problemas para interpretar su lenguaje excesivamente técnico."

La República Argentina es país miembro de la Cumbre Judicial Iberoamericana, la que en su XIV reunión elaboró las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad". De este documento destacamos la siguiente: 2.- Contenido de las resoluciones judiciales: (60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

Sin embargo, en nuestro país el tema no tiene mayor tratamiento, como por ejemplo en España donde es una cuestión de Estado[2]. Nuestros Códigos Procesales carecen de referencias respecto de la claridad del lenguaje, salvo alguna norma tangencial inserta en algunos[3]. El único que aborda la cuestión es el moderno Código Procesal de la Provincia de Chubut que en su Artículo 24 establece: "En todas las actuaciones y resoluciones de los jueces y miembros del Ministerio Público se emplearán siempre términos comprensibles, claros y sencillos. No se utilizarán los fundamentos para realizar declaraciones o afirmaciones que no incidan en la decisión."

Por lo tanto, este trabajo partirá del siguiente interrogante ¿existe relación la garantía de la publicidad del juicio con la claridad del lenguaje judicial?

II. Garantía Constitucional de Proceso Penal Público:

---

[1] *Reportaje publicado por el sitio web www.diariojudicial.com de fecha 13/07/12.*

[2] *En España se formó la Comisión de Seguimiento de Pacto del Estado que elaboró La Carta de Derecho de los Ciudadanos ante la Justicia que establece una regla de "Una justicia comprensible." 7.- El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. El Ministerio de Justicia de España incluyó en el Plan Estratégico para la Modernización del sistema de Justicia el compromiso de constituir formalmente una Comisión para la modernización del lenguaje jurídico. Esta Comisión realizó una serie de recomendaciones e interesantes trabajos de investigación dirigidos por filólogos y juristas, bajo la supervisión de la Real Academia de la Lengua Española (datos del sitio web del Ministerio de Justicia de España www.mjusticia.gob.es)*

[3] *"La resolución contendrá una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados" C.P.P. de Sgo. del Estero –ley 6.941- Art. 398, C.P.P. de Buenos Aires –ley 13.260 Art. 371.*

Afirmo que el Proceso Público es una garantía no solo del imputado, sino que protege a todos los justiciables contra la Justicia secreta que escapase de la fiscalización del público (doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo SUTTER, sentencia del 22/11/84) y es una de las garantías más importantes desde el punto de vista de la víctima y la sociedad. En palabras de Luigi Ferrajoli "la motivación tiene… valor "extra –procesal" de garantía de publicidad. Y puede ser considerada como el principal parámetro… de legitimación externa o democrática de la función judicial"[4]. La garantía constitucional del Juicio Público nace de la forma republicana de gobierno establecida por el art. 1 de la Constitución. Significa que la titularidad del poder estatal, en orden a su ejercicio, corresponde a la sociedad, tanto respecto a la función constituyente, la legislativa, la ejecutiva, como la judicial. Pero su ejercicio efectivo, por obra de la representación política, corresponde a los diversos órganos del gobierno integrados por mandatarios de esa sociedad frente a la cual son responsables debiendo rendir cuentas de sus actos en forma políticamente institucional[5] .

En un posterior avance, la normativa supranacional consagró expresamente en el nuevo sistema constitucional por el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional el derecho a un juicio público: en el Art. 8. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "El proceso penal debe ser público", Art. 14.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "ser oído públicamente"; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVI: "ser oído en forma... pública".

En una síntesis podemos afirmar que esta garantía regula la posibilidad de que cualquier persona pueda presenciar el desarrollo del debate, conocer el contenido de las pruebas y las razones de las partes y enterarse de los fundamentos de la sentencia[6] . Tradicionalmente esta garantía se trató en su expresión más superficial: la posibilidad de que los particulares puedan presenciar los debates, salvo las excepciones legales previstas en los códigos. Sin embargo, la publicidad del juicio implica fundamentalmente la transmisión de mensajes a la sociedad acerca de la vigencia de los valores sociales que fundan la convivencia legal[7]. Esta afirmación contiene la posibilidad de que cualquier persona pueda enterarse de los fundamentos de la sentencia, (Art. 14. 1 Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos: "toda sentencia en materia penal... será pública) asegurando el control popular sobre la Justicia.

II. 1. Motivación de la sentencia penal como garantía de un juicio público: Como puede apreciarse, la obligación de motivar la sentencia penal tiene raigambre constitucional derivada del derecho de Defensa en Juicio y del régimen republicano; y está prevista expresamente en el nuevo bloque de constitucionalidad incorporado a la Carta Magna.[8]--[9]--[10]

---

[4] *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal; Trotta, 2005, pág. 623.*
[5] *BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, La Ley, 2.006, T. I - pág. 427*
[6] *CAFFERATA NORES, José I.; Proceso Penal y Derechos Humanos, Editores Del Puerto s.r.l., 2.000, pág. 150.*
[7] *BINDER, Alberto; Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad – Hoc, 2.004, pág. 106.*
[8] *En contra un procesalista de la talla de Julio B. MAIER porque considera que lo que es consustancial a nuestra forma republicana de gobierno es el juicio por jurados que valora la prueba por el sistema de íntima convicción (Derecho Procesal Penal, editores del Puerto, 2.004, t. I – pág.484).*
[9] *Si bien hay fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la exigencia constitucional de la motivación de la sentencia (fallos 321:2375; 305:1945) se consideró encuadrada en la garantía de defensa en juicio y debido proceso, no en la garantía que tratamos: La publicidad del juicio.-*
[10] *La Corte de Justicia de Salta en el precedente "GIRÓN" (t. 151: 125/132) de fecha 23/11/10 afirmó que la lectura de fundamentos de sentencia en tiempo deriva de la publicidad de juicio oral y la forma republicana de gobierno. En el fallo "FERAUD" del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, de fecha 16/2/61 se dijo: "La Constitución de la Provincia… impone al juzgador el deber de motivar la sentencia… La exigencia responde al propósito de que la colectividad pueda controlar la conducta de quienes administran Justicia en su nombre." (Citado por de la RUA, Fernando; La casación penal, Lexis – Nexis, 2.006, pág. 109).*

La motivación es justificación entendida como discurso que expone sencillamente las causas por las que dicho fenómeno se acoge favorablemente, por lo cual también se resuelve el tema bajo la indicación de que motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan[11] .

Sin embargo, hasta ahora tampoco se extrae de la garantía elementos para afirmar que la sentencia deba ser expresada en forma clara y comprensible, la motivación apunta a una cuestión de fondo u ontológica de la resolución judicial: su razonabilidad[12] ; mientras que lo referente a la forma de expresión de la misma que parecería una cuestión más estética que jurídica.

Ahora bien, si la exigencia de motivación responde también a la finalidad del control público del discurso del juez ¿Cómo es posible si no se expresa en un lenguaje asequible para la ciudadanía?

II. 2. El lenguaje jurídico como obstáculo para la publicidad de la sentencia: Examinando más a fondo encontré un reciente, interesante e ingenioso trabajo[13] que nos propone el siguiente viaje imaginario: un antropólogo desea explorar el "acceso a la Justicia" y realiza una investigación normativa, doctrinaria, cartográfica, edilicia, etc. respecto de esa garantía en los Tribunales de la ciudad de La Plata. En su indagación, de pronto presta atención la barrera que significa el lenguaje utilizado en las resoluciones judiciales y advierte "…siglas enigmáticas como CPP, CP, CN, CC, Ccom., CPC y Com., CPcial, Arts. Ac. y Sent, de las que no encontraría diccionario alguno al alcance de su mano. Acaso le llamaría la atención la sobrevida, en estas causas, de lenguas muertas hace mucho tiempo, que atisbaría en expresiones como "sub exámine", "sub lite", "in fine", prima facie", "ad referendum", "ab initio" "ne bis in idem", "nullum crimen", "ad hoc", "sine die", "a quo", "a quem", "per saltum", "in situ", " de visu", "felatio in ore","cuninlingus" escritas en una lengua imperial que subyace a lenguas romances[14] .

Este denominado "tecnicismo jurídico esotérico"[15] que abunda en el discurso judicial dista de ser una novedosa observación, ya hace mucho tiempo que un insigne procesalista observaba que la redacción de la sentencia debe asegurar con la mayor eficacia posible su claro entendimiento y que la legislación procesal de nuestros países impone un extraño formulismo según los modelos clásicos que da a los fallos un estilo arcaico que no contribuye a su comprensión por el pueblo[16] .

Este problema no tan solo ha sido observado por juristas, sino también por teóricos de la Criminología Critica. Al investigar la influencia de los estereotipos y prejuicios en la tarea del Juez se ha puesto en evidencia la situación desfavorable del imputado en el proceso, entre otros factores por la distancia lingüística que separa a los magistrados de los reos, conlleva la menor posibilidad de que estos últimos desempeñen un papel importante en el proceso, poniendo en desventaja a los individuos sociales más débiles[17].

---

[11] ANDRUET (h), Armando, La motivación de las resoluciones judiciales y su razonabilidad, articulo del sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

[12] ANDRUET (h), ob. cit.

[13] DOMENECH, Ernesto E.; El acceso a la Justicia en la República de los Argentinos (Cavilaciones de un extraño imaginario en su tierra), Revista Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2012. Nº6, ISNN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP, Pgs.74-90

[14] DOMENECH, ob cit., pág. 82.-

[15] CIANCIARDO, Juan en el prólogo de la obra "El lenguaje de los Jueces", Ad. – Hoc, 2.007, pág. 12.

[16] COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Roque Depalma Editor, 1.958, pág. 292.

[17] BARATTA, Alessandro, Criminología crítica y crítica del derecho penal, Siglo XXI editores Argentina, 2004, pág. 186.

Ese lenguaje críptico, no puede sino separar a la sociedad de la administración de Justicia, ya que el uso de la palabra ritual implica una actitud mágica ante el procedimiento judicial –de allí el calificativo de esotérico-, son regresivos respecto de la capacidad del derecho de influir en la realidad social, crean una actitud ritualista; impide el adecuado control por parte de la opinión pública de los procesos y las decisiones judiciales y ocultan los intereses en juego y el significado social de la decisión adoptada tras de discusiones acerca de la satisfacción de las formas procesales[18].

Nos podemos efectuar el siguiente interrogante ¿Cuál es la raíz de esta forma de expresar las sentencias?

III. Lenguaje jurídico y estilo de redacción de la sentencia:

En hacer un correcto análisis del discurso judicial debemos descomponer sus dos elementos: el lenguaje, como lo heredado, lo asimilado[19] ; y el estilo, es decir la impronta, el sello propio del autor del texto[20] .

III. 1. Lenguaje: Es una verdad antropológica que el hombre es ser inteligente, y es una clara muestra de ello un fenómeno externo, visible: el lenguaje, ya que el habla es la función intelectual y la actividad racional por excelencia, la más específicamente humana[21]. Otra verdad antropológica aceptada es que el hombre necesita de otras personas para comportarse conforme a su plenitud: no hay un yo sin tú[22]. Justamente el lenguaje es uno de los elementos que hace posible la vida social ya que sirve para comunicarse y tiene como requisito transmitir conocimiento[23] , sin esa comunicación no puede existir la sociedad. Por ello se puede decir con gran seguridad que la vida social es el intercambio de una serie de razones dialogadas[24]. Sin embargo no hay un único lenguaje, sino muchos. Aparte de los múltiples lenguajes naturales, nos encontramos con los lenguajes artificiales, y dentro de estos los específicamente técnicos, es decir aquellos que otorgan a determinados vocablos o expresiones un sentido restringido, a través de definiciones precisas[25], clasificación que le cabe al lenguaje jurídico. Ese lenguaje especializado es adquirido en la formación universitaria de cada abogado.

III. 2. Estilo de la sentencia: Habitualmente en el estilo de las sentencias se observa un apego -que algún autor no duda en calificar de "ridículo"- a las formas y palabras. La mentalidad formalista se expresa en un lenguaje rutinario y una especie de horror por salirse del cauce de las palabras y los rituales superficiales que conforman la vida cotidiana del trámite judicial. Esta mentalidad formalista ha generado un lenguaje absolutamente oscuro, lleno de latinazgos o palabras extrañas[26].

---

[18] NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, Astrea, 2.003, págs. 303/304.

[19] BARTHES, Roland, El grado cero de la escritura, siglo XXI, 2.011, Pág.18. El autor expresa que la lengua es "solo reflejo sin elección, propiedad indivisa de los hombres…"

[20] BARTHES, ob. cit. Pág. 18. Dice el autor "…bajo el nombre de estilo, se forma un lenguaje autárquico que se hunde en la mitología personal y secreta del autor…"

[21] YEPES STORK, Ricardo, Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana, Eunsa, 1.997, pág. 50.

[22] YEPES STORK, Ob. cit. Pág. 241.

[23] YEPES STORK, Ob. cit. Pág. 51.

[24] YEPES STORK, Ob. cit. pág. 248.

[25] GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, Introducción al conocimiento científico, Eudeba 1.990, pág. 22

[26] BINDER, Alberto, Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad – Hoc, 2004, pág. 200

III. 3. Efecto sobre el acto comunicativo: El acto de comunicación presenta: a) emisor, b) receptor, c) mensaje o información transmitida, d) canal de información. Pero aun la presencia de todos estos elementos no garantiza el éxito de la comunicación, pues es preciso que la información se emita en un código que sea común a emisor y receptor[27]. La redacción técnica y farragosa impide a la sociedad en general compenetrarse con el sentido de las sentencias, y por lo tanto la gente siente que necesita del abogado no sólo para resolver su conflicto, sino también para que oficie como una suerte de "traductor" del complicado lenguaje judicial[28].

III. 4. Raíz inquisitiva del problema: no solo porque el modelo inquisitivo se desenvuelve entre las sombras y es refractario por naturaleza a la publicidad. Además el estilo y estructura del discurso varía según distintas circunstancias, entre ellas la finalidad del emisor[29] y en una sentencia barroca -por obra de la supervivencia del modelo inquisitivo- la finalidad del emisor no es dirigirse ni al imputado, la víctima o a la sociedad porque no son interlocutores válidos, probablemente se redacte la sentencia para los Tribunales de Alzada o para otros letrados antes que para quienes van a soportar sus efectos.

El sistema inquisitivo es por completo enemigo de la noción de parte y se caracteriza por la completa asimilación de funciones[30]: El imputado no es un interlocutor válido porque en el sistema inquisitivo no ha alcanzado la condición de sujeto procesal, sino es un mero objeto de la actividad inquisitiva, el individuo sometido[31], y por lo tanto no es necesario dirigirle el discurso, porque uno se comunica con sujetos, no con objetos.

La víctima no corrió mejor suerte, ya que fue desalojada abruptamente por la Inquisición que expropió todas sus facultades al crear la persecución penal pública. Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal[32], por lo tanto si esta fuera del sistema no hay razones para dirigirse a ella.

IV. Cumplir con las reglas de Brasilia: terminología sencilla y rigor técnico

El lenguaje judicial debe ser claro, que ofrezca la posibilidad de captación de su sentido, aunque no siempre sea fácil y sencillo exento de innecesarias complicaciones, prescindiendo de tecnicismos.

Ello de manera fundamental en la exposición de los hechos, del análisis crítico de las probanzas de autos para determinar lo relativo a la existencia del hecho y a la participación en él del acusado, allí es donde se impone con mayor fuerza el uso de lenguaje llano para su compresión por cualquier persona común, como ya acertadamente lo había observado un maestro cordobés[33].

El sistema de valoración de prueba de libre convicción o sana critica racional (lógica, la psicología y la experiencia común) es fundamentalmente un método natural y humano[34], por lo tanto no es una habilidad privativa de los Jueces, sino que es practicable por todos los ciudadanos. En el elemento fáctico de la sentencia es donde el imputado, víctima y la ciudadanía pueden realizar su mayor aporte y control. Observaba otro memorable jurista cordobés que en la gran mayoría de los casos "el público de los escaños" juzga al acusado en el curso del debate, y su juicio coincide con el de los jueces y por lo tanto "La eficacia del control popular está demostrada por la ciencia y la experiencia, no cordobesa, sino universal. La discrepancia entre el público y los jueces, cuando existe, radica en la calificación legal"[35].

---

[27] GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, ob. cit., pág. 19.-
[28] BINDER, Alberto, Justicia Penal…, pág. 201.
[29] VAN DIJK, Teun, Estructuras y funciones del discurso, siglo XXI editores, 1.998, pág. 111
[30] VAZQUEZ ROSSI Jorge E., Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni, 1.995, t. I - pág. 209.
[31] VAZQUEZ ROSSI, ob. cit. pág. 208.
[32] MAIER, Julio B., De los delitos y las víctimas, Ad – Hoc, 1.992, pág. 186.
[33] CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; Tratado de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni, 2.008, t. IV – pág. 300.-
[34] FLORIAN, Eugenio; De las pruebas penales, Temis, 1.976, t. I – Pág. 363
[35] VELEZ MARICONDE, Alfredo; Derecho Procesal Penal, Lerner, 2da. edición corregida y aumentada, t. I – pág. 427 nota al pie 8.

Sin embargo, claridad y sencillez no equivale a lenguaje vulgar, que se encuentra constantemente sometido a modificaciones y a significados elásticos. La utilización de lenguaje vulgar supondría la decadencia inmediata del derecho y su fuerza ordenadora ya que al perder precisión, quedaría prácticamente imposibilitado para expresar su contenido[36].

Con lo dicho, podemos vislumbrar que el rigor técnico corresponde a la fundamentación de la teoría legal de la sentencia. Pero para que la fundamentación técnica sea rigurosa debe ser sobria, austera, sin ampulosidad o complicación que es extraño al derecho que es eminentemente funcional y a la ciencia, que es buscadora de la verdad. Como dice el jurista norteamericano Llewellyn, la belleza del lenguaje jurídico es una belleza funcional y eficiente[37]. Las sentencias cargadas de interminables citas jurisprudenciales o doctrinarias acopiadas unas tras otras "son pues, pésimos y viciosos… las disquisiciones teóricas embutidas de citas inoportunas y las composiciones polémicas, las bachillerías más o menos académicas, a que a veces se abandona algún magistrado, con la idea de que las sentencias sean más bien disertaciones de concurso que actos de autoridad"[38]. Cuanto más en cuando se trata cuestiones de dogmática penal que abreva de numerosa literatura de origen alemán, a veces laberíntica y cuya oscuridad puede ser confundida con profundidad.

No debe perderse de vista que la sentencia lejos de ser un puro ejercicio teórico, se basa en un acontecimiento de la vida real al cual se le asigna una consecuencia jurídica, que en varios casos puede transformar radicalmente la vida de una persona.

V. Conclusiones

Este breve trabajo se encuentra muy lejos de agotar las relaciones entre lingüística y derecho –la semiótica, el uso pragmático de la lengua, "la textura abierta del lenguaje" etc.-, tan ricas e interdependientes que precisan estudios de campo, fundamentalmente interdisciplinarios entre cultivadores de las ciencias jurídicas y la lingüística.

Que el tema de la eficacia de la comunicación judicial en el derecho positivo, habitualmente ha sido tratada en su mínima expresión, como la obligación impuesta en los códigos procesales de la redacción en idioma nacional o el derecho a interprete para aquellos que deban comparecer a proceso y no sean hispano – parlantes, es decir que se asegure meramente la comunidad lingüística[39] del proceso, la uniformidad idiomática. Se debe ir aun más lejos, se debe tender al consenso lingüístico respecto de las palabras que se usan, aun cuando no sea total: la comunidad semántica[40] del proceso.

Con ello estamos en condiciones de formular nuestra conclusión: los fundamentos de la sentencia penal debe ser comprendida por el mayor número posible de personas y para ello corresponde expresarse en lenguaje natural[41], siempre que sea posible; y esta exigencia deriva del mandato constitucional del Proceso Penal Público.

Ello llevaría a un reencuentro de la Justicia con el ciudadano y la víctima, preocupación actual de la Administración de Justicia, abriría canales de comunicación fluida entre los actores de un proceso y los jueces, ayudaría a una correcta percepción de la forma en que el estado ejerce su poder penal –es decir la política criminal- lo que induciría redefinir la tortuosa relación entre Justicia y Medios de Comunicación; en definitiva se trata de incorporar a los ciudadanos en la gestión judicial[42] .

---

[36] *HERVADA, Javier; Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, Eunsa, 1.995, pág. 632.*
[37] *HERVADA, ob. cit. pág. 633.*
[38] *MANZINI, Vicenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, E.J.E.A., 1.953, t. IV – pág. 492/493*
[39] *Del CARRIL, Enrique, El lenguaje de los jueces, Ad – hoc, 2.007, pág. 63.*
[40] *Del Carril, ob. cit. 64.*
[41] *CARRIÓ, Genaro, Notas sobre derecho y lenguaje, Abeledo – Perrot, 2.006, pág. 48.*
[42] *BINDER, Política Criminal: de la formulación a la praxis, Ad – Hoc, 1.997, pág. 70.*

La exigencia de la motivación como pura racionalidad es incompleta, porque se refiere a la posibilidad de control interno en el seno del Poder Judicial del juicio de logicidad de la sentencia por los Tribunales de Alzada, es decir en su valor "endo – procesal" de garantía de defensa[43]. Ello debe ser perfeccionado con la posibilidad del control externo de la ciudadanía sobre la actividad judicial, para lo cual es necesario el lenguaje accesible, solo así la garantía del juicio público será derecho positivo porque tendrá vigencia sociológica, eficacia actual, en tiempo presente[44].

No se propone empobrecer la sentencia penal –como si una sentencia más extensa o más cargada de citas fuera "más sentencia"-, sino todo lo contrario, se trata de enriquecerla, de ensanchar el número de destinatarios posibles, que llegue a la mayor cantidad de gente.

Para ello es necesario trabajar en la base, en el lenguaje jurídico adquirido en los años de formación universitaria con la inclusión de talleres referidos a este punto en el programa curricular de la carrera de Abogacía; y en el estilo de redacción de sentencias, mediante la inserción de programas en las Escuelas Judiciales.

Bibliografía utilizada

- ANDRUET (h), Armando, La motivación de las resoluciones judiciales y su razonabilidad, articulo del sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar sin fecha de publicación.
- BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, La Ley, 2.006, T. I.
- BARATTA, Alessandro, Criminología crítica y critica del derecho penal, Siglo XXI editores Argentina, 2.004.
- BARTHES, Roland, El grado cero de la escritura, siglo XXI, 2.011.
- BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos, Editorial de la Universidad Autónoma de México, 1.989.
- BINDER, Alberto; Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad – Hoc, 2.004.
- BINDER, Alberto, Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad – Hoc, 2004.
- BINDER, Alberto; Política Criminal: de la formulación a la praxis, Ad – Hoc, 1.997.
- CAFFERATA NORES, José I.; Proceso Penal y Derechos Humanos, Editores Del Puerto Srl., 2.000.
- CARRIÓ, Genaro, Notas sobre derecho y lenguaje, Abeledo – Perrot, 2.006.
- CIANCIARDO, Juan, en el prólogo de la obra "El lenguaje de los Jueces", Ad. – Hoc, 2.007.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; Tratado de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni, 2.008, t. IV.
- COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Roque Depalma Editor, 1.958, pág. 292.
- De la RUA, Fernando; La casación penal, Lexis – Nexis, 2.006.

---

[43] FERRAJOLI, ob. Cit. Pág. 623.

[44] BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos, Editorial de la Universidad Autónoma de México, 1.989, pág. 122

- Del CARRIL, Enrique, El lenguaje de los jueces, Ad – hoc, 2.007.
- DOMENECH, Ernesto E.; El acceso a la Justicia en la República de los Argentinos (Cavilaciones de un extraño imaginario en su tierra), Revista Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2012. Nº, ISNN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, 2.005.
- FLORIAN, Eugenio; De las pruebas penales, Temis, 1.976, t. I.
-GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo, Introducción al conocimiento científico, Eudeba 1.990.
- HERVADA, Javier; Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, Eunsa, 1.995.
- MAIER, Julio B., De los delitos y las víctimas, Ad – Hoc, 1.992.
- MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal, editores del Puerto, 2.004, t. I.
- MANZINI, Vicenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, E.J.E.A., 1.953, t. IV.
- NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, Astrea, 2.003.
- VAN DIJK, Teun, Estructuras y funciones del discurso, siglo XXI editores, 1.998.
- VAZQUEZ ROSSI Jorge E., Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni, 1.995, T. I.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo; Derecho Procesal Penal, Lerner, 2da. Edición corregida y aumentada, t. I.
- www.diariojudicial.com reportaje a Manuel Ángel Urriza, 13/07/12.
- www.mjusticia.gob.es
- YEPES STORK, Ricardo, Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana, Eunsa, 1.997.

DELITO Y PUEBLOS ORIGINARIOS - ACCESO AL REGIMEN PENAL

SANDRA MABEL SANCHEZ de ASSAD

En el quehacer diario de la justicia, especialmente en los distritos donde se convive con comunidades aborígenes, en la que se procura una coexistencia respetuosa de sus valores, aclarando que "comunidad" no se refiere meramente a los asentamientos físicos, sino a las unidades sociopolíticas locales en las que se articulan las sociedades indígenas y los aspectos económicos de las mismas.[i] Se debe interpretar la presunta conducta antijurídica de un aborigen imputado, a la luz de la pauta cultural de su pueblo. Lo que para Bidart Campos considera *integrarlos con sus diferencias,* esto es, hacerlos parte del resto de la sociedad sin que ello implique reclamarles la renuncia o abdicación de su estilo, sus diferencias, su idiosincrasia y su cultura.[ii] Y superar así la política del asimilacionismo, cumpliendo el propósito que busca el art. 75 inc. 17 de la C.N., esto es, "congeniar la identidad sociocultural del aborigen dentro de un contexto jurídico-político de mayor escala".[iii]

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

En 1994 se reformó la Constitución Nacional y el **artículo 75, en su inciso 17**, reemplazó al antiguo artículo 67 inciso 16, quedando redactado de la siguiente manera:

Corresponde al Congreso (…): "***Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, trasmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones***."

Luego de la reforma constitucional de 1994 algunas provincias realizaron modificaciones en sus constituciones para otorgar reconocimiento normativo a los derechos de los pueblos indígenas.

Pero ¿qué alcance tiene la magna constitucional en el sistema penal? ¿Existe un reconocimiento de la "preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos?

En un intento de sistematización, a partir de responder afirmativamente al interrogante y determinar si la nueva norma constitucional (art. 75 inc. 17) tiene incidencia o proyección sobre el sistema jurídico-penal en particular, esboza tentativamente dos proyecciones posibles de la cuestión:[iv]

1) Cuando dentro de la comunidad uno de sus miembros realiza una conducta reprochable tanto para el sistema de valores del grupo como por parte del derecho penal ordinario, tal conducta delictiva debería ser juzgada y sancionada exclusivamente por el derecho consuetudinario propio de aquella; y

2) la necesidad de considerar, con un tratamiento jurídico diferenciado, aquellas situaciones en las que la conducta desplegada por el miembro de la comunidad no sea considerada delictiva en su cultura, pero sí para el derecho penal oficial, o, siendo desaprobada en general en su ámbito, en el caso particular no lo sea por razones culturales, siempre que en este caso afecte un derecho humano básico.

Ya en relación con las propuestas de solución para tan conflictivo problema, el autor citado sostiene que se han postulado varias de ellas tanto desde la política criminal cuanto

desde la dogmática. Así, y en sistematización coherente con las proyecciones anunciadas, acota que - por su dirección- dichas soluciones se han orientado hacia:

a) Evitar la persecución penal del estado a través de la incorporación de principios basados en el reconocimiento de la existencia de un sistema consuetudinario que permite la solución del conflicto dentro de la comunidad (con sus propias normas) que permitan inhibir el ejercicio de la acción penal publica o, si ésta ya se hubiera iniciado, extinguirla (por ejemplo, la concepción que entiende que si los grupos étnicos poseen, de acuerdo con su cultura, un sistema sancionatorio o composicional propio, la sanción estatal puede representar a una doble punición por un mismo hecho, por lo que - según Zaffaroni - en estos supuestos se hace necesario que cuando haya tenido o vaya a tener una sanción o una solución composicionales conforme a las pautas tradicionales, pueda extinguirse o no entablarse la acción penal, salvo que la solución resulte inaceptable para el reconocimiento de la dignidad de la persona humana), y

b) proponer un tratamiento jurídico diferenciado al hecho delictivo cometido por el miembro de una comunidad, sea excluyendo el concepto jurídico de delito (por defecto de uno de sus elementos, v.gr., causa de inculpabilidad por error), o teniendo en cuenta las particularidades culturales derivada de la pertenencia al grupo como correctivo (atenuación) para la imposición de la sanción (en este caso, y aclarando Cesano que su referencia no tiene ánimo de exhaustividad, afirma que es posible apreciar desde la perspectiva de las aspectos nativos del delito que las propuestas se proyectan en los ámbitos de la justificación, la inimputabilidad y la inculpabilidad por la vía del error).

EL CONVENIO Nº 169 DE LA OIT

El Convenio 169 de la OIT reconoce y protege el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus costumbres y derecho consuetudinario:

"Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados ***deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario***. 2. ***Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. […] deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio***." (Artículo 8.1).

Entender esto es fundamental para la comprensión de relevancia que este sistema tiene sobre los individuos y de cuan violenta puede ser la aplicación de un sistema penal a un individuo que no comparte estas valoraciones, este caso habitualmente se produce en países como el nuestro en donde el sistema penal es establecido por un determinado contexto cultural predominante dentro de otros que siendo minoritarios tienen derecho a ser respetados para no caer en un totalitarismo contrario a nuestra Carta Fundamental. [v] Es importante destacar que las distintas comunidades indígenas de nuestro país estructuran su derecho punitivo en un modo propio, pero con muchos rasgos comunes entre sí, porque parten de una misma cosmovisión del mundo.

En el derecho consuetudinario la íntima conexión que tiene la moral con el derecho penal, así como la importancia que tiene para estas comunidades la pertenencia a ella, ya que la pena máxima no es la pena de muerte, ni la reclusión, sino algo mucho más íntimamente vinculado con la identidad, siendo el destierro la pena más grave, ya que significa la expulsión de la tribu.

También es un derecho dinámico, tal vez por la inmediatez entre el juzgador y el juzgado que permite que a la luz del caso concreto se permita la reincorporación con intervención de la familia, organización intermedia entre el individuo y la comunidad que es definitoria para valorar la necesidad de ese individuo de volver a ella, por lo que son comunes los propios mecanismos de auto-composición o resolución de conflictos —Vgr. Consejo de ancianos—.[vi]

Es más, del estudio de características propias del derecho consuetudinario indígena algunos autores han concluido que existe y tiene autonomía un "Derecho Penal Indígena", con diferencias con otras manifestaciones de autojusticia en algunos países del cono sur del continente, con una difícil coexistencia material con el continental europeo. [vii]

Este Convenio - ratificado en Argentina mediante Ley 24071 - establece en sus arts. 9 y 10 consideraciones específicas en materia penal.

Así en el inc. 1 de su art. 9 estipula que, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, ***deberán respetarse los métodos a los que los pueblos originarios recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*** En su inc. 2 manda que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deban tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Finalmente en su art. 10 señala que cuando se imponga sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos originarios ***deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales (inc.1) y también que el sistema penal deberá dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (inc.2).***

Resulta esencial que el estado construya una política criminal respetuosa de la diversidad cultural, ya que si la justicia penal no respeta esta diversidad cultural termina siendo una justicia discriminatoria en la cual cierto tipo de parámetro cultural es impuesto a quienes responden a un modelo distinto.

La igualdad ante la ley es violada tanto cuando se trata desigualmente a los iguales, como cuando se trata igualmente a los desiguales, [viii] lo que sucedería si se imponen sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos originarios *sin tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, verificándose un velado incumplimiento del art. 10 del convenio 169 de la OIT.*

LA PRISIÓN PREVENTIVA

En relación con las medidas punitivas privativas de la libertad, los expertos de la OIT sostienen que, con frecuencia, el encarcelamiento es una experiencia traumática para los integrantes de los pueblos indígenas y que muchos de ellos mueren en prisión. Por ello, destacan la *"necesidad de que jueces y magistrados, tribunales y administraciones nacionales encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito."*

Este es nuevo paradigma de respeto a la diversidad que se desenvolvía a partir de una tradición que había estado orientada hacia la integración y se caracterizaba por los procesos de aculturación de las comunidades indígenas, como consecuencia de los cuales éstas habían venido perdiendo su identidad y su cohesión interna y habían permitido que sus sistemas jurídicos tradicionales cayesen en desuso y fuesen sustituidos por el de la cultura nacional. Y que por ello, la vigencia de este nuevo paradigma exigía el reconocimiento de una etapa de transición en la cual, las comunidades indígenas podían buscar la reafirmación de su propia identidad como tales.

Pero, el art. 10 de la Ley 24071 marca que la sola condición de pertenencia a una comunidad indígena no podía constituir una excepción al sistema legal. Y se consideró que el art. 10 remitía, en principio, a las penas "previstas en la legislación general" y, entre ellas, obligaba la preferencia de una distinta a la privativa de la libertad:

"El Convenio postula que los miembros de los pueblos aborígenes son sancionados según la legislación general, lo cual es muy distinto a que los integrantes de esas comunidades reciban, por ejemplo, castigos extraños a las leyes argentinas. Aceptado lo primero, es coherente que la preferencia de un retribución distinta a la privativa de la libertad pueda ocurrir sí, y sólo sí, tal alternativa se encuentre prevista en el ordenamiento nacional." (Superior Tribunal de Justicia de Chubut.) (1)

Así la interpretación que el máximo tribunal provincial efectuó del art. 10 del Convenio priva a esta norma de operatividad.

Y en el ordenamiento nacional sólo existen cuatro formas de castigo: reclusión, prisión, multa e inhabilitación (Código Penal, art. 5).

En relación con este tema, merece destacarse la opinión del Dr. Eugenio R. Zaffaroni:

"Creo que llegó el momento de reconocer que son superiores las formas tradicionales de decisión de conflictos, porque son verdaderas formas de solución de conflictos y no meros actos de ejercicio vertical de autoridad. Por ser reparadoras y reducir el ejercicio del poder punitivo atienden a la víctima concreta, restablecen [ix]la paz social y no acaban en una pura canalización de venganza. No se trata de llevar la justicia penal formal a los pueblos originarios, sino de reconocer su superioridad en cuanto a eficacia en la solución de los conflictos para intentar reformar esta justicia penal formal conforme a modelos mucho más prácticos, mucho más eficaces y mucho más pacificadores. ¿Por qué? Porque corresponden a sociedades más integradas y solidarias." [x]

Nuestra Constitución Nacional, establece ciertas garantías para que la búsqueda de protección de los derechos ante los tribunales sea efectiva (art. 18). Estas garantías judiciales, también se encuentran reconocidas en varios de los instrumentos internacionales incorporados a ella con jerarquía constitucional. Así vemos:

EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, establece que:

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) ***A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella***…

Este tema del lenguaje es de importante interés. Conforme las comunidades se encuentran en las zonas urbanas, el idioma no representa problemas, porque ya los niños asisten a escuelas bilingües, muchos están insertados laboralmente, usan la tecnología, se los puede observar manejarse con normalidad en los cajeros automáticos, hablar por teléfonos celulares, usar computadoras y circular en motocicletas y vehículos.

El inconveniente se presenta con las comunidades de zonas rurales, alejadas de las ciudades urbanizadas, no nos olvidemos que el Chaco Salteño forma parte del Gran Chaco, la segunda ecorregión sudamericana después de la Amazonia, extendiéndose sobre una superficie de 1,2 millones de kilómetros cuadrados (equivalente a la suma de las superficies de Francia y España), el Gran Chaco abarca el centro norte argentino el sudeste de Bolivia y el oeste de Paraguay. Es una llanura que pertenece geológicamente a la Llanura Chaco Pampeana.

Los pueblos indígenas que habitan esta región descienden de los primeros pobladores del Chaco Salteño. Hay una confluencia de 7 etnias, de distinto origen que pertenecen a tres familias lingüísticas. Están los pueblos pertenecientes a las familias lingüísticas Mataguayo y Guaycurú, considerados por la etnología como "chaquenses típicos". Se caracterizan por una adaptación cultural a las condiciones ecológicas que permite concluir que tienen una profunda antigüedad de radicación. En el ámbito que nos ocupa, predominan demográficamente los Wichí.

De los guaraní-hablantes, existen en las provincias de Salta y Jujuy aproximadamente 21.000 Chiriguanos y 1.400 Chané, quienes habitan los valles pedemontanos de la precordillera. Ambos son pueblos agricultores de origen amazónico, con la diferencia de que los Chané provienen supuestamente de la rama sureña de la familia lingüística arawak. Cuando recién ingresaron a las tierras que actualmente ocupan, los Chiriguanos sometieron a los Chané, a tal punto que actualmente se los toma a ambos como una sola comunidad cultural. Sin embargo, se diferencian cultural y lingüísticamente y mantienen una conciencia marcada de sus identidades distintas. Los Tapiete, una etnia minoritaria de lengua guaraní cuya cultura es de plena adaptación al medio ambiente chaqueño, la mayoría están asentadas en una comunidad inserta en el ámbito urbano del

pueblo de Tartagal, con unas pocas familias en La Curvita, una comunidad mixta wichí-chorote-toba sobre el río Pilcomayo. [xi] Con estos datos podemos imaginarnos la extensión territorial en la que habitan y la diversidad de lenguas.

¿Cómo garantizarles que no haya modificación o degradación de sus rasgos culturales, esto es, que al acceder a la justicia, la misma no se convierta en un proceso de aculturación solapado?

Para ello debe establecerse que los actos procesales cumplidos no alteren su cosmovisión y su propia escala de valores. El acceso a la justicia debe garantizar la ausencia de cualquier signo de discriminación que le cree incomodidad o turbe o menoscabe su derecho, como la vestimenta, saludo, cualquier manera de comunicase. El idioma indígena al ser promovido por el Estado crea un rango en el justiciable que debe ser atendido imperativamente por la justicia.

La persona que soporta alguna forma de coerción, dentro del sistema penal y habla defectuosamente el español, casi siempre elige esta lengua, por ser la de mayor prestigio y al mismo tiempo desde donde proviene el discurso del poder. Es capaz de disimular la comprensión de manera de agradar a la autoridad preventora. Evitando la comunicación en el idioma que posee mayor destreza, presumiendo que le puede acarrear mayores perjuicios. Entonces busca una forma de mimetizarse y ser tratado igual a otros hablantes del mismo idioma. Ello hace que durante la instrucción aumente su confusión y no colabore adecuadamente.

Entonces a la dificultad idiomática se le unen, los componentes culturales desconocidos, la incompetencia cognitiva para distinguir adecuadamente el sistema represivo y los roles de los agentes, y sobre todo la manera de articular el reclamo.[xii]

Por ello es necesario garantizar, la existencia de peritos especializados en cultura indígena, la facilitación de intérpretes a aquellos que no dominen bien el idioma español, y un servicio de asistencia jurídica gratuita.

En igual sentido,

LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Establece que: "***Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos". (Artículo 34).***

"Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades."(art. 35)

EL CÓDIGO PENAL

El art. 34 inc. 1° consagra el error de manera genérica, normativa con la que se puede contemplar la situación de quien por su cultura o costumbres realiza una conducta, no comprendiendo el carácter delictuoso de su acto, o determinarse de acuerdo a esa comprensión, de modo tal que de comprobarse dicha situación pueda ser eximido de responsabilidad o atenuada la misma.

Teniendo en cuenta la falta de normas específicas, se puede encausar el tema por la vertiente del error de comprensión culturalmente condicionado —posición tomada por Zaffaroni—, pero limitando su aplicación al caso de tratarse de una comunidad indígena sumamente cerrada donde imperan costumbres intensamente arraigadas, y en cierta forma con un "derecho" consuetudinario que se aplica dado su aislamiento. El error de comprensión es la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se encuentran en "estado peligroso".[xiii]

No debe dejarse de lado el art. 27 bis del C. Penal, el cual es una notable herramienta preventiva en materia de condena de ejecución condicional.

EL PROCEDIMIENTO PENAL - LA CULTURA: como elemento de prueba.

La idea de "cultura" resulta una variable abstracta y de un valor discreto en la valoración de la prueba según los cánones tradicionales. Así se la ha considerado al construirse una jurisprudencia con estereotipos como "pobres", "insanos", "incultos" o "salvajes". No producía efectos jurídicos determinantes. Era un registro lateral que permitía mensurar la pena, incapacitar o designar tutores. Aceptar otra "cultura" y considerar como prueba el universo cognitivo que proviene de esa alteridad es un desafío y un compromiso del Estado Nacional ante los nuevos dispositivos internacionales y a partir de la reforma constitucional de 1994.

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE GRUPOS VULNERABLES: MUJERES, NIÑAS, NIÑOS Y ADOLECENTES.

La desigualdad que padecen las mujeres, niñas, niños y adolescentes en el disfrute de sus derechos está arraigada en la historia y la cultura. Al integrar comunidades indígenas esta situación puede verse agravada, debido a la doble condición de vulnerabilidad.

Las normas internacionales de derechos humanos brindan amplia protección a estos grupos y pretenden revertir esta situación.

El Comité de los Derechos del Niño, instó a los Estados partes a que consideraran la aplicación de medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil.

[i] *Cfr. Altabe, Ricardo; Braunstein, José y Gonzalez Jorge A. Derechos Indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre los conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75 inc. 17 C.N."*

ii Bidart Campos, German: op. Cit. Nota 47 Tratado Elemental…T VI, págs. 373 y 372.

[iii] Rosatti Horacio "Status constitucional de los pueblos indígenas", en Reforma de la Constitución Rubinzal 1994, pag.199.

[iv] Cesano José Daniel y kalinsky, Beatriz, op. cit. pags. 242/248

[v] Becerra, Nicolás.

[vi] En la comunidad indígena del pueblo Coya de Iruya, Salta. el derecho penal está implícito en la conciencia del pueblo. Tal derecho no es escrito sino que se conoce y se transmite de manera oral, de generación en generación. Lo que está bien y lo que está mal se diferencia por lo que les dice su conciencia, por lo aprendido en la comunidad, ya que las normas a seguir se deducen del propio comportamiento de los integrantes del pueblo.
El encargado de impartir justicia es el "Comunero" y de él depende el "Consejo de Ancianos". Todos llegan a ocupar sus cargos de manera democrática, siendo elegidos por los restantes integrantes de la comunidad. Es importante que cada uno haga un buen desempeño de la función que debe ejercer, ya que de eso depende el orden del pueblo. Los atenuantes y los agravantes de las penas son los mismos que figuran en el Código Penal. No obstante ello, tienen penas particulares que no se saben de antemano. Pueden deducirse de otros casos similares ocurridos con anterioridad pero no surgen de ninguna norma escrita. En general, las penas que se aplican son graves y tienen como finalidad, además de castigar a quien incumplió algún deber de la comunidad, servir como ejemplo para el resto de los integrantes… La pena más grave que se aplica es el "ostracismo": ello implica la expulsión de

la comunidad. Las figuras de robo, hurto y homicidio son entendidas igual que en el Código Penal y el encargado de aplicar la pena será el Consejo de Ancianos. En los últimos tiempos, quienes se fueron adueñando de las fincas intentaron impartir justicia pero esta situación está tratando día tras día para que el sistema de la comunidad no se modifique ni pierda su esencia. (Conf. Entrevista realizada a Sr. Eulogio Frites de la comunidad Coya, en el marco del artículo Derecho Penal indígena", Ritondale Lorena, Cotarelo Natalia, Canteli Yanina. disponible en la página web http://www.indigenas.bioetica.org/inves38.htm)

[vii] Cabe destacarse en este punto a "Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena" del profesor Emiliano Borja Jiménez, Edet., Tirant lo Blanch. Tirant Monografías # 185 Valencia, España 2000. Afirma el autor que "la cuestión de fondo es de gran profundidad, pues afecta a temas tan relevantes como la unidad del sistema jurídico penal, la legitimidad del Estado para imponer sus leyes en poblaciones que ni las aceptan ni las aplican o la universalidad de la vigencia de los derechos humanos

[viii] Conf." Derecho Penal Positivo y las comunidades indígenas…"

[ix] "A. S. M. s/ Estupro Agravado Expte. 18.814-A-2002, del 26/11/03

[x] Zaffaroni, Eugenio R., *Justicia Penal Comunitaria en Latinoamérica* en "La Justicia Penal en las comunidades originarias", Ed. Ad Hoc, pág. 109.

[xi] *Los pueblos indígenas cazadores-recolectores del Chaco Salteño* Andrés Leake.

[xii] Manuel Alberto Jesús Moreira - La comunicación defectuosa como exclusión.

[xiii] Zaffaroni pone el ejemplo del jíbaro al que le sería aplicable el art. 34 inc. 1°, 3° párrafo.

O inferiores. "Esta tesis no podría sostenerse válidamente a la luz de nuestra legislación, porque afectaría el principio de igualdad. No obstante lo afirmado, de ninguna manera significa que el indígena no puede ser inimputable como cualquier otro ciudadano. Lo que se discute es que por el solo hecho de ser indígena, ello no lo convierte en inimputable" (Cfme. Baigún, David - Zaffaroni Eugenio R.; (dirección); Terragni Marco A.; (coordinación) ob. cit. p. 552).

BIBLIOGRAFÍA

Altabe, Ricardo; Braunstein, José y Gonzalez Jorge A.
Becerra, Nicolás
Bidart Campos, German: op. Cit. Nota 47 Tratado Elemental…T VI, págs. 373 y 372.

Borja Jiménez, Emiliano Edet., Tirant lo Blanch

Cesano José Daniel y kalinsky, Beatriz, op. cit. pags. 242/248

Leake, Andres Los pueblos indígenas cazadores-recolectores del Chaco Salteño

Moreira Manuel Alberto Jesús - La comunicación defectuosa como exclusión.

Rosatti Horacio "Status constitucional de los pueblos indígenas", en Reforma de la Constitución Rubinzal 1994, pag.199.

Zaffaroni, Eugenio R., Justicia Penal Comunitaria en Latinoamérica en "La Justicia Penal en las comunidades originarias", Ed. Ad Hoc, pág. 109.

TRABAJO PARA LOS CURSOS DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA – LA MANCHA – TOLEDO, ESPAÑA

La Universidad de Castilla – La Mancha – Toledo, España, ofrece a sus egresados la opción de presentar al finalizar los cursos de postgrado un trabajo que debe versar sobre un tema abordado en el curso al que el alumno asistió y/o vinculado a alguno expresamente tratado, para la obtención de un título complementario.

Esta casa de altos estudios dicta un reglamento para la presentación del trabajo que tiene indicaciones específicas y rigurosas en cuanto al formato y debe ser básicamente un trabajo de investigación, búsqueda y análisis jurisprudencial. Para su realización se pone a disposición del alumnado un grupo de docentes del Departamento de Derecho Procesal, todos con título de Doctor en Derecho, quien adelante será su tutor. Queda terminantemente prohibida y con sanción de inadmisión, la presentación de un trabajo que carezca de la tutoría de un docente recomendado por esa Universidad. A su vez el Consejo Académico, solo valora los trabajos que contienen una recomendación favorable del respectivo tutor/a. Las calificaciones posibles pueden ser: no apto, apto, notable y sobresaliente.

En este marco la Dra. Claudia Carolina Alarcón asistió a los cursos intensivos de verano que dicta la Universidad Castilla – La Mancha – Toledo, España, al haber obtenido el segundo puesto de la beca Premio al Mérito Judicial 2012. Luego de aprobar el curso de postgrado "Derechos fundamentales y garantías constitucionales en la Justicia Penal" optó por la obtención de un título complementario, presentando el trabajo "Algunas miradas sobre la prisión preventiva" cuya calificación mereció la puntuación sobresaliente.

La Dra. Ágata María Sanz Hermida, ha sido la docente que acompañó este proceso de investigación con mucha generosidad, apertura, respeto y compromiso.

El Dr. Jorge I. González Ferreyra, también optó por la presentación del trabajo que tituló "Las prohibiciones probatorias como límites al descubrimiento de la verdad en el proceso penal", su tutor fue el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo (Profesor Titular De Derecho Penal UCLM- Toledo). Obtuvo la calificación sobresaliente y el título complementario.

El camino recorrido para hacer estos trabajos ha significado para los autores un importante crecimiento personal y académico, que el Consejo Editorial meritúo para su publicación en esta obra.

ALGUNAS MIRADAS SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA

ALUMNA: **CLAUDIA CAROLINA ALARCON**

TUTORA: **DRA. AGATA MARIA SANZ HERMIDA**

Contenido

INTRODUCCIÓN: objeto y alcance del estudio
1. Sistema de fuentes
1.2. Fuentes en el ordenamiento jurídico argentino
1.2.1. Normas constitucionales
1.2.2. Tratados y convenios internacionales
2. Las medidas cautelares en el proceso penal
2.1. Concepto
2.2. Requisitos
2.2.1. Fumus boni iuris
2.2.2. Periculum in mora
2.3. Clases
3. La prisión provisional/preventiva como medida cautelar
3.1. Requisitos o presupuestos para su aplicación
3.1.1. Fumus boni iuris
3.1.2. Periculum in mora
3.1.2.1. Riesgo de fuga
3.1.2.2. Obstrucción a la justicia o destrucción de pruebas
3.1.2.3. Reincidencia y/o causas penales en trámite
3.1.2.4. Protección de la víctima
3.1.2.5. Especial referencia a las mujeres como víctimas de violencia de género
3.1.2.6 Sustitución de la prisión preventiva con otras medidas
4. Prisión preventiva y el Derecho a ser juzgado en un plazo razonable
4.1.1. Límites temporales de la prisión preventiva
4.1.2. Prisión preventiva y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas
5. Responsabilidad Estatal por imposición de prisión preventiva
6. Conclusión
7. Bibliografía. Textos Legales consultados. Jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN: objeto y alcance del estudio

Teniendo en cuenta que en la modernidad la duración de la prisión preventiva es uno de los más grandes problemas del Derecho procesal penal, por su directa vinculación con el principio de inocencia, Ferrajoli (2.009)[1] dijo que la historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio, está estrechamente vinculada a la presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión, siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda.

Hablar de las condiciones que deben verificarse para limitar la libertad de las personas, es discurrir en términos filosóficos y políticos, ya que nuestro sistema penal liberal ejercitado en el marco democrático del Estado de derecho, con sustento en el plexo normativo constitucional que acoge Tratados internacionales sobre derechos humanos, indica que la libertad ambulatoria solo puede restringirse por orden de un juez competente y,

[1] *Ferrajoli, Luigi (2.009:551)* Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid.*

dentro de los límites absolutamente indispensables para la realización de los fines del proceso.

Para imponer una detención provisional, hoy existe una conciencia generalizada que señala que deben aplicarse criterios procesalistas y no sustantivistas, lo que implica que la agencia judicial[2], debe valorar si efectivamente existe un riesgo procesal, con independencia de la pena prevista en abstracto para el delito en análisis. Esto permite sostener lo expresado por Zaffaroni (2009)[3] quien afirma que aquella agencia en la pugna ética por poner límites a la irracionalidad del hecho de poder con que se enfrenta, debiera proceder desde la racionalidad y limitar la violencia que se ejerce sobre las personas que menores aportes han hecho al reforzamiento de la violencia de que son objeto.

En Salta, provincia de Argentina, coexisten dos sistemas procesales, instaurados por las leyes 6345/85 y 7690/11, que respectivamente colocan la investigación de los delitos en el Juez de Instrucción y en la Fiscalía cada uno de ellos y, ambos ordenamientos, contienen disposiciones que reglamentan la aplicación de la prisión preventiva.

Este trabajo mediante el relevamiento y análisis de fuentes bibliográficas y jurisprudenciales[4] busca mostrar que en la práctica, la imposición de esta medida cautelar, se usa en la mayoría de los casos y, en muchos de ellos se utilizan interpretaciones cerradas de los parámetros que la ley proporciona, que evidencian la prevalencia de la idea de peligrosidad criminal, por encima de la peligrosidad procesal.

De esta forma se busca generar reflexión sobre la mirada sesgada con que se aborda la detención provisional, ya que colisiona con la tutela judicial efectiva, porque se niega a las personas sometidas a proceso penal, el derecho y la oportunidad de contar con pronunciamientos jurisdiccionales motivados en la razonabilidad; desde esa perspectiva, se proponen algunas herramientas para mejorar los criterios de aplicación del instituto.

Al respecto puede decirse que la actual concepción de los derechos humanos fundamentales, trajo consigo la idea de contar con actos políticos judiciales que desde su fundamentación, expresen que el Estado limita derechos en forma proporcional y racional y, que para el caso en que las partes entiendan que no sea así, estas decisiones puedan ser revisadas por Tribunales superiores mediante vías impugnativas, a lo que hay que agregar que también generan responsabilidad estatal. Es que la antropología que informa la teoría de los derechos humanos, hoy ya es considerada patrimonio de la antropología jurídica[5].

A su vez llama la atención que en los casos de violencia hacia las mujeres en el ámbito familiar, una de las formas de violencia de género, siempre se aplica la prisión preventiva sea cual sea el delito que se investiga, por el que se procesa o por el que se requiere juicio. De esa manera el estado reproduce violencia mediante el aparato punitivo y no aborda la complejidad de una problemática que se origina en lo cultural, ya que la consideración de mujeres y varones y de las identidades femeninas y masculinas, subalternizadas y jerarquizadas respectivamente, son construcciones humanas.

Entonces puede decirse que el problema y sus probables respuestas, tratan de analizar cuando y como, de acuerdo a las normas constitucionales, se puede restringir la libertad del imputado[6], valorando en cada caso concreto la existencia de peligrosidad procesal.

---

[2] El concepto de agencia judicial surge de la criminología crítica y, parece ser el más pertinente para nombrar al órgano encargado estatal de administración de justicia, ya que se parte de la idea de gestión político estatal.

[3] Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009:282) En busca de las penas perdidas*, Editorial Ediar, quinta reimpresión, Buenos Aires.*

[4] En la totalidad de los fallos consultados y sintetizados en sus partes pertinentes para hacer este trabajo, no se individualizarán a las personas implicadas, en resguardo del derecho a la intimidad.

[5] Zaffaroni, Eugenio Raúl (2.009) Ob. Cit

[6] Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal (2003), sala I, Bárbara Rodrigo Ruy-exención de prisión, causa 21143, interloc.6/118.

1. SISTEMA DE FUENTES: NORMAS CONSTITUCIONALES

En la República Argentina la Constitución Nacional es la norma superior y rectora de todo el ordenamiento jurídico, en consecuencia, toda la normativa debe interpretarse en congruencia con sus postulados y principios. Esto se corresponde necesariamente con la idea de la supremacía Constitucional, que supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado según su Art. 31, que dice que la Constitución, los Tratados Internacionales y las leyes que en su consecuencia se dicten son la ley suprema de la Nación; entonces debe entenderse que se indica un orden de prelación y que los escalones mas altos subordinan a los inferiores y, todo el conjunto se subordina a la Constitución[7].

La idea de la supremacía constitucional tiene directa relación con la de poder constituyente que genera el poder constituido y, de ello se infiere, que este último no puede ni debe realizar actos que sean contrarios a la Constitución, porque ésta nace de un poder distinto, originario y separado del poder constituido; en el caso de Argentina, este último sería encarnado por el Congreso Nacional.

Por el imperio de esa supremacía y dada la forma Federal y Demócrata de gobierno de Argentina, las provincias son estados, pero con un poder que no es soberano, sino autónomo. Pueden y deben dictarse sus Constituciones, en virtud del Art. 5 de la Carta Magna Nacional, pero están obligadas a subordinar sus contenidos a los de aquella; por lo tanto el poder constituyente provincial, tiene limitaciones positivas ya que en virtud del sistema federal estatal, debe existir coherencia entre las normativas del estado federal y, de los estados miembros.

Una consecuencia necesaria de lo expuesto es la premisa que indica que cualquier acto infractor de la Constitución puede ser invalidado y reputado de inconstitucional, enervando su eficacia por falta de validez. En el caso Argentino este control de constitucionalidad es un deber que la Constitución impone a todos los miembros del Poder Judicial y se ejerce de manera difusa, ya que los jueces son los únicos que pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma y, solo para el caso concreto al que se pretende su aplicación.

En lo que al ámbito penal es inherente, los Arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional contienen las garantías que sustentan el sistema procesal penal Argentino. El primero dice, que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Tampoco nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, la garantía de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados; la abolición de la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Asimismo indica que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.

El otro artículo expresa el principio de reserva, al excluir de la punición las acciones privadas que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados; asimismo enuncia el principio de legalidad cuando dice que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe.

Por su parte los Arts. 18, 19 y 20 de la Constitución Provincial de Salta, se pronuncian acerca de la defensa de la persona y sus derechos en sede judicial, administrativa y en el seno de las instituciones de derecho privado; la libertad personal y sus limitaciones, que siempre deben estar dentro de los límites indispensables para la investigación del ilícito o, para evitar que el imputado pueda eludir la acción de la justicia; la notificación del motivo de la detención en forma inmediata; la flagrancia; la asistencia letrada gratuita; la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes y la responsabilidad de los agentes públicos, funcionarios y jueces que los realicen, de denunciarlos; asimismo se

---

[7] Bidart Campos, Germán (1.992: 78) Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires.

enuncia que la responsabilidad penal es personal y la consagración del principio de legalidad.

De lo expuesto se advierte que ambas Constituciones contienen disposiciones que se complementan, ya que plasman los principios de legalidad y de reserva y, de la lectura de la Carta local se advierte que posee institutos propios de las Constituciones modernas, tales como, la flagrancia, la notificación en el momento de la detención de los motivos de la misma, el examen médico previo a la audiencia judicial y la excarcelación, entre otros.

1.1.2 TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

Los Tratados y Convenios Internacionales suscriptos por el Estado Argentino, en virtud del Art. 27, que estipula que el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras, por medio de tratados que estén en consonancia con los principios establecidos en la Constitución, no están exentos del alcance de la supremacía Constitucional y, en esto cobra vital importancia la cláusula o fórmula Argentina consistente en la reserva de la primacía de la Constitución formal sobre los Tratados (especialmente en materia de arbitraje).

De esa forma se consagra la idea de que la Constitución tiene un grado superior de prelación frente a los Tratados y Convenios y, en caso de que en su aplicación la infrinjan, pueden ser declarados inconstitucionales en el ámbito interno.

El caso de los Tratados incorporados en la Reforma Constitucional de 1994 en el Art. 75 inc. 22, tiene otro cariz, porque si bien algunos de ellos ya formaban parte del sistema jurídico porque habían sido ratificados por leyes del Congreso Argentino, su añadidura implicó la adopción del Derecho Internacional de Derechos Humanos al plexo Constitucional, por lo tanto tienen esa jerarquía.

Estos ordenamientos mantienen toda la vigencia y vigor que ya poseían al momento de la suscripción y, deben interpretarse armónicamente con la Constitución y los derechos y garantías contenidos en su articulado son complementarios de la primera parte de aquella que contiene los derechos fundamentales.

Al tratarse de una Constitución con contenidos pétreos en la parte dogmática, los derechos y garantías allí consagrados, no pueden suprimirse, y en todo caso se entiende que aquellos Tratados de Derechos Humanos informan e integran ese plexo dogmático; en este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Arancibia Clavel[8], dijo que los tratados complementan las normas Constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la Segunda Parte de la Constitución. Por el contrario debe interpretarse que las cláusulas Constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse.

Entonces, cualquier ciudadano/a del Estado es titular y sujeto activo de los derechos que esos Tratados reconocen y, los Estados partes tienen el deber de aplicarlos en sus ámbitos internos. Caso contrario existen las instancias internacionales que habilitan la demanda del Estado por incumplimiento de una auto obligación asumida, ya que aquél se somete a un orden jurídico en el que no está en relación con otros Estados, sino con su ciudadanía.

Los tratados de Derechos Humanos arriba referenciados son La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[9], La Declaración Universal de Derechos Humanos[10], El Pacto de Derechos Civiles y Políticos[11], La Convención Americana sobre

---

[8] Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 24/0/2.004, caso "Arancibia Clavel" voto del Dr. Boggiano.

[9] Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia en 1948.

[10] Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

[11] Adoptado por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de New York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23313/86

Derechos Humanos[12], La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[13], La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas[14] , La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa Humanidad [15].

Sin embargo, los que contienen normas penales son, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa Humanidad.

El derecho a la libertad está consagrado en el Art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, cuando dice que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

Este derecho a la libertad puede ser restringido por el Estado en ejercicio del ius puniendi y, la detención de personas debe ser dispuesta por Juez competente, conforme el principio de legalidad y no puede ser arbitraria, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes; en este sentido se pronuncian la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. XXV, la Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su vez, la detención encuentra límite absoluto en la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes, tal como lo señalan la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que en su totalidad se refiere a la obligación de los estados partes de la adopción de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción y, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En relación a este aspecto tan caro y esencial a la dignidad humana, en Argentina se dictó la ley 26827/13[16] y en Salta la 7733/12[17], la primera crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes y, en la segunda se establece el mecanismo para idéntica prevención.

La constitución de una Comisión Provincial es la nota especial de esta ley local, la misma está integrada por miembros del Poder Judicial, del Ministerio Público, de las Cámaras de Diputados y Senadores, del Ministerio de Derechos Humanos, del Instituto Provincial de Pueblos Indígenas, del Colegio de Abogados y Procuradores, de la Universidad Nacional de Salta y de Organizaciones de Derechos Humanos provinciales con reconocida trayectoria; dichos miembros no percibirán remuneraciones por esta función.

Esta Comisión puede realizar visitas en lugares de detención y hacer recomendaciones a las autoridades competentes, con el objetivo de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de libertad.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL: CONCEPTO

Admitir la idea de que el proceso penal se realiza para que la aplicación del Derecho sustantivo sea posible, implica la adopción de medidas que tiendan a asegurar la presencia del imputado para la realización del juicio por un lado y del cumplimiento de la sentencia y,

---

[12] Aprobada por la República Argentina según ley 23054/84 con la reserva y declaraciones interpretativas.

[13] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980.

[14] Aprobada por la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, celebrada el 9/6/94 en Belem do Pará, Brasil. Aprobada por la República Argentina según ley 24556/95.

[15] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina según ley 24584/95.

[16] Esta ley fue promulgada de hecho el 7 de enero de 2013. Disponible en www.infojus.gov.ar

[17] Esta ley fue sancionada el 12/09/2.012. Disponible en www.infojus.gov.ar

por otro lado, la permanencia de sus bienes en el acervo patrimonial, para hacer frente a la reparación del daño que pudiera causarse con el delito.

En Argentina las medidas cautelares están identificadas con las medidas de coerción, ya que se entiende que para llevar adelante el proceso penal son imprescindibles las injerencias en la esfera individual, para asegurar el proceso desde su inicio hasta su fin.

Donna[18] dice que consisten en restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso del proceso penal, tendientes a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento y la prueba de la verdad de la imputación y, la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.

REQUISITOS

2.2.1. FUMUS BONI IURIS

También conocido como verosimilitud del derecho, este requerimiento concretamente se traduce en el juicio de probabilidad que permite atribuir razonadamente un hecho punible a una determinada persona.

Es decir, que al menos debe tratarse de una apariencia de algo verdadero y no exige el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, por lo que puede decirse que se aborda desde un plano hipotético y, tampoco es necesaria una prueba terminante y plena para disponer su dictado.

Así puede afirmarse que sólo pueden aplicarse sobre quien esta sindicado de la comisión de un hecho ilícito y que desde indicios o pruebas concretas, se tienen elementos para limitar sus derechos.

2.2.2 PERICULUM IN MORA

Significa que al menos en grado suficiente, debe constatarse una situación de riesgo o peligro de que el inculpado, se sustraiga al proceso o al cumplimiento de la sentencia.

Es decir que se hace un juicio a futuro, que conlleva el razonamiento de que un conjunto de circunstancias podría llevar un riesgo determinado y así frustrar la decisión definitiva, o el entorpecimiento de los actos necesarios para llevar adelante el proceso penal hasta la sentencia.

Se trata siempre de un peligro concreto que implica un riesgo que debe neutralizarse, ya que sin peligro la medida cautelar carece de sentido lógico jurídico.

CLASES

Es de aceptación de la doctrina mayoritaria la clasificación de las medidas cautelares en personales y reales, según limiten la libertad personal o la libertad para disponer del patrimonio y en Argentina se consideran medios coercitivos.

Por su parte los medios cautelares reales, pueden tener distintas finalidades, tales como asegurar medios de prueba o asegurar el pago de una condena pecuniaria, por las personas responsables penalmente o los terceros civilmente demandados.

También debe decirse que cualquiera sea su naturaleza técnica, son procedentes y legítimas cuando su dictado es excepcional, necesario, racional, proporcionado, por un plazo razonable y emanan de autoridad competente.

Las medidas cautelares personales son:

- La citación

[18] *Donna, Edgardo A. (2005)* Curso de Derecho Procesal en *Cádiz, La prueba y sus límites, Conferencia de mayo.*

Este modo de llamar al imputado a comparecer en un proceso penal es bastante usado y solo se formula cuando existe una indicación concreta sobre alguien que se presume supuesto partícipe de una infracción penal.

En el ámbito federal se aplica un sistema mixto que mantiene la instrucción para investigar y el sistema acusatorio moderado, en la etapa de juicio. En Salta se investiga mediante la Instrucción y la Investigación Penal Preparatoria, sin embargo, en todos estos regímenes es posible que la persona imputada pueda presentarse espontáneamente por ante el Juez Instructor, el Fiscal Penal o el Juez de Garantías, para prestar declaración indagatoria o hacer su descargo, respectivamente; según lo indican los Arts. 294 del Código Procesal Penal de la Nación, 269 y 369 de las leyes salteñas 6345/85 y 7690/11.

Sin embargo, el Juez Instructor y el Fiscal Penal pueden ordenar la comparecencia del imputado por simple citación, según el Art. 272 y 372 de esas leyes, cuando el delito investigado no esté reprimido con pena privativa de la libertad o cuando estándolo, parezca procedente una condena de ejecución condicional, salvo los casos de flagrancia.

Por su parte el Fiscal Penal por el Art. 372, cuando el hecho investigado es de los arriba descriptos, también puede citar al imputado y, si este no concurre al llamado o no se justifica con un impedimento legítimo, debe pedirle al Juez de Garantías que haga efectivo el apercibimiento de comparecencia forzosa, al solo efecto de la realización de los actos procesales que justificaron la citación.

Esta es la forma de buscar que aquél comparezca a la sede judicial, por ante el Juez Instructor, el Tribunal de Juicio o el Fiscal Penal, en la fecha y lugar que se le indica, bajo apercibimiento de ordenar su detención o ser obligado a comparecer por la fuerza pública, en la práctica policial y tribunalicia esto se conoce como conducción.

Esta citación genera la posibilidad inmediata de permitir al imputado la realización de su descargo y, así se pueda conocer su versión del hecho investigado, sin restringir su libertad ambulatoria.

- Aprehensión

Esta medida consiste en el apresamiento de una persona que supuestamente participó de un delito, se caracteriza por su brevedad y sus características consisten en que se realiza sin orden y, la obligación de quien la realiza, de poner a disposición de la autoridad a la persona aprehendida.

Puede efectivizarse por particulares, que son personas comunes que por propia iniciativa y espontáneamente atrapan a alguien y, por la Policía y auxiliares de la misma; según el Art. 274 de la ley 6.845/85 tienen el deber de detener al que es sorprendido en el momento de intentar cometer un delito; al que fugare del lugar donde está legalmente detenido; a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de haber participado en un hecho punible y a quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad.

El Art. 376 de la nueva normativa procesal añade que también debe detenerse a alguien cuando exista peligro de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación, cuando se tratare de una situación de urgencia y hubiere peligro de que el imputado eluda la acción de la justicia.

En este caso los Arts. 276 y 379 de cada una de las leyes procesales, señalan que la novedad de la aprehensión deberá ser comunicada a la autoridad judicial competente, al Juez de Instrucción, al de Garantías y al Fiscal Penal, con el apercibimiento en caso de omisión, de la pertinente promoción de acción penal.

- El arresto

Esta medida inicial que se caracteriza y se asienta en la deficiente información del hecho investigado, es una medida privativa de la libertad que se impone con fines de investigación, por lo tanto es limitada en el tiempo, ya que en el primer momento no es posible individualizar a los presuntos responsables o a testigos.

Los Arts. 271 de la ley 6845/85 y 375 de la ley 7690/11 dicen que cuando en el primer momento de la investigación, o posterior a la comisión de un delito de acción pública no sea posible individualizar a su autor, a los partícipes y a los testigos y, se deba proceder con urgencia para no perjudicar la investigación o la averiguación de los hechos, el Juez o la autoridad que dirija el procedimiento podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar, no se comuniquen entre si, no se modifique el estado de las cosas y si fuera necesario o indispensable, el arresto de todos ellos.

La finalidad inmediata es recibir la declaración de los presentes en el lugar del hecho, esta medida no puede prolongarse por más de seis horas según el Art. 180 inciso 8 y, tiene como máximo el lapso de 24 hs. que es el tiempo indicado por los Arts. 282 y 88 inc h, de ambas leyes procesales, para que los Jueces de Instrucción o de Garantías, respectivamente, reciban declaración indagatoria o se controle la legalidad de la detención[19] de una persona. En el primer caso se infiere que en ese lapso, ya debe estar individualizada la persona que es indicada como presunta responsable, o sea que su arresto ya se convirtió en una concreta detención.

- La detención

Esta medida privativa de la libertad consiste en un estado relativamente breve de imposibilidad de disponer de la libertad ambulatoria y se impone por el Juez Instructor o el Juez de Garantías, este último con solicitud previa del Fiscal Penal según el mandato del Art. 380 de la nueva ley procesal, ya que son la autoridad competente para disponerla, a la persona que sospechan partícipe de un delito reprimido con pena privativa de la libertad de más de tres años de prisión o reclusión; o cuando el imputado carece de domicilio en el país para asegurar su comparendo inmediato al proceso; cuando se estima que no corresponderá una condena en suspenso, en los casos de flagrancia, al dictarse su rebeldía y cuando se revoca la excarcelación.

La orden puede ser escrita o verbal, esta última debe ser dada en la consulta telefónica y debe dejarse debida constancia en el sumario policial o legajo de investigación y, supone una valoración proporcional por el Juez de Instrucción, el Fiscal Penal y el Juez de Garantías, en relación a las circunstancias del hecho y la presunta participación de la persona indicada. Esta disposición debe contener todos los datos necesarios para identificarlo/a y el hecho en el que se atribuye su participación.

Los Arts. 273 y 373 de las leyes procesales locales, dicen que en los límites de lo estrictamente indispensable el Juez de Instrucción, o el de Garantías a pedido del Fiscal Penal, librarán orden de detención contra el imputado, cuando existiendo motivos para sospechar que ha participado en la comisión de un delito, se presuma sobre la base razones suficientes que intentará entorpecer la investigación, sustraerse a los requerimientos del proceso o evadir sus consecuencias.

También constituye un caso de detención el dado por el Art. 70 de la ley de Migraciones 25871/04, cuando al legislar las medidas cautelares dice que estando firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla.

Excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aún cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida y, en todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero.

---

[19] Estos controles de detención se realizan en las audiencias de control de detención según la nueva normativa procesal, durante su desarrollo las partes deben estar presentes las partes y esa es la oportunidad para solicitarle al Juez de Garantías el cese de la detención o su continuidad, en este último caso la Fiscalía Penal debe indicar que medidas son imprescindibles para la investigación, el lapso de detención necesario para su realización y la directa relación entre ambos.

Esta normativa no habla de plazos máximos de detención y tampoco menciona el lugar donde debe permanecer la persona detenida o retenida y, se entiende por vía de interpretación que debieran aplicarse los criterios generales aplicables al instituto en el ámbito federal, que entre otras cosas genera la obligación del Estado Nacional o Provincial, mediante el aparato judicial, de dar la noticia de la detención al Consulado o Embajada del país del que proviene la persona detenida, según los términos del Art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y, el principio 16.2 de los Principios de Naciones Unidas para la Protección de todas las personas Sometidas a cualquier Forma de detención o Prisión.

Sin embargo, la práctica muestra que estas personas son alojadas en puestos de Gendarmería Nacional o de la Prefectura Naval; en el caso de la primera, carece de un lugar propicio para alojamiento de detenidos y en el caso de Salta, se registraron casos de estadías de detenidos en conteiners, ya que dada la supuesta mínima duración de la detención-retención, no *debieran* ser alojados en la cárcel federal, esto muestra que no existe un establecimiento idóneo, para el alojamiento de personas cuyo ingreso o permanencia en el país, sea cuestionado.

En Europa, si bien sucede algo similar, se sabe que las personas con permanencia ilegal son alojadas en establecimientos diferentes de los de los encausados por infracciones a la ley penal y, en donde también gran cantidad de sus encarcelados, son inmigrantes provenientes de estados en los que las guerras civiles o la pobreza impiden sobrevivir, en consecuencia prefieren morir mar adentro o en camino hacia una tierra a la que puedan ingresar, aunque más no sea como ilegales. Luego, ya viviendo en la Comunidad, están expuestos a los males de la marginalidad de la postmodernidad euro céntrica que genera exclusiones raciales y económicas, entre otras.

Todo esto pone la mirada en algo que es superlativo para estos tiempos y, es nada más ni nada menos que la condición humana de las personas encarceladas, a las que el estado cotidianamente les refuerza la dosis de violencia, que ya padecían desde sus orígenes y así los sumerge en la exclusión social. Pero lo más llamativo de esta construcción política de la criminalidad, es que pareciera que la mayoría de la población está conforme con los elementos estructurantes de los estereotipos delictivos, que en gran parte son reproducidos y reforzados por los medios de comunicación; y lo que es peor, no advierte que aquellos pueden cambiar y, que un día cualquiera, pueden incluirse particularidades de los que hoy creen que así, todo está muy bien.

Es que en un estado de derecho, toda persona, sea nacional o extranjera, debe ser respetada, en primer lugar, como persona, en segundo lugar como miembro de un grupo étnico o cultural y, por último, en cuanto miembro de la comunidad política, esto es como ciudadano. El incumplimiento de todo esto por las políticas de regulación que implementan los gobiernos europeos, especialmente sobre los reclusos, los inmigrantes económicos y los refugiados, pone de manifiesto la maleabilidad de la arquitectura del Estado de derecho y la falta de instrumentos jurídicos y políticos para hacer frente desde la sociedad civil a la intervención del biopoder en los procesos de exclusión social. En el marco de la globalización las poblaciones se muestran inermes ante las biopolíticas de la regulación[20].

Por eso hay que tener en cuenta que todo lo que se diga en criminología es político, porque siempre será funcional o disfuncional al poder, lo que no cambia aunque quien lo diga lo ignore o lo niegue[21].

- Prisión preventiva

También llamada prisión provisional, es la medida cautelar más grave, porque implica el encierro de una persona por un lapso importante de tiempo, su efecto principal en el caso

---

[20] *Silveira Gorsky, Héctor C. y Rivera Beiras, Iñaki (2.008:31)* La biopolítica contemporánea ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los "campos" de Europa *en Violencia y sistema penal, Bergalli Roberto, Rivera Beiras Iñaki y Bombini Gabriel (compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires.*

[21] *Zaffaroni, Raúl (2.011:231)* La cuestión criminal*, Editorial Planeta, Buenos Aires.*

de la Instrucción, es mantener encerrado al procesado, pero esta privación de libertad puede cesar cuando aquel utiliza la excarcelación prevista en el Art. 306 y, cuando el proceso finaliza con sobreseimiento o sentencia definitiva.

En el caso de la Instrucción, esta medida debe ser dictada junto con el procesamiento de una persona, ya que éste instituto constituye un presupuesto para que pueda dictarse; en el caso de la Investigación Penal Preparatoria su dictado corresponde al Juez de Garantías a pedido del Fiscal Penal dentro de los quince días de la detención, según lo establecido por los Arts.300 y 386 de aquellas leyes.

En definitiva ambas previsiones legales, tienen en cuenta los mismos extremos para su dictado que son la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado y requieren una motivación razonable.

- Medida provisional de seguridad

El Art. 302 de la ley 6845/85 admite que en caso de que el imputado tenga enfermedades concomitantes al delito, se deberá verificar si se encontraba en estado de enfermedad mental que lo haga inimputable, de ser así previo dictamen de dos peritos, podrá disponerse provisionalmente su internación en un establecimiento especial.

El Art. 394 de lay 7690/11 expresa que el Juez a pedido de la Fiscalía o la defensa puede ordenar la detención en un establecimiento asistencial, cuando haya elementos suficientes para sostener que una persona probablemente es autora de un hecho antijurídico y, con dictamen de dos peritos se compruebe que padece una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornen peligroso para sí o para terceros. Asimismo dicha medida puede ser revisada en cualquier momento a pedido de la defensa o del imputado, en los términos del Art.399, siempre que varíen las circunstancias originarias.

En esta clase de medida cautelar la práctica judicial se inclina mayoritariamente por su imposición sin internación, cuando existen familiares que puedan responsabilizarse del cuidado personal de la persona sobre la que se dicta. A tal efecto se cita a los mismos para que mediante acta judicial, asuman tal compromiso y siempre se da intervención a la Asesoría de Menores e Incapaces, bajo pena de nulidad.

Esto es congruente con el proyecto Argentino de salud mental que desde el paradigma de la desmanicomización, promueve la desinstitucionalización de las personas con enfermedades mentales.

En esa línea la ley 26657/10 llamada “Derecho a la Protección de la Salud Mental”, en su Art. 7 inciso d expresa el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja derechos y libertades de la persona, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria. A su turno, el Art. 9 dice que el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud; se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales

Esta nueva mirada de la salud mental surge de la necesidad de quitar al manicomio la característica de institución total, que permitió desde siempre el alojamiento indefinido de personas con exclusivo tratamiento farmacológico y sin contacto con el medio social. Justamente se trabaja con el/la enfermo/a mental para que puede evolucionar muy favorablemente con el tratamiento clínico y con la contención y cuidado familiar, cuando este núcleo existe y está en condiciones de asumir la responsabilidad, esto es posible y, no en forma institucionalizada y aislada de su contexto originario.

- Incomunicación

Esta se dispone cuando una persona es detenida y consiste en la prohibición de relacionarse verbalmente o por escrito con cualquier persona, salvo su defensor y, el uso de libros u objetos que solicite, que no podrán ser usados para violar la medida y, también

puede realizar actos civiles que sean impostergables, por ejemplo visitar a un familiar directo que esté enfermo y en estado terminal; asistir al sepelio de un familiar directo; reconocer un hijo o contraer matrimonio. Estos últimos actos tienen como límite infranqueable, que con su concreción no se disminuya la solvencia patrimonial ni se perjudiquen los fines de la instrucción.

Los Arts. 200 y 374 de ambas leyes procesales, facultan a la Policía a incomunicar al detenido por el lapso máximo de dos horas, al Fiscal Penal por seis horas y al Juez Instructor y al Juez de Garantías a incomunicar por un término no mayor de 48 horas, prorrogables por otras 24 en forma fundada, cuando existen motivos para entender que puede ponerse de acuerdo con terceros u obstaculizar de otro modo la investigación.

El último artículo amplía esta posibilidad al permitir que el Fiscal y a la Policía dispongan la incomunicación de una persona aprehendida, solo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, que no puede exceder de seis horas.

- Prisión domiciliaria

Esta institución está regida por el Art. 10 del Código Penal Argentino que establece que pueden cumplir sus penas en el domicilio las mujeres honestas, las personas mayores de sesenta años y las enfermas; la ley 26472/09 que permite otorgar prisión domiciliaria a embarazadas y a mujeres que tengan hijos menores de 5 años; por el Art. 303 de la ley 7690/85, los Arts. 34 a 36 de la ley 24660/96 y el Art. 382 inc. a de la ley 7690/11.

En su aplicación conlleva importantes restricciones a la libertad ambulatoria, sobre todo en su faz social, ya que quien la cumple, necesita expresa autorización para hacer o realizar cualquier acto fuera del lugar en donde habita; también implica obligaciones familiares ya que para su concesión es necesaria la caución personal de una persona del entorno íntimo, en algunos el apostamiento de guardia policial afuera de la casa y, siempre, el continuo control que realiza el Patronato de Presos y Liberados con un Asistente Social.

En este sentido el Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal[22] revocó la prisión domiciliaria de una persona condenada por el robo de bebés, y en consecuencia dispuso su traslado inmediato a una dependencia del Servicio Penitenciario, ya que la conducta desplegada por el imputado, el cual concurrió a un centro comercial y a un centro de venta de alimentos, constituyó un quebrantamiento injustificado de las condiciones de cumplimiento de la detención domiciliaria.

Las medidas cautelares reales son:

- Embargo

Esta medida se dicta para asegurar las penas pecuniarias, indemnizaciones civiles, gastos y las costas y, en el caso de la Instrucción se realiza al disponerse el procesamiento, según el Art. 531 y, en la Investigación Penal Preparatoria por imperio de los Arts. 433 y 434 de la ley que la rige, al momento de solicitar el Fiscal Penal la remisión de la causa a juicio.

Se dirige hacia el imputado y el civilmente demando, con citación del tercero en garantía cuando corresponda; requiere caución y puede ampliarse o modificarse, para ello, la actoría civil debe demostrar que esto resulta necesario para que sus intereses no se vean burlados.

Siempre se aplica subsidiariamente el Código de Procedimiento Civil y estas actuaciones tramitan por cuerda separada del expediente principal.

- Inhibición general de bienes

---

[22] *Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal en la causa Vañek Antonio y otros s/sustracción de menores de diez años, del 05/02/2013.Disponible en www.pjn.gov.ar*

Procede cuando no es posible embargar bienes al imputado, porque son desconocidos, carece absolutamente de ellos o son insuficientes. Esta medida impide vender o comprar bienes inmuebles inscriptos a su nombre, ya que se anota en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, pero no le impide adquirir bienes posteriormente.

Como en el caso anterior puede dictarse al momento de procesar en la Instrucción y, al solicitar la remisión de la causa a juicio, en el requerimiento pertinente. Está regida por los Arts. 531 y 433 y concordantes de las leyes procesales.

3. LA PRISIÓN PROVISIONAL/ PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

Como se anticipó, la libertad de la ciudadanía Argentina está reconocida y amparada por el principio de inocencia, consagrado en los Arts. 18 y 75 inc. 22[23] de la Constitución Nacional[24] y, Art. 18 de la Constitución Provincial[25] y, concretamente se traduce en un estado que ampara a las personas, que solo puede quebrarse con una condena dictada por un tribunal competente.

Su consecuencia inmediata es que la libertad ambulatoria es la regla y la privación la excepción y así afecta directamente, la garantía constitucional de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Entonces puede decirse que solo un Juez natural y competente puede restringir libertades físicas, guardando ciertas formalidades y aplicando el principio de legalidad, que funciona como marco limitador del aparato punitivo estatal.

De la práctica y la doctrina también emergen posiciones que sustentan la restricción de derechos y concretamente la libertad, en su forma preventiva, como algo inevitable en estos tiempos postmodernos. Algunas recurren al contenido de los tratados internacionales y haciendo una interpretación holística de las Constituciones Nacional y Provincial, expresan que puede concluirse que la presunción del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria plasmado en los Arts. 14 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y el Art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos[26], el Art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[27] y, la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia), los artículos 18 y 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional, el artículo 9.1 del PIDCP y artículo 7 de la CADH[28].

Lo cierto es que las limitaciones a la libertad y la prisión preventiva, como una de sus formas, se conectan con lo que la doctrina procesal llama “peligrosidad procesal”, esto es el peligro cierto de que la persona imputada intentará eludir el cumplimiento de la sentencia u obstaculizará la investigación.

En Argentina existen argumentos abolicionistas de la prisión preventiva como el de Gustavo Vitale[29], quien sostiene que la prisión de presuntos inocentes es un tormento,

---

[23] En este artículo se mencionan todos los Tratados y Convenciones internacionales de los que Argentina es parte, de esa forma todos sus contenidos y conceptos son ampliatorios de los derechos y garantías de la primera parte de nuestra Constitución, conocida como parte con contenidos pétreos.

[24] La Constitución Argentina fue sancionada el 1 de mayo de 1.853 por el Congreso General Constituyente, conformado por representantes de todas las provincias con excepción de Buenos Aires y su última reforma data de 1.994.

[25] La Constitución de Salta fue sancionada el 2 de Junio de 1986 y luego reformada en 1.998 por la Convención Constituyente en la Provincia de Salta.

[26] Esta Convención fue suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entró en vigor el 18 de Julio de 1978 y Argentina adhirió a la misma por ley 23.054/84

[27] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y, Argentina adhirió mediante ley 23313/86. Asimismo adhirió a sus protocolos facultativos, el segundo que prohíbe la aplicación de pena de muerte para ciudadanos de sus estados miembros en 2008.

[28] Fleming, Abel y López Viñals, Pablo (2007:69) Garantías del imputado*, Rubinzal Culzoni Editores, Primera Edición, Santa Fe.*

[29] Vitale, Gustavo (2.007:32) Encarcelamiento de presuntos inocentes*, Hammurabi, Buenos Aires, Primera Edición. Este autor incluso sostiene que es innecesario aplicar prisión preventiva a una persona, para garantizar*

siempre es una pena privativa de libertad y afecta la jurisdiccionalidad, que exige un proceso judicial previo a la imposición de cualquier pena estatal; agrega que negar este carácter, es recurrir a ficciones del pensamiento penal generalizado. Este doctrinario, además analiza siempre la composición de la población carcelaria, que en la mayoría es analfabeta y perteneciente a sectores históricamente marginados.

Hasta lo aquí avanzado bien vale hacer un interrogante:

¿Quiénes son las personas a las que mayoritariamente reprende el poder punitivo?

En este sentido, la experiencia general de Argentina indica que el sistema punitivo reproduce los estereotipos de bondad y maldad existentes en un grupo social y selecciona un grupo de la población para aplicarlo desde esos cánones.

La vulnerabilidad es la nota sobre la que se construye el objetivo de la selectividad del aparato punitivo, puede decirse que es una plataforma compuesta por compuestos sociales que están transversalizados por las variables de raza, etnia, color, sexo, género, clase social y edad, a las que se agregan la historia personal. En su conjunto, una vez politizados desde aquella construcción social, generan una consecuencia letal que deviene en lo que se conoce como los estereotipos que encarnan la peligrosidad criminal, ya que las personas vulnerables son etiquetadas desde la concepción de peligrosidad para el conjunto que considera que no lo es.

En términos generales, puede afirmarse junto a Zaffaroni (2.000)30 que el sistema punitivo siempre opera selectivamente: se reparte conforme a la vulnerabilidad y ésta responde a estereotipos. Estos estereotipos, se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento de las discriminaciones. Por carácter transitivo, puede afirmarse que la selección criminalizante es el producto último de todas las discriminaciones.

Por otra parte, la ley expresa que la peligrosidad procesal sucede cuando la persona inculpada de un hecho delictuoso puede con su libertad entorpecer la investigación o fugarse, lo que en la práctica debiera implicar una prudente valoración judicial, para saber si pueden frustrarse la realización del juicio y la aplicación de la ley sustantiva.

De lo expuesto puede afirmarse que al hablar de peligrosidad criminal se aborda la complejidad de un tema sensible a una comunidad, ya que se habla de los estereotipos y de las pertenencias a grupos vulnerables que son cooptados por el sistema punitivo. Pero, al hablar de peligrosidad procesal, se pone de manifiesto el estrecho y sinuoso camino de aplicación de la ley a esos grupos, que carecen de las oportunidades para evitar ser el objetivo de lo punitivo. Ello está demostrado con estadísticas que indican que en Argentina, la población de cárceles se compone por analfabetos o por personas que escasamente concluyeron el nivel primario de escolarización, de ello da cuenta acabadamente un reciente informe del INECIP[31] .

¿Qué leyes se aplican para valorar la peligrosidad procesal?

A los fines de valorar la peligrosidad procesal en Salta, el Juez de Instrucción Formal, el Fiscal Correccional y el Juez Correccional aplican la ley 6345/85 con sus modificatorias y, el Juez de Garantías y el Fiscal Penal investigador aplican la ley 7690/11.

Así una detención, puede convertirse en prisión preventiva, cuando existe la probabilidad de que la persona imputada por un hecho supuestamente delictivo haya cometido el hecho investigado y, de que existe peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, o del proceso. Entonces puede afirmarse que la prisión preventiva, siempre debiera funcionar como medida cautelar, no punitiva, porque de lo contrario se privaría de la

---

su presencia en el juicio y para que ejerza su defensa material, porque perfectamente puede ser representada por su defensa técnica y agrega que esto es un razonamiento cerrado.

[30] *Zaffaroni, Eugenio (2.000:28)* El discurso feminista y el poder punitivo *en Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal, Editorial Biblos, Buenos Aires.*

[31] *Informe del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, titulado El Estado de la Prisión preventiva en la Argentina, situación actual y propuestas de cambio, Febrero de 2012. Disponible en www.inecip.org*

libertad a personas cuya responsabilidad criminal no fue establecida y, esto atenta contra el principio de inocencia consagrado en los Arts. 18 de las Constituciones Nacional y de Salta.

Es que esta medida no debe cumplir una finalidad de prevención general y, en todo caso, puede servir para garantizar la presencia del imputado en el juicio, cuando no pueda ser sustituida por otros medios ya que en nuestro sistema procesal no existe el juicio en rebeldía y, para asegurar los fines del proceso penal.

En efecto, la aplicación de una medida de coerción personal gravosa, como la aquí tratada, en los sistemas procesales arriba mencionados tiene tratamiento diferente, ya que en la investigación instructoria, se exige la constatación de algunos extremos que están estipulados y regulados en el instituto de la excarcelación-que hoy es considerada una garantía constitucional por la mayoría de la doctrina y por algunos sectores de la jurisprudencia- y, son:

- La probabilidad de la existencia de un hecho criminal (*fumus boni iuris*)
- El peligro procesal de fuga o entorpecimiento de la investigación /instrucción (*periculum in mora*).

Una eventual condena de cumplimiento efectivo. Al respecto, debe decirse que los jueces tienen en cuenta la pena fijada en abstracto para el delito que se trate, con lo cual se consagra la consideración aritmética; pero este examen a futuro, tiene como premisas necesarias los parámetros de los Arts. 40 y 41 [32] del Código Penal, que son verdaderos rectores y moderadores del razonamiento judicial para cuantificar una pena. En este sentido, hubo evolución jurisprudencial ya que primero se consideró que la excarcelación era posible cuando el hecho investigado tenía un máximo de pena que no superara los ocho años, pero desde el Plenario Díaz Bessone[33] la tendencia actual y mayoritaria es la valoración conjunta del máximo legal junto a otros parámetros.

Por su parte el Juez de Garantías, siempre a pedido del Fiscal Penal investigador, debe ponderar una serie de requisitos procesales, que la ley adjetiva explicitó en un interesante abanico de supuestos, que significan la traducción literal de criterios procesalistas para aplicar a la figura en trato. A ello se agrega una combinación de institutos consagrados en la ley adjetiva, para sustituir la aplicación de esta medida.

En efecto, el paradigma acusatorio consagrado en los Arts. 386, 387, 388 y concordantes de la ley 7690/11, afirma que la prisión preventiva debe ser solicitada por el Fiscal Penal al Juez de Garantías dentro de los quince días y debe imponerse cuando no sea posible sustituirla por otras medidas; este modelo está muy acorde con el debido proceso que da primacía al individuo y, así el único momento procesal para acreditar la responsabilidad penal, es el juicio.

El Art. 397 dice que quien sufra prisión preventiva será alojado en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizan para los condenados a pena privativa de libertad, o al menos, en lugares separados de los dispuestos para estos últimos, y tratados en todo momento como inocentes.

También indica que los reglamentos carcelarios especialmente deberán ajustarse a los siguientes principios: en primer lugar reproduce el imperativo constitucional de que los lugares de alojamiento y los servicios deben garantizar las comodidades mínimas para la

---

[32] En los Arts. 40 y 41 del Código Penal Argentino, el legislador introdujo las pautas de mensuración de la pena; en este sentido se debe tener en cuenta que en las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y, de conformidad a las reglas que tienen en cuenta la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado. También se tienen en cuenta la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio y el de los suyos, la participación en el hecho, las reincidencias y demás antecedentes y condiciones personales, los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de modo, tiempo y lugar y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento y directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

[33] Fallo Plenario Nº 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario Díaz Bessone (2008).

vida y la convivencia humana y, deben ser sanos y limpios; cada persona con esta medida de coerción podrá disponer de su tiempo libremente y sólo le serán impuestas las restricciones imprescindibles para posibilitar la convivencia, sólo se restringirá su libertad ambulatoria en los límites en que resulte imprescindible; podrá tener consigo materiales de lectura y escritura, libros, revistas y periódicos sin restricciones.

Asimismo podrá mantener comunicación epistolar en forma libre, salvo grave sospecha de preparación de fuga o continuación de la actividad delictiva y solo el Juez interviniente puede restringir esta libertad; deberá cuidarse su salud y en caso de enfermedad tendrá derecho a la asistencia gratuita incluso de un médico de su confianza a su costa; si lo solicita, asistencia religiosa según sus creencias y, el derecho a la percepción de un salario cuando trabaje, de esa forma se pone fin a la discusión que decía que solo los penados podían acceder a los talleres carcelarios pagos; el derecho a gozar periódicamente de privacidad con su pareja.

Será el Juez de Garantías quien controle el respeto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones impuestos por el Código, entonces puede entenderse que sin perjuicio de las facultades y deberes que son propios del Juez de Garantías que imponga un prisión provisional, cualquier persona puede utilizar la garantía constitucional de Habeas Corpus, sobre la que se imponga una prisión preventiva podría reclamar que se dé cumplimiento a estos principios ya que encuentran su fundamento en el reconocimiento en el derecho fundamental de la dignidad humana, que hacen los Tratados Internacionales.

Los Códigos Procesales de las Provincias de Entre Ríos y Chubut tienen idéntica línea y conciben en forma garantista al sistema procesal penal en su relación con el imputado. De esta forma la línea político criminal se dirige hacia la separación del Derecho Procesal Penal de la Política Criminal y se evita caer en el anticipo de la pena.

El carácter de medida cautelar adjudicada a la prisión preventiva, proviene del derecho civil, donde para dictarla deben concurrir como requisitos la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y en los casos en que resulte necesaria una contracautela, aunque este requisito no existe habitualmente en la justicia penal.

Lo que en definitiva se debiera buscar con la imposición de tal medida, de allí su inclusión en la categoría de medidas cautelares, es la neutralización del peligro procesal que el imputado puede traer al proceso con el uso que haga de su libertad, ya que puede obstaculizar una investigación no concluida o sustraerse a la realización del juicio o cumplimiento de la condena.

Sin embargo, siempre se deben tener en cuenta los parámetros establecidos por el paradigma de interpretación de los derechos humanos, que fueran incorporados a la Constitución Argentina en el Art. 75 inc. 22, tales como el de buena fe, pro homine y favor debilis, ya que siempre debe hacerse una exégesis sistemática y, aplicar las normas que más favorezcan la situación de la persona inculpada; a esto se agrega que la Constitución establece que en las cárceles los procesados debieran estar separados de los condenados

Al respecto Bidart Campos[34] dijo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-5/85 sostuvo que "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana…"; y en el caso "Viviana Gallardo" de 1981, afirmó que "el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional –el ser humano- siempre que ello no implique una alteración del sistema". Así cada artículo que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativo, por lo menos en los siguientes sentidos:

- Con el efecto de derogar cualquier norma interna infraconstitucional opuesta a la norma convencional;

---

[34] Bidart Campos, Germán El artículo 75 inciso 22 de la Constitución y los Derechos Humanos. Disponible en www.citerea.com.ar.

- Con el efecto de obligar al Poder Judicial a declarar inconstitucional cualquier norma interna infraconstitucional que esté en contradicción con la norma convencional, o a declarar que la norma convencional ha producido la derogación automática;
- Con el efecto de investir directamente con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas sujetas a la jurisdicción Argentina, quienes pueden hacer exigible el derecho o la libertad ante el correspondiente sujeto pasivo;
- Con el efecto de convertir en sujetos pasivos de cada derecho o libertad del hombre al Estado federal, a las provincias, y en su caso, a los demás particulares;
- Con el efecto de provocar una interpretación de la constitución que acoja congruentemente las normas de la convención en armonía o en complementación respecto de los similares derechos y libertades declarados en la constitución.

Así puede afirmarse que bien vale tener en cuenta, que una prisión preventiva exige la relación circunstanciada de los supuestos de necesariedad y racionalidad, ya que solo de esa forma se puede superar el test del principio de igualdad del Art. 16 de la Constitución Nacional, que sostiene que todos los habitantes de la República Argentina son iguales ante la ley. Es decir que esta coerción personal de carácter cautelar, solo debiera imponerse cuando sea estrictamente necesaria y proporcionada en el marco de un proceso penal válido y, debe ser el resultado de una secuencia de razonamientos que indiquen la presencia de una tutela judicial efectiva.

Entonces bien vale lo dicho por Gimeno Sendra[35] cuando expresa que junto al cumplimiento de los principios de jurisdiccionalidad y de legalidad, la doctrina sobre la proporcionalidad exige también la más estricta observancia del principio de necesidad, pues no basta con que la medida esté prevista en la Ley y se adopte por un juez, sino que es también imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman (Art. 8.2 CEDH), debiéndose adoptar, en cualquier caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

En Argentina existe una interesante evolución jurisprudencial de los indicadores que habilitan la aplicación del instituto, en este sentido fue la Cámara Nacional de Casación Penal la que señaló dos posiciones sumamente interesantes en el fallo Díaz Bessone[36]. La primera fue formulada por el Dr. David, quien expresó que el riesgo procesal es presumido por la ley, aunque esa presunción admite ser desvirtuada por prueba contraria.

La Dra. Ledesma, por su parte afirmó que el Tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción. Este deber exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo exclusivamente del Tribunal. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de las circunstancias mencionadas, respecto de un imputado determinado, que indique la existencia probable del peligro procesal aludido.

El Tribunal Constitucional Español, resaltó la idea de provisoriedad de la prisión, en el trámite de un recurso de amparo, promovido por Don Taysir Alony Kate[37], al decir que si bien la Sentencia condenatoria puede añadir solidez a la consideración de la concurrencia de indicios racionales de la comisión de un delito por una persona, es decir, consolida la imputación de un delito a persona determinada, que es el presupuesto habilitante para la adopción de la prisión provisional (por todas, STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3), no puede desconocerse que, mientras el recurso contra la Sentencia condenatoria no se haya resuelto, dicho pronunciamiento sobre la culpabilidad del procesado sigue siendo provisional, de modo que, precisamente por ello, para que el provisionalmente condenado

---

[35] Gimeno Sendra, Vicente (2.013:185) La prueba preconstituida de la Policía Judicial en Problemas actuales de la Justicia Penal*, Nicolás González Cuellar Serrano (Director), Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo, coordinadores, Editorial Colex, Madrid.*

[36] Fallo Díaz Bessone Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de la ley, plenario Nº 13, 30/10/2008, del Voto de la Dra. Angela Ledesma. Disponible en www.pjn.gov.ar.

[37] Tribunal constitucional de España, Sala Segunda, Recurso de Amparo núm. 137-2006, Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008. Disponible en www.tribunalconstitucional.es.

pueda seguir estando en prisión una vez ha expirado el plazo inicial, es preciso adoptar una decisión judicial específica que debe ponderar la garantía de la libertad personal, frente a la necesidad del mantenimiento de la situación de prisión provisional para alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima: evitar la reiteración delictiva o alcanzar la realización de la justicia penal (por todas, SSTC 29/2001, de 29 de enero, FJ 3; 333/2006, de 20 de noviembre.)

Recientemente en un interesante juego de opiniones jurídicas en las piezas seguidas contra "XXXX- POR ROBO, DAÑOS, RESISTENCIA A LA AUTORIDAD Y AGRESIÓN CON ARMA EN PERJUICIO DE XXX", el Tribunal de Impugnación de Salta, explicitó en tres votos las diferentes concepciones del instituto, a saber:

El primero se inclina por mantener la calificación originaria y confirma la prisión preventiva, luego de hacer algunos distingos respecto a la aplicación de la figura. En relación al instituto expresa *" no se puede desconocer que la probabilidad de una eventual condena efectiva, implica por si una grave presunción en contra del encartado, en el sentido que de quedar libre asumiría una actitud de incomparecencia ante los estrados a los fines de la efectiva realización del juicio, condiciones que en el sub judice se ve acentuada a partir de la conducta evasiva asumida por el imputado luego del hecho y al momento en que efectivos policiales intentaran su aprehensión."*

El segundo expresa que la libertad ambulatoria solo puede restringirse cuando peligran los fines del proceso. Es decir cuando se adviertan riesgos que atenten contra una eficaz investigación o la efectiva aplicación de la ley penal, lo que ocurre cuando se avizora la posibilidad de que el imputado frustre la investigación o eluda la acción de la justicia. Ello debe ser así toda vez que el encarcelamiento preventivo, por constituir cautela, reviste el carácter de excepcional y necesario.

La ley 7690/11 habilita la aplicación del principio pro homine, entendido como la aplicación de la norma que mejor amparo otorgue a los derechos humanos. En ella el legislador estableció que para aplicar la medida cautelar se debe reflexionar no solo respecto al monto de la pena, sino la naturaleza del hecho intimado, los motivos, la actitud posterior y la personalidad moral del imputado. También dice que el juez a quo entendió que la peligrosidad procesal radicaría en el peligro de fuga y el imputado tiene domicilio en la ciudad donde tiene su grupo familiar, se advierte en él disposición a participar en el proceso ya que concurrió a los llamados judiciales, no tiene antecedentes condenatorios, así la expectativa de pena debe ser combinada con otros aspectos de igual o mayor valía en la dilucidación de la procedencia de la prisión preventiva.

El tercer voto referencia el cambio de paradigma con la nueva ley procesal, que implica la diferencia y división de roles de los sujetos intervinientes, sino que también la justicia deja de ser represiva para tener una finalidad reparadora. Agrega que para fijar prisión preventiva también debe tenerse en cuenta el arraigo, las posibilidades de fugarse del país o mantenerse en clandestinidad, la conducta evasiva durante el procedimiento o el haber ocultado o falseado sus datos filiatorios. Así dispuso la aplicación de medidas sustitutivas tales como la presentación del imputado determinado día de la semana, la prohibición de ausentarse de la provincia, comunicar los cambios de domicilio y toda otra que el Juzgado considere pertinente.

En este sentido Reategui Sánchez[38] expresa que la privación de la libertad ambulatoria anterior a la sentencia condenatoria, solo puede revestir carácter excepcional. Junto al derecho a la presunción de inocencia y como lógica consecuencia de éste aparece que la prisión preventiva debe regirse por el principio de excepcionalidad, a la vez la excepcionalidad emerge de la combinación entre el derecho a la libertad y la prohibición de aplicar una pena que elimine totalmente dicho derecho.

En el ámbito local, la Corte de Justicia de Salta adopta actualmente los parámetros cuantitativos de la pena, que están establecidos en el Art. 300 de la ley 6345 y modificatorias. De esta forma se consagra la excarcelación, como el remedio ordinario y el

---

[38] *Reategui Sánchez, James (2006: 22)* En busca de la prisión preventiva, *Editorial Juristas Editores E.R.L., Lima*

único instituto, al que pueden acudir las partes cuando se busca revisar la aplicación de una prisión preventiva.

Así se reserva su actuación para los casos en que por vía de casación, se busque modificar una resolución que cause gravamen irreparable, lo que en la práctica puede surgir de razonamientos arbitrarios. También debe recordarse que no existen decisiones de este máximo Tribunal local, en relación al procedimiento penal instaurado por la ley 6390/11.

Acertadamente el Art. 399 de la nueva ley procesal dice que el imputado y su defensor podrán solicitar la revisión de la prisión, de la internación o de cualquier otra medida de coerción personal que hubiere sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento siempre que hubieran variado las circunstancias primitivas y el Juez de Garantías, previa vista a la Fiscalía Penal y a la parte querellante, deberá resolverla en tres días por resolución fundada. Se podrá practicar una averiguación sumaria. Respecto a ésta bien se puede entender que podría referirse, además de la sustanciación de la solicitud propiamente dicha, a la verificación de los extremos fácticos y/o jurídicos en que asienta el pedido de libertad.

3.1 REQUISITOS O PRESUPUESTOS PARA SU APLICACIÓN

Los requisitos materiales y formales que deben confluir para que su dictado sea posible buscan lograr la presencia del encausado hasta el final del proceso penal, ya que el Estado moderno prohibió la justicia por manos propias y, en el caso Argentino asumió en el Preámbulo de la Constitución Nacional el objeto de afianzar la justicia.

Al ser un instituto de tanta gravitancia para la libertad ciudadana, requiere como ya se anticipó, la constatación de indicadores procesales, que conforme va pasando el tiempo la realidad muestra un uso exagerado del instituto y, en consecuencia su contenido se hace cada vez más exigente.

En el precedente Suárez Rosero[39] la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó que estima que en el principio de presunción de inocencia, subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención, se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido, más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.

Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art.9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocido.

En efecto se trata de una rigurosa exigencia legal que necesita aunar todos los requisitos en forma concomitante, en el Caso Peirano Basso[40] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolvió que el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación, debe estar fundado en circunstancias objetivas en tanto que las leyes de los Estados miembros sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre aquél riesgo, considerando situaciones de hecho verificables por el Juez de la causa.

Entonces puede afirmarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los criterios explicitados en sus fallos, generó estándares para entender el análisis que se debe

---

[39] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Suárez Rosero c/ Ecuador", sentencia del 12-11-97.

[40] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 35/07 –caso 12553- Jorge, José y Dante Peirano Basso contra República Oriental del Uruguay, 14 de mayo de 2007.

hacer cuando surge la posibilidad de aplicar la prisión preventiva y, estos son: la seriedad del delito, la eventual severidad de la pena y, condiciones personales del imputado. Así señaló el camino para interpretar hoy el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación.

3.1.1 FUMUS BONI IURIS

Este elemento material consiste en el resultado positivo, arrojado por el juicio que se haga acerca de la existencia de un hecho delictivo y de la presunta participación de una persona imputada por el mismo; con él se busca satisfacer la verificación de la verosimilitud del derecho y, habilita a valorar el requisito formal de la peligrosidad procesal.

En este sentido la Corte de Justicia de Salta en el expediente Nº 30.537/07 caratulado "XXXX- QUEJA POR RECURSO DE CASACION DENEGADO"[41] , expresó que el principio de inocencia determina como regla que el imputado conserve su libertad durante el trámite del proceso, de manera que la prisión preventiva debe ser objeto de un tratamiento autónomo, que al margen de las razones sobre probabilidad de comisión del delito que contiene el auto de procesamiento, se haga cargo de factores que en el caso indican la denominada peligrosidad procesal.

Como arriba se adelantara, se puede disponer por el Juez de Instrucción al momento de dictar el auto de procesamiento y por el Juez de Garantías previa solicitud del Fiscal Penal, siempre con la constatación de que el hecho es punible y el imputado puede haber participado en él; a esta conclusión se llega luego de examinar críticamente la prueba colectada y el descargo de aquél.

La ley también señala que para que para sea aplicable debe tratarse de un hecho que tenga una pena privativa de la libertad, esto tiene que ver con la proporcionalidad, que se refiere a la razonabilidad de la limitación del derecho y su relación con el fin que se persigue al aplicarla.

La nueva ley procesal dice en el Art. 391 que cuando no se verifiquen los presupuestos para el dictado de esta prisión, el Fiscal solicitará la medida de coerción que considere pertinente; caso contrario, cuando se imponga, debe hacerse por auto y dentro de los tres días de solicitada por el Fiscal Penal.

3.1.2. PERICULUM IN MORA

Debe existir riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena y, la cautela requiere la posibilidad de aplicar el derecho Penal de fondo.

En este requisito debe constatarse en el mundo real, no en la íntima convicción del Juez, la circunstancia que alerta acerca de esta contingencia. Esto debe traducirse en un razonamiento judicial que pondere adecuadamente estas significaciones, para que la proporcionalidad indique que el camino correcto es el dictado de la prisión preventiva, solo de esta forma puede hablarse de una tutela judicial efectiva.

3.1.2.1 RIESGO DE FUGA

Este peligro procesal comenzó siendo valorado como un elemento directamente relacionado al monto de la pena a aplicar para el delito investigado, así al interpretarse desde el prisma sustancialista, el criterio tuvo fuerza de iuris et de iure; pero fue la evolución jurisprudencial la que modificó esta perspectiva.

---

[41] *Fallo de Corte de Justicia de Salta de fecha 26/11/2.007. Disponible en www.Justiciasalta.gov.ar*

La Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario Díaz Bessone[42], estableció que los criterios utilizados en materia de riesgo procesal no debían ser valorados como iure et de iure, para pasar a ser iuris tantum, invirtiendo la carga de la prueba y desvirtuando la naturaleza cautelar del encierro preventivo.

En este fallo es atrayente el voto de la Dra. Ledesma quien visionariamente ya señalaba el camino, al expresar que no debe preguntarse si se debe o no excarcelar a una persona, sino que, anteriormente, debemos partir de la libertad para, en los casos en que supuestos objetivos indiquen con un alto grado de probabilidad que éste podría entorpecer el desarrollo del proceso (ya sea por fuga o entorpecimiento de la investigación) privarlo de la libertad. La ausencia de arraigo –determinado por la falta domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo-, la facilidad para abandonar el país o mantenerse oculto, su comportamiento en el proceso, entre otros, son pautas que pueden ser tenidas en cuenta para acreditar el peligro de fuga.

La magistrada razonó que no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (Arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el Art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa Wemhoff[43], consideró que la gravedad de la sentencia que puede recibir el acusado en el caso de ser condenado, puede ser un factor que legitime la presunción de fuga, aunque este peligro disminuye en tanto la detención continúa... sin embargo la posibilidad de una sentencia severa no es suficiente en este aspecto. Añadió que la justicia Alemana ha sido moderada al justificar el peligro de fuga, en tanto se evaluó que en el principio de la investigación, y dadas ciertas circunstancias relacionadas con la posición y conducta del acusado, se presentaba este peligro.

Así el peligro de fuga, no puede ser evaluado sólo con sustento en la pena anticipada del delito que se le imputa al acusado, pero sí puede ser ponderado junto a otros factores, como el carácter del imputado, su moral, si tiene domicilio, ocupación, bienes, lazos familiares y con la comunidad donde está siendo acusado, como el tiempo que lleva en detención sin juicio. También advirtió que no era compatible con el artículo 5(3) la detención de la persona si se sustenta sólo en relación al monto de los daños que se le imputan, en tanto se utiliza no para reparar el daño, sino para asegurar la presencia del acusado en el debate.

Con criterios análogos se expidió el Tribunal Europeo en el caso "Stogmuller"[44] originado por denuncia de un ciudadano austríaco contra la República de Austria y en el caso "Ringeisen"[45].

El Art. 306 de la ley procesal 8345/85, al regular la excarcelación directamente hace hincapié en la duración del tiempo de prisión ya cumplido, de esta forma se da por hecho que es imposible desde la normativa procesal, acceder a instituto alguno que abra la puerta para salir del encierro si no es por la vía de un planteo excarcelatorio. Añade que debe concederse, cuando se cumplió en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista para el delito atribuido y, si el Tribunal estimare que al imputado no se le privará de su libertad en caso de condena por un tiempo no mayor al de la prisión sufrida, luego se refiere a supuestos de condenas que no estén firmes.

El Art. 388 de la ley 7690/11 dice que para entender que existe peligro de fuga debe tenerse en cuenta la pena que se espera como resultado del procedimiento; el arraigo en la residencia habitual, asiento de la familia, de negocios o trabajo y las facilidades para

---

[42] *Fallo Díaz Bessone (2.008)* Ob.cit.
[43] *Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Wemhoff vs. República Federal Alemana, 27 de junio de 1968.*
[44] *Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Stogmuller vs. Austria 10 de noviembre de 1969.*
[45] *Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ringeisen vs. Alemania, 16 de julio de 1971.*

abandonar definitivamente el país o permanecer oculto y el comportamiento evasivo del imputado en el procedimiento de que se trate o en otras causas, especialmente las conductas que derivasen en la declaración de rebeldía o el haber ocultado o falseado sus datos personales.

De esta forma esta norma consagra la necesidad de tener en cuenta diversas circunstancias que conforman la vida cotidiana del imputado, entre ellas sus posibilidades de salir del país; el arraigo, el lugar en el que la persona convive con su familia o en el que trabaja, son verdaderos indicadores de un asiento principal prolongado en el tiempo.

Así lo valoró el Tribunal de Impugnación de Salta, en la causa seguida contra "XXXXX-POR SUPUESTO ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE- INCIDENTE DE APELACIÓN"; cuando sostuvo que no era prudente mantener una medida de coerción tan intensa, sobre una persona de avanzada edad que convive con su familia en un medio rural. Dichas circunstancias permitían presumir que no eludiría la acción de la justicia, ni actuaría sobre las personas vinculadas a la causa y, sobre las evidencias del delito y que su sujeción a la jurisdicción podía garantizarse con otras medidas menos intensas, como las cauciones bajo cualquiera de sus formas.

En otro orden en la causa Nº 91871/13, caratulada "XXXX- ROBO CALIFICADO A XXX" un Juzgado de Instrucción, procesó al imputado por el delito de robo calificado y le impuso prisión preventiva. Los argumentos consistieron en que la probable aplicación en firme de una pena privativa de la libertad al imputado, hacen presumir que el mismo intentará la fuga poniendo con ello en riesgo la actuación de la ley penal sustantiva.

Además se desprendió de los antecedentes obrantes en la causa, que el inculpado registraba pedido de captura, con lo que demuestra su conducta evasiva al accionar de la justicia y por ello corresponde disponer su prisión preventiva, a fines de asegurar su comparencia en juicio. Esto último, sin exponer en la resolución si la captura valorada fue dictada en el mismo proceso penal o en otro y, si es que fue en ese que causales argumentó el procesado para justificar su inasistencia al llamado judicial.

Así entendió que la prisión preventiva como medida de naturaleza procesal, tiende a asegurar los fines del proceso penal y que los presupuestos para su procedencia estaban verificados, con lo cual la restricción de la libertad provisoria de los imputados dispuesta en ese sentido, se imponía de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 19 de la Constitución Provincial, que expresamente establece que "Toda restricción de la libertad física se dispone dentro de los límites absolutamente indispensables para la investigación del ilícito o para evitar que el imputado pueda eludir la acción de la justicia o en relación con la gravedad de los hechos".

En relación al falseamiento de datos de la identidad, esta norma, al permitir valorar negativamente los cambios de nombre que la persona imputada aporte en diversos procesos abiertos en su contra, colisiona abiertamente con el contenido de la presunción de inocencia consagrada en el Art. 18 de las Constituciones Nacional y de Salta, porque al imputado cuando se le intima originariamente el hecho investigado, lo que puede suceder al momento de prestar declaración indagatoria en la instrucción o en el juicio, no se le exige juramento ni promesa de decir verdad, puede abstenerse de declarar sin que ello signifique presunción en su contra y, también puede mentir al declarar; en todo caso el Estado, debería arbitrar los medios para conocer fehacientemente la identidad de la persona imputada.

Entonces, hay que admitir que es incongruente admitir que una ley procesal realice presunciones en contra de personas indicadas y, por otro lado, exista el reconocimiento a prestar declaración indagatoria con las características innegociables arriba señaladas, que por otra parte, son una consecuencia necesaria de la presunción de inocencia; ya que lo contrario importaría volver al sistema inquisitivo.

En efecto, debe decirse que sostener la posibilidad de aplicar aquella presunción en contra de la persona imputada, es pretender dejar de lado los contenidos de los Tratados internacionales suscriptos por Argentina y, ello genera incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Nación. En todo caso el Estado debe en su función de administrar justicia, extremar las medidas para identificar correctamente a la persona encausada.

Finalmente puede afirmarse junto a la Cámara de Casación Penal[46], que para poder acreditar los extremos que demuestran el riesgo procesal de elusión de la justicia, resulta indispensable la información que se recolecta en los legajos de personalidad, como así también las pruebas que puedan aportar las partes. Su ausencia deja sin fundamento la medida cautelar más gravosa, por lo tanto, la torna injustificada

3.1.2.1 OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA O DESTRUCCIÓN DE PRUEBAS

Fue la Cámara de Casación Penal de la Nación la que en los fallos Barbera[47] y Machieraldo[48] la que marcó jurisprudencialmente el antes y el después, con la forma en que se debía considerar este peligro procesal, al sostener que solo la grave sospecha de que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o que pueda influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o que, por estar en libertad, pueda inducir a otros a realizar esas conductas, pueden ser parámetros para restringir la libertad.

En el curso de la investigación o cerca de su conclusión, estos motivos se van relajando, entonces no puede sostenerse una medida que no sea justificable y, el hecho de que esté incompleta no es motivo suficiente para denegarla. También dijo que en ese caso el peligro de fuga se neutralizó con una alta caución real, además la existencia de peligro procesal, no se presume. Si se permitiera esa presunción, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no hubiera motivos.

Ya se advirtió en apartados anteriores que la ley 6845/85 regula las posibilidades del riesgo procesal, al regular la excarcelación y no menciona la obstrucción de la investigación como una cuestión a tener en cuenta. Sin embargo, al referirse a la instrucción en el Art. 189, dice que la misma tendrá por objeto comprobar la existencia de un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad; en consecuencia este objetivo fue incluido jurisprudencialmente como causal para denegar la libertad durante el curso de la investigación instructoria.

Esta circunstancia en la práctica implicó la principal razón para denegar pedidos de eximición de detención o excarcelaciones, en el caso de estas últimas porque el plexo legal no admite como causal habilitante, en definitiva lo que se buscaba era tener al imputado a disposición del sumario para poder practicar diversas medidas probatorias, por ejemplo la realización de careos, declaraciones testimoniales, sin siquiera indicar de que forma con su soltura aquél podría entorpecer el normal curso investigativo. De esa forma se consagró el principio inquisitivo, sostenido en la Edad Media, que implica que el imputado con su cuerpo está al servicio de la investigación sumarial.

El Art. 389 de la ley 7690/11 al referirse al entorpecimiento, dice que para decidir acerca del peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado podría destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; intimidar o influir por cualquier medio para que los testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente e inducir o determinar a otros a realizar tales comportamientos aunque no los realicen.

En esta línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina confirmó en la investigación de delitos de lesa humanidad, la prisión preventiva de ex funcionarios colaboradores del último Gobierno Militar, como es el caso de Martínez de Hoz**[49]**, al confirmar un fallo de la Cámara Federal porteña.

---

[46] *Fallo Díaz Bessone (2.008)* Ob. Cit.
[47] *Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal (2.003), Ob. Cit.*
[48] *Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III. Macchieraldo Ana María Luisa s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad, causa 5472, sent. 841/2.004, del 22/12/2.004. Disponible en www.pjn.gov.ar*
[49] *Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa caratulada "Martínez de Hoz José A. s/ secuestro extorsivo", de fecha 10/07/2.012. Disponible en www.pjn.gov.ar*

En igual expresión la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal Sala II, con criterio precursor homologó la resolución que prorrogó la prisión preventiva del ex Presidente de ipso, en la causa Videla, Jorge R. s/ prórroga de Prisión Preventiva[50] y, sostuvo con el voto fundamental del Dr. Jorge Ballestero, que la apreciación de los riesgos procesales todavía evidentes, conducían a rechazar la petición introducida por la defensa de Jorge Rafael Videla ya que el tenor de los eventos cuya comisión le ha sido atribuida, las perspectivas punitivas que ellos revelan y, principalmente las singulares aristas que definieron la mecánica utilizada para dar nacimiento a aquellos episodios, persuaden de la existencia de esos peligros que conducen a la necesidad de mantener la restricción ambulatoria cuestionada.

En la causa L.M., Incidente de Excarcelación[51] entendió que la existencia de condenas anteriores, aunadas a las circunstancias apuntadas en torno a la identidad del recurrente (el imputado al inicio de la causa se había identificado con diversos nombres y apellidos, al igual que en otras ocasiones) y de su domicilio (el parador que dijo frecuentar no fue constatado), las particularidades del hecho imputado y el mes que llevaba detenido, constituían elementos para impedir la concesión de la excarcelación ya que en caso de recuperar la libertad intentaría eludir la acción de la justicia

Recientemente la Fiscalía General de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en la causa 7089 caratulada "INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS 421"[52] adhirió parcialmente al recurso planteado por la defensa, en relación a la prisión preventiva de sus asistidos. Esta parte sostiene que no existe riesgo procesal, traducido en un entorpecimiento de la investigación, o la posibilidad de eludir el accionar de la justicia. El Fiscal General, expresa que si bien podría suceder un cambio de calificación en la causa, el hecho investigado no aparece como sumamente grave, en razón de que se trata del cultivo de siete plantas de marihuana en el ámbito del hogar, lo que no significa una gran plantación y tampoco se secuestraron elementos típicos del procesamiento de estupefacientes, tales como balanzas, prensas, lámparas para secado, etc.

Entonces no parece razonable que la misma calificación legal y la consecuente escala penal se utilice para encuadrar el caso, ya que no se advierte que los imputados puedan obstaculizar el avance de la investigación, ni que vayan a eludir el accionar de la justicia, esto sumado a la ausencia de antecedentes penales. Añade que el a quo, no brinda argumentos suficientes para sostener lo contrario y, que la pena en expectativa no aparece como un parámetro que en forma aislada pueda hacer presumir el riesgo procesal (CNCP in re "Díaz Bessone").

Tampoco aparece razonable el hecho de que se encuentren pendientes las declaraciones de los testigos de actuación, desde el momento en que no se menciona de qué modo, en este caso que no es justamente de criminalidad organizada, los encartados podrían influir sobre los mismos. Finalmente enumera los parámetros relativos a la peligrosidad procesal que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal en numerosos precedentes donde se afirma que *"…las dos pautas determinantes del otorgamiento de la libertad provisional del imputado, consisten en dilucidar si el mismo intentará soslayar el sometimiento a la jurisdicción u obstaculizar la pesquisa. Parece razonable a tal fin atender a las circunstancias objetivas que se deducen de la lectura del presente incidente tales como que el imputado no registra antecedentes penales anteriores declaraciones de rebeldía. Debe ponderarse también las circunstancias personales ligadas a su situación social, domicilio, trabajo, edad y existencia de vínculos familiares… (CFAMdP Sánchez Sergio s/ Excarcelación") "…dado que la prisión preventiva tiene como fundamento básico evitar que fracase la acción de la justicia…"*

---

[50] Fallo en causa Videla Jorge R. s/ prórroga de Prisión Preventiva, 14/09/11 cita IJ-L-257 emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Disponible en www.pjn.gov.ar

[51] Fallo en causa L.M., S/Incidente de Excarcelación el 3/01/2013 emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en feria. Disponible en www.pjn.gov.ar

[52] Dictamen de Fiscalía General de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata del 10/04/13.

Por otro lado en Salta en el expediente Nº 91.869/13 caratulado “XXXX POR EL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON PENETRACIÓN AGRAVADO POR LA GUARDA Y LA CONVIVENCIA, EN PERJUICIO DE XXXX, un Juez instructor procesó al imputado y entendió que teniendo en cuenta que la escala penal conminada para el delito provisoriamente descripto, en virtud de la estimación provisoria y anticipada que corresponde efectuar por imperio de los Arts. 300 del código ritual y 26 del Código Penal, en el hipotético supuesto de recaer sentencia condenatoria en la futura etapa del plenario, ésta resultaría superior a los tres años de prisión, y de cumplimiento efectivo.

Sin perjuicio de ello, entendió que en la instrucción estaba agotada la actividad probatoria pertinente y útil, con lo cual no se avizoraba un riesgo de entorpecimiento del proceso, ante la eventual soltura del imputado, toda vez que la libertad durante el desarrollo del proceso constituye la regla establecida en el Art. 19 de la Constitución Provincial, en congruencia con el Art. 300 del Código ritual, y de acuerdo a todos los Tratados de orden internacional que conforman el bloque de constitucionalidad de Derechos Humanos, que consagran la presunción de inocencia del imputado, hasta tanto una sentencia firme declare su culpabilidad.

Así utilizó las facultades previstas por el Art. 301 del Código ritual e impuso la obligación del imputado de concurrir por ante esa sede penal los primeros y terceros días lunes de cada mes, para actualizar su domicilio y dar cuenta de su comparecencia a estar a derecho. También lo excluyó del hogar, ya que el hecho investigado configuró un supuesto de violencia familiar; le prohibió el acercamiento al inmueble familiar donde reside el grupo familiar conformado por la denunciante y sus hijos y a los lugares donde frecuenta la menor víctima.

En esta resolución el Juzgado muestra una apreciación concienzuda de los lineamientos que se deben observar para imponer la medida estudiada.

3.1.2.3 REINCIDENCIA Y/O CAUSAS PENALES EN TRÁMITE

En este apartado se tienen en cuenta las condenas dictadas y las causas penales abiertas. En ambos casos es interesante tener en cuenta que cualquier persona está amparada por el principio constitucional *non bis in idem*, que prohíbe la doble persecución penal por un mismo hecho.

Sin embargo, no queda muy claro como es que se traen efectos de otras causas penales hacia alguna que esté en trámite, quizás el legislador podría haber sido más preciso y exponer desde qué instituto sería posible justipreciar la incidencia de aquellas; o en todo caso dar alguna directriz para entender las rebeldías dictadas en el mismo proceso; una vez más será la jurisprudencia la que deberá aclarar el contenido de este aspecto a analizar.

Mostrando una forma posible de concebir esta particularidad procesal, un Juzgado Correccional y de Garantías en la causa GAR 102.933/12 “XXXX y XXXX por hurto calificado en perjuicio de XXX”, revocó la detención y concedió la recuperación de la libertad, argumentando que en nuestro sistema constitucional el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso y, la privación de la libertad, solo puede darse cuando existan razones debidamente justificadas.

En tal sentido entendió que el primer imputado, si bien tiene varias causas en trámite, las mismas están sin resolución definitiva y por ello infiere que una eventual condena la misma sería de ejecución en suspenso. Agregó a su razonamiento que valorando el peligro de fuga desde las pautas dadas por el Art. 388 del CPP, el domicilio del encausado fue constatado y se acreditó que vive con su madre, quien tiene inconvenientes para desplazarse afuera de la casa y, de la planilla prontuarial surge que no hay comparendos y capturas dictadas en su contra; finalmente se impusieron medidas sustitutivas tales como, la presentación los días lunes en la Comisaría, prohibición de concurrir a lugares de venta de bebidas alcohólicas y prohibición de consumo de bebidas alcohólicas y estupefacientes

Sin embargo, sobre el coimputado, decidió imponer prisión preventiva, al valorar que contaba con antecedentes por delitos contra la propiedad y dos pedidos de comparendo por tentativa de hurto y por robo y, pedido de captura por tentativa de robo.

Se observa en esta resolución, que valora diferentemente las situaciones de los coimputados, al primero se le concede la libertad y al segundo no. Para resolver la negativa se hace una lectura de su planilla prontuarial de la que surgen causas por delitos contra la propiedad, al respecto, ya se adelantó, que por lo menos es incoherente traer información de otras causas y aplicarla a procesos en curso, después de todo la persona imputada o condenada, goza de dos garantías que tienen jerarquía constitucional que son: el estado de inocencia y la prohibición de doble enjuiciamiento.

Podría haberse resuelto de otra manera, quizás utilizando con razonabilidad alguna medida sustitutiva de las hoy habilitadas por la reforma procesal, que informadas por el principio de proporcionalidad al decir de González –Cuellar Serrano[53], permiten tener en cuenta que si el sacrificio es excesivo la medida deberá considerarse inadmisible, aunque satisfaga el resto de los presupuestos y principios derivados del principio de proporcionalidad.

Por su parte en el Expediente Nº 28.034/10 la Cámara de Acusación dijo que debe recordarse que la privación de la libertad solo encuentra justificación en lo que la doctrina llama doctrina procesal.

Agregó que la permanencia en libertad durante el proceso está consagrada por los Arts. 14, 18 y 75 inc. 2 de la Constitución Nacional y que tiene su vinculación con el Art. 270 del C.P.P.S. Las previsiones de los arts. 300 y 26 del C.P. de la ley 8342/85 y la ausencia de sentencia condenatoria en el caso concreto, son suficientes razones que permiten la libertad del imputado durante la sustanciación del proceso. El artículo 270 dice que a los efectos de considerar el beneficio, debe decirse que esta norma establece que la libertad personal podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva, en forma coincidente con la prescripción constitucional del Art.19, adoptando nuestro sistema el criterio procesalista en contraposición a la corriente sustantivista del encarcelamiento preventivo.

Los repetidos pedidos de captura de un sujeto sometido a proceso han sido circunstancias consideradas impeditivas de la libertad, pues reflejan cierta reluctancia al cumplimiento de obligaciones procesales, aunque no es menos cierto que la mora de los poderes públicos y particularmente la inacción del actor penal para obtener una sentencia en aquellos antecedentes, no puede trasladarse al imputado y sacrificarse su libertad personal preventivamente por riesgo procesal. Así la detención resulta desmesurada y fundamentada en un dogmatismo puro ajeno a las constancias de la causa.

De lo hasta aquí trabajado, según la perspectiva del nuevo régimen procesal no parece prudente incorporar la valoración de causas en trámite referidas al mismo bien jurídico protegido, las reincidencias y las rebeldías, ya que son cuestiones que exceden las condiciones personales del imputado en relación al caso a analizar. Tal es el caso del nuevo Código Procesal de Salta en su Art. 388, cuando para conocer si existe peligro de fuga, establece que se debe valorar el comportamiento evasivo del imputado en el procedimiento de que se trate o en otras causas, especialmente las conductas que derivasen en declaración de rebeldía, o el haber ocultado o falseado sus datos personales.

Es que el estado no debiera traer los efectos derivados de una causa penal en trámite, ya que por un lado mantiene abierto un proceso penal, o lo concluye y luego, saca de ese proceso elementos que se usan para limitar derechos en otro. Esta idea por lo menos, resulta extraña al contenido del principio de inocencia, ya que para que este principio pueda ser desvirtuado hace falta una sentencia firme y no la existencia de causas en trámite.

---

[53] *González Cuellar Serrano, Nicolás (1.990:225)* Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid.*

3.1.2.4. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

En Argentina nuestros ordenamientos procesales Federal y Provincial, al referirse a los derechos de la víctima establecen en sus Arts. 99, 79, 76 bis y ter respectivamente, que desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado garantizará a las víctimas del delito el pleno respeto de los siguientes derechos: a recibir un trato digno y respetuoso; la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia; a ser informada del estado del proceso y sus resultados aunque no hubiese participado en él; a intervenir en el proceso constituyéndose en actor civil y/o querellante; ser informada sobre la situación del imputado; a la intervención de una persona de confianza cuando sea menor siempre que esto no ponga en peligro la verdad de lo ocurrido y a solicitar la revisión de las decisiones de archivo y desestimación adoptadas por los Fiscales Penales.

Los Arts. 100, 102 y 103 de la nueva ley procesal, mencionan que cuando la convivencia entre víctima y victimario hagan presumir consecuencias ulteriores relacionadas con el hecho investigado el Juez de Garantías podrá disponer la exclusión o la prohibición del ingreso al hogar al imputado; también que el Fiscal Penal podrá solicitar una medida inhibitoria u ordenatoria cuando sea necesario proteger a la víctima.

Es trascendental y habilitante para la toma de medidas de protección a la víctima, el reconocimiento de la protección de su integridad y la de su familia. En la práctica judicial la exclusión y la prohibición de acercamiento ya se disponían por los Jueces, por lo que puede decirse que la ley la reconoció formalmente.

En el expediente sustanciado en un Juzgado Correccional y de Garantías "XXX POR AMENAZAS CON ARMAS, DESOBEDIENCIA JUDICIAL EN PERJUICIO DE NN" se advierte que el imputado, adicto a sustancias varias, fue acusado de amenazar con armas a su madre y al grupo familiar y de ingresar a su casa; el mismo ya tenía otros antecedentes por otros hechos similares contra las mismas personas y ello le generó una orden de exclusión y de prohibición de acercamiento, que fuera dictada por un Juzgado de Familia.

Este Juzgado entendió que el imputado era propenso a atacar la voluntad de su grupo familiar y, de ser dejado en libertad, podría persistir en hechos de violencia familiar que podrían influir en el ánimo de los testigos de la causa; a su modo de ver esa sería la única vía para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.

En relación a esto, es sabido el efecto mortal del consumo de drogas y sus implicancias para las personas adictas y sus familias, entonces debe afirmarse que el Estado no puede soslayar esta circunstancia y, debe valorarla cuando examina las condiciones personales de la persona imputada en el momento de dictar una medida provisional o al imponer una condena.

Si bien este supuesto no está contemplado expresamente en nuestra ley procesal, podría aplicarse el apartado b del Art. 382, que indica que en sustitución de la prisión preventiva, se puede imponer como medida de coerción que la persona imputada se someta al cuidado o vigilancia de una institución determinada, quien informará periódicamente al órgano que la disponga.

En esta materia es significativo el aporte de Teresa Armenta Deu[54], cuando refiere que como alternativa a la prisión provisional y por ausencia de una previsión general de esta medida, el Art. 508.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, prevé específicamente el ingreso del imputado sometido a desintoxicación o deshabituación, cuando el ingreso en prisión provisional pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento; el tratamiento debe haberse iniciado con posterioridad a la comisión de los hechos que originan el procedimiento

---

[54] *Armenta Deu, Teresa (2.008:333)* Juicio rápido y prisión provisional (Reforma de la LECRIM. De 2.002 t ley de 2.003). Publicidad de las actuaciones, secreto del sumario y libertad de expresión e información *en Estudios sobre el proceso penal. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe*

y el imputado internado, en organismos oficiales o reconocidos legalmente, no podría salir del centro sin autorización del órgano judicial que adoptara la medida.

3.1.2.5. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MUJERES COMO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El género es una representación que tiene implicancias sociales y subjetivas concretas para la vida material de las personas. La relación intergenérica debe verse como un sistema social y jerárquico de un sistema de poder; de hecho, una perspectiva de género visibiliza las desigualdades por razón del sexo y reconoce que esa desigualdad no es un producto de la naturaleza sino una construcción social[55].

La violencia de género descansa en esa desigualdad y en la consecuente consideración disvaliosa de las mujeres y, hoy se entiende que también de las identidades femeninas. Tiene su fundamento en la concepción que la cultura patriarcal realiza, al subordinar lo femenino y exaltar lo masculino.

Asimismo la idea de la mujer como objeto susceptible de apropiación por el colectivo de los varones consagra la violencia que sobre ellas se ejerce desde distintos ámbitos tales como el familiar, laboral y social en su conjunto. A lo que se acompaña la idea de que las mujeres, deben soportar dicha carga de violencia institucionalizada que refuerza el esquema patriarcal de dominación[56].

El tratamiento judicial de los casos de violencia doméstica también llamada familiar, cuando sus víctimas son mujeres, se enmarca en los lineamientos de las Leyes 26485/09 titulada “Ley de protección para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, que es una consecuencia directa de la adhesión Argentina a la Convención de Belem do Pará y, en la de Violencia Familiar de Salta Nº 7403/08.

Esta compleja realidad ha mostrado que en sus orígenes se circunscribió a la violencia desplegada por un miembro de una pareja al otro; sin embargo, la tendencia legal actual, es hablar de violencia familiar y, colocar en esa categoría todos los casos de violencia desplegada entre parejas -unidas en matrimonio o convivientes-, familiares consanguíneos y convivientes; en esta última categoría se agregan las partes a las que se les dispensa ostensible trato familiar.

Es que desde siempre la ley, que es sólo un aspecto del derecho, ha captado la diferencia binaria de mujeres y varones y el modelo hegemónico de vivir las diferencias de género. Así las características positivas y valorizadas socialmente de fuerza, destreza, objetividad, concretitud siempre fueron asignadas a los varones como colectivo y la pasividad, subjetividad, afectividad y dispersión a las mujeres. A lo que debe agregarse que desde siempre tuvieron el rol de transmisoras y reproductoras de la cultura, porque el cuidado de la prole fue intensamente adjudicado a ellas y la necesaria consecuencia fue la adjudicación del espacio privado para ellas y el público para ellos[57].

La jurisprudencia local da cuenta de la imposición de fuertes medidas de coerción directa en los casos de violencia familiar, tal es el caso de una causa tramitada en la competencia Correccional y de Garantías, seguida contra “XXXX POR AMENAZAS, LESIONES GRAVES, DESOBEDIENCIA JUDICIAL Y COACCIÓN EN PERJUICIO DE XXXX”, el Tribunal resuelve no hacer lugar al pedido de revisión de prisión preventiva, por entender que no han variado las circunstancias fácticas y jurídicas primitivas que originaron

---

[55] *Rodríguez, Marcela (2.007:9)* Reformas Judiciales, acceso a la justicia y géner*o. Editores Del Puerto Buenos Aires.*

[56] *Alarcón, Claudia Carolina (2.010:29)* Género, cultura patriarcal y Derechos Humanos*, Trabajo final de la carrera de Postgrado Especialidad en Derechos Humanos, Universidad Nacional de Salta.*

[57] Alarcón, Claudia Carolina (2.011:30) Las mujeres y el poder punitivo durante la investigación penal en el Distrito Judicial Centro de la Provincia de Salta*, Trabajo Final de la carrera de Postgrado Especialidad en Estudios de Género, Universidad Nacional de Salta.*

su imposición. Estos indicadores habían consistido en que al tratarse de un caso de violencia doméstica y familiar el imputado con su libertad buscaría amedrentar a la víctima.

Se advierte que cuando el hecho investigado es un caso de violencia familiar, cuando se aplica el nuevo régimen procesal, siempre hay imposición de prisión preventiva. Quizás esto tiene que ver entre otras cosas, con la falta de aplicación del paradigma de los Derechos Humanos y, con la confusión que lleva a la equiparación absoluta de colocar a la violencia familiar, como la única forma de violencia de género, o la única forma de violencia contra las mujeres; cuando en realidad es una de sus variantes y, lo que es peor lleva en la práctica cotidiana a invisibilizar otras realidades y, nuevas formas de violencia hacia las mujeres y las identidades femeninas.

En la aplicación de medidas jurisdiccionales se advierte que siempre son gravosas y de coerción directa, sea cual sea la falta, es que en la materia no es sencillo vislumbrar cuando puede acaecer un delito mayor, porque en la violencia siempre hay una escalada de intimidaciones en la que la persona agresora siempre va por más, porque está convencida de la subordinación de la que es agredida y, el indicativo para tomar medidas en esta clase de delitos, es el dado en forma general para cualquier valoración que se deba hacer en lo referente a medidas cautelares o de coerción.

Esto es un verdadero problema para la judicatura y, hay que reconocerlo, porque este tipo de violencia coloca a los jueces en encrucijadas de las que no es fácil salir y reaccionan aplicando prisión preventiva en la mayoría, o en la totalidad de los casos y, una vez más el estado, en este caso a través del aparato judicial, no trabaja en una política reformuladora de las concepciones de género.

La contracara de esta complicación, es que al aseverar que el/la agresor/a con su libertad intentará agredir a la víctima, muchas veces se ayuda más a magistrados y funcionarios a protegerse de la criminología mediática[58], de los políticos y de sus cúpulas, porque se decide conforme el grado de peligrosidad judicial, entendida como el grado de peligro que una liberación, absolución o excarcelación puede depararle al juez.

Es que si la diferencia sexista es una construcción cultural debe decirse que trabajar desde el estado solo con la violencia doméstica, es invisibilizar y negar otras formas de violencia, que están presentes en todo el tejido social, a saber: la explotación y tráfico de niñas –también ejercidos sobre niños- y mujeres, la violencia simbólica presente en todo el tejido social, el acceso inequitativo a espacios de trabajo, la violencia verbal, las violaciones en masa y la venta de mujeres para el casamiento, entre otras. En este sentido, bien vale traer aquello que afirma, que el mismo movimiento que configura lo visible organiza aquello que quedará invisibilizado, denegado, interdicto de ser visto[59].

Hasta tanto el estado aborde la política de género como una política pública, en el ámbito judicial hay una experiencia para recoger y, por el momento debe afirmarse que alojar el cuerpo del agresor en las instituciones totales, contribuye a reforzar la dosis de violencia que ya existe y, que lo/la convirtió en agresor/a, porque allí no se reformula en términos políticos la desigualdad sexista propia del patriarcado, que permitió la subordinación y la jerarquización denunciada y condenada a priori, con la imposición de una prisión preventiva.

3.1.2.6 SUSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA CON OTRAS MEDIDAS

---

[58] *Zaffaroni, Eugenio Raúl (2.010:534)* La palabra de los muertos*, Editorial Ediar, Buenos Aires. Allí el autor sostiene que la criminología mediática es la que sintetiza en sus estereotipos, los peores prejuicios discriminantes de cada sociedad y, los manipula y profundiza para crear un ellos de enemigos, que son la suciedad y la escoria de los homicidas que aún no mataron. A esto podría agregarse que es la que refiere la influencia de los medios de comunicación en la formación de la opinión pública, que en estos tiempos resalta las omisiones y las tragedias y no muestra los aciertos y las tareas que se realizan para revertir aspectos nocivos de la realidad social.*

[59] *Fernández, Ana María (1.992:144)* Violencia y conyugalidad: una relación necesaria en La mujer y la violencia invisible*, Editorial Sudamericana Fundación Banco Patricios, Buenos Aires*

Los Códigos Procesales de Chile y Costa Rica[60] admiten la prisión preventiva y su sustitución, aunque el primero contiene disposiciones que fueron tenidas en cuenta por el legislador salteño para la redacción de la ley 7690/11.

Las sustituciones admitidas son arresto domiciliario, presentación periódica ante la autoridad, arraigo nacional o local, prohibición de concurrir a algunos lugares, fianza, vigilancia por autoridad, prohibición de comunicación, prohibición de acercarse al ofendido.

También se admite el reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará el juez. Esta caución podrá consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal.

Una nota muy interesante la da el Código de Costa Rica que prevé abandono de domicilio por violencia intrafamiliar, suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario, vigilancia por autoridad, prohibición de comunicación y la prohibición de acercarse al ofendido; si bien son menores en cantidad estas disposiciones, son muy pertinentes para el plexo de bienes jurídicos protegidos.

En Salta el Art. 382 de la ley 7690/11 al referirse a la sustitución de la prisión preventiva, dice que siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el Juez o Tribunal competente, aún de oficio, podrá imponerle alguna o varias medidas de coerción en sustitución de aquella.

Estas restricciones son:

El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el órgano judicial que la dicta disponga;

La obligación de someterse a cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al órgano que la disponga;

La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez que dicta la sustitución o la autoridad que él designe;

La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial o en los horarios que fije el Juez de Garantías o Tribunal;

La retención de documentos de viaje;

La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;

El abandono inmediato del domicilio cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado;

La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas;

La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

La prestación de una caución adecuada, propia o por otra persona, mediante Depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes o la fianza de una o más personas suficientemente solventes;

La aplicación de medios técnicos que permitan someter al imputado en libertad ambulatoria al efectivo control del Juez de Garantías o Tribunal;

La prohibición de una actividad determinada. El órgano judicial ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

Este abanico de medidas brindado por la nueva ley procesal, permite morigerar la imposición de la prisión preventiva, pero la norma deja en manos del arbitrio judicial y prudente su progresiva y gradual aplicación. Lo que se busca es que el Juez y el Fiscal Penal creen un marco de restricciones que puedan cautelar el proceso, cuando son dictadas y cuando concluyen. Todas las medidas cautelares suponen afectaciones a la presunción de inocencia y, por lo tanto, requieren un fundamento fuerte, no obstante la intensidad de la afectación evidentemente condiciona su propio fundamento. Por lo tanto es probable que en

---

[60] El Código Procesal de Costa Rica es ley 7594/96 y fue sancionado el 4 de junio de 1996.Disponible en www.tse.gov.cr

el caso de medidas de muy baja intensidad, el juez se conforme con un caso menos fuerte y eso es razonable[61].

Tampoco existe en Salta una autoridad encargada de controlar el cumplimiento de estas medidas y, esto es algo a resolver en un futuro no muy lejano, ya que si se habla de aplicar la prisión preventiva con criterios procesalistas y en los casos de máxima gravedad procesal; es muy importante tener en cuenta dos cuestiones, la primera tiene que ver con la observancia que el grupo social hará de estas sustituciones y desde allí juzgará la validez y legitimación de su incorporación y, la otra, relacionada con el uso de la prisión preventiva, cuya aplicación debe ser excepcional. Si esto no se advierte, se corre el grave peligro de generar importantes involuciones sociales y legales.

En la causa caratulada "XXXX-AMENAZAS, LESIONES LEVES, DESOBEDIENCIA JUDICIAL Y COACCIÓN EN PERJUICIO DE XXXX" el Juzgado Correccional y de Garantías sustituyó la prisión preventiva que venía cumpliendo el imputado, por las siguientes medidas: prohibición de acercamiento a la víctima, a los lugares donde ella concurra y a su grupo familiar hasta un radio de 200 m y, prohibición de ejercer actos de violencia en perjuicio de la víctima y su grupo familiar. Asimismo deberá presentarse los primeros viernes de cada mes, o el día siguiente hábil, por ante la Comisaría más cercana a su domicilio, a fin de ratificar su domicilio, todo ello bajo apercibimiento de detención en caso de incumplimiento.

4. PRISIÓN PREVENTIVA Y EL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

4.1 LÍMITES TEMPORALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En la Provincia de Salta, la primigenia ley procesal nada decía en relación al límite de tiempo en que una persona podía permanecer con prisión preventiva, en cambio el Art. 400 de la ley 7690/11 al referirse a la revocación y prórroga del instituto, expresa que el Juez de Garantías o el Tribunal, a pedido del Fiscal o del Defensor, podrá revocar en cualquier momento del proceso la prisión preventiva, cuando su duración supere o equivalga al tiempo de privación efectiva de su libertad por aplicación de la condena que se espera y, cuando su duración exceda de dos años, sin que se haya dictado sentencia condenatoria no firme.

Este plazo podrá ser prorrogado por única vez por un año y la resolución que otorgare la prórroga será comunicada a la Corte de Justicia y a tal efecto. Además, es importante resaltar que ya avanzada la aplicación de esta reforma procesal, será oportuno indicar cuales actos procesales podrían quedar dentro de los lapsos arriba indicados y, cuales no, ya que a veces sucede que algunos son exclusiva responsabilidad de las partes, por ejemplo las notificaciones de la actoría civil que se rige por los principios del Derecho Civil, con exclusivo impulso de las partes.

La tendencia de los Códigos Procesales modernos como el la Provincia de Entre Ríos, es la de establecer lapsos máximos e instrumentos que las partes pueden utilizar cuando el imputado ha permanecido cierto tiempo en prisión provisional, así puede verse que el de Salta ya está ubicado en esa línea; de esta forma se avizora un nuevo panorama, ya que por imperativo procesal el transcurso del tiempo, sumado a la inacción estatal por llevar adelante el juicio correspondiente, siempre implicarán la obligatoriedad del auto de soltura.

Esta disposición tiene directa relación con el plazo razonable para ser juzgado, pero la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art.7.5 se refiere directamente al plazo razonable de duración de la prisión preventiva, que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos comienza en la fecha de la aprehensión del individuo y, cuando no es

---

[61] *Duce, Mauricio J, Riego R. Cristián (2.007:281)* Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.*

aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse [62].

Al respecto, es importante tener en cuenta la relación entre prisión preventiva y plazo razonable[63]; en este sentido y haciendo restrospectiva, en Argentina se dictó la ley 24390/94 que establece el plazo máximo de dos años para la duración de prisión preventiva y la prórroga por un año en caso de ser necesario, con la obligación del Tribunal que la dicte, de comunicar al Superior para su contralor; esta regla se dictó atendiendo que gran cantidad de la población penal Argentina permanecía en ese estado y, también significó la acogida de la directiva del Art. 7º inc. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y al Art. 9º párrafo 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta norma en su redacción originaria permitía el cómputo de dos días de prisión preventiva como equivalentes a uno de prisión efectiva y modificaba el Art. 24[64] del Código Penal, pero estas previsiones fueron derogadas en 2001, como consecuencia de los avances del populismo punitivista, que permanentemente reclama penas más duras y extinción de "beneficios" para los detenidos.

Asimismo es importante destacar que Salta, jamás adhirió a esta ley, ya que la Corte Provincial expresamente declaró inaplicable la ley de dos por uno a los penados por causas provinciales, en el precedente C/C HERRERA, CRISTIAN RUBEN – RECURSO DE CASACIÓN" -Expte. Nº CJS 29.008/06, dijo que del texto y del espíritu de la ley surge que la pretensión de introducir en el articulado una disposición concerniente a su aplicación a todo el territorio de la Nación, implica un avance sobre las autonomías provinciales, ya que las mismas se reservaron la facultad de dictar sus códigos procesales y, toda la ley 24.390 tiene un contenido procesal; por lo tanto solo puede tener aplicación en el ámbito federal; sin perjuicio de entender que el Estado Argentino había adherido al Pacto de San José de Costa Rica .

Agregó que cabe concluir que el tiempo de encarcelamiento de los recurrentes a raíz del trámite de la causa, no ha vulnerado la exigencia de razonabilidad establecida por los Tratados Internacionales mencionados precedentemente, teniendo en cuenta especialmente la gravedad del delito, la complejidad de la prueba producida y los propios actos defensivos de los encartados, que marcaron los términos de la tramitación de la causa. De esa forma, desde la perspectiva del Derecho Público Provincial, que hunde sus raíces en la hermenéutica sistemática y concordante de las Constituciones Nacional y Provincial, se zanjó la discusión sobre el tema.

Este tema abre una discusión en Argentina, como en tantos otros lugares del mundo, ya que pareciera que en tiempos postmodernos, mientras mayor avance punitivista hay, la conciencia media de la ciudadanía siente seguridad y tranquilidad. ZiZek[65] expresa que esto lleva de vuelta a los rumores y a las noticias acerca de "sujetos que se supone saquean y violan". En Estados Unidos, Nueva Orleáns se cuenta entre las ciudades más marcadas por el muro interno que separa a los ricos de los negros recluidos en guetos. Y es sobre quienes están al otro lado del muro sobre quienes se fantasea: viven cada vez más en otro mundo, en una tierra de nadie que se ofrece como pantalla para la proyección de los miedos, ansiedades y deseos secretos del colectivo social.

---

[62] *Este criterio fue tomado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Hilarie Constantine contra Trinidad y Tobago y Suárez Rosero contra Ecuador. Sentencia de 26 de Noviembre de 2003, 21 de junio de 2002 y 12 de noviembre de 1.997. Disponible en www.corteidh.or.cr*

[63] *Actualmente se fija como plazo razonable el lapso de dos años de duración del proceso penal, incluida la etapa del plenario inclusive.*

[64] *Este artículo modificó el modo de computar la prisión preventiva que dice por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el Tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco.*

[65] *Zizek, Slavoj (2.009:126)* Sobre la violencia Seis reflexiones marginales*, Paidós, Buenos Aires.*

Lamentablemente el clamor social asocia libertad con impunidad e ineficiencia de la administración de justicia y esto es muy peligroso para la subsistencia de la humanidad, porque este ideario fue el que respaldó las más grandes atrocidades de las que la historia da cuenta permanentemente y que se cometieron y se cometen, en nombre del bienestar de algunos grupos; quizás debamos aceptar de una vez por todas que vivimos la medievalización de los tiempos postmodernos y que a los/las funcionarios/as de la agencia de justicia les corresponde una encomiable tarea: la de mostrar que no hay vida digna posible sin un marco de libertad que la sostenga.

Solo de esta forma puede existir consonancia entre los derechos fundamentales, las garantías reconocidas en las Constituciones y la democracia constitucional, porque como diría Ferrajoli[66] son las garantías de los derechos fundamentales-desde el derecho a la vida a los derechos de libertad y a los derechos sociales-los fines externos o, si se quiere, que los valores y, por así decirlo, la razón social de estos artificios que son el estado y toda otra institución política.

4.2. PRISIÓN PREVENTIVA Y DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Entre otras instituciones el nuevo paradigma procesal local trajo un axioma que en la práctica, si es bien interpretado por todos los/las actores del proceso penal, puede traer aires de cambio, en relación al derecho fundamental a un proceso penal sin dilaciones indebidas.

En efecto, la nueva ley procesal receptó el mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su Art. 8.1 se refiere al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Existen fallos que indican que el lapso razonable de duración de un proceso penal, se establece cualitativamente y no solo cuantitativamente teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto y, así se pronuncia la doctrina de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sostiene que no puede establecerse la razonabilidad de los plazos en abstracto sin tener en cuenta, la conducta del acusado y el comportamiento de las autoridades estatales.

La garantía del derecho a ser juzgado en un plazo razonable equivale a que el mismo se realice con celeridad, de esto da cuenta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando también consagra el derecho a peticionar ante las autoridades judiciales, porque se entiende que estas tienen un plazo para expedirse.

Parafraseando a Jauchen[67] se debe reconocer que la garantía constitucional consagra la necesaria racionalidad y proporcionalidad de la privación de la libertad durante el proceso, no ya referida a su necesariedad, lo cual es un presupuesto ineludible para su validez, sino al tiempo de duración. La garantía del Estado de inocencia armonizada con el trato humanitario, ha conducido a la imperiosa necesidad de establecer en los instrumentos internacionales y en las leyes internas una imposición normativa que fije los límites del encarcelamiento preventivo.

Las experiencias Argentina y Salteña en la aplicación del sistema mixto, consagraron la perspectiva inquisitiva durante la instrucción y así se advierte una excesiva duración de esta etapa, ya que entre otros tópicos, ese sistema considera que el Juez instructor debe reconstruir un hecho histórico y seguir un camino organizado por el legislador en forma estricta, con la premisa de que la presencia personal del imputado es fundamental para la indagación de la realidad y para conocer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ésta se verificó.

---

[66] *Ferrajoli, Luigi (2.009:44)* Paradigmas de la Democracia Constitucional, *Editorial Ediar, Buenos Aires*
[67] *Jauchen, Eduardo J. (2.005:318)* Derechos del imputado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe*

Efectivamente se trata de un largo camino a recorrer por el Juez instructor y para la Fiscalía para poder realizar la requisitoria de juicio. Entonces para poder concretar y acortar el lapso para la llegada a juicio, indefectiblemente fue necesario acortar la investigación, poniendo un Juez de Garantías que se ocupe de proteger los derechos fundamentales de la persona indicada y, así se deja en manos de la Fiscalía la exclusiva tarea de investigación; de esa forma se separan absolutamente las tareas de juzgar e investigar.

En la figura del Juez de Garantías de Salta, este nuevo modelo impone que en el proceso en general y, sobre todo en la Investigación Penal Preparatoria, que no se crucen los límites dados por las garantías constitucionales, entre las que cuenta el derecho a ser juzgado en plazo razonable y, sin dilaciones indebidas.

La excesiva duración del proceso penal, como ya se sabe, siempre trae una mala concepción social de la administración de justicia y, se asocia con impunidad e ineficacia. Por otro lado, quita fuerza a las decisiones judiciales, ya que es conocida y aceptada la idea de que cuando la justicia llega tarde, ya no es justicia y, genera en la situación del imputado, grandes consecuencias negativas y, para el caso en que esté con prisión preventiva, la misma corre el real y serio riesgo de convertirse en un pena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Kipperband s/falsificación de documentos[68] expuso claramente los lineamientos aplicables a esta garantía, al decir que corresponde a la Corte recomendar a los magistrados que adopten los recaudos necesarios para cumplir la función de administración que les fue encomendada, en un lapso breve, para que no se frustren los derechos consagrados en la Constitución Nacional; que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años y que la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado la prolongación del juicio, son factores insoslayables para saber si se ha conculcado la garantía a obtener un juicio sin dilaciones indebidas.

Lo contrario implicaría la subversión de la concepción de las garantías del imputado, ya que serían puestas en función de la peligrosidad criminal y ésta encarna uno de los problemas medulares de la criminología. Esto involucra un gran esfuerzo para el estado, porque deberá disponer de herramientas para revertir la mora judicial e implementar políticas criminales que realmente pongan al derecho penal como última ratio.

5. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR IMPOSICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

Los criterios aplicados en materia de reparación de errores judiciales y concretamente por imposición equivocada de prisión preventiva, descansan en la idea de que el Estado Nacional o Provincial, actúa mediante los funcionarios que lo representan; en este caso, a través de jueces que limitan derechos de la ciudadanía.

En relación a esto Dromi[69] afirma que la responsabilidad del Estado se encuentra en la Constitución Nacional, toda vez que la actividad de alguno de sus órganos causa un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra.

Se considera que en materia de actos del Poder Judicial hay responsabilidad estatal, cuando un acto jurisdiccional posterior a otro que restringe derechos, reconoce que el primero fue erróneo; tal es el caso del recurso de revisión, de condenas en primera instancia y de absoluciones en la última, de procesamiento y detención y luego sobreseimiento, por ejemplo.

El principio general es la irresponsabilidad del Estado- Juez, basada en que el acto jurisdiccional tiene fuerza legal de cosa juzgada y, además se trata de un acto legítimo y no

---

[68] *Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa Kipperband, Benjamín s/ falsificación de documentos del 16/03/99*

[69] *Dromi, José Roberto (2.012:695)* Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires*

culpable, a pesar de la existencia de un daño y de una víctima. Estos fueron argumentos de la doctrina clásica para no aceptar responsabilidad estatal en estos actos, pero también hay que justipreciar el conjunto de Tratados y Convenciones Internacionales suscriptos por Argentina, de los que emergen obligaciones y responsabilidades con los ciudadanos, como la aquí referida.

Por su lado Marcelo Finzi[70] cree que la causa más común de los errores de los jueces, no están en lo procedimental, sino en la falta de nociones psicológicas y en general su escaso conocimiento de las disciplinas que se refieren a la criminalidad.

Si bien algunas Constituciones expresamente reconocen el derecho a la indemnización por error judicial, tales como la de Chaco, La Pampa, Formosa, Río Negro, la Nacional y la Provincial local no lo hacen.

Las leyes procesales locales 6845/85 y la 7690/11 en sus Arts. 497 y 559 y concordantes al legislar el recurso de revisión y acción de revisión, respectivamente, expresamente reconocen que la sentencia absolutoria, de la que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse, a instancia de parte, sobre los daños causados por la condena, o la restitución de la pena pagada en concepto de pena, los que serán reparados por el estado, siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial.

Si bien la tendencia actual es la procedencia del reclamo de daños y perjuicios cuando la detención fue arbitraria y hay error judicial grosero, Mosset Iturraspe[71] dice que la idea de que el Poder Judicial corrige sus propios errores, es una verdad a medias y aparece interpretada absolutamente, como una muestra de infalibilidad del Poder, o algo mágico que posibilita dar siempre, en todas las situaciones, con la verdad. A esto hay que agregarle que la idea de la responsabilidad personal del juez, por sus decisiones jurisdiccionales, aún mantiene dividida a la doctrina.

Otro aspecto que se tiene en cuenta, es la ponderación de la licitud o la ilicitud del proceder estatal y su presunta responsabilidad; para que haya daño esa actuación, debe tener una magnitud que exceda la normal tolerancia de lo que para el ciudadano común impone la vida en sociedad, porque deben conciliarse los derechos particulares, con la obligación estatal de perseguir el delito.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina[72] viene sosteniendo que la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución, sino únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento-relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta- de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor.

En Salta, el Tribunal Contencioso Administrativo[73] en un reclamo por imposición de una prisión preventiva por parte de un Juez de Instrucción, en una causa que finalizó con el sobreseimiento del imputado, afirmó que sólo puede responsabilizarse al Estado por su falta de servicio, por error judicial, en la medida en que el acto jurisdiccional que eventualmente hubiese ocasionado un daño, hubiese sido declarado ilegítimo y dejado sin efecto.

Añadió que si no se advierte que el Juez de Instrucción, al tiempo de decretar la prisión preventiva a la que fue sometido el actor, haya incurrido en manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley, no cabe responsabilidad alguna al Estado, sin perjuicio que el procesado fuera finalmente sobreseído y, que las medidas tomadas y el mantenimiento de éstas, dentro y durante los procesos de investigación de hechos delictivos, se justifican en las concretas circunstancias de las causas y las normas procesales vigentes, obrando

---

[70] *Finzi, Marcelo (2.013:209*) El error judicial y la cultura psicológica del juez *en Doctrinas Esenciales: Derecho Procesal Penal, Editorial La Ley, Buenos Aires*

[71] *Mosset Iturraspe, José (2.005:18)* El error Judicial*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.*

[72] *Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en causa Balda, Miguel c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios, del 19/10/1995. Disponible en www.pjn.gov.ar*

[73] *Fallo del Tribunal Contencioso Administrativo en el Expediente Nº A-2021/99 caratulado "XXXX contra Provincia de Salta por contencioso administrativo.*

legítimamente los magistrados investidos de la potestad que éstas normas confieren. En todo caso solo cuando existe dolo o error inexcusable del magistrado, puede hablarse de daños ocasionados por la actividad judicial lícita.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza[74] hace pocos días condenó a la Provincia a indemnizar al actor, que estuvo detenido con prisión preventiva durante dos años y dos meses por el homicidio de su madre (luego fue absuelto), ya que a partir del vencimiento de los dos años, la detención del mismo se convirtió en ilegítima. Argumentó que el basamento de la libertad personal, determina que las medidas de coerción que la limitan durante el proceso, sean siempre provisorias y por ende revisables, la prisión preventiva no puede exceder el plazo de dos años, de lo contrario se afecta la garantía de inocencia, además la indemnización se concede cuando el auto de prisión preventiva se revele como algo infundado o arbitrario.

En el primer caso existen dos aspectos que son gravitantes para dictar el fallo condenatorio del Estado Mendocino y son: el transcurso de los dos años de prisión preventiva y la absolución, que analizados conjuntamente, implican un daño irreparable para la parte demandante

En un sentido similar el Superior Tribunal de San Luis[75] ordenó indemnizar a una enfermera de un hospital público por haber estado detenida y acusada de la muerte de una mujer a la que le había practicado un aborto clandestino, ya que la supuesta víctima fue encontrada con vida, por lo que la prisión preventiva resultó indebida, provocándole a la actora sentimientos de dolor, angustia y vergüenza. Además cuestionó la insuficiente motivación del decreto que ordenó dicha medida de coerción.

De estas resoluciones de Superiores Tribunales surge un eje en común: que consiste en la convicción de la responsabilidad estatal por el dictado de medidas restrictivas de la libertad, que carecieron de suficiente apoyo en las constancias y pruebas de la causa. Puede verse que siguen la línea doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, que considera como error judicial aquello que es irreparable, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar, por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos por los ordenamientos.

En otro orden, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister[76] enfatizó que para determinar si la detención preventiva del imputado excede un tiempo razonable, los jueces nacionales deben valorar los hechos a favor y en contra de los requisitos que llevaron al dictado de al detención y, considerar si existe un genuino requerimiento que justifica salir de la libertad como principio rector.

6. CONCLUSIÓN

La construcción del discurso jurídico, al igual que el discurso en general y su resultado, siempre tiene una finalidad política de la que claramente surge la concepción de la otredad.

Aunque pueda parecer que hay una contradicción entre como el discurso construye el auténtico núcleo de la identidad del sujeto y, la noción de este núcleo, como un abismo insondable más allá del muro del lenguaje, hay una sencilla solución a esta aparente paradoja. El “muro del lenguaje” que me separa eternamente del abismo del otro sujeto, es a la vez lo que abre y sostiene ese abismo; el auténtico obstáculo que me separa del más allá es lo que crea su espejismo[77] .

---

[74] *Fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en Expediente F.M.,C.E. c/ Provincia de Mendoza el 11/04/12. Disponible en www.jus.mendoza.gov.ar*

[75] *Fallo del Superior Tribunal de Justicia de San Luis en el expediente XXXX y otra contra Estado Provincial y/o Poder Ejecutivo s/ Daños y Perjuicios, en fecha 23/10/2.012. Disponible en www.justiciasanluis.gov.ar*

[76] *Fallo del Tribunal Europeo en el caso Neumeister vs. Austria, 27 de junio de 1.968.*

[77] *Zizek, Slavoj (2.009:92)* Ob. Cit.

El discurso legal y el de las resoluciones judiciales en la materia tratada, indica que el problema abordado es deontológico, porque encarna la praxis judicial, entonces en esta etapa conclusiva, hay una pregunta que es necesaria:

¿Para qué usamos la prisión preventiva?

Una probable respuesta nos muestra que parte del problema es teleológico, ya que del análisis de distintas leyes procesales y de citas jurisprudenciales, surge que la detención provisional se usa con una finalidad distinta a la cautelar, porque se utilizan criterios sustantivistas, si bien no en su forma pura, si puede verse que están disfrazados de procesalistas, porque siempre se habla de remisión al tipo penal aplicable, ya que se toma el quantum de la pena para valorar a futuro desde la aritmética y desde allí se pone en juego la probabilidad de la imposición de una condena de ejecución condicional y, si no la hay, el resultado indefectible es la imposición de la prisión preventiva.

Como ya se anticipara y parafraseando a Ricardo M. Pinto[78] puede afirmarse que la alarma social, el orden público, la peligrosidad de un sujeto y la posible comisión de delitos en el futuro, no debieran constituir la finalidad de la prisión preventiva.

Esto pone en evidencia que el temor de rebeldía procesal, se convierte en una paranoia de fuga que es fruto de la fobia a la libertad[79] y, para cumplir con el objetivo cautelar debe haber obstáculos que desalienten su uso fuera de la razonabilidad y la proporcionalidad. Es que las garantías que la agencia judicial debe ofrecer (garantías penales) son los máximos de realización que puede alcanzar con su ejercicio de poder, respecto de esos principios limitadores de irracionalidad y violencia[80].

En esto es esencial comprender, según la postura seguida en este trabajo, que el Estado no puede prevenir la posible comisión de delitos con el dictado de detenciones preventivas y, utilizarlas luego como pilares de política criminal, para amedrentar la comisión de cierto tipo de delitos aumentando sus penas.

Lo contrario se traduce en aceptar resoluciones que tienen fundamentación aparente, por lo tanto son muestra de la discrecionalidad del aparato judicial, ya que no logran superar el test de la igualdad declamada en el Art. 16 de nuestra Carta Magna y de la tutela judicial efectiva. En este sentido Cianciardo y Giardelli (2.009)[81] dicen que la igualdad, tiene íntima relación con la justicia, ya que las distinciones y las semejanzas deben hacerse a la luz de los criterios de la última.

Para superar esta dialéctica, es fundamental tener en cuenta que en el nuevo paradigma la libertad es un derecho y no un beneficio, si se entiende bien eso, no hará falta detener siempre a un/una ciudadano/a para investigar y, además se podrán usar medidas sustitutivas de la prisión preventiva, antes de imponerla desde un primer momento y, si es que resulta necesaria la medida, acudir a una razonada fundamentación que encuentre sustento en las constancias de la causa.

Otro problema grave incluido en los presupuestos de la pregunta, es la idea de que la violencia y la criminalidad pueden ser referidas en singular, como si hubiese una sola forma, o como si todas las formas pudieran ser sintetizadas en una palabra o un concepto. La suposición es falsa y sirve para la reproducción del sentido común, cuyos pecados son la generalización y el reduccionismo, ambos plataformas convenientes a los prejuicios y a las visiones conservadoras, útiles para la reproducción de las prácticas estatales (en el área de la seguridad y de la política criminal) que se han revelado como opresivas, brutales e inicuas[82].

---

[78] *Pinto, Ricardo Matías (2.007:333)* Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en www.juridicas.unam.mx.*

[79] *Zaffaroni, Eugenio Raúl (2.009:111)* Ob. Cit.

[80] *Zaffaroni, Eugenio Raúl (2.009:243)* Ob. Cit

[81] *Cianciardo, Juan, Giardelli Lucas y Toller, Fernando (2.009:274)* Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema Estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho de igualdad *en La ciencia del Derecho Procesal constitucional, Tomo I, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal -Culzoni,*

[82] *Caccia Bava, Silvio (2.010:15)* Crimen y prejuicio*, entrevista exclusiva al politólogo brasileño Luiz Eduardo Soares en Le Monde Diplomatique Nº 135, septiembre*

Entonces debe decirse que la prisión preventiva siempre debiera ser revisada, aunque los Códigos Procesales no establezcan sucesivas posibilidades de revisión, tal es el caso de la ley procesal 6345/85, porque los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional incluidos en el Art. 75 inc. 22, indican la posibilidad de recurrir el fallo y, el fundamento principal de esta idea está en que para mantener esta gravísima medida de coerción, deben subsistir los motivos que existieron al momento de imponerla.

De los ordenamientos procesales consultados claramente surge que los legisladores de los Códigos procesales modernos, identificaron gran parte del problema expuesto, ya que de la redacción del articulado procesal, se parte del reconocimiento de la libertad como un derecho de las personas, que debe funcionar como regla general en todo proceso penal. En consecuencia, colocaron la discusión del encierro cautelar por fuera del delito imputado o la sanción prevista y, emplazaron los razonamientos judiciales dentro de parámetros procesales.

En efecto, la ley 6345/85 en la regulación de la excarcelación aplica premisas sustantivistas, que aún cuando fueron moderadas por la jurisprudencia, siguieron aplicándose pero arropadas de líneas procesalistas; así, la pena posible de aplicar sirvió para tener por acreditado el peligro de fuga y, se usa para argumentar la imposición de esta medida.

Al momento de valorar la imposición de la medida, debiera ser la proporcionalidad, la que direccione el razonamiento judicial para contar con aplicaciones prudentes. Solo así podría contarse con medidas de coerción directa, que en la práctica respondan a su naturaleza y, no sean más gravosas que las sanciones ya previstas para los hechos delictivos investigados.

Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[83] reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo, pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado. Además en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal.

Quizás uno de los fundamentos más importantes para recurrir a este argumento, reside en la idea de que es sabido por todos que “la pena de prisión preventiva”, que en un punto importante conlleva inevitablemente los mismos efectos que la prisión impuesta por una sentencia firme, es más sencilla de imponer que la “pena” verdadera[84].

La problemática de la violencia hacia las mujeres en el ámbito doméstico no queda fuera de lo descripto, hunde sus raíces en el antropocentrismo y la ideología patriarcal y, se esparce por todo el tejido social. El aumento de casos de muertes de mujeres en manos de sus parejas, puso a la autoridad judicial en vilo, entonces se utiliza la prisión preventiva con una finalidad de prevención general, es decir que se busca que lo que hoy es una amenaza, o una lesión no devenga en homicidio, con el solo uso de la prisión preventiva.

También hay que tener en cuenta que la consecuencia inmediata es la responsabilidad estatal por estos actos, en razón de presupuestos políticos- jurídicos que son innegables, ya que el estado protege derechos y garantías de toda la sociedad y, también ante el error judicial, existe la indemnización moral y económica.

En este camino de reformulación y análisis de los razonamientos judiciales que se utilizan para imponer la medida, se puede ver que la reconstrucción del discurso jurídico-penal, como planificación del ejercicio de poder decisorio de los juristas es, fundamental

---

[83] *Comisión Americana Derechos Humanos,* Informe 2/97

[84] *Pastor, Daniel (2.006:176)* Las funciones de la prisión preventiva *en La injerencia en los derechos fundamentales del imputado I , Revista de Derecho Procesal Penal Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe*

porque el sistema penal selecciona personas arbitrariamente y los requisitos de tipicidad y antijuridicidad (que se sintetizan en el injusto penal) no son más que los requisitos mínimos que la agencia judicial debe demandar para responder permitiendo que avance el proceso de criminalización en curso sobre la persona arbitrariamente seleccionada[85]

Una propuesta superadora de lo aquí expuesto, puede estar orientada con:

Fijar un límite a la prisión preventiva, ya que como se dijo en la introducción de este trabajo, es uno de los más grandes problemas del proceso penal y esto contribuiría a generar la idea de su provisoriedad.

La *capacitación permanente a jueces y funcionarios*, ya que el paradigma de los derechos humanos, en la mayoría de los casos surgió con posterioridad a la formación académica de grado y, su calidad de integrantes de la agencia judicial los convierte en los limitadores por excelencia de la arbitrariedad selectiva. Entonces, hay que tener en cuenta que una de las formas de generar reflexión, sobre la praxis cotidiana, es la socialización de las experiencias propias y las de otras jurisdicciones. Siguiendo a Zaffaroni[86] puede afirmarse que en cada caso, en que la agencia judicial deba decidir, sin poder impedir la criminalización, necesitará una pauta que permita colocar un mojón a la cantidad de violencia que la persona habrá de recibir a título de pena.

Mejorar la calidad de las audiencias de control de detención que suceden con la aplicación de la ley 7690/11, ya que de esa forma la jurisdicción puede conocer detalles del caso investigado y, de las condiciones personales de la persona imputada. Esto contribuye a reducir la violencia de la agencia judicial, para ello debe tenerse claramente en cuenta que ésta dispone de un poder de decisión selectiva meramente secundario y que interviene cuando la selección primaria ya ha tenido lugar.[87].

La creación de una oficina de control y seguimiento de medios alternativos y sustitutivos que esté encargada de trabajar desde la detención y, que controle las medidas impuestas para sustituir la prisión preventiva, que por otra parte debieran imponerse en forma gradual. Como dice Teresa Armenta Deu[88] el acierto de la reforma vendrá determinado por el correcto equilibrio que se haya podido alcanzar en los dos diferentes ámbitos que abarca la reforma. Por una parte, la necesidad de aceleración y la ineludible reducción de garantías anudadas a tal objetivo; o lo que es lo mismo, haber encontrado, en definitiva, el siempre difícil punto medio entre los siguientes parámetros: una justicia más cercana a la comisión del delito; que otorgue una tutela efectiva para todos y salvaguarde, simultáneamente el derecho de defensa y la atención a los derechos de las víctimas.

La *capacitación a periodistas* para que conozcan los efectos de las resoluciones judiciales, ya que en el imaginario popular existe la idea de que cuando no hay personas detenidas hay impunidad e ineficacia de la administración de justicia. Esto tiene que ver entre otras cosas, con el manejo direccionado de las noticias que coloca en el público, sólo las importantes para algunos intereses que están en pugna en algún momento político social determinado. Piénsese en la sensación de inseguridad; en las estadísticas judiciales en materia de causas ingresadas y las resueltas; en la programación televisiva que pone en debate la crónica negra y los crímenes más atroces, sin colocar a personas que ayuden a mirar estos hechos, desde una mirada que no sea exclusivamente morbosa. Como dice Ferrajoli[89] es imprescindible separar y garantizar la libertad de información de la propiedad; instituir autoridades de garantía destinadas a tutelar de manera efectiva la libertad de prensa y de información de la comunidad; impedir toda forma mayoritaria y única de concentración de la propiedad de los medios de comunicación, todas estas reformas son necesarias, aunque se choca con intereses consolidados, porque en ese escenario también están en juego las libertades fundamentales y la democracia.

---

[85] *Zaffaroni, Eugenio Raúl (2.009:256)* Ob. Cit.
[86] *Zaffaroni, Eugenio Raúl (2.009:282)* Ob. Cit.
[87] *Zaffaroni, Eugenio Raúl (2.009:252)* Ob. Cit
[88] *Armenta Deu, Teresa (2.008:334)* Ob.cit
[89] *Ferrajoli, Luigi (2.011:105)* Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. *Editorial Trotta, Madrid*

La efectiva *puesta en práctica del enfoque de género* en los actos judiciales, lo que implica lograr la identificación y el destierro de prejuicios sexistas.

Posiblemente el verdadero punto de partida de una solución es admitir que el derecho penal y el derecho procesal no "solucionan" o "eliminan" los problemas de la criminalidad, sino que sólo pueden elaborarlos- protegiendo lo mejor posible los derechos de todos-. Una prevención general efectiva y orientada a la justicia, no consiste en la intensificación de los instrumentos del derecho penal para una lucha a largo plazo contra la criminalidad, sino en la vinculación decidida a los principios jurídicos consentidos para la evitación de lesiones a los derechos de los afectados a corto y mediano plazo. No podemos saber cómo se desarrollará la criminalidad y que papel jugará en ello la prisión preventiva. Pero podemos ver qué es lo que hacemos con ésta en forma inmediata[90].

Finalmente es posible expresar que el respeto por la libertad humana y la presunción de inocencia son una conquista de la humanidad, que arrancan sus génesis en los abusos y la crueldad del poder. Entonces debe afirmarse que no es suficiente el voto de confianza de esperanzadores discursos, ya que el problema aquí expuesto, es un problema político de la comunidad y por lo tanto nos atañe a todos/as.

Solo resta decir que los caminos están iluminados con los criterios que deben utilizarse para aplicar esta medida, pero debe advertirse que solo los movimientos de la reflexión y la revisión de la propia práctica, pueden ser senderos para salir de la encrucijada del encierro procesal y, del dilema deontológico que encarna una imposición indiscriminada de la prisión provisional, que encuentra en la conciencia social generalizada su aprobación, ya que confunde peligrosidad criminal con peligrosidad procesal.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón, Claudia Carolina (2.010) *Género, cultura patriarcal y Derechos Humanos*, Trabajo final de la carrera de Postgrado Especialidad en Derechos Humanos, Universidad Nacional de Salta.

Alarcón, Claudia Carolina (2.011) *Las mujeres y el poder punitivo durante la investigación penal en el Distrito Judicial Centro de la Provincia de Salta,* Trabajo Final de la carrera de Postgrado Especialidad en Estudios de Genero, Universidad Nacional de Salta.

Armenta Deu, Teresa (2.008) *Estudios sobre el proceso penal*. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

Bidart Campos, German, *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos Humanos*. Disponible en www.citerea.com.ar.

Bobbio, Norberto (1.991) *El tiempo de los derec*hos, Editorial Sistema, Madrid- España.

Caccia Bava, Silvio (2.010) *Crimen y prejuicio*, entrevista exclusiva al politólogo brasileño Luiz Eduardo Soares en Le Monde Diplomatique Nº 135, septiembre.

Cianciardo, Juan, Giardelli Lucas y Toller, Fernando (2.009) *"Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema Estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho de igualdad"* en La ciencia del Derecho Procesal constitucional, Tomo I, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal Culzoni.

[90] *Hassemer, Winfried (1.998:56)* Crítica al derecho penal de hoy, *Traducción de Patricia S. Ziffer, Editorial Departamento de Publicaciones de Universidad Externado de Colombia, Bogotá*

Duce Mauricio J, Riego R. Cristián (2.007:281) *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
Dromi, José Roberto (2.012) Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires.
Fernández Ana María (1.992) *Violencia y conyugalidad: una relación necesaria en* La mujer y la violencia invisible, Editorial Sudamericana Fundación Banco Patricios, Buenos Aires.
Ferrajoli, Luigi (2.009) *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid.
Ferrajoli, Luigi (2.009) *Paradigmas de la Democracia Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires.
Ferrajoli, Luigi (2.011) *Poderes salvajes*. *La crisis de la democracia constitucional*. Editorial Trotta, Madrid.
Fleming, Abel y López Viñals, Pablo (2007) *Garantías del imputado*, Rubinzal Culzoni Editores, Primera Edición, Santa Fe.
Gimeno Sendra, Vicente (2.013) *La prueba preconstituida de la Policía Judicial* en Problemas actuales de la Justicia Penal, Nicolás González Cuellar Serrano (Director), Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo, coordinadores, Editorial Colex, Madrid.
González Cuellar Serrano, Nicolás (1.990) *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid.
Hassemer, Winfred (1.998) *Crítica al derecho penal de hoy*, Traducción de Patricia S. Ziffer, Editorial Departamento de Publicaciones de Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
Informe del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, titulado El Estado de la Prisión preventiva en la Argentina, situación actual y propuestas de cambio. Febrero de 2012. Disponible en www.inecip.org
Jauchen, Eduardo J. (2.005) *Derechos del imputado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe.
Mosset Iturraspe, José (2.005) *El error Judicial*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
Pastor, Daniel (2.006) *Las funciones de la prisión preventiva en La injerencia en los derechos fundamentales del imputado I* , Revista de Derecho Procesal Penal Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe.
Rawls, John (1.998) *El derecho de Gentes*, en De los derechos humanos, Editorial Trotta.
Reategui Sánchez, James (2006) *En busca de la prisión preventiva*, Editorial Juristas Editores E.R.L., Lima.
Rodríguez, Marcela (2.007) *Reformas Judiciales, acceso a la justicia y género*. Editores Del Puerto, Buenos Aires.
Silisque Omar Antonio y López Viñals (2.005) *El nuevo régimen procesal penal de Salta.* Editorial MILOR, Salta.
Silveira Gorsky, Héctor C. y Rivera Beiras, Iñaki (2.008) *La biopolítica contemporánea ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los "campos" de Europa* ,en Violencia y sistema penal, Bergalli Roberto, Rivera Beiras Iñaki y Bombini Gabriel (compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires.
Vitale Gustavo (2.007) *Encarcelamiento de presuntos inocentes*, Hammurabi, Buenos Aires, Primera Edición.
Zaffaroni, Raúl (2009) *En busca de las penas perdidas,* Editorial EDIAR, quinta reimpresión, Buenos Aires.
Zaffaroni, Raúl (2.011) *La cuestión criminal*, Editorial Planeta, Buenos Aires.
Zaffaroni, Raúl Eugenio, (2.000) *"El discurso feminista y el poder punitivo"* en Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal, Editorial Biblos. Buenos Aires.
Zizek, Slavok (2.009) *Sobre la violencia Seis reflexiones marginales*, Editorial Paidos, Buenos Aires.

8. TEXTOS LEGALES CONSULTADOS

Código Procesal de Costa Rica. Disponible en www.tse.gov.cr
Código Procesal de Chile
Código Procesal de Chubut
Código Procesal de Entre Ríos, Argentina.
Código Procesal de Salta, ley 6345/85 y modificatorias

Código Procesal de Salta, ley 6390/11
Constitución Nacional Argentina.
Constitución de la Provincia de Salta.
Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Art. 8.2.h, 1.969 ratificada por Argentina mediante ley 23.054/84.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
Convención sobre los Derechos del niño
Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas
Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa Humanidad
Declaración Americana sobre Derechos Humanos
Declaración Universal de Derechos Humanos
Informe 2/97 de la Comisión Americana de Derechos Humanos.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9. JURISPRUDENCIA

Dictamen de Fiscalía General de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en la causa 7089 caratulada "incidente de apelación en autos 421, de fecha 10/04/2013.
Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, Bárbara Rodrigo Ruy-exención de prisión, causa 21.143, interloc.6/118.
Cámara Nacional de Casación Penal, sala I.
Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III. Macchieraldo Ana María Luisa s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad, causa 5472, sent. 841/2.004, del 22/12/2.004. Disponible en www.pjn.gov.ar
Fallo del Tribunal constitucional de España, Sala Segunda, Recurso de Amparo núm. 137-2006, Sentencia 27/2008, de 11 de febrero de 2008. Disponible en www.tribunalconstitucional.es
Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Wemhoff vs. República Federal Alemana, 27 de junio de 1968. Disponible en www.mjusticia.gov.es
Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Stogmuller vs. Austria 10 de noviembre de 1969. Disponible en www.mjusticia.gov.es
Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ringeisen vs. Alemania, 16 de julio de 1971. Disponible en www.mjusticia.gov.es
Fallo Díaz Bessone Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de la ley, plenario Nº 13, 30/10/2.008, del Voto de la Dra. Ángela Ledesma. Disponible en www.pjn.gov.ar
Fallo en causa Videla Jorge R. s/ prórroga de Prisión Preventiva, 14/09/11 cita IJ-L-257 emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Disponible en www.pjn.gov.ar
Fallo en causa L.M., S/Incidente de Excarcelación el 3/01/2013 emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en feria. Disponible en www.pjn.gov.ar
Fallo de CJS en Expediente Nº 31.452/08 Disponible en www.justiciasalta.gov.ar
Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en causa Balda, Miguel c/Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios, del 19/10/1995.
Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa Kipperband, Benjamín s/ falsificación de documentos del 16/03/99.
Fallo del Tribunal Oral de la Capital Federal en la causa Vañek Antonio y otros s/sustracción de menores de diez años, del 05/02/2013.Disponible en www.pjn.gov.ar

“LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS COMO LÍMITES AL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL”

Tutor: ***Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo*** (Profesor Titular de Derecho Penal UCLM-Toledo)

Alumno: ***Jorge I. González Ferreyra Solá***

INDICE

Abstract
I Introducción
II Prueba y Verdad
III Aspectos Funcionales de la Prueba Penal y Principios Probatorios
IV Exclusiones Probatorias: significado constitucional y trascendencia procesal
V Fundamento de la regla de exclusión y de su eficacia refleja
A) Derecho Angloamericano
B) Derecho Continental Europeo
C) Derecho Argentino
VI Excepciones a la regla de exclusión.
Desnaturalización punitivista de las prohibiciones probatorias
y violación del principio de inocencia: "in dubio pro prueba"
a) Fuente Independiente
b) Descubrimiento Inevitable
c) Buena Fe
d) Purged taint (de los “vicios subsanados o del tinte diluido”)
e) Proporcionalidad
f) Balancing Test
VII La regla de exclusión en la Jurisprudencia Comparada
A) Reseñas Jurisprudenciales
a) Estados Unidos de Norteamérica
b) Canadá
c) Inglaterra
d) Italia
e) España
f) Alemania
g) Australia
h) Costa Rica
i) Argentina
B) Valoración de conjunto
VIII La regla de exclusión en el Nuevo Código Procesal Penal de Salta
IX Conclusiones
X Bibliografía Consultada

LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS COMO LÍMITES AL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL[1]

Jorge I. González Ferreyra Solá[2]

Las *exclusiones probatorias* (*prohibiciones probatorias* o "prohibiciones de valoración probatoria) y su eficacia refleja (o *doctrina de los frutos del árbol envenenado*) constituyen un tópico fundamental del sistema penal liberal propio del Estado Constitucional de Derecho contemporáneo. En esta tesina nos proponemos abordar el tema del epígrafe desde su amplia y compleja dimensión constitucional-procesal penal, partiendo de su consideración teleológica, epistemológica y axiológica para pasar luego a elucidar sus postulados teoréticos a fin de definir su naturaleza jurídica y precisar sus alcances prácticos dentro y fuera del proceso penal. Para ello, analizaremos la regla y sus principales *excepciones*, brindando un muestreo ilustrativo de jurisprudencia comparada con el objeto de señalar algunos de los fundamentos esgrimidos por los tribunales de justicia para justificar la exclusión de prueba ilícita del proceso penal. Finalmente, conectaremos toda la arquitectura conceptual precedente con la regulación de la materia por la legislación procesal penal salteña y expondremos las conclusiones generales del trabajo.

I Introducción

Acaso uno de los capítulos más interesantes y cautivantes de toda la ciencia jurídica y de la teoría general del proceso sea el relativo a "la prueba". A ella se vincula la tríada axiológica que preside la promoción y defensa universal de los derechos humanos, de modo particular en América Latina, bajo el lema: *justicia, verdad y memoria*. Tanto el *hecho probatorio* -que se traduce en actos procesales- ("dinámica de la prueba" -*actividad probatoria*-: ofrecimiento, producción, admisión, eficacia, exclusión y valoración) cuanto el *derecho probatorio* ("estática de la prueba" -*conceptos y principios probatorios: objeto, medio, elemento, órgano y fuente de prueba; libertad de prueba, unidad, necesidad, inmediación, in dubio pro reo, etc.*- y su régimen jurídico: facultades, cargas, poderes y deberes de los sujetos procesales) adquieren singular predicamento en el ámbito jurídico-penal; precisamente allí es donde las garantías constitucionales fundamentales (legalidad, libertad, inocencia, proporcionalidad e igualdad) reclaman su más amplia y urgente vigencia (bien que con niveles mínimos de limitación o restricción razonable -principio de proporcionalidad-) en resguardo de la dignidad de la persona humana, de la libertad individual y de la seguridad personal y jurídica.

Asimismo, dentro de la materia probatoria en sede penal ocupa un sitial relevante el tópico referente a la ***prueba ilícita, prohibida, inconstitucional, inadmisible o afín***[3], cuyos

---

[1] *Trabajo de investigación elaborado en el marco de la XIII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), ciclo 2013, correspondiente a la especialización en* "Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en la Justicia Penal" *y que fuera calificado como "Sobresaliente".*

[2] *Abogado egresado de la Universidad Católica de Salta (UCASAL) – Argentina - Abogado Auxiliar Penal de la Corte de Justicia de Salta.*

[3] *En doctrina se han empleado diversas locuciones que intentan definir la sustancia fáctica o el presupuesto lógico-jurídico de la materia aquí tratada: "prueba ilícita"; "prueba ilegal o ilegalmente obtenida"; "prueba ilegítima"; "prueba irregular, viciada o contaminada"; "prueba inconstitucional"; "prueba obtenida en violación de garantías constitucionales"; entre otras. Aun cuando en la estricta significación de los términos tales voces no refieran exactamente lo mismo, suelen utilizarse, sin embargo, como expresiones sinónimas o semánticamente equivalentes.*

No obstante la apuntada sinonimia, a los fines expositivos del presente opúsculo haremos alusión a la "prueba ilícita" en su sentido de "ilicitud constitucional", esto es, como **prueba inconstitucional o prueba obtenida en violación de derechos fundamentales o garantías constitucionales**, *por entender, conforme lo expondremos en su momento, que ese es el ámbito "natural" de funcionamiento lógico-sistemático del principio aquí tratado y* que tanto la llamada regla de exclusión (o prohibición probatoria) *cuanto su* eficacia refleja (o doctrina de los frutos del árbol envenenado) *gozan de sustancia constitucional y ostentan rango meta procesal.*

aspectos salientes pretendo abordar someramente en el presente ensayo a través del sucinto tratamiento de su "consecuencia procesal penal-constitucional": la llamada ***regla de exclusión*** (o *prohibición de valoración probatoria*)[4] y la ***doctrina de los frutos del árbol envenenado***[5]*.*

En la faz metodológico-argumentativa de este trabajo debo aclarar que se ha optado por complementar el discurso principal con notas marginales a veces extensas a fin de que quien consulte este estudio ejerza libremente, según su deseo y conveniencia, la opción de seguir sólo una línea de lectura esencial, con prescindencia de las acotaciones inferiores, o bien respaldar la argumentación central con la información brindada al pié de página. Sin embargo, debe observarse que en la lógica y recíproca complementariedad de las ideas expuestas se halla la verdadera riqueza conceptual de este humilde breviario.

Por último, debo advertir al lector acerca de la equivalencia significativa y denominativa entre las expresiones *exclusiones probatorias, regla de exclusión y prohibiciones probatorias*, que se emplean comúnmente para designar a un mismo fenómeno jurídico-factual, a la par que confesar que el título de esta monografía -homónimo respecto del que utilizara Ernst Beling para presentar su investigación en 1903- pretende constituir un modesto homenaje a la figura del egregio jurista alemán.

II Prueba y Verdad

1 Desde los albores de la práctica criminal existió una esencial e inescindible relación conceptual entre "prueba y verdad". La *verdad* constituía el extremo a elucidar y descubrir en el proceso penal (fin) y la *prueba* era el modo de intentar tal reconstrucción (medio). El descubrimiento de la verdad real o histórica era la única manera concebible de hacer justicia, de modo que *la verdad era condición de la justicia*. Con el correr del tiempo, fue cobrando fisonomía propia el principio de dignidad humana (*humanae dignitas*) y, en consecuencia, se fue dignificando y humanizando el sistema probatorio, reconociéndose paulatinamente el intrínseco e inalienable valor moral de la persona humana y su carácter final "no instrumental". Así, la precitada fórmula axiológica se invirtió y se comprendió que

---

[4] *Así denominada por* ***su*** **concreto efecto práctico** ***sobre la prueba cuestionada****:* ***a) procesal-material*** *(***exclusión del proceso****; sistema angloamericano), en un caso;* ***b) lógico-racional*** *(***prohibición de valoración, mención, consideración y/o aprovechamiento epistemológico y procesal****; sistema continental europeo), en el otro. En los Estados Unidos de Norteamérica se impusieron las expresiones "regla de exclusión" (*exclusionary rule*) y "doctrina de la supresión" (*supresión doctrine*), cuyos orígenes se remontan al* leading case *"WEEKS V. UNITED STATES" (232 US 383), fallado en 1914, y que se afianzaron luego a través de sucesivos pronunciamientos. En Alemania, el principio tomó su nombre de la célebre monografía que escribiera Ernst Beling en 1903:* "Las Prohibiciones Probatorias como límites de la averiguación de la Verdad"*. A partir de allí, se difundió en todo el derecho continental europeo la denominación "prohibiciones de valoración probatoria" para aludir a la regla de mención.*

[5] *Doctrina surgida en el derecho norteamericano bajo la expresión* fruit of the poisonous tree *y que representa, según veremos más adelante, una versión ampliada de la regla de exclusión que se aplica a la* prueba mediatamente ilícita *(o ilícita por derivación o conexión causal y jurídica con otra prueba ilícita precedente -reputada, a los fines de la metáfora, "árbol venenoso"- que le da sustento fáctico y existencia empírica a la subsiguiente prueba que queda, por ello, contaminada o contagiada de ilicitud -considerada, así, "fruto envenenado" del árbol prohibido-). Esta teoría se difundió a partir del caso "SILVERTHORNE LUMBER CO. v. UNITED STATES" (251 US 385), resuelto en 1920, en el que* "la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente, en "NARDONE v. UNITED STATES", 308 US 338 (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión "fruto del árbol venenoso", al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones" *(CARRIÓ, Alejandro D., "Garantías constitucionales en el proceso penal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 315). Luego la doctrina se afianzó en los casos "WONG SUN v. UNITED STATES", 371 US 471 (1963); "DAVIS v. MISSISSIPPI", 394 US 721 (1969); y "BROWN v. ILLINOIS", 422 US 590 (1975), entre otros.*

también *la justicia era condición de la verdad,* de manera que "la verdad -para ser verdadera- debía ser justa" y "la justicia -para ser justa- debía ser verdadera"[6].

En otras palabras: se entendió la esencial interdependencia entre *prueba, verdad y justicia*, de modo que la verdad no podía alcanzarse (a través de la prueba) con injusticia ni la justicia podía lograrse (a través de la prueba) con engaños o falsedades. Por ello, ambos extremos del binomio valorativo (verdad-justicia) resultan recíproca y simultáneamente condicionantes de la validez lógica, axiológica y racional de su compañero de fórmula. Ello implica reconocer que los valores en juego devienen *relativos* y no absolutos.

En consecuencia, la **verdad forense** fue perdiendo absolutidad y se fueron levantando vallas formales (declaraciones, principios y dogmas) y materiales (garantías, acciones, sanciones procesales y vías impugnativas) que terminaron delimitando su actual configuración procedimental desde una perspectiva realista-objetivista (**verdad procesal**). Tal relativización de la verdad se proyectó tanto al ámbito académico de su consideración epistemológica (*teoría del conocimiento*) cuanto a la esfera experimental de su reconstrucción empírico-procesal (*teoría y práctica de la prueba*).

Actualmente hay consenso generalizado en la doctrina respecto del valor meramente probabilístico de la *verdad forense* e impera una pacífica aceptación de la existencia de ***límites constitucionales al descubrimiento de la verdad procesal***[7]. En este aserto se incardina el tema que estamos abordando en estas líneas; es que en el proceso penal propio de un Estado Constitucional de Derecho "la verdad" no representa un valor absoluto alcanzable a cualquier precio ni de cualquier modo, pues en él *no hay derechos absolutos ni libertades ilimitadas* (Conf. Arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 de la Const. Nac. -principios de igualdad, razonabilidad, equidad y proporcionalidad-)[8].

---

[6] *La riqueza conceptual de tal ecuación axiológica puede ser bien entendida a partir de la siguiente cita jurisprudencial que transcribimos en otro epígrafe:* "La **justicia** de las resoluciones judiciales no está sino en su **legalidad** y ésta debe ser defendida por encima de la verdad real, porque esta verdad real debe ser antes una **verdad legal:** esa es la única forma de preservar la República" *(TSJCórdoba, Sentencia del 4/11/83, causa "Heredia"; con remarcado propio).*

Asimismo, se acotó: "La justicia es digna cuando se apoya en la verdad; pero la búsqueda de esa verdad debe practicarse sin ofender la dignidad humana, es decir, con el debido respeto a la libertad individual" *(CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1960, T. I, p. 464).*

[7] *En tal sentido, el maestro Ferrajoli enseña:* "Un cierto grado de incertidumbre caracteriza en realidad, por su carácter aproximativo, a los dos tipos de verdad -fáctica y jurídica- en los que hemos descompuesto en su momento la noción de **verdad procesal**. Precisamente**, la verdad fáctica** es la validez de una inferencia inductiva de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por **probabilística,** la verdad de la conclusión. **La verdad jurídica** es, en cambio, la validez de una inferencia deductiva de la que sin embargo es irreductiblemente insegura, por **opinable,** la verdad de las premisas" *(FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Ed. Trotta, Madrid, 2005, p. 108; con destacado mío).*

De tal modo, el jurista italiano expresa que la verdad procesal se integra por aspectos fácticos y jurídicos que permiten, a los fines analíticos de la lógica crítica, descomponer la noción unitaria de verdad forense en dos dimensiones: a) una verdad fáctica*: a la que se arriba mediante inferencia inductiva (que asciende de lo particular y concreto a lo general o universal) y cuyo rasgo esencial es el valor meramente* probabilístico *y relativo de la conclusión veritativa; y b) una* verdad jurídica*: que se gesta racionalmente a partir de una inferencia deductiva (que desciende de lo general o universal a lo particular y concreto) y cuya conclusión veritativa deviene meramente opinable (no absoluta, indiscutible o inmutable).*

[8] *Tal afirmación se halla actualmente en crisis en el derecho argentino (y también, en alguna medida, en todo el Derecho Penal Internacional) en materia de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco del terrorismo de estado implantado en el país a partir del golpe cívico-militar de 1976 (1976-1983) que instaurara en la República Argentina el denominado "Proceso de Reorganización Nacional". En tales procesos judiciales se advierte con cierta nitidez la vigencia de un* "derecho penal y procesal penal del enemigo*", signado por la generalización empírica de una fuerte presunción fáctica de culpabilidad que niega y debilita el principio constitucional de inocencia e invierte, en muchos casos, la carga de la prueba, colocando sobre el acusado el inadmisible deber de tener que probar activamente su inocencia. Allí pareciera que la verdad se convierte en un fin absoluto de la justicia penal, digno de alcanzarse de cualquier modo y a cualquier precio, aún al costo del sacrificio de derechos fundamentales y garantías constitucionales elementales. En tal contexto, se termina validando una suerte de "maquiavelismo probatorio" de corte anti o contra garantista -contrario, por definición, a la esencia del Estado Constitucional de Derecho- que todo lo permite y que justifica todo medio sin reparar en su legitimidad constitucional.*

Como sentara el Tribunal Supremo Español: "…no se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y

2 En un sentido genérico, vulgar y propiamente epistemológico, se definió a la **Prueba** como *"el medio objetivo con cuyo auxilio la verdad logra penetrar en el espíritu"*[9]; como *"el acopio de elementos para la comprobación y la determinación de las relaciones jurídicas de derecho material, objeto del proceso, y también para la especificación de las eventuales aplicaciones jurídicas"*[10]; o como *"todos los medios productores del conocimiento cierto o probable de alguna cosa"* (Romagnosi); o como *"aquellos medios de adquirir certidumbre merced a las huellas que todo hecho particular deja en la mente de los hombres y en las cosas"*[11]; y se dijo que **Instruir** quiere decir *"descubrir lo que no se sabe"* (Carrara).

Por ello, puede llamarse Prueba a *todo aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis, una afirmación o un hecho* y a todo lo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva. De tal modo, la prueba se manifiesta, así, como *"toda materia útil al **juicio histórico** que dota de contenido y fundamento a la actividad que se lleva a cabo en el proceso penal"*[12].

De tal manera, la relación de la prueba con el objeto de indagación o averiguación y su utilidad para el descubrimiento de la verdad ha sido fijada como condición de *pertinencia* (relación temática o conceptual entre la prueba y aquello que se quiere probar -objeto de prueba-) y *admisibilidad* (aceptabilidad procesal) probatoria.

Por ello, se ha dicho que la **función** (primigenia y esencial) **de la prueba** es servir como medio idóneo para la *reconstrucción conceptual* de un hecho pretendidamente acaecido en el pasado, cuya afirmación dota de contenido a la hipótesis acusatoria. Desde esta perspectiva epistemológica, se ha parangonado gráficamente a las pruebas con las *llaves* mediante las cuales se trata de abrir las puertas de lo desconocido (Carnelutti)[13].

El magistrado, *"para arribar a una conclusión asertiva sobre la acreditación de un hecho histórico, no sólo debe enfrentar los límites naturales insitos en la falibilidad humana y los condicionamientos materiales propios de toda investigación, **sino también respetar un conjunto de disposiciones constitucionales y legales que se erigen en barreras infranqueables en la actividad judicial dirigida a la aprehensión de la verdad**"*[14].

3 Desde un punto de vista empírico, se ha observado que a la verdad sólo podemos "aproximarnos". De modo que lo que se persigue en el proceso penal es, en definitiva, ***la mejor aproximación posible* a la "verdad histórica"** (que, en cuanto tal, es *única* -en el tiempo y en el espacio- *e irrepetible* -en su esencial e inmutable identidad fáctica-). Por ello, el proceso es un contexto de "búsqueda y aproximación a la verdad". Sin embargo, de ningún modo se debe sucumbir ante las sombras del escepticismo agnóstico negador de la "verdad absoluta" y renunciar, por ende, a la búsqueda de la verdad histórica en el sentido clásico de *adequatio rei et intellectu, sino que sólo debe ajustarse esta meta a las innegables restricciones que surgen de las **leyes del conocimiento**, de las **reglas constitucionales** y de las **formalidades procesales***[15].

---

limitaciones establecidos en el ordenamiento jurídico" *(TS, Sala Segunda, caso* "Naseiro" *-causa especial nº 610/1990, sent. del 18/6/1992, juez ponente Enrique Ruiz Vadillo-).*

[9] *FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", Ed. Temis, Bogotá, 1978, vol. I, p. 95*

[10] *FLORIAN, Eugenio, "De las Pruebas Penales", Ed. Temis, Bogotá, 1976, Tomo I, p. 60.*

[11] *ELLERO, Pietro, "De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal", Ed. Reus S.A., Madrid, 1980, p. 226.*

[12] *AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, "Prueba en materia penal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, pp. 2 y ss.; con subrayado propio.*

[13] *Citado por AROCENA, Gustavo – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., pp. 3 y 4.*

[14] *AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., pp. 4 y 5.*

[15] *AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., pp. 8 y 9.*

Desde una perspectiva epistemológica eminentemente realista y objetivista -fundada en la tradición aristotélico-tomista inspiradora de la fórmula "adequatio rei et intellectu"-, se ha definido a la verdad como "la conformidad de la idea a su original, es decir, al objeto" *(PAGANO, Franciso, "Lógica de las Pruebas Penales", Milán, 1806). También Mittermaier afirmaba que* "la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se representa el espíritu" *(MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, "Tratado de la Prueba en Materia Criminal", traducción de Primitivo González del Alba, Ed. FD, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 1999, p. 77). En igual*

Siguiendo a los autores citados, podemos decir que la **verdad histórica** debe seguir siendo considerada como *punto de referencia* ineludible de la praxis judicial a fin de maximizar en el proceso las "reales posibilidades de verdad" del conocimiento procesal y reducir al máximo el *riesgo de error judicial.*

III Aspectos funcionales de la Prueba Penal y principios probatorios fundamentales.

1 Llegados a este punto en nuestra exposición, podemos resumir las funciones fundamentales que es dable atribuir a la Prueba en el proceso penal. En primer lugar, la prueba cumple una función gnoseológica o epistemológica, como fuente de conocimiento histórico destinada a reconstruir conceptualmente al "hecho y sus circunstancias"[16] a efectos de definir con certeza la plataforma fáctico-jurídica del caso. En este sentido, cobra vigencia la caracterización dialéctica del "conocimiento" como *la centella que brota del choque entre dos espadas*[17].

En segundo lugar, la prueba configura una exigencia objetivo-sensorial-empírica de constatación, comprobación o acreditación "real" (y no meramente *simbólica, virtual o exclusivamente presuncional*) del hecho juzgado, en su compleja integración elemental, y se alza como defensa o valla material que protege al justiciable contra la injusticia y la arbitrariedad que encierran las simples apariencias, las meras intuiciones, las sugestiones, las creencias, corazonadas o íntimas convicciones de los juzgadores. Al respecto, se dijo que no son los jueces los que condenan o absuelven, sino las pruebas[18].

---

sentido: "conformidad de la idea con la cosa" *(ELLERO, Pietro, "Tratado de la Prueba en Materia Criminal", Ed. REUS S.A., Madrid, 1980, p. 9);* "conformidad de la noción ideológica con la realidad -la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza-" *(FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, "Lógica de las Pruebas en Materia Criminal", Ed. Temis, Bogotá – Colombia, 1978, T. I, p. 15). Al respecto, se apuntó ilustrativamente:* "La verdad es noción ontológica, y frente a ella el espíritu sólo puede tomar una posición. La verdad no es sino la realidad" *(CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1960, T. I, p. 445).*

Si bien se miran las definiciones transcriptas, se podrá advertir que no se define, en realidad, a "la verdad", sino, más bien, a "lo verdadero" (o adecuación veritativa*); es decir, a la conformidad del pensamiento con lo pensado, con lo cual se elude elegantemente el problema insoluble de definir a la verdad.*

Las evidentes dificultades que suscita la noción de "verdad" han dado lugar a que se la reemplazara por la idea más maleable, asequible y subjetiva de "certeza"; la distinción se advierte, por ejemplo, en la definición precitada de Framarino. A este respecto, Heidegger criticaba la llamada "filosofía de la conciencia" y denunciaba una sustitución de la verdad *por la* certeza*. Tan compleja ha sido la sistematización racional que la humanidad ha edificado en torno al misterio de la verdad -al clasificarla en "verdad ontológica", "verdad lógica", "verdad histórica", "verdad objetiva", "verdad procesal", "verdad material", "verdad formal", "verdad científica", "verdad empírica", etc.-, que hasta podría caerse en el absurdo tautológico de hablar de "verdad verdadera".*

[16] *Entre ellas dable es distinguir, según mi parecer, tres categorías circunstanciales diversas:* ***a)*** **circunstancias fáctico-objetivas***: modo, tiempo, lugar, ocasión y personas -que responden a las clásicas preguntas que permiten circunstanciar moral y jurídicamente un determinado contexto de acción (u omisión):* qué, quién, cómo, cuándo, dónde, porqué, para qué*-; **b)*** **circunstancias fáctico-subjetivas***: imputabilidad (o capacidad de culpabilidad) y las circunstancias que la disminuyen, modifican o eliminan; y* ***c)*** **circunstancias jurídico-dogmáticas** *(que integran la estructuración analítica de la "Teoría del Delito"):* tipicidad *(objetiva y subjetiva),* antijuridicidad *(causas de justificación),* culpabilidad *(causas de inculpabilidad plena -error, ignorancia e inexigibilidad- o parcial -ciertos tipos de error, emoción violenta y circunstancias extraordinarias de atenuación-) y* punibilidad *(condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias).*

[17] *Frase atribuida a NIETZSCHE por FOUCAULT, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", Ed. Gedisa S.A., Barcelona, 2005, p. 22.*

[18] "La seguridad esencial reside en que no son los acusadores ni los Jueces los que condenan o absuelven sino las pruebas de la causa, estándole reservado sólo a la defensa el excepcional privilegio de poder triunfar sin pruebas en el proceso penal" *(Jury de Enjuiciamiento de Magistrados, 11-VIII-958, Agüero c./Gilly, citado por NÚÑEZ, Ricardo C., "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Anotado", Ed. Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1978, p. 193).*

Asimismo, amalgamando las funciones epistemológica y garantista que cumple la prueba penal, se apuntó: "La espada de la ley no debe caer nunca sino sobre aquellos cuya culpabilidad es tan evidente que puede ser proclamada tanto por sus enemigos como por sus propios amigos" *(JEFFERSON, Thomas, citado por JAUCHEN, Eduardo M., "Derechos del Imputado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, como reflexión inicial previa al prólogo).*

En tercer lugar, la prueba revela la necesaria dinámica dialogal y dialógica del proceso que toma encarnadura en la fundamental intervención de la *defensa* (*material* -como posibilidad latente y concreta a lo largo de todo el proceso- y *técnica* -como realidad efectiva-) y que requiere de la verificación, refutación, afirmación, negación, prueba, contraprueba y alegación "bilateral" (acusación y defensa) y en condiciones de igualdad (principio de igualdad de armas[19]) de los extremos fácticos (físicos y psíquicos) y jurídicos de la imputación.

En suma: el nudo conceptual de tales funciones probatorias se podría reseñar de la siguiente manera:

1º) **Función Epistemológica**: o de *"reconstrucción conceptual"*;

2º) **Función Política:** o de *"garantía y justicia frente a la arbitrariedad";*

3º) **Función de Tutela Procesal:** como forma sustancial del juicio que integra la secuencia constitucional del *debido proceso* (o "proceso con todas las garantías"), junto a *acusación, defensa* (*prueba*) *y sentencia* dictada por los jueces naturales (Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante CSJN-, *Fallos,* 125:10; 189:34; 308:1557; y "Tarifeño", 29/12/89; "Cattonar", 318:1234; "Mostaccio", entre otros).

2 A su turno, los ***principios probatorios*** son postulados lógico-jurídicos esenciales que gobiernan la dinámica experimental y comprobatoria del proceso, desde la postulación o el ofrecimiento de una prueba hasta su admisión (o *inadmisión*) y posterior valoración. En materia penal, cabe considerar, especialmente, los principios de *necesidad, unidad, inmediación, in dubio pro reo, comunidad de la prueba o adquisición procesal y libertad probatoria.*

En virtud de la exigüidad de estas líneas y dada su vinculación directa con nuestro tema de estudio, haremos especial mención al **principio de libertad probatoria**, no sin antes dar una noción extremadamente sintética de cada uno de los aludidos principios**.**

a) **Necesidad**: significa que la prueba, como elemento o dato material-objetivo empíricamente constatable, es indispensable para la gestación del juicio sentenciador a fin de que quien juzga pueda formar válidamente su convicción en base a datos ciertos de la realidad ontológica, pues, de conformidad con el sistema de la *sana crítica racional o libre convicción*, el tribunal no puede apoyar su decisión en su íntima y subjetiva percepción;

b) **Unidad**: las diversas pruebas que se producen en un proceso penal (p. ej. testimonial, pericial, informativa, etc.) acaban por conformar una plataforma unitaria que debe ser valorada por el juez y por las partes como una unidad total o global indivisible a fin de evaluar su recíproca concordancia o discordancia y su total eficacia probatoria;

c) **Inmediación**: el juez debe permanecer en contacto inmediato con la prueba para tener una impresión personal y directa del material de convicción, que garantice una mejor ponderación de su trascendencia y de su concreta significación procesal;

d) **In dubio pro reo:** se trata del principal corolario procesal del principio constitucional de inocencia; por su virtud, toda duda razonable acerca del valor de la prueba o de aspectos fácticos (físicos o psíquicos) inherentes a la imputación debe resolverse siempre a favor del acusado[20];

---

[19] *Que Beling condensa en el siguiente aforismo:* "Non debet licere actori, quod reo non permittitur" *-no se debe permitir al actor-acusador lo que no le es permitido al acusado- (BELING, Ernst, "Derecho Procesal Penal", traducción de Miguel Fenech, Ed. DIN, Buenos Aires, 2000, pp. 27 y 102).*

[20] *Ya el Digesto disponía:* "Semper in dubiis benignore praeferenda sunt" *(libro L, título XVIII, leyes 56 y 192, párrafo 1º). Sobre la regla "in dubio pro reo" se dijo que* "…se trata prevalentemente de una regla procesal relativa a la carga de la prueba, en virtud de la cual una duda del juez sobre un hecho constitutivo, modificativo o impeditivo de la pretensión punitiva, debe resolverse a favor de la posición defensiva del imputado" *(BETTIOL, Giuseppe, "Instituciones de Derecho Penal y Procesal", Ed. BOSCH, Barcelona, 1977, p. 99).* "La duda -para ser

e) **Comunidad de la Prueba (o Adquisición Procesal):** por obra de este principio, toda prueba que se introduzca válidamente en un proceso deja de pertenecerle a la parte aportante y se adquiere comunitariamente para todo el proceso, como compleja entidad jurídica-relacional que es;

f) **Libertad Probatoria:** dicho axioma establece que mientras una regla jurídica no especifique lo contrario, ***todo hecho es susceptible de ser probado y se lo puede acreditar o verificar por cualquier medio de prueba*** (se sobreentiende: legítimo y constitucionalmente válido); de manera que las exclusiones probatorias (lo mismo que las llamadas "cuestiones prejudiciales") resultan ser, desde el punto de vista lógico-sistemático, excepciones parciales de aquel principio[21]. Por ello, se habla siempre de las *prohibiciones probatorias* como supuestos de excepción frente a la regla general de implícita permisión (Art. 19 de la Const. Nac.; Art. 282 CPPSalta -ley 7690-)[22].

En otra época, se dijo que *"el dogma de la libertad de la prueba tiene su fundamento en el principio soberano de investigación de la verdad histórica y efectiva que impera en el proceso"*[23]. Sin desmedro de tan ilustre opinión, y siguiendo una corriente más conciliadora con los tiempos actuales, comparto la posición de quienes fundan el principio en la necesidad fundamental de garantizar de manera irrestricta y efectiva el *derecho de defensa* como pilar fundamental del "proceso justo constitucional"[24] y que su mejor formulación

---

beneficiosa- deberá recaer sobre aspectos fácticos (físicos o psíquicos) relacionados a la imputación. Se referirá especialmente a la materialidad del delito, a sus circunstancias jurídicamente relevantes, a la participación culpable del imputado y a la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad o excusas absolutorias que pudieran haberse planteado en el proceso" *(CAFFERATA NORES, José I., "Proceso Penal y Derechos Humanos", Editores del Puerto s.r.l. y CELS, Buenos Aires, 2008, pp. 87/88).*

A nuestro criterio, se trata del principal corolario procesal del principio constitucional de inocencia. No obstante su declamado carácter procesal, actualmente tiene innegable jerarquía meta-procesal, al representar una garantía de eminente linaje constitucional (Arts. 75 inc. 22 de la CN; 11.1 DUDH y 8.2 CADH).

[21] *FLORIÁN, Eugenio, "Elementos de Derecho Procesal Penal", Ed. BOSCH, Barcelona, 1933, p. 316. Razonaba allí el Profesor de la Universidad de Turín:* "No hay que decir que las prohibiciones que limitan la libertad de prueba, tanto las absolutas como las relativas, han de entenderse en sentido estricto ya que son excepciones al principio general de libertad. Y por eso, en caso de duda, hay que estar por ésta" *(Op. y Loc. Cit.).*

Aun cuando dicho razonamiento sea impecable desde un punto de vista lógico-formal (pues, por definición, toda excepción es de interpretación restrictiva), no puede ser aceptado a los fines argumentativos de nuestro trabajo por las razones que expondremos más adelante (v. pp. 22 y ss.).

[22] *MAIER, Julio, B.J., "Derecho Procesal Penal – Parte General – Actos Procesales", Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires., 2011, T. III, p. 108.*

El Art. 19 de la Constitución Nacional reza: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. **Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe**" *(con destacado mío).*

Por su parte, el Art. 282 del Código Procesal Penal de Salta dispone: "**Todos los hechos y circunstancias relacionadas con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba**. No regirán respecto de ellos, las limitaciones establecidas por las leyes civiles, con excepción de las relativas al estado civil de las personas.

Además de los medios de prueba establecidos en este Código, **se podrán utilizar otros, siempre que no conculquen garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional**. Las formas de admisión y producción se adecuarán al medio de prueba más acorde a los previstos en este Código" *(el subrayado me pertenece).*

El primer segmento del Art. 19 de la C.N. sienta el axioma de reserva de la intimidad *de las personas frente a cualquier intromisión ilegítima o arbitraria del Estado o de terceros*, *recepta el apotegma ulpianeano* cogitationis poenam nemo patitur *y sienta los principios de* materialidad o exterioridad *de la conducta jurídicamente relevante, en general (y delictiva, en particular), y de* lesividad u ofensividad. *La segunda parte de la norma fundamental traduce el principio de "legalidad constitucional" (distinto respecto del principio de "legalidad penal" contenido en el Art. 18 de la Carta Magna), reducible elípticamente a los siguientes términos:* ***"Lo no prohibido está permitido"****. Por ello, los postulados de "prohibición expresa y excepcional" y "permisión implícita y normal" son exigencias constitucionales del Estado de Derecho establecidas en resguardo de la libertad y seguridad de los habitantes.*

[23] *FLORIÁN, Eugenio, Op. Cit., p. 315.*

[24] *MORELLO, Mario Augusto, "El proceso justo", Ed. LEP, Buenos Aires, 1994, p. 55.*

expresa que *"todo objeto de prueba puede ser introducido al proceso y puede serlo por cualquier medio"*[25]. Ello revela que el postulado admite una doble consideración: 1) en cuanto al ***objeto de prueba*** (libertad de objeto o *thema probandum*); y 2) en cuanto a los ***medios de prueba*** (libertad de medios o de *procedimientos probatorios*).

En cuanto al objeto, *"es evidente que lo que habrá de ser probado en la causa penal es todo lo relativo a la pretensión represiva hecha valer en un proceso determinado, vinculado a ella en forma directa (p. ej., la existencia del hecho, participación del imputado, daño causado) o indirecta (v. gr., cualquier circunstancia que sirva para apreciar la veracidad del testigo)…"*[26].

Con respecto a los medios, cabe decir que para acreditar los hechos y sus circunstancias relevantes para el proceso puede utilizarse cualquier clase de prueba (típica o nominada -es decir, expresamente prevista y regulada-; o atípica o innominada -o sea, el medio no previsto ni regulado que se debe regir analógicamente por el procedimiento legalmente instrumentado para la prueba más semejante, similar o materialmente próxima-).

3 Ahora bien, definido el ***elemento de prueba*** como *"todo **dato objetivo** que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva"*[27], pueden señalarse sus rasgos definitorios, a saber: a) la ***objetividad*** del dato, esto es, su carácter externo, físico y materialmente perceptible; b) su ***legalidad*** o conformidad con el ordenamiento jurídico (exigencia, esta última, que debe concurrir en dos momentos: 1º) en la "obtención", captación o recopilación del dato -*fuente de prueba*-; y 2º) al tiempo de su "incorporación al proceso" -*medio de prueba*-**;** c) su ***relevancia*** *(o utilidad)* para comprobar o acreditar el extremo dubitado; y d) su ***pertinencia*** o vinculación temática o conceptual con el aspecto comprobable[28].

La nota de ***legalidad de la prueba*** reclama que ésta se obtenga y se produzca con respeto por los derechos fundamentales y estricta observancia de las garantías que consagra la totalidad del ordenamiento jurídico (*legalidad sustancial o sustantiva*) y que se introduzca al proceso en las condiciones formales que establece la ley procesal (*legalidad adjetiva*).

Ahora bien: la ilegalidad del dato probatorio puede derivar: 1º) de su ***obtención irregular -****ilegalidad sustancial o sustantiva*- (con afectación de derechos fundamentales o garantías constitucionales -este es el campo específico de actuación de la regla de exclusión y de la doctrina de los frutos del árbol venenoso-)**;** o 2º) de su ***incorporación ilegal*** al proceso **-***ilegalidad adjetiva*- (con apartamiento de las prescripciones formales que

---

[25] *CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Derecho Procesal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, T. II, p. 181.*

[26] *AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., p. 42.*

[27] *VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, citado por CAFFERATA NORES, José I. – HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "La Prueba en el Proceso Penal", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 18.*

*En la obra referenciada, los autores distinguen conceptos fundamentales de la materia probatoria - fijados desde antiguo por la doctrina procesalista clásica- que conviene recordar aquí: **a) Elemento de Prueba** (es **"el dato objetivo**" -dicho del testigo, resultado de la prueba genética, el informe o dictamen del perito, etc.-; ver definición en el texto superior); **b) Órgano de Prueba**:* es **el sujeto** que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso; ***c) Medio de Prueba**:* es **el procedimiento** establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso; ***d) Objeto de Prueba**:* es **aquello que puede ser probado**, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba*. A tal conceptualización me atrevo a agregar una quinta noción: **e) Fuente de Prueba**: definible, en mi concepto, como todo hecho o acto (material o jurídico) indicativo de una determinada circunstancia fáctica (objeto de prueba) y que sugiere una fuente o vertiente de búsqueda, confirmación y validación de un específico dato probatorio susceptible de convertirse en elemento de prueba (en este sentido, en la práctica forense suele decirse que la denuncia, la querella y la declaración del imputado son "fuentes de prueba", pues marcan o señalan caminos, horizontes o rumbos a seguir en procura del esclarecimiento probatorio).*

[28] *AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., p. 26.*

limitan y condicionan su eficacia procesal -esta es la órbita operativa de las llamadas sanciones procesales en sentido estricto: inadmisibilidad y nulidad-)[29].

En primer lugar, la adquisición puede ser ilegal porque **la prueba es obtenida** en violación de garantías individuales constitucionalmente reconocidas, tales como, por ejemplo, la prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo (*Nemo tenetur se ipsum accusare*, que traduce el derecho fundamental de toda persona de no autoincriminarse y de negarse a cooperar activamente con la acusación en la destrucción de su "estado de inocencia"), la inviolabilidad del domicilio, etc. Éste es, según dijimos, el ámbito natural en el cual operan normalmente la *regla de exclusión y su eficacia refleja.*

En segundo lugar, la prueba puede ser ilegal no en sí misma, sino **por su modo de incorporación al proceso**. Éste es, reiteramos, el ámbito natural de actuación de las sanciones procesales típicas (*inadmisibilidad y nulidad*).

Sobre el punto, la Constitución de la Provincia de Córdoba (Argentina), en su art. 41, establece: *"Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución **carecen de toda eficacia probatoria**"*. Resulta sumamente auspicioso que sean las propias constituciones de los Estados las que contengan proclamas semejantes y no las leyes procesales, pues, como sentaremos en breve, las exclusiones probatorias pertenecen más al derecho constitucional que al derecho procesal; por ello, por su raigambre constitucional, su operatividad dimana directamente de la Constitución, aun frente al silencio de los códigos de procedimiento, y actúan de modo semejante a como funcionan las garantías del *amparo constitucional* y el *habeas corpus*.

Es que para nuestro sistema jurídico los elementos de prueba obtenidos en violación de garantías constitucionales no son admisibles *como prueba de cargo*[30].

---

[29] *Tras caracterizar a las "sanciones procesales" como las* conminaciones de invalidez o ineficacia de una determinada actividad procesal irregular *(CLARIÁ OLMEDO), la mayoría de los autores nacionales, siguiendo las enseñanzas del maestro cordobés, han efectuado una clasificación bipartita de tales sanciones, comprensiva de las siguientes categorías: a)* **Inadmisibilidad**: es la sanción mediante cuya aplicación se impide ab initio que produzcan efecto en el proceso los actos de parte (o de algunos terceros en actos no requeridos por el tribunal), por habérselos realizado sin observar determinados requisitos de forma o careciendo de la facultad para actuar válidamente" *(CLARIÁ OLMEDO)*; *b)* **Nulidad:** es la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se hallen destinados *(PALACIO).*

Asimismo, han tratado en forma separada dos situaciones procesales reputadas por Clariá Olmedo como "causales de sancionabilidad": a) **Caducidad**: se traduce en la pérdida de un poder, por no haberlo ejercido oportunamente, vinculado con un término perentorio *(FERREYRA de de la RÚA – GONZÁLEZ de la VEGA de OPL); y b)* **Preclusión**: es una regla ordenadora del proceso que impide legalmente cumplir un acto por ser incompatible con una situación anterior generada por el mismo sujeto que pretende realizarlo *(FERREYRA de de la RÚA – GONZÁLEZ de la VEGA de OPL).*

No obstante la claridad de la distinción conceptual ensayada en el texto principal, dable es advertir que en muchos casos las sanciones de nulidad e inadmisibilidad *se sustentan, también y principalmente, en la noción de "legalidad sustancial o sustantiva". Tal es el caso de las llamadas "nulidades virtuales o implícitas" que se consideran implícitamente establecidas por la Constitución en defensa y garantía de su propia vigencia, supremacía y efectividad. También las "nulidades absolutas" encuentran en el derecho procesal penal argentino fundamento constitucional.*

En consecuencia, la bipartición que proponemos de la legalidad (en sustantiva -o constitucional- y adjetiva -o procesal-) tiene gran valor didáctico y pedagógico, como herramienta explicativa, pero adolece de relativa imprecisión, asumiendo por momentos contornos difusos en los que ambas categorías se superponen y se autodestruye la apuntada diferenciación conceptual.

[30] *Sí son admisibles, en cambio, como "prueba de descargo", pues* "la doctrina, pacíficamente, hace excepción a la inadmisibilidad de la prueba ilícita cuando se trate de prueba favorable al imputado obtenida en violación de sus derechos constitucionales, en razón de que el derecho de defensa tiene rango constitucional también, y es asegurado de manera prioritaria en el proceso penal" *(MINVIELLE, Bernadette, "La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal", opúsculos de derecho penal y criminología nº 25, Ed. Lerner, Córdoba, 1987, p. 116).*

Como ya se anticipara, en el proceso penal la búsqueda de la verdad tiene límites formales y materiales insuperables, instituidos en resguardo de la condición de inocente *que ostenta el Imputado. Por ello, la prueba de cargo ilícita (por su forma, contenido o modo de obtención) no puede, en principio, introducirse válidamente en el proceso, aún cuando fuera determinante para conocer la verdad de lo sucedido y dictar una eventual condena. En cambio, dado que* inocencia y libertad *son presupuestos apriorísticos, genéricos y abstractos del Estado de Derecho, y que el derecho penal concebido carrarianamente es* "el supremo código de la libertad"*, la prueba favorable al acusado, obtenida en violación de "sus derechos y garantías constitucionales" sí puede incorporarse*

IV Exclusiones Probatorias: significado constitucional y trascendencia procesal

Se ha dicho que "La **justicia** de las resoluciones judiciales no está sino en su **legalidad** y ésta debe ser defendida por encima de la *verdad real*, porque esta verdad real debe ser antes una **verdad legal:** esa es la única forma de preservar la República"[31]. Vale recordar, aquí, lo dicho al inicio de estas reflexiones y resaltar la vinculación axiológica entre *prueba, verdad y justicia.*

1 La tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exige que *"cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende,* ***sea excluido como elemento válido para fundar la convicción del juez****.* **Se trata de la dimensión ético-jurídica del principio de libertad probatoria:** *para eso están las garantías"*[32]*.*

Bien se ha apuntado que el modelo garantista consagrado en las constituciones de los estados democráticos ya ha optado por el interés que debe prevalecer en todos los casos: ***el Estado de Derecho y el principio de inocencia por sobre la razón de Estado.*** La búsqueda de la verdad debe hacerse respetando determinados parámetros y ***la duda "siempre" debe favorecer al imputado***[33]***.***

2 Existen claramente dos límites constitucionales dogmático-materiales al descubrimiento de la verdad en el procedimiento penal y, por ende, a la "adquisición de la prueba":
Nemo tenetur se ipsum accusare: es decir, el derecho fundamental de toda persona física de no auto-incriminarse y de negarse a cooperar activamente con la acusación (que no admite "excepciones");
Protección de la Intimidad (domicilio, comunicaciones y papeles privados) -que sí admite limitaciones o "excepciones"-[34].

Por ello, la sentencia condenatoria fundada en una confesión obtenida bajo tormento (causa "Montenegro", CSJN, Fallos, 303:1938), salvo que favorezca al titular de la garantía[35], es

---

válidamente al proceso a efectos de reforzar su condición político-constitucional de inocente y eliminar toda duda posible al respecto. Además, como sostenemos más adelante "ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador" *(Maier).*

[31] *TSJCórdoba, Sentencia del 4/11/83, causa "Heredia"; el destacado es mío. Vale recordar, aquí, lo dicho al inicio de estas reflexiones y resaltar la vinculación axiológica entre* prueba, verdad y justicia. *Tal entramado valorativo realza la función primordial que los principios de* **legalidad, reserva, libertad y seguridad jurídica** *cumplen en el Derecho Penal Liberal propio del Estado Constitucional de Derecho. Precisamente allí, en el universo criminal, tales "garantías formales" adquieren una dimensión auténticamente sustancial que refuerza la necesaria positividad del derecho penal y su engarce troncal en el derecho constitucional. Es que* "…todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio" *(CALAMANDREI); por ello* "no puede haber derecho sin acción" *(FORNIELES), porque el derecho declamado reclama su efectiva encarnación sociológica y la garantía teóricamente prometida demanda su concreta realización práctica. Ese es el cometido principal del derecho constitucional: velar por la "efectividad de los derechos fundamentales" y por la equilibrada estabilidad institucional de la República. Es que, como bien se ha anotado,* "…los pueblos democráticos han adquirido plena conciencia del valor de la libertad. No se conforman con meras declaraciones; exigen su respeto efectivo…" *(CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1960, T. I, Prólogo).*

[32] *CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, T. 1, p. 496; con destacado nuestro.*

Efectivamente, para eso están las garantías: para "estorbar", para "frenar", para "limitar", para "condicionar", para "resguardar", para "incomodar" al poder estatal en su avance -aun legítimo- sobre la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos; ellas son su "armadura" o su "escudo protector".

[33] *DÍAZ CANTÓN, Fernando, "Exclusión de la Prueba obtenida por medios ilícitos", trabajo publicado en "Nueva Doctrina Penal 1999/A", Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1999, p. 340.*

[34] *Idea tomada de DÍAZ CANTÓN, Fernando, Op. Cit., pp. 333 y ss.*

invalorable, porque *"la administración de justicia no puede aprovechar del fruto de un hecho ilícito, provenga de donde provenga"* (Estado o particulares)[36].

3 En la República Argentina la CSJN hizo aplicación de la regla de exclusión por primera vez hacia 1891, al excluir prueba ilegal en el caso "Charles Hnos." (Fallos, 46:36). No obstante tan promisorio y precoz comienzo, la Corte abandonó el desarrollo de la cuestión hasta el año 1981 en que comenzó a aplicar la regla en forma sistemática, con el caso "Montenegro" (10/12/1981) y le siguieron "Fiorentino" (1985)[37], "Rayford" (1986)[38], "Francomano" (1987)[39] y "Daray" (1994)[40].

El Máximo Tribunal rehusó tratar el tema de la exclusión de prueba ilícita durante casi cien años, bajo el argumento formalista de que determinar si una confesión o un allanamiento y sus derivaciones fueron válidos ***era materia procesal y probatoria no incluida en la instancia extraordinaria.***

El Tribunal Constitucional español aplicó por primera vez la exclusión de prueba ilícita en 1982, al sostener que la presunción de inocencia sólo podía ser enervada *"por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso" (sent. 55 del 26 de julio de 1982).*

En Alemania se impuso la denominación *prohibiciones probatorias* a partir de la monografía que escribiera hacia 1903 Ernst Beling: ***Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la verdad.*** En la actualidad, se prefiere hablar en el país germano de "prohibiciones de valoración probatoria" y así les llama, entre nosotros, Julio Maier[41].

Sin embargo, algunos países (como Inglaterra) y autores de renombre (como Franco Cordero, en Italia[42]) han rechazado la exclusión de prueba inconstitucional con sustento en una aplicación invertida, contragarantística y equivocada del principio de legalidad constitucional -a través de un entendimiento netamente procesalista del principio de legalidad que remite a su formulación penal sustantiva-, bajo el argumento -absurdo, a mi modo de ver- de que *al no estar prohibida la "prueba ilícita" por norma expresa, está permitida su eficacia probatoria,* ***sin perjuicio de la sanción penal o administrativa al responsable de la lesión a los derechos fundamentales***[43]*,* olvidando que **"la labor**

---

[35] *Pues, por elementales exigencias lógico-sistemáticas,* "ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador" *(MAIER, Julio, B.J., "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, T. I - Fundamentos-, p. 667).*

[36] *DÍAZ CANTÓN, Fernando, Op. Cit., p. 342; el subrayado me pertenece.*

[37] *CSJN, Fallos, 306:1752.*

[38] *CSJN, Fallos, 308:733.*

[39] *CSJN, Fallos, 310:2402.*

[40] *CSJN, Fallos, 317:1985.*

[41] *MAIER, Julio, B.J., "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, T. III -Parte General - Actos Procesales-, p. 107 y ss.*

[42] *CORDERO, Franco, "Procedimiento Penal", traducción del italiano por Jorge Guerrero, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 2000, T. II, pp. 45, 46 y 54.*

Allí expone el catedrático de la Universidad de Roma que según el art. 191, apartado 1º, ***no son apreciables*** **"las pruebas adquiridas con violación de las prohibiciones establecidas por la ley"** *y razona de la siguiente manera:* "Es una hipótesis sin fundamento positivo sostener que dicha fórmula incluye las normas penales. El artículo 191, apartado 1º, no prohíbe nada; explica qué ocurriría si resultara violada alguna prohibición de adquirir la prueba (rectius, de admitirla, y la adquisición viene después); y las reglas negativas (obviamente pertenecientes al proceso, si prohíben actos procesales) deben salir de cualquier parte. Por ejemplo, el artículo 609 del Código Penal, castiga las requisas personales abusivas, pero no prohíbe los secuestros y mucho menos los actos admisivo-adquisitivos de las cosas pertenecientes al delito encontradas por el que efectuó la requisa; ni podemos proponer que toda obligación negativa impuesta por normas sustanciales evoque, en la esfera procesal, límites tácitos al poder instructorio; debe demostrarse (que toda prueba encontrada o establecida ilícitamente, en cuanto tal, es inadmisible) y que, con base en los actuales datos positivos, no parece demostrable" *(Op. Cit., p. 45).*

[43] *HAIRABEDIÁN, Maximiliano, "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal", Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 2010, p. 42.*

dogmática debe estar gobernada siempre por la perspectiva constitucional"[44], al menos en un Estado Constitucional de Derecho (por oposición al Estado Legislativo de Derecho)[45].

De acuerdo con la ***regla de exclusión*** deben descartarse por ilegales los actos que en sí mismos constituyen la violación a la garantía constitucional (v. gr. allanamiento sin orden judicial); según la ***doctrina de los frutos del árbol venenoso*** (que es, en definitiva, una versión ampliada de la regla de exclusión que se torna extensiva a *prueba mediatamente ilícita* -por su conexión causal-jurídica con otra prueba precedente directa e intrínsecamente ilícita-), carecen de eficacia probatoria todos los elementos de prueba que sean consecuencia necesaria del acto violatorio de la garantía constitucional (p. ej. documentación obtenida y secuestrada mediante el allanamiento ilegal)[46].

4 La mayor parte de la doctrina considera que **las exclusiones probatorias *abarcan la prueba obtenida en violación a garantías constitucionales*** (*"prueba inconstitucional"*). Entiendo que esa es la postura correcta (con independencia de la jerarquía normativa y de la ubicación sistemática del precepto inobservado -constitucional o infraconstitucional-), pues, en mi concepto, ***las exclusiones probatorias son medidas de tutela y resguardo de las garantías constitucionales, que amparan la sustancia constitucional del proceso penal. Son "garantía de las garantías"*** (de modo que, no obstante su trascendencia procesal, pertenecen más al derecho constitucional que al propio derecho procesal).

Puede delimitarse el **campo de actuación de las exclusiones probatorias** *en relación con aquellas pruebas que han sido obtenidas violando garantías constitucionales* (fijadas expresa o implícitamente por preceptos constitucionales) *o su reglamentación directa* (a través de preceptos procesales)[47]. A esto es a lo que se alude estrictamente cuando se habla de "*Prueba Ilícita*"[48].

Esta matriz constitucional de las "prohibiciones probatorias" justifica la aplicación de la máxima ***in dubio pro reo*** en el ámbito de la "prueba ilícita o inconstitucional" e ***impone la necesidad de exclusión de una prueba en caso de duda razonable y fundada sobre su legitimidad o admisibilidad constitucional***[49].

A este respecto, preciso es advertir que la regla ***in dubio pro prueba*** (que a veces se invoca para admitir prueba dudosamente lícita) deviene, por definición, contraria al axioma ***in dubio pro reo*** y, por su medio, violatoria del **Principio de Inocencia** (o del "derecho a la presunción de inocencia")**.** Por ello, el principio *favor probationis*, de acendrada vigencia en los procesos judiciales extra-penales, debe ser rechazado, en principio, en el

---

[44] *Afirmación que pertenece a PESSOA, Nelson R, en Prólogo al libro "La revisión en materia procesal penal", de AROCENA, Gustavo A. y BALCARCE, Fabián I., Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 13.*

[45] *Al respecto, y aunque en relación directa con el* ***principio de legalidad penal****, se anotó:* **"El principio de legalidad debe invocarse para excluir restricciones de derechos, pero no cuando se trata de ampliar derechos o libertades que favorezcan al ciudadano"** *(BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio – PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Derecho Penal y Constitución", en la obra colectiva "Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal", Ed. Iustel, Madrid, 2010, t. I -Introducción al Derecho Penal-, p. 76; el resaltado me pertenece).*

Oportuno es reiterar aquí la afirmación de Maier citada en la nota nº 35: "ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador"*.*

Tal conceptualización resulta válidamente extensible y aplicable al ***principio de legalidad constitucional*** *que se resume en la idea de que* todo lo que no está expresamente prohibido está implícitamente permitido *(ver lo apuntado en nota nº 22)*.

[46] *AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, Op. Cit., p. 196.*

[47] *Sobre el particular, no debe olvidarse que el derecho procesal penal tiene carácter reglamentario de las garantías constitucionales que rigen en materia penal, pues* "…el derecho procesal penal no hace más que reglamentar o dar vida práctica a esos dogmas constitucionales" *(VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, T. I, p. 313). Por ello, jamás podrá una norma reglamentaria (en nuestro caso, procesal penal) acotar, limitar, o reducir el "alcance natural" y esencial de una garantía constitucional expresa o implícitamente reconocida por la Constitución; tal restricción sería inconstitucional.*

[48] *HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 38.*

[49] *DÍAZ CANTÓN, Fernando, Op. Cit., p. 333.*

proceso penal cuando lo que está en tela de juicio es la misma *validez constitucional de una prueba*, no así cuando se trata de prueba ya producida legalmente y que por circunstancias fortuitas corresponde admitir como definitiva e irreproducible (fallecimiento de un testigo clave que declaró en la etapa preparatoria de instrucción o investigación).

Nuestra postura, además de hallar sustento constitucional en las garantías de *debido proceso, inviolabilidad de la defensa en juicio, inocencia y legalidad constitucional*, encuentra respaldo normativo en el Art. 1º inc. f) del Código Procesal Penal de Salta (Ley Nº 7690), que establece que ***en caso de duda deberá estarse "siempre" a lo que sea más favorable al sujeto sometido a proceso***[50].

A partir de lo dicho, corresponde rechazar rotundamente la primacía dogmática de la regla "in dubio pro prueba" cuando la admisión de la prueba de dudosa legitimidad perjudique al encausado.

Sin perjuicio de la literalidad del Art. 3º del CPP de Córdoba[51], llama la atención el principio general que sienta al imponer la aplicación e interpretación restrictiva de las exclusiones probatorias, pues entiendo que no debe limitarse de antemano el funcionamiento procesal de una *regla de garantía*, sino que, en todo caso, lo que sí debe interpretarse restrictivamente (y ello por elementales pautas de hermenéutica jurídica[52]) son las "excepciones a la regla de exclusión" por significar un avance de la pretensión punitiva del Estado sobre la esfera de derechos y libertades del imputado[53].

5 La prueba de cargo ilícita o inconstitucional carece de toda eficacia jurídica y probatoria. Por ello, la situación que generan las exclusiones probatorias es la de una verdadera ***ineficacia jurídica absoluta*** (no sólo en el respectivo proceso penal, sino frente a "todo" el ordenamiento jurídico) que se decidirá, en la mayoría de los casos, al momento de valorarse la prueba. Sin embargo, se ha sostenido que lo más conveniente es declarar excluida o inadmisible a la prueba ilícita en el instante mismo en el cual se descubra o advierta su ilicitud o su dudosa constitucionalidad[54]. Comparto esta última tesitura, pues el

---

[50] *De modo que si le fuera "más favorable" la exclusión de una prueba de cargo de dudosa legitimidad, habrá que concluir en el sentido de su efectiva "exclusión procesal" (*in dubio pro reo*), haciendo una interpretación irrestricta de la regla de garantía.*

[51] *Art. 3º del Código Procesal Penal de Córdoba:* "INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal, limite el ejercicio de un poder conferido a los sujetos del proceso, o establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias"*.*

[52] Exceptio est strictissimae interpretationis *("las excepciones son de interpretación restrictiva")*.

[53] *Aquí se advierte la real importancia práctica de definir adecuadamente la naturaleza jurídica de la* regla de exclusión (y su eficacia refleja) *y los diferentes efectos que tal conceptualización puede producir en el proceso. Ello es así, pues afirmada una determinada "categoría jurídica" (en el caso: "garantía constitucional", o bien "sanción procesal") se imponen lógicamente toda una construcción dogmática y una hermenéutica acordes con la identidad del instituto así definido. En consecuencia, si se afirma, como sostenemos, que las* prohibiciones probatorias *son una especie del género "garantía constitucional", habrá que asumir una postura favorable a su vigencia amplia e irrestricta "dentro y fuera del proceso" (extensiva al procedimiento administrativo y al ejercicio del derecho de defensa en el seno de entidades privadas). Si, por el contrario, se concluye que pertenecen a la categoría de las* sanciones procesales *(junto con la nulidad y con la inadmisibilidad)*, *deberá afirmarse su carácter relativamente taxativo y cerrado (en pos del adecuado resguardo de la "estabilidad del proceso" y de la regularidad de los actos procesales), defendiéndose, por tanto, una interpretación de carácter restrictivo, incompatible, por principio, con la jerarquía nomológica de las garantías constitucionales.*

Al respecto, resultan atinadas las palabras admonitorias de Carlos Sánchez Viamonte, cuando advirtiera: "la imprecisión del vocabulario conduce a <u>la desnaturalización de las instituciones</u>" *(SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, en AA.VV., "Enciclopedia Jurídica Omeba", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1969, T. XVII, voz "Juicio de Amparo", p. 182, con subrayado mío). Es así que la "cuestión semántica" deviene fundamental en materia de derecho, en general, y de derecho penal y procesal penal, en particular, a fin de no alterar ni desvirtuar la sustancia y la identidad de las instituciones jurídicas.*

[54] *Al respecto, resultan interesantes las acotaciones de Asencio Mellado:* "La prueba ilícita, pues, debe ser decretada en la fase de investigación si ya se conoce, y, en su defecto, no ser admitida como prueba; si es admitida, no ser valorada; y, si es valorada, no ser tomada en consideración para fundamentar en ella la condena (…). Optar por una posición que limite la declaración y apreciación de la ilicitud probatoria al momento exclusivo de su valoración como prueba, significa o puede significar dotar al Estado y a terceros movidos por intereses espurios de un instrumento que puede ser utilizado fraudulentamente para conseguir condenas basadas, de una u otra forma, en flagrantes atentados a la dignidad mínima a la que es merecedora una persona (…)…sin duda

mejor modo de asegurar la *invalorabilidad* e *inaprovechabilidad* de la prueba ilícita es excluyéndola materialmente del proceso. De otra manera, esto es, manteniendo la prueba de cargo cuestionada pero prohibiendo solamente su valoración, se corre el riesgo de que la permanencia de la prueba inconstitucional en el proceso envicie y contamine la fuente de convicción racional del juzgador y siga teniendo, así, eficacia probatoria ultra-activa e influencia determinante en la decisión del caso. En tal supuesto, la prueba ilegítima daría solapado sustento a la resolución del juez que devendría, por ello, tachable de arbitrariedad.

Para algunos autores la consecuencia jurídica procesal de las exclusiones probatorias es la **"inadmisibilidad" o la "nulidad" de la prueba**, con lo cual incluyen a las prohibiciones probatorias en la categoría de las *sanciones procesales*. Dentro de ese grupo, unos entienden que dicha sanción opera únicamente al momento de la valoración del elemento de prueba, en tanto que otros sostienen que la cuestión abarca tanto la fase de *admisión* como la de *valoración*[55]. Hasta se ha llegado a afirmar, incluso, que la violación de derechos y garantías constitucionales puede constituir un *impedimento procesal* por falta de presupuestos exigibles para el inicio mismo del procedimiento[56].

Para Hairabedián ***las exclusiones probatorias son sanciones procesales*** porque *son la amenaza de tornar ineficaces e invalorables los actos que adolezcan de ciertos vicios* (aquí está la semejanza entre exclusiones probatorias y nulidades)[57].

Según mi parecer, y reiterando lo dicho párrafos atrás en pos de enfatizar y clarificar mi postura, ***las exclusiones probatorias no son sanciones procesales "stricto sensu"*** (pues no persiguen directa y principalmente, como su cometido propio, la ineficacia procesal de la prueba***,*** sino, mas bien, la afirmación de la efectiva eficacia protectoria de las garantías constitucionales a través de la declaración de *ineficacia procesal-probatoria*; de modo que la "ineficacia probatoria" es el medio de que se vale la teoría para lograr la "eficacia y efectividad de las garantías constitucionales")***, pues tienen sustancia constitucional y jerarquía meta-procesal; las exclusiones probatorias son medidas de tutela y resguardo de las garantías constitucionales, que amparan la esencia constitucional del proceso penal. Son "garantía de las garantías"*** (de modo que pertenecen más al derecho constitucional que al derecho procesal).

6 Como se vio, la ***ineficacia*** es, a la vez, el resultado de la nulidad y la consecuencia de las exclusiones probatorias. Por ende, el instituto de la nulidad será en la mayor parte de los casos (pues en otros se aplicará la sanción de *inadmisibilidad*) la vía válida que establecen las leyes rituales para extirpar del proceso un acto obtenido en virtud de una infracción constitucional. Por ello, el Tribunal Supremo español reconoce que los efectos de ambas categorías son, en definitiva, los mismos (Auto del 18/6/1992)[58].

Para Hairabedián ambas categorías jurídicas son "sanciones procesales" y conducen a la "ineficacia del acto". Sin embargo, como destaca el propio autor cordobés, *nulidad* (N) y

---

alguna, reservar la declaración de ilicitud probatoria para el momento mismo de la sentencia, supone mantener la prueba violatoria de derechos produciendo efectos a lo largo de toda la tramitación del proceso (…). Es decir, mantener la prueba ilícita produciendo efectos o, simplemente, conocida y útil, puede constituirse en un acicate para que el Estado adopte conductas ilegítimas, aunque lícitas según la jurisprudencia. En suma, en un instrumento favorecedor del fraude procesal y de la misma Constitución (…). Diferir la apreciación de la ilicitud probatoria al momento de la valoración implica que las partes puedan actuar de mala fe, omitiendo la denuncia de la ilicitud y proponiendo como pruebas lo que saben que no alcanza ese rango, incluso de forma sorpresiva. Por tal razón, el art. 287 *(de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el autor estima aplicable al proceso penal en forma supletoria)* impone a las partes el deber de denunciar la prueba ilícita inmediatamente que tengan conocimiento de ella". *(ASENCIO MELLADO, José María, "Prueba Ilícita. Declaración y Efectos", en "Problemas actuales de la justicia penal", obra colectiva dirigida por Nicolás González-Cuéllar Serrano y coordinada por Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortíz Pradillo, Ed. COLEX, Madrid, 2013, pp. 230, 231, 236, 237 y 245).*

[55] *ASENCIO MELLADO, José María, Op. y Loc. Cit.*

[56] *PASTOR, Daniel, "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales", en "Nuevas formulaciones en las ciencias penales", obra colectiva publicada en Homenaje a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Lerner, Córdoba, 2001, p. 821*

[57] *HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 71.*

[58] *HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 72.*

exclusión probatoria (EP) no deben equipararse ni confundirse, aun cuando tengan algunos puntos en común:

a) **EP** abarcan un abanico de hechos y actos más amplio que **N** (p. ej. la Denuncia), pues *las exclusiones probatorias comprenden no sólo los actos del proceso, sino también los cumplidos fuera de él (extraprocesales), aun antes de su comienzo (preprocesales - Medidas de Investigación-) y por personas que no son sujetos procesales* (por ej.: particulares, policía, periodistas, etc.)[59].
Considero que este solo argumento echa por tierra la tesis que adscribe las **EP** a la categoría de las sanciones procesales. Algo similar ocurre con la "doctrina de los frutos del árbol envenenado", cuando torna ineficaz la prueba obtenida inconstitucionalmente, aun dentro del proceso, pero en supuestos no sancionados expresamente con la nulidad;

b) Las **EP**, al exceder el campo de lo procesal y ser materia constitucional, pueden se objeto de los recursos extraordinarios sobre derecho fundamental[60];

c) Las **EP** atienden fundamentalmente al momento de obtención del dato probatorio y de las fuentes de prueba -*legalidad sustancial*-; las **N** actúan preponderantemente sobre la prueba ya incorporada al proceso -*legalidad procesal*-;

d) Las **EP** operan frente a la "prueba ilícita" que, como tal, es insubsanable e inconvalidable; las **N** son, por lo común, sanables y convalidables (salvo las nulidades absolutas que, no obstante su gravedad, quedan subsanadas siempre por el efecto preclusivo de la *cosa juzgada*, propio de toda sentencia firme);

e) Las **EP**, al igual que las *nulidades absolutas*, "pueden" ser denunciadas por las partes (aun por el sujeto causante o responsable de la ilicitud probatoria) y "deben" ser declaradas jurisdiccionalmente, aun de oficio, en cualquier "estado" y "grado" del proceso[61];

f) Las **EP** exigen, además de la previa declaración judicial de invalidez, la efectiva exclusión material de la prueba ilícita del ámbito del proceso y la prohibición de valoración de la prueba excluida; las **N** consisten, también, en la invalidación procesal de un acto del procedimiento con el objeto de excluirlo o extirparlo del proceso;

g) A falta de reglamentación procesal específica, las **EP** deben funcionar bajo el régimen de las *nulidades absolutas*, por configurar éstas la situación procesal más análoga con similares efectos jurídicos.

V Fundamento de la *regla de exclusión* y de su eficacia refleja

Ya nos hemos pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de las *exclusiones probatorias*, adhiriendo a la corriente que las adscribe dentro de la categoría de las "garantías constitucionales". También hemos esbozado someramente una diferenciación comparativa entre la regla prohibitiva y las llamadas "sanciones procesales". Pasemos, ahora, a precisar el fundamento lógico-jurídico-sistemático de la doctrina estudiada, de conformidad con los dos grandes sistemas vigentes en la materia.

Con razón se ha afirmado que si bien las *prohibiciones probatorias* (o *regla de exclusión*) respecto de las pruebas ilícitas se han universalizado, *"lo cierto es que su*

---

[59] *HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 72*
[60] *HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 76.*
[61] *Entendiendo por* estados del proceso *las distintas etapas en las que éste, estructuralmente considerado, se fracciona o divide (instrucción o investigación penal preparatoria y juicio propiamente dicho o debate) y por* grados del proceso *las diversas instancias que se generan a partir de la interposición de impugnaciones y recursos.*

naturaleza, alcance y efectos depende de cuál sea la explicación que se ofrezca acerca de su fundamento", destacándose que tal valoración puede hacerse a partir del análisis de dos modelos teóricos explicativos: a) el modelo norteamericano (o de la *regla de exclusión*); y b) el modelo europeo-continental (o de la *prohibición de valoración probatoria*)[62].

Sobre la base de tal observación, examinaremos, a continuación, ambos paradigmas y definiremos la cuestión en el derecho argentino.

Derecho Angloamericano

El sistema jurídico del *comon law*, que rige en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica, se caracteriza por la nota definitoria de la cultura anglosajona: su marcado *pragmatismo utilitarista-eficientista*. En consecuencia, prevalece allí una valoración práctica-procesalista y desconstitucionalizada (o, si se prefiere, "aconstitucional") de la regla de exclusión que enfatiza su fundamento disuasorio respecto del accionar ilícito de los agentes estatales encargados de la investigación, persecución y juzgamiento de los delitos. De modo que la regla prohibitiva cobra allí, fundamentalmente, un sentido preventivo-evitativo de las "conductas policiales ilícitas"; así se sostuvo en los casos US vs. Calandra (414 US 338, 1974) y US vs. Janis (428 US 433, 1976).

En la sentencia citada en último término se dijo que *"el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es* ***evitar las conductas policiales ilícitas****"* y que *"la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda* ***a través de un efecto disuasorio*** *(de la violación misma) y* ***no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada****"* (con subrayado mío)[63].

En consecuencia, se aprecia claramente que en el modelo norteamericano la *exclusionary rule* obedece a razones pragmáticas dirigidas a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas. De todas maneras, este fundamento eminentemente práctico contribuye -al menos indirectamente- a reforzar la vigencia de los derechos constitucionales reconocidos en las respectivas enmiendas constitucionales.

A partir de tal construcción dogmática-judicial, el Tribunal Supremo Federal norteamericano descartó la aplicación de la regla de exclusión en los siguientes supuestos: a) cuando la prueba se obtenga ilícitamente por particulares (caso Burdeau vs. McDowell, 256 US, 465, 1921); b) cuando se obtuviera por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso US vs. Verdugo-Urquídez, 494 US 259, 1990 -que no aplicó la regla de exclusión al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México-); y c) cuando la policía hubiera actuado de buena fe.

Como puede apreciarse, en términos generales y sin perjuicio de algunos precedentes en sentido contrario[64], en tal contexto las prohibiciones probatorias carecen de auténtico sustento constitucional y encuentran solamente basamento jurisprudencial, legal y político-criminal.

Derecho Continental Europeo

En los países que adoptaron el sistema jurídico continental europeo (delineado, principalmente, por España, Italia, Francia y Alemania) la regla tiene, en cambio, origen y fundamento constitucional. El Tribunal Constitucional italiano declaró que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales era una "prove incostituzionali" (SSTC 34/1973 y 81/1993). Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoce un núcleo

---

[62] *MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La Prueba Ilícita: la Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones", trabajo publicado en "Revista Catalana de Seguretat Pública", Mayo de 2010, pp. 131 a 151.*

[63] *Ver nota nº 80.*

[64] *Como es el caso "MAPP vs. OHIO", 367 US 643, (1961), en el que se alude a que toda prueba obtenida con violación de la Constitución, es inadmisible "por la Constitución misma".*

esencial de protección jurídica de la esfera privada de las personas, inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*, basado en el "derecho al libre desarrollo de la personalidad"[65].

En sus orígenes, el Tribunal Constitucional español valoró la regla de exclusión como *una garantía procesal de naturaleza constitucional, íntimamente ligada al derecho a un proceso con todas las garantías* (Art. 24.2 CE*) y a la igualdad de las partes* (Art. 14 CE). Este anclaje constitucional permitía sostener la regla impeditiva aún frente a violaciones probatorias provenientes de los particulares, dada la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. No obstante, en posteriores pronunciamientos el Tribunal aludió a concretas "necesidades de disuasión" del comportamiento público-estatal delictivo, en el sentido afirmado por la jurisprudencia norteamericana, convirtiendo a la regla de garantía en mero remedio judicial.

C) Derecho Argentino

Según mi parecer, en el Derecho argentino la *regla de exclusión y su eficacia refleja (o doctrina de los frutos del árbol envenenado)* encuentran un evidente fundamento constitucional complejo en una complementación sistemática y armónica de las garantías de ***debido proceso, defensa en juicio, inocencia y legalidad***, en correspondencia con los *principios de dignidad humana y proporcionalidad.* Tales postulados encuentran sustento constitucional en los Arts. 18, 19, 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

1 La garantía del **Debido Proceso** envuelve y contiene, en cierta forma, a todas las demás garantías. Es, por así decirlo, la "garantía madre" y puede ser caracterizada como una garantía "conglobante o englobante" que equivale, en cuanto a su contenido y alcances, a la fórmula hispánica del derecho a un *proceso con todas las garantías*[66]*.* La locución ***debido proceso legal*** que se emplea para aludir a esta garantía obedece a una traducción literal de su fuente anglosajona: *due process of law*. Se ha observado que la garantía admite una doble consideración: a) *debido proceso adjetivo*: constituye un estándar o una pauta formal acerca de cómo debe sustanciarse un proceso (siguiendo técnicas, principios y procedimientos preestablecidos razonablemente por la ley) a fin de llegar a una sentencia resolutoria de la litis; b) *debido proceso sustantivo*: representa un estándar de ponderación de la validez sustancial de los actos de los poderes públicos a través de los principios de *proporcionalidad y razonabilidad*[67].

En el derecho europeo el vasto contenido de la garantía en estudio aparece reflejado en el Art. 6º de la CEDH que alude a los siguientes derechos: a ser oído; a un tribunal independiente; a la publicidad de la sentencia; a la presunción de inocencia; a ser informado sobre la naturaleza y la causa de la acusación en una lengua comprensible; a disponer de

---

[65] *MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Op. Cit., pp. 135/136.*

[66] *Contenida en el Art. 24.2 de la Constitución de España. Comparte la equivalencia jurídica sugerida, BACIGALUPO, Enrique, "El debido proceso penal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 13. En tal sentido, se ha apuntado:* "El debido proceso legal consiste en una categoría genérica que abarca diversas garantías procesales específicas destinadas a suministrar a los individuos el amparo necesario para la salvaguarda de sus derechos con motivo del poder jurisdiccional del Estado" *(BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2010, T. II, p. 781).*

[67] *GÓMEZ, Claudio Daniel, "Constitución de la Nación Argentina – Comentada – Concordada – Anotada", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2007, pp. 202/203. Allí acota el autor:* "El debido proceso legal no se agota en lograr la perfección de los procedimientos, a fin de evitar la arbitrariedad o la sinrazón. Ella va por más. Lo trascendente del debido proceso legal es destacar su rol como garantía fundamental para la protección de los derechos humanos y el funcionamiento del sistema republicano. Las reglas del debido proceso se aplican tanto en el proceso judicial, como en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" *(Op. y Loc. Cit.). Entrelazando las dos facetas de la garantía comentada -* sustantiva y adjetiva-*, se dijo:* "Resumiendo ambos aspectos, el debido proceso significa "ley razonable", y "procedimiento razonable" de aplicación de esa ley (…). "Procedimiento" es el modo por el cual el propósito de la ley puede ser realizado; y "legal" es el conjunto de las reglas legales y de equidad que definen los derechos y deberes humanos y proveen su cumplimiento" *(BIDART CÁMPOS, Germán J., "Derecho Constitucional", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1969, T. II, p. 499).*

tiempo y facilidades para preparar la defensa; a interrogar o a hacer interrogar a los testigos de cargo y hacer citar e interrogar a los de descargo; a ser asistido gratuitamente por un intérprete.

La Corte Federal argentina ha cimentado la esencia de esta garantía en *"…la correcta observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales…"* (CSJN, Fallos: 326:1149).

2 La garantía de la **Defensa en Juicio** (o *inviolabilidad de la defensa en juicio*) consiste en la posibilidad efectiva que se le debe conceder a toda persona de ser oída por un juez o tribunal competente, de ofrecer y producir prueba y de obtener una respuesta concreta y justa conforme con la Constitución y con las leyes dictadas en su consecuencia. Esta garantía aparece ligada a otra también fundamental: el derecho a la ***Tutela Judicial Efectiva*** (Arts. 1, 8 y 25 de la CADH), que protege al justiciable frente a toda situación de verdadera indefensión.

3 El **Principio de Inocencia** representa la garantía por antonomasia del sistema penal propio del Estado Constitucional de Derecho. Por su virtud, toda persona imputada, acusada o sospechada de haber participado en la comisión de un hecho definido como delito por la ley penal goza de un estado jurídico de inocencia que la ampara y resguarda hasta tanto sea declarada por sentencia firme su responsabilidad penal. Dicho principio político-constitucional, constitutivo del mentado "estado" (status), funciona a la manera de una *praesumptio iuris tantum*, de modo que se presume la inocencia del justiciable hasta tanto se pruebe y declare su culpabilidad por una sentencia firme, respetuosa de las garantías de debido proceso, defensa en juicio y legalidad (constitucional, penal sustantiva y penal adjetiva).

4 El principio de **Legalidad** permite la realización de todo hecho, acto u omisión que no estuviera prohibido expresamente; exige, por una parte, el respeto de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales (*legalidad sustancial*), y, por la otra, la observancia de las formas procesales establecidas en resguardo de principios y garantías superiores (*legalidad adjetiva*)[68]. Como bien se destacara: *"la idea del principio de legalidad se funda en un doble ideal. Cualquiera que sea el contenido del derecho, ese principio significa ante todo que cualquier poder en el seno del estado es fruto del derecho y debe ser ejercido de acuerdo con el derecho. En segundo lugar, supone que el derecho mismo se funda en un principio supremo: el respeto de la persona humana"*[69].

5 Tales garantías deben conjugarse a partir de la reafirmación permanente del principio fundamental de *dignidad humana* que se condensa en la expresión de Séneca: *el hombre debe ser cosa sagrada para el hombre*[70]. Una dignidad predicable respecto de todos los sujetos procesales; muy en particular, del *Imputado* y de la *Víctima* (o sus familiares y allegados).

En consecuencia, la *regla de exclusión o prohibición probatoria* (y su eficacia refleja) encuentran en el derecho argentino profundo arraigo constitucional, sin perjuicio de los principios, postulados y objetivos que la política legislativa y criminal del Estado pudiera agregar o añadir a esta fundamentación inconmovible.

6 Ahora bien, respecto del funcionamiento práctico del instituto en el derecho argentino cabe señalar la conveniencia de construir la regla de garantía a partir de la fusión de los aspectos más sobresalientes y convenientes de los sistemas angloamericano y continental-europeo. De tal manera, debe procurarse tanto la "exclusión" material de la prueba del proceso, cuanto la "prohibición de su valoración y de todo rendimiento conviccional y procesal".

VI Excepciones a la *regla de exclusión.* Desnaturalización punitivista de las prohibiciones probatorias y violación del principio de inocencia: *in dubio pro prueba*

---

[68] *Remitidos a lo apuntado en las notas nº 22 y 45.*
[69] *BIDART CÁMPOS, Germán J., "Derecho Constitucional", Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1969, T. II, p. 110.*
[70] "Homo sacra res hominis" *(Séneca).*

1 Por obra principalmente de la jurisprudencia se fue creando un catálogo de excepciones a la regla de exclusión que al concurrir en un caso concreto tornarían inaplicable la prohibición probatoria y determinarían la legitimidad constitucional de la prueba obtenida.

Salvo contadísimas excepciones (valga la redundancia), las *excepciones* a la regla de exclusión probatoria importan la implementación práctica del principio "in dubio pro prueba", que se contrapone a la regla *in dubio pro reo* y, por su medio, al principio constitucional de inocencia. Es por ello que entiendo que la creciente admisión incondicionada de tales "excepciones" a los fines de validar prueba de dudosa legitimidad constitucional pone en evidencia la vigencia de una corriente neopunitivista que auspicia el avance incontrolado y desmedido del poder punitivo del Estado en el ámbito esencial de los derechos fundamentales de las personas. Tal posición deviene contraria a un *garantismo* bien entendido en el que se maximiza la eficacia protectoria de la Constitución y se reducen o minimizan los riesgos de su vulneración.

Las principales "excepciones" a la regla de exclusión (que cuando concurren en un caso concreto hacen que la prueba dubitada valga como elemento legítimo de convicción) son las siguientes:

a) <u>Fuente Independiente</u>: si a los elementos de cargo se puede llegar por medios probatorios obtenidos de manera lícita en la causa, que no tienen conexión con la violación constitucional (p. ej: si hay confesión bajo tormentos, que indica el lugar donde se escondió el arma homicida y, sin embargo, se secuestra el arma por los dichos de un testigo que declaró haber visto el ocultamiento del arma y señaló el lugar)[71];

b) <u>Descubrimiento Inevitable</u>: si el elemento de prueba se habría adquirido indefectiblemente en el futuro por otros caminos (p. ej: en un allanamiento sin orden se secuestran estupefacientes, pero luego se da con una persona que presenció el ingreso de la droga al domicilio y estaba dispuesta a denunciarlo)[72];

c) <u>Buena Fe:</u> cuando la prueba (o el dato) se obtuvo sin intención de infringir -ya sea por error o ignorancia- principios constitucionales (p.ej: la policía escucha gritos de auxilio en el interior de una casa e ingresa sin orden y se encuentra con una fiesta en la que se consumía droga y se mantenía relaciones sexuales con menores, siendo los gritos de auxilio proferidos en broma)[73];

---

[71] *Ejemplo tomado de HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 81.* "Si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque esa prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución" *(Suprema Corte de Costa Rica – Sala Constitucional, V2529 del 31/5/1994).*

[72] *Se ha advertido sagazmente la diferencia esencial entre esta excepción y la tratada en el literal anterior:* "…en la fuente independiente se requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio, en el descubrimiento inevitable, que sea "hipotéticamente factible". También que esta última se distingue "por no requerir una línea de investigación distinta actual y comprobada en el expediente, sino que basta una concatenación hipotética" *(HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 90).*

Es precisamente ese carácter "hipotético-ficticio" el que nos lleva a cuestionar la legitimidad lógica y jurídica de esta excepción y a considerarla un mero subterfugio mental de pura imaginación teórica y de carácter lúdico-ingenioso, carente de seriedad. Sin embargo, es importante destacar que el funcionamiento práctico de la excepción exige que ese descubrimiento hipotético sea seguro o "inevitable", extremo que deberá surgir de las circunstancias particulares del caso concreto.

[73] *Ejemplo tomado de Hairabedián. Allí explica el autor:* "La Corte Suprema de los Estados Unidos ha elaborado la doctrina de la "buena fe", que consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fue realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia" *(HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 97).*

Lo interesante de esta excepción es que sugiere implícitamente que toda violación reprobable de los derechos fundamentales o de garantías constitucionales debe estar motivada subjetivamente por un elemento intelectual-volitivo específico: el conocimiento de la ilegitimidad del acto y la intención de menoscabar tales derechos y

d) <u>Purged taint</u> (de los "vicios subsanados o del tinte diluido"): la propagación del vicio se encuentra atenuada (o se ha ido diluyendo el "veneno" del árbol a dosis inocuas en sus ramas más altas y distantes) por la falta de inmediación entre el elemento de prueba a utilizar y el acto original realizado en forma ilegal[74];

e) <u>Proporcionalidad</u>: la gravedad del acto ilegal es de menor envergadura que las consecuencias que traería aparejada la eventual ineficacia del elemento de prueba[75];

f) <u>Balancing Test:</u> se deja librado al arbitrio judicial la valoración de la conveniencia de excluir la prueba ilícita en cada caso concreto, teniendo en cuenta la intensidad de la infracción a la regla, la cantidad de invasión y la conciencia de la violación, a fin de sopesar el daño que la exclusión podría ocasionar.

Todas estas excepciones traducen, en mayor o menor medida, la aplicación del *"principio de proporcionalidad"*[76] para ponderar, en cada caso, el nivel de menoscabo legal o constitucional que la admisión de la prueba produciría, a fin de cotejarlo con el grado de perjuicio o beneficio investigativo, procesal y probatorio, y ello con el objeto de evaluar la "conveniencia" de exaltar la nota de legalidad o bien resignar ésta en holocausto de la prevalencia de "intereses superiores" (interés social, persecución y castigo del delito).

De todas maneras, no debe olvidarse que se trata de "excepciones" a la *regla de exclusión*, y que, como tales, son de aplicación e interpretación restrictiva frente a casos inusuales, más o menos extravagantes.

---

garantías. En tal contexto, por aplicación de principios generales, resulta lógico que la ignorancia o el error de hecho esencial y excusable eliminen tal elemento subjetivo y, con ello, la ilegitimidad del acto.

Otra tesitura habrá que tomar, en cambio, si se entiende que la ilegalidad, ilicitud o ilegitimidad constitucional de una prueba es esencialmente "objetiva" y prescindente de cualquier tipo de valoración subjetiva. En tal caso, el aspecto intelectual-volitivo del sujeto agente será absolutamente irrelevante e indiferente.

[74] *HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., p. 106.*

[75] "De gran importancia en el derecho europeo continental, supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (…). En la jurisprudencia alemana, el principio de proporcionalidad…se limita "a situaciones excepcionales e inusuales, siempre que, la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes…"; "…importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones…". En la justificación, también se ha ingresado al campo del derecho sustancial, "configurándose un caso de legítima defensa ("Notwehr") u otra semejante de exclusión de la antijuridicidad ("Notwehrähnliche Lagen")…"; o "estado de necesidad" *(HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Op. Cit., pp. 113/114).*

[76] *Vale la pena citar aquí las esclarecedoras enseñanzas de Mir Puig:* "**el principio de proporcionalidad impone límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales**. Suele presentarse como "límite de los límites", como un límite que han de encontrar las limitaciones de derechos por parte del Estado. Puesto que toda intervención penal -desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución- limita derechos, generalmente fundamentales<u>, el principio de proporcionalidad es, por tanto, un límite constitucional material fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad</u>. En efecto, tal como es concebido el principio de proporcionalidad en sentido amplio por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales incluye los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres conceptos se afirman respecto a **<u>una finalidad beneficiosa para intereses públicos o particulares</u>** que ha de perseguir toda intervención estatal que limite derechos de los ciudadanos. **La intervención estatal que persiga tal finalidad beneficiosa limitando derechos fundamentales sólo será constitucional si es <u>proporcionada a dicha finalidad</u>, cosa que requerirá que la limitación de derechos resulte**: 1) **idónea** para alcanzar aquella finalidad, esto es, que sea capaz de conseguirla; 2) **necesaria** para el repetido fin, en el sentido de que éste no se pueda obtener mediante una intervención no lesiva o menos lesiva de derechos fundamentales; 3) **proporcionada en sentido estricto**, esto es, que no suponga más coste para los derechos que beneficio a obtener" *(MIR PUIG, Santiago, "Bases Constitucionales del Derecho Penal", Colección Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales, dirigida por Eduardo Demetrio Crespo y José Ramón Serrano-Piedecasas, nº 1, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 96/97; con resaltado mío).*

2 ***Frente a las predichas excepciones debe asumirse un criterio sumamente restrictivo y limitativo***[77]***.***

Por ello, con sustento en la inveterada máxima latina y contrariamente a lo normado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, ***no es la regla de exclusión la que debe interpretarse en forma restrictiva. Por el contrario, son las excepciones a la regla de exclusión las que deben ser acotadas y limitadas por implicar un avance extraordinario del Estado sobre la esfera de reserva y libertad de los habitantes.***

Así las cosas, postulo la vigencia amplia del principio ***in dubio pro reo*** en materia probatoria y, en consecuencia:

en caso de **duda razonable** sobre si una *prueba de cargo* debe ser excluida o mantenida, corresponde concluir a favor de la necesidad de su exclusión (para reafirmar la presunta inocencia del acusado);

en caso de **duda razonable** acerca de si procede o no aplicar en un caso una *excepción a la regla de exclusión*, corresponde concluir en sentido contrario a su procedencia y decidir en sentido favorable a la efectiva "exclusión" de la prueba (para reafirmar la presunta inocencia del imputado y las garantías de *debido proceso, defensa en juicio y legalidad*).

3 Desde el plano teorético de la justificación racional de las citadas *excepciones*, considero que la única aceptable desde el punto de vista lógico, jurídico y político-constitucional es la de la "fuente independiente", por fundarse en datos ciertos, palpables, constatables e inequívocos de la realidad fáctica y material del caso concreto.

Respecto de la llamada *doctrina de los frutos del árbol envenenado*, cobra significación la teoría del "purged taint" (o de los vicios subsanados o del tinte diluido) por atender a la razonable tenuidad del vicio en atención a su conexión remota y difusa con la ilicitud originaria; tal lejanía del acto ilícito debilita la vinculación causal-jurídica de la prueba consecuente respecto de la prueba ilícita antecedente.

En todo caso, debe atenderse al *principio de proporcionalidad* en tanto límite material a la actividad del Estado lesionadora de derechos fundamentales que obliga a ponderar equitativamente, sobre la base del principio de legalidad, la relación "coste-beneficio" entre la afectación estatal de derechos individuales y la finalidad protectora de intereses públicos o privados eminentes.

En la faz justificadora del derecho penal sustantivo, cobran singular relevancia legitimadora de la afectación de derechos fundamentales y garantías constitucionales los institutos esenciales de la *legítima defensa* y el *estado de necesidad*, fundamentalmente en materia de pruebas obtenidas de manera oculta o subrepticia por los particulares[78].

---

[77] Exceptio est strictissimae interpretationis *("toda excepción -a una `regla´, se sobreentiende- es de interpretación restrictiva").*

[78] *Sobre el tópico se han escrito interesantes reflexiones:* "Las pruebas pueden ser obtenidas no sólo por los órganos de persecución penal, sino también por particulares (p. ej., un ofendido hace averiguaciones por sí mismo para probar la culpabilidad del autor…)" *(ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 206).* "Todo ciudadano tiene el derecho-facultad de denunciar ante las autoridades correspondientes la comisión de un delito y consecuentemente de aportar pruebas para ello…Quien denuncia el hecho puede ser: a) la persona a quien otra le ha confesado que cometerá un delito; b) la persona que presencia la ejecución de un delito; c) la persona a quien otra le confiesa que ha cometido un delito; d) la persona a quien otra le propone participar en una empresa delictiva; e) la persona a quien otra la amenaza con cometerle un delito, y f) la persona que toma conocimiento de que otro u otros están por cometer o han cometido un delito. En todos estos casos el ciudadano toma conocimiento o es víctima de la actividad delictiva. Se advierte que en todos los supuestos la persona tiene una comunicación con el delincuente, por cualquier medio que sea, telefónico o personal. Y aquí es donde debemos poner especial énfasis en que nada obsta a que, en tales circunstancias más allá de sus propias percepciones, la persona procure munirse de pruebas, utilizando de manera oculta para ello cualquiera de los medios técnicos…", *más o menos sofisticados, que tuviera a su alcance y disposición (JAUCHEN, Eduardo M., "Tratado de las Prueba en Materia Criminal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 214).*

VII La *regla de exclusión* en la Jurisprudencia Comparada[79]

A) Reseñas jurisprudenciales

Estados Unidos de Norteamérica

1 Por imperio de la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en término generales, no puede admitirse judicialmente la prueba obtenida en violación a dicha enmienda[80]. La regla así gestada tiende a preservar la vigencia de la garantía a través de un ***acto disuasorio*** (de la violación de la misma) y *no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada (CS EE.UU., "United States vs. Janis", 1976).*

2 *"Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir, y, por lo que a mí concierne,* ***prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno****" (CS, EE.UU., "Olmstead vs. United States" (1928), voto en disidencia del Juez Oliver Wendell Holmes).*

En términos generales, la común proscripción de la prueba obtenida por los particulares de manera oculta o subrepticia (al margen, incluso, de la cuestión atinente a la "licitud o ilicitud de la prueba" así adquirida) descansa en dos argumentos centrales: 1º) en primer lugar, en el derecho que tienen las personas afectadas a que se respete su intimidad *y a la protección jurídica que merece su derecho a contar con una "razonable expectativa de privacidad", sustraída, como tal, a toda forma de publicidad y a la acción o al conocimiento de terceros; 2º) en segundo lugar, la inmunidad constitucional de la autoincriminación coacta, engañosa o involuntaria (*Nemo tenetur se ipsum accusare*). Sin embargo, como bien se ha advertido, el sujeto que es filmado, grabado o fotografiado mientras comete o intenta cometer un delito no puede alegar razonablemente su derecho a la intimidad a fin de ampararse en la garantía constitucional protectoria de la privacidad de las personas, desde que con su accionar delictivo está* perjudicando a terceros y alterando el orden público *(principios de exterioridad, legalidad y lesividad u ofensividad). Ello es así, porque: a) el delincuente no actúa en ejercicio de su derecho a la intimidad ni podría ampararse en ella; b) está de por medio el "orden público" y la "seguridad jurídica"; c) quien confiesa a otra persona sus actividades ilícitas renuncia a una "razonable expectativa de privacidad", asume conscientemente un riesgo y se expone libre y voluntariamente a que su interlocutor pueda luego delatarlo; d) lo dicho no cambia por el hecho de que el interlocutor, además de escuchar personalmente al delincuente confesante, esté grabando o filmando ocultamente el diálogo; e) la garantía de la "intimidad" no alcanza al delincuente, quien con su hecho la desborda e invalida; f) el particular que frente a un hecho delictivo actúa personalmente obteniendo pruebas en forma oculta obra en "Legítima Defensa"; g) frente al principio procesal penal de "libertad probatoria" y en el marco de los argumentos precedentemente enumerados, la ocultación del medio técnico utilizado es irrelevante. (JAUCHEN, Eduardo M., Op. Cit., pp. 216/217).*

De las razones apuntadas, me parecen decisivas las anotadas en los literales a), e), f) y g). En particular, y sin perjuicio de los valiosos argumentos aportados por la doctrina, me parece incuestionable, bajo todo punto de vista, la operatividad justificante de los institutos de la Legítima Defensa *(de la persona y de los bienes del propio defensor o de la persona o bienes de terceros)* y el Estado de Necesidad, *al menos respecto de quien está siendo, en forma actual o inminente, víctima de un delito o testigo circunstancial de una agresión delictiva contra otra persona.*

En síntesis, puede decirse que, a los fines de la adquisición probatoria por parte de los particulares, "oculto" no equivale necesariamente a "ilícito" y que, en definitiva, debe atenderse a las particulares circunstancias de cada caso concreto para decidir acerca de la legitimidad y admisibilidad constitucional de la prueba, resaltando la función niveladora del principio de proporcionalidad (ver, al respecto, lo anotado en las notas nº 75 y 76).

[79] *Las citas y referencias del presente epígrafe fueron tomadas, en su mayoría, de MIDÓN, Marcelo Sebastián, "Pruebas Ilícitas – Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pp. 95 y ss. Todos los resaltados y subrayados me pertenecen y tienden a enfatizar, en cada caso, la idea fundamentadora de la doctrina del fallo. Vale la pena advertir que, lógicamente, a medida que se amplíe la búsqueda de precedentes jurisprudenciales sobre el tópico surgirán, naturalmente, nuevos y más variados argumentos sustentadores de la regla estudiada. Dejo librada la tarea a la iniciativa y a la inquietud intelectual del lector.*

[80] *La IV Enmienda reza:* "No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias, y no se expedirán mandamientos a dicho efecto, a menos que hubiese causa probable, apoyada por juramento o declaración que designe específicamente el lugar que ha de registrarse y las personas u objetos de los cuales haya de apoderarse".

3 *"Mantenemos que toda prueba obtenida mediante registros y ocupaciones con violación de la Constitución* ***es, por la Constitución misma, inadmisible****… Nuestra decisión basada en la razón y la verdad, da al individuo no más que lo que la Constitución garantiza, al funcionario de policía no menos que aquello a lo que la función policial honesta tiene derecho, y, a los Tribunales, esa integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de justicia" (CS, EE.UU., "Mapp vs. Ohio", 1961).*

Canadá

1 *"Cuando un Tribunal llegue a la conclusión de que la prueba fue obtenida de manera que infringió o desconoció derechos o libertades garantizadas por la Carta Magna, la prueba quedará excluida si no se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias,* ***su admisión en el proceso repercutiría en el descrédito de la Administración de Justicia*** *("Therens", 1985, 4, WWR, 286; en igual sentido "Rothman vs. R", 1981, 59, CCC).*

2 *"****La pérdida de prestigio de la Administración de Justicia*** *se produciría por la convalidación de conductas inaceptables de las instancias investigadora y acusadora" ("R. vs. Collins", 1987, 56 CR (3d) 193).*

Inglaterra

1 *"El carácter casuístico de la apreciación de la prueba ilícita, que habrá de ponderar todas las circunstancias concurrentes y los intereses en juego, y más que el perjuicio que su admisión pueda ocasionar al acusado,* ***su negativa repercusión sobre la limpieza del proceso****. Por lo demás, la regla de exclusión se extiende a cualquiera pruebas, y puede ser incluso apreciada de oficio, aunque lo común sea su depuración en virtud de la defensa" (Court of Appeal, "R. vs. Alladice", 1988; en igual sentido: "R. vs. Murphy", 1965, NI 136).*

Italia

1 *"Los actos ejecutados con* ***desprecio de los derechos fundamentales del ciudadano****, no pueden ser aceptados como justificación y fundamento de actos procesales de quien haya padecido aquella actividad constitucionalmente ilegítima" (TC Italiano, Sentencia Nº 34, 06/04/1973).*

España

1 *"Nuestra jurisprudencia ha establecido una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales.* ***La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por la vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución****, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (artículos 24.2 y 14, CE) y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE). (STC 49/96; en idéntico sentido SSTC 114/84; 107/85; 64/86; 80/90 y 85/94).*

2 *"No pueden los órganos judiciales conceder eficacia probatoria a una prueba obtenida ilícitamente. Deben los jueces y tribunales prescindir de la prueba obtenida ilícitamente, dada* ***su nulidad derivada de la vulneración de un derecho fundamental reconocido por la Constitución****" (STC 85/1994).*

3 *"De las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE resulta, además, una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que* ***los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales*** *(…). El* ***derecho a la presunción de inocencia*** *exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues* ***sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria****" (STC 86/1995, 6 junio, F. 2º).*

4 *"la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino* ***como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos****. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión- no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución)" (STC 114/1984, 29 noviembre, F. 2º).*

5 *"tal afectación* (de los derechos fundamentales) *se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales,* ***su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias del proceso*** *(art. 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de* ***la desigualdad de las partes en el juicio*** *(art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual* ***nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido****" (STC 114/1984, 29 noviembre, F. 5º).*

6 *"aunque* ***la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos*** *no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado,* ***expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso*** *(…). La valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las "garantías" propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución) (…) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo" (…) debe considerarse prohibida por la Constitución" (STC 81/1998, 2 abril, F. 2º).*

7 *la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un* ***proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes*** *(arts. 24.2 y 14 CE); y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)" (STC 49/1996, 26 marzo, F. 2º; STC 50/2000, 28 febrero, F. 2º; STC 69/2001, 17 marzo, F. 26º).*

Alemania

1 *"**No es un principio de la ley procesal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio**. Esto tiene como consecuencia que importantes medios, en determinadas circunstancias los únicos para el esclarecimiento de los hechos punibles, quedan inservibles. Sin embargo, esto tiene que ser aceptado" (BGHSt, sentencia del 14/06/60).*

2 *"El objetivo del proceso penal propio de un Estado de Derecho es **proceder contra el inculpado sólo de forma respetuosa con su dignidad humana**, garantizando, por tanto, aquellos derechos y libertades, y respetando su personalidad. La prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona **debe ser excluida con indiferencia de la gravedad de la acusación**" (BGHSt, 14, 358, 365).*

Australia

1 *"Hay que **valorar equilibradamente los intereses** de la sociedad en la aprehensión de los culpables y en su persecución y condena, por una parte y, por otra, el repudio de cualquier conducta o subterfugio procesal que sea contrario al **juego limpio**, o ilegales en el sentido de llevar consigo una naturaleza tal que ofenda los conceptos que importan a **la decencia democrática**" ("R. vs. Dugan", 1984, 2 NSWLR 554).*

Costa Rica

1 *"La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, niega convicción a la probanza lograda ilegítimamente con sustento en que **la investigación de un delito no justifica la comisión de otro para el descubrimiento del primero**, ni el Estado debe utilizar medios por él proscritos para investigar las conductas delictivas que se denuncian como cometidas" (ver Sala Constitucional CSJ de Costa Rica, Fallos: 0319-90; 0465-90; 0013-91; 0280-91; 0540-91; entre otros).*

Argentina

1 *"Otorgar valor al resultado de un delito y apoyar en él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que **compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito**" (CSJN, "Montenegro, Luciano Bernardino", 10/12/81, Fallos 303:1938; en idéntico sentido: CSJN, "Fiorentino, Diego", 27/11/84, Fallos 306:1752).*

2 *"La regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el **derecho al debido proceso** que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional" (CSJN, "Rayford, Reginald y otros", 13/05/86, Fallos: 308:733).*

3 *"No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, pues ello importaría una violación a **las garantías del debido proceso y de defensa en juicio**, que exigen que todo habitante sea sometido a un juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, **partiendo del estado de inocencia**, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir a aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida, tanto objetiva como subjetivamente…" (CSJN, "Gordon, Aníbal y otro", 04/10/88; Fallos, 311:2045).*

4 *"Entre dos intereses fundamentales de la sociedad -su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley, y su interés en **prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de***

***la ley**- ha sido resuelto dando primacía a este último" (CSJN, "Ruiz, Roque", 1987, Fallos, 310:1847).*

5 *"Si bien no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, debe tenerse en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. Ello es así, porque una aplicación errónea de la regla de exclusión puede desviar al proceso de la **búsqueda de la verdad** y torcer injustificadamente **el principio de justicia** que debe primar en todo pronunciamiento judicial" (CSJN, Fallos: 325:3118).*

B) Valoración de conjunto

Del precedente repertorio de doctrina judicial es posible inferir el señalamiento elíptico y genérico de los posibles **fundamentos** que la jurisprudencia comparada le ha asignado a las *exclusiones probatorias*. Con fines analíticos, y sobre la base de la síntesis jurisprudencial delineada, podemos identificarlos y clasificarlos del siguiente modo:

1) ***fundamento ético de la actuación estatal*** [81];
2) ***proceso justo, debido proceso o proceso con todas las garantías*** [82];
3) ***respeto de los derechos fundamentales*** [83];
4) ***derecho a la presunción de inocencia*** [84];
5) ***igualdad de las partes*** [85];
6) ***respeto a la dignidad humana*** [86];
7) ***legalidad de la actividad estatal*** [87];
8) ***defensa en juicio*** [88];
9) ***principio de justicia*** [89].

VIII La *regla de exclusión* en el Nuevo Código Procesal Penal de Salta

El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Salta (Ley Nº 7690) dedica el Título II del Libro II (bajo el epígrafe "Investigación Penal Preparatoria") a la regulación procesal de los "Medios de Prueba". Tras cimentar la **legalidad de la prueba** en la exigencia combinada de su obtención lícita y su incorporación regular al proceso (Art. 281), establece el principio de **libertad probatoria -**tanto respecto de prueba típica cuanto de prueba atípica o innominada- (Art. 282), pone en cabeza de las partes acusadoras la **carga de la prueba -**responsabilidad probatoria de las partes e imposibilidad de que el tribunal disponga de oficio la producción o recepción de prueba- (Art. 283); determina la **responsabilidad probatoria** del Fiscal (Art. 284); precisa las condiciones probatorias de **pertinencia** (por la referencia directa o indirecta de la prueba al objeto de la averiguación y su utilidad para el descubrimiento de la verdad) **y valoración** -según el sistema de la *sana crítica racional*- (Arts. 285 y 286); y precisa las ***exclusiones probatorias*** (Art. 287), las ***técnicas excluidas*** (Art. 288) y la ***documentación inadmisible*** (Art. 289).

---

[81] *Así, en Estados Unidos -a) 1; a) 2; a) 3-, Alemania -f) 1- y Canadá -b) 1 y b) 2-.*
[82] *Así, en Inglaterra -c) 1-, España -e) 7-, Australia -g) 1- y Argentina -i) 2-.*
[83] *Así en España -e) 1; e) 2; e) 3; e) 4 y e) 6-.*
[84] *Así en España -e) 3- y Argentina -i) 3-.*
[85] *Así en España -e) 5 y e) 7-.*
[86] *Así en Alemania -f) 2-.*
[87] *Así en Costa Rica -h) 1- y Argentina -i) 1-.*
[88] *Así en Argentina -i) 3-.*
[89] *Así en Argentina -i) 5-.*

Ya se dijo en su momento que las *exclusiones probatorias* constituyen una regla de garantía de rango constitucional que, como tal, pertenece más al derecho constitucional que al derecho procesal, y que, por ello, gozan de plena operatividad aun en caso de silencio de la legislación procesal, por emanar expresa o implícitamente de la Ley Fundamental del Estado Constitucional de Derecho. También se dijo algo acerca de que el derecho procesal, en general, y el derecho procesal penal, en particular, tienen carácter reglamentario de las garantías constitucionales. En consecuencia, resulta atinado y ajustado a las reglas de formulación e integración procesal-constitucional que las leyes de enjuiciamiento o los códigos de procedimiento prevean de manera expresa el funcionamiento práctico de la regla de exclusión probatoria. Y ello es así, aun cuando lo más aconsejable, desde nuestro punto de vista, es que sean las propias constituciones las que recepten la regla de garantía, sin perjuicio de su ulterior reglamentación procesal.

Lo cierto y concreto es que la nueva ley de enjuiciamiento criminal de Salta regula las *prohibiciones probatorias* en los siguientes términos:

Art. 287 – Exclusiones Probatorias. ***Carece de toda eficacia probatoria***[90] *la* ***actividad cumplida***[91] ***y la prueba obtenida***[92] *que vulnere garantías constitucionales. La invalidez o nulidad de un acto procesal realizado en violación de formas o garantías constitucionales o legales, comprende a la prueba o elementos de convicción que contenga*[93]*; pero* ***no se extenderá a otras pruebas de él derivadas***[94] *que no sean consecuencia necesaria, inmediata y exclusiva de la infracción y a las que, en razón de su existencia material, se hubiera podido acceder por otros medios* [95].

---

[90] *Es el "efecto" típico, la consecuencia específica y concreta de las* exclusiones o prohibiciones probatorias. *Como ya se anticipara, en el derecho argentino corresponde construir la* regla de exclusión *combinando los aspectos más relevantes de los dos sistemas imperantes en la materia: a) angloamericano: "exclusión material" de la prueba del seno del proceso; b) continental-europeo: "prohibición de valoración, consideración y/o aprovechamiento procesal y epistemológico" de la prueba cuestionada. Por ello, en nuestro derecho corresponde hacer ambas cosas: excluir la prueba del proceso (sacarla, extirparla del proceso) a fin de impedir su valoración o consideración epistemológica y procesal (prohibición de valoración).*

Asimismo, cabe decir que tal efecto compuesto o binario (exclusión-inaprovechabilidad procesal o invalorabilidad) tiene eficacia ultra-activa o "praeter processum", es decir, más allá de los limitados confines del concreto proceso en que se aplique y declare la regla. Ello es así, por el principio de unidad del ordenamiento jurídico *(y sus postulados derivados de "antijuridicidad material y objetiva") y por los principios que sustentan constitucionalmente a la garantía (*dignidad humana, debido proceso, defensa en juicio, inocencia, legalidad y proporcionalidad*). En consecuencia, la "prueba inconstitucional excluida y prohibida" no puede hacerse valer "nunca más" en ninguna otra instancia judicial o extrajudicial, pues queda extirpada para siempre del "mundo jurídico"; vale decir que no podrá rendir frutos en ningún tipo de proceso judicial, de cualquier fuero que sea (penal, civil, comercial, laboral, administrativo, etc.), como tampoco podrá tener virtualidad jurídica en un procedimiento administrativo o, incluso, en el seno disciplinario-laboral de una entidad de derecho privado.*

[91] *Tal enunciado de extrema laxitud comprende, a mi modo de ver, a las llamadas* ***Medidas de Investigación*** *(que tienen carácter "pre-probatorio" o preparatorio respecto de la prueba propiamente dicha) y que son* "**aquellos actos de averiguación tendientes a orientar una pesquisa, obtener una hipótesis delictiva o conseguir elementos de prueba** (p. ej: búsqueda de testigos), actividad que, de tener un resultado positivo (encontrar testigos que conozcan sobre el hecho), podrá derivar en obtención de elementos de prueba (dichos del testigo) que se introducirán al proceso a través de un medio de prueba específico (la testimonial). De esta manera las medidas de investigación son previas a la obtención de evidencia (…)…las medidas de investigación son, en muchos casos, instrumentales respecto de la prueba, pero en sí mismas carecen de autonomía para fundar un conocimiento cierto o probable, por lo cual**, no pueden considerarse prueba en sentido estricto** *(HAIRABEDIÁN, Maximiliano – GORGAS, María de los Milagros, "Cuestiones prácticas sobre la investigación penal", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 60; los resaltados me pertenecen).*

[92] *Se refiere a la "prueba" en el momento genésico de su "obtención, adquisición o recopilación" (antes de su "incorporación" al proceso), que es aquél en el cual rige el principio de* legalidad sustancial *(ver lo tratado en pp. 15, 16 y 17 de este trabajo).*

[93] *Sienta la pauta de* **"invalorabilidad, inutilidad e inaprovechabilidad"** *de la prueba ineficaz.*

[94] *Fija el principio de "inextensibilidad de la prueba ilícita".*

[95] *Alude implícitamente a la* ***doctrina de los*** **frutos del árbol venenoso** *(como extensión de la regla de exclusión:* "…no se extenderá a otras pruebas de él derivadas que no sean consecuencia necesaria, inmediata y exclusiva de la infracción…" *-de modo que si son consecuencia necesaria, inmediata y exclusiva de la infracción son, efectivamente, "frutos" del árbol venenoso y resultan alcanzados por la mentada ineficacia probatoria)* ***y a la***

Luego, el CPP reafirma la garantía del *nemo tenetur* al vedar cualquier atentado contra la libertad de autodeterminación consciente del imputado y declarar inadmisible toda técnica que permita la ***intromisión*** *en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y archivos privados*, disponiendo la necesaria imposición de tales medidas por orden judicial (Art. 288: Técnicas Excluidas).

El Art. 289 sienta que las imágenes, grabaciones o registraciones obtenidas por las partes a partir de una "intromisión" de las señaladas, *"no podrán ser incorporadas a la IPP".*

De la precitada norma y del Art. 285 del CPP (Prueba Pertinente: Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un ***medio prohibido***) surge que el código opta generalmente por la sanción de **inadmisibilidad de la prueba ilícita** y que erige a la **inviolabilidad de la intimidad** como criterio o condición de admisibilidad de la prueba.

IX Conclusiones

1 En estas líneas epilogales pretendo solamente esbozar algunas breves reflexiones finales con el objeto de integrar el desarrollo conceptual esencial de este modesto trabajo en unas pocas ideas directrices, a fin de no incurrir en una hastiosa y estéril reiteración de axiomas y principios ya tratados.

A partir de una adecuada interrelación de las funciones primordiales que cumple la prueba en el proceso penal con los postulados probatorios más importantes que analizáramos tan someramente, es posible concluir que la *verdad procesal o forense* representa la mejor aproximación "posible" a la *verdad real o histórica*, entendiendo tal "factibilidad reconstructiva" no sólo desde un punto de vista material-empírico-experimental, sino, antes bien, incluyendo en esta idea de *posibilidad* a los impedimentos constitucionales que obstaculizan legítimamente el descubrimiento de la verdad en el proceso penal. Es que en el Estado Constitucional de Derecho la verdad debe ser, antes que *verdadera*, "legal" (en un sentido "sustancial", no meramente formal); es por ello que la obtención de la evidencia debe procurarse y lograrse en un marco de *estricta legalidad* y de respeto por los derechos fundamentales y las garantías constitucionales (*estricta eticidad*). Siempre y en todo caso, debe rendirse admirado y perenne homenaje a la sacralidad ontológica de la persona humana y a sus atributos connaturales; en esto consiste lo que podríamos llamar la *deontología probatoria y procesal* (como parte especializada de la "deontología jurídica") que da vida lógica y gnoseológica a la idea de "prohibición probatoria".

Por ello, es importante destacar el rango garantista y meta-procesal de las *exclusiones probatorias* y de su eficacia refleja, a efectos de que operen como verdaderas garantías de la legalidad y legitimidad constitucional del proceso y de toda actuación estatal que afecte, altere o restrinja de cualquier modo derechos subjetivos.

En esa noción de dignidad humana se asienta el *principio de inocencia* y su corolario inseparable: la máxima *in dubio pro reo*. Ambos postulados deben iluminar siempre todo estado y grado del proceso penal y todo estadio de la labor científica, académica y dogmática, para reforzar y potenciar la concepción liberal del derecho penal y contrarrestar el creciente avance expansivo del *derecho penal y procesal penal del "enemigo"*. En esta última corriente del pensamiento penal parece resurgir con nuevos ímpetus el espíritu antropológica y sociológicamente renegado y pesimista que pervive en el célebre aforismo hobbesiano: *"el hombre es lobo del hombre…".*

2 A partir de una concienzuda y convincente toma de postura respecto de la naturaleza jurídica de las *prohibiciones probatorias* y de su concreto andamiento práctico-operativo (en el sentido que le hemos dado en esta monografía), resulta imprescindible advertir al lector acerca de la necesidad de velar constantemente y con atenta y diligente precaución por el

---

excepción de la fuente independiente *(en mi opinión: la "excepción" mas seria y admisible desde el punto de vista constitucional)*.

funcionamiento "normal" y adecuado de la *regla de exclusión probatoria* (y de sus *excepciones*), a efectos de prevenir y evitar su invocación antojadiza e irresponsable a los solos fines de sostener mejor una determinada estrategia defensiva o una concreta teoría del caso. En fin, debe rechazarse toda forma de *fraude procesal* o de *abuso del proceso*, evitando la utilización de la regla con fines obstructivos del normal desenvolvimiento procesal.

Algo se ha dicho en esta tesina acerca de la íntima semejanza conceptual y funcional que existe entre las *prohibiciones probatorias* (que son "garantías constitucionales") y las *nulidades* (que son "sanciones procesales"). Permítaseme, entonces, echar mano a la retórica para decir lo que digo a través de la figura insistentemente enfática del *epímone* y coronar "el epílogo de mi *epílogo*" con las palabras admonitorias de Manzini, para hacer, a partir de ellas, una argumentación analógica extensiva a la *regla de exclusión*: ***"Las sanciones de nulidad no son trampas tendidas a la buena fe del juez, del ministerio público y de las partes privadas, como muestran creer ciertos leguleyos de baja esfera…No se juega a las nulidades como a la gallinita ciega…"*** [96].

Siguiendo las enseñanzas del ilustre jurista italiano, afirmo: las *exclusiones probatorias* no son trampas mortales tendidas a la buena fe de las personas en general (cualquiera sea el rol protagónico que cumplan frente a la prueba); no pueden degenerar en meros escollos formalistas a la normal sustanciación de los procedimientos, ni deben ser convertidas en "útil" formulismo burocrático rayano en el más vituperable y censurable *exceso ritual manifiesto.*

3 Fundado en el convencimiento de que *el saber es un fenómeno eminentemente social* y esperanzado en que estas humildes líneas puedan motivar la reflexión crítica que aviva la curiosidad intelectual genésica del auténtico conocimiento, deseo que mi aporte sea un eslabón más en la interminable cadena de la ciencia jurídica. Como bien se ha dicho: *"Un buen trabajo dogmático es aquel que nos presenta ideas que nos obligan a pensar. Son ideas que estimulan nuevas ideas.* ***Se puede coincidir o no con el autor; ello es cuestión menor, lo importante es la irrepetible aventura del pensamiento****. Tenemos que acostumbrarnos a disentir, a pensar sin cadenas. Las uniformidades en el campo científico sólo conducen a repeticiones inútiles, a producciones mediocres; los avances son obra del pensamiento libre, creativo"*[97]*.*

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AROCENA, Gustavo Alberto – BALCARCE, Fabián Ignacio – CESANO, José Daniel, "Prueba en materia penal", Buenos Aires, Astrea, 2009.

ASENCIO MELLADO, José María, "Prueba Ilícita: declaración y efectos", en "Problemas actuales de la justicia penal", obra colectiva dirigida por Nicolás González-Cuellar Serrano y coordinada por Ágata M. Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo, Madrid, Colex, 2013.

BACIGALUPO, Enrique, "El debido proceso penal", Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", Buenos Aires, LA LEY, 2010, T. II.

BELING, Ernst, "Derecho Procesal Penal", traducción de Miguel Fenech, Buenos Aires, DIN, 2000.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio – PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, "Derecho Penal y Constitución", en la obra colectiva "Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal", Madrid, Iustel, 2010, t. I -Introducción al Derecho Penal-.

---

[96] *MANZINI, Vincenzo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1952, T. III, p. 102.*

[97] *PESSOA, Nelson R, en Prólogo al libro "La revisión en materia procesal penal", de AROCENA, Gustavo A. y BALCARCE, Fabián I., Ed. Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 18; con remarcado propio.*

BETTIOL, Giuseppe, “Instituciones de Derecho Penal y Procesal”, traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Barcelona, BOSCH, 1977.
BIDART CÁMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, Buenos Aires, EDIAR, 1969, T. II.
CAFFERATA NORES, José I. – HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “La Prueba en el Proceso Penal”, Buenos Aires, ABELEDO PERROT, 2011.
CAFFERATA NORES, José I. – TARDITTI, Aída, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado”, Córdoba, Mediterránea, 2003, T. I.
CAFFERATA NORES, José I., “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l. y CELS, Buenos Aires, 2011.
CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, EDIAR, 1960, T. I.
CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., “Derecho Procesal”, Buenos Aires, Depalma, 1983, T. II.
CORDERO, Franco, “Procedimiento Penal”, traducción de Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá – Colombia, TEMIS, 2000, T. I.
DÍAZ CANTÓN, Fernando, “Exclusión de la Prueba obtenida por medios ilícitos”, trabajo publicado en “Nueva Doctrina Penal 1999/A”, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1999.
ELLERO, Pietro, “De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal”, traducción de Adolfo Posada, Madrid, REUS S.A., 1980.
FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Madrid, Trotta, 2005.
FLORIÁN, Eugenio, “De las Pruebas Penales”, traducción de Jorge Guerrero, Bogotá, TEMIS, 1976, T. I.
FLORIÁN, Eugenio, “Elementos de Derecho Procesal Penal”, traducción de L. Prieto Castro, Barcelona, BOSCH, 1933.
FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, traducción de Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 2005.
FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, “Lógicas de las Pruebas en Materia Criminal”, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Bogotá, TEMIS, 1978, Vol. I.
GÓMEZ, Claudio Daniel, “Constitución de la Nación Argentina – Comentada – Concordada – Anotada”, Córdoba, Mediterránea, 2007.
HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”, Buenos Aires, AD-HOC, 2010.
HAIRABEDIÁN, Maximiliano – GORGAS, María de los Milagros, “Cuestiones prácticas sobre la investigación penal”, Córdoba, Mediterránea, 2004.
JAUCHEN, Eduardo M., “Derechos del Imputado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
JAUCHEN, Eduardo M., “Tratado de la Prueba en Materia Penal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
MAIER, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, T. I -Fundamentos-.
MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, T. III -Parte General - Actos Procesales-.
MANZINI, Vincenzo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, EJEA, 1952, T. III.
MIR PUIG, Santiago, “Bases Constitucionales del Derecho Penal”, Colección Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales, dirigida por Eduardo Demetrio Crespo y José Ramón Serrano-Piedecasas, nº 1, Madrid, Iustel, 2011.
MIDÓN, Marcelo Sebastián, “Pruebas Ilícitas – Análisis Doctrinario y Jurisprudencial”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005.
MINVIELLE, Beradette, “La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal”, *opúsculos de derecho penal y criminología nº 25*, Córdoba, Lerner, 1987.
MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La Prueba Ilícita: la Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones”, trabajo publicado en “Revista Catalana de Seguretat Pública”, Mayo de 2010.
MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, “Tratado de la Prueba en Materia Criminal”, traducción de Primitivo González del Alba, Buenos Aires, FD - Fabián Di Plácido, 1999.

MORELLO, Mario Augusto, “El proceso justo”, Buenos Aires, LEP, 1994.
PASTOR, Daniel, “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, obra colectiva publicada en Homenaje a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Lerner, 2001.
PESSOA, Nelson R, en Prólogo al libro “La revisión en materia procesal penal”, de AROCENA, Gustavo A. y BALCARCE, Fabián I., Córdoba, Mediterránea, 2005.
ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2000.
SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, en AA.VV., “ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA”, voz “Juicio de Amparo”, T. XVII, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1969.
VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Lerner, 1969, T. I.

MONOGRAFÍAS PREMIADAS EN LAS VI JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE MEDIO AMBIENTE Salta, 4, 5 y 6 de agosto 2011

Mención Especial de la Corte Suprema de Justicia.

El Instituto Derecho por un Planeta Verde destacó el trabajo del Dr. Juan Carlos Fernández, oriundo de la Provincia de Neuquén, sobre "La planificación del uso del agua como garantía del derecho a la salud en su faz individual y colectiva. Participación de la juventud en el procedimiento de planificación".

La monografía seleccionada recibió una distinción especial otorgada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Instituto Derecho por un Planeta seleccionó once de los trabajos presentados en el Concurso de Monografías que serán parte de una publicación especial de la Universidad Católica de Salta.

Además los cuatro más destacados serán publicados por la Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot.

Revista de Derecho Ambiental:

- "Protección formativa de la biodiversidad y su relación con la salud, en especial referencia al proyecto de ley que crea al Servicio de biodiversidad y áreas silvestres protegidas de Chile" Aranda Ortega, Jorge.

- "Calidad de vida: Alimentos, ambiente y salud pública" Gautero, María Emilia.

- "La planificación del uso del agua como garantía del derecho a la salud en su faz individual y colectiva. Participación de la juventud en el procedimiento de planificación" Fernández, Juan Carlos.

- "Refugiados Ambientales" Xamena Zárate de Canavoso, Claudina del Valle.

- "Antenas de Telefonía: ¿Una nueva industria contaminante como la del tabaco?" Aliciardi, María Belén.

En esta obra se publican los arriba nombrados.

LA PLANIFICACIÓN DEL USO DEL AGUA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD EN SU FAZ INDIVIDUAL Y COLECTIVA

Participación de la juventud en el procedimiento de planificación

Autor: **Juan Carlos Fernández**
Teléfono: 0299-155088474
Dirección: Diagonal 9 de Julio 43 – Piso 1- Neuquén (8300)
Correo electrónico: estudiofb@speedy.com.ar

El autor es abogado por la Universidad Nacional del Comahue. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires (con tesina aprobada y título en trámite). Se encuentra cursando la Especialización en Derecho Ambiental por la Universidad Nacional del Litoral y Maestría en Derecho Ambiental y Urbanístico de la Universidad de Limoges, bajo la dirección de Michel Prieur. Es asistente de docencia en "Derecho de los recursos naturales" en la Universidad Nacional del Comahue. Es integrante del Proyecto de Investigación "DOMINIO Y GESTIÓN DEL RECURSO HÍDRICO EN EL MARCO DEL PARADIGMA DEL DERECHO HUMANO AL AGUA", dirigido por Mg. Elinor Bissig y codirigido por María Graciana Miller, dependiente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

Abstract: La salud, concebida como el más alto nivel posible de bienestar humano, detenta una faz individual y una faz colectiva, enmarcándose en este aspecto como un interés sobre un bien colectivo en el sentido postulado en el caso "Halabi". A efectos de lograr que el recurso hídrico contribuya a satisfacer el derecho a la salud así entendido, e íntimamente relacionado con el aseguramiento de la calidad de vida, resulta necesario asegurar el cumplimiento del deber estatal de planificar la gestión del recurso hídrico, como una derivación del derecho humano al agua. En el proceso planificador la juventud puede realizar aportes novedosos y ser luego el mejor ejecutor del programa que surja de dicho procedimiento.

I.- El derecho a la salud concebido como la mejor calidad de vida posible.

El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud en forma expresa indica que «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»[1], adoptando de ese modo un criterio respecto a la salud humana que lo aleja de la simple medicina reparatoria, aplicable en la presencia de la enfermedad, acercándole fundamentalmente a la consecución de un íntegro estado de bienestar en todas las facetas del ser humano, y acentuando en consecuencia la prevención.

[1] *La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y que entrara en vigor el 7 de abril de 1948.*

Así definido el derecho a la salud en el ámbito internacional, el concepto se asimila notablemente al criterio prevalente en la jurisprudencia y doctrina argentina, en donde se ha sostenido, en relación a los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos en el art. 75 inc 22 CN, que:

"(…) los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4°, inc. 1° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, del art. 24, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3°, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.

Que ese último tratado reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción."[2]

Cabe agregar que el criterio asumido implica distanciarse del prioritario en el ámbito norteamericano o europeo, en donde el concepto "derecho a la atención", "derecho a la prestación", "derecho al cuidado de la salud" denota que los poderes políticos no se comprometen a que la población no se enferme, evitando la instalación del modelo de "derecho a la salud", lo que –según se entiende- excedería los deberes del Estado para con su población.[3]

De la definición vigente en la comunidad internacional y el derecho argentino, podríamos obtener las siguientes conclusiones preliminares:

1.- El concepto adoptado por la comunidad internacional respecto a la salud humana atiende al logro de la plenitud del hombre, en sus facetas física, mental y social, por lo que toda insatisfacción en dichos planos importaría una afectación del derecho a la salud.

2.- Aún utilizando el concepto más restringido de "derecho a la salud", referido a la protección del aspecto físico del cuerpo humano, obliga a enfocar las actitudes (sociales e individuales) en la faz preventiva antes que reparatoria.

3.- En la medida que se propugna la consecución de un completo bienestar físico, mental y social, es claro que la creación o mantenimiento de un ambiente que no genere afecciones negativas a cualquiera de esos tres planos, y que incremente el grado de bienestar en cada uno de ellos, constituye un derecho exigible jurídicamente. Desde este vértice y en tanto se perfila el derecho a la salud como aquél que asegure la más alta calidad de vida posible, genera al decir de calificada doctrina un "derecho a la calidad de vida". [4]

En suma, en este paradigma la satisfacción del derecho a la salud no debe tender primordialmente a la atención de la enfermedad y superación de un previo estado patológico, sino que debe orientarse a lograr el más alto grado posible de la calidad de vida de la persona, asegurándose la existencia de un ambiente adecuado a tal fin.

En íntima relación con lo expuesto, en el sentido de que el deber de protección ambiental que recae sobre el Estado y sobre todos los ciudadanos constituye una de las

---

[2] "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", 24 de octubre de 2000, CSJN, considerandos 17 y 18.

[3] En relación a la distinción entre el derecho a la salud en el derecho argentino, y la distinta posición sustentada en el derecho norteamericano y europeo, véase Iñiguez, Marcelo Daniel, "Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos", Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, pag 80 y sgtes.

[4] Iñiguez, Marcelo Daniel, op. Cit., pag. 141.

prestaciones que tienden a satisfacer el derecho a la salud, también debemos recordar que se ha sostenido que el derecho a la salud tiene una faceta individual y una faceta social.[5]

En efecto, el derecho a la salud se concibe no solo como un derecho humano fundamental de índole individual, sino que también se constituye en un derecho de incidencia colectiva. Esto es, un derecho homogéneo para toda la población, y para cuya exigibilidad detenta legitimación procesal todo afectado.

En este marco, en tanto derecho individual, el derecho a la salud constituiría un derecho de segunda generación, resultándole por ende aplicable la jurisprudencia construida en torno a la satisfacción de los derechos sociales, en cuanto entiende que los mismos resultan de satisfacción progresiva, y conforme lo permitan los recursos económicos o materiales disponibles. Y, en tanto derecho de incidencia colectiva, le serían aplicables los parámetros organizados doctrinaria y jurisprudencialmente para satisfacer los derechos de incidencia colectiva.

II.- El derecho a la salud como derecho individual.

En cuanto derecho humano fundamental individual, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpretando los distintos tratados internacionales integrantes del derecho internacional de los derechos humanos,[6] ha sostenido que:

1. El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.
2. A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional[7], cabe considerar el derecho a la preservación de la salud como comprendido dentro del derecho a la vida.
3. Existe una obligación impostergable por parte de la autoridad pública nacional de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

4.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12 reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción.

5.- Los estados partes se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado, conforme al art. 2°, inc. 1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

---

[5] Iñiguez, Marcelo Daniel op. cit, pag 140 y sgtes. En el mismo sentido Bidart Campos, Germán, "Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1953 y 2003", LL, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2003.

[6] Sistematizamos aquí la posición sustentada por la Corte Suprema in re "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", 24 de octubre de 2000, considerandos 15 y sgtes 16. En igual sentido se ha expedido en "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16986" del 1° de junio de 2000, y otros posteriores.

[7] Se refiere aquí la Corte a las previsiones contenidas en el art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc.2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4°, inc. 1° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, del art. 24, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3°, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

6.- Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, debiendo esforzarse en virtud de la llamada "cláusula federal" para que todas las provincias aseguren efectivamente el derecho a la salud.

En este marco, entonces, podemos válidamente concluir en que el Estado Nacional, y cada una de las provincias, se halla jurídicamente obligada a asegurar la más alta calidad de vida posible, en forma progresiva, a cada uno de sus habitantes, conforme lo habilite los recursos disponibles, y respetando el principio de no regresividad.

III.- El derecho a la salud en su faz colectiva

Desde el otro aspecto, en cuanto derecho de incidencia colectiva, se enfatiza el hecho de que ningún ciudadano puede tener asegurada su salud ante una situación de patología de una población generalizada[8], como tampoco puede desarrollarse plenamente en sus facetas física, mental y social si el grupo humano en que está inserto no lo hace a su vez. Desde este ángulo, entonces, todo ciudadano tiene un interés de incidencia colectiva, que le legitima para requerir al Estado, en sede administrativa o judicial, no solo la adopción de medidas inmediatas para la superación de la etapa aguda de una catástrofe epidémica, sino también la formulación de planes de prevención de la enfermedad y de desarrollo pleno de la persona.

Según entendemos, cuando la Corte Suprema ha manifestado, textualmente, en relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que:

"(…) ese último tratado reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción. ***Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción*** *para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (…)*[9]*,* estaría afrontando el derecho a la salud en su faz colectiva, en cuanto la obligación estatal de formular planes que aseguren la más alta calidad de vida posible, o el derecho a la salud en su integridad, constituye una prestación debida a la comunidad en su conjunto, de modo tal que la satisfacción de dicha obligación lo será con respecto a un grupo comunitario determinado, o directamente no será cumplimiento idóneo de la obligación asumida internacionalmente.

En este acápite, debemos recordar especialmente que el Pacto Internacional aludido, en su art. 12 inc. 2 expresamente indica que a fin de asegurar el derecho al más alto nivel de vida salud posible, los Estados deberán proveer al mejoramiento del medio ambiente.[10]

De ese modo, considerando que la satisfacción del derecho a la salud en su faz colectiva obliga también a crear las condiciones ambientales que aseguren el más pleno desarrollo humano, adquiere especial relevancia la "salud ambiental", que es definida por la misma Organización Mundial de la Salud como *"aquella relacionada con todos los factores*

---

[8] *En el caso por ejemplo de una epidemia de cólera, de gripe A, etc.*

[9] *"Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", 24 de octubre de 2000, CSJN, Considerando 18.*

[10] *Artículo 12.* "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente (…)"

físicos, químicos y biológicos externos de una persona. Es decir, que engloba factores ambientales que podrían incidir en la salud y se basa en la prevención de las enfermedades y en la creación de ambientes propicios para la salud".[11]

En cuanto derecho de incidencia colectiva, serían aplicable al derecho a la salud las categorizaciones jurídicas que provisoriamente –y hasta tanto no sean regulados por el Poder Legislativo- pergeñó la Corte Suprema en el caso "Halabi" respecto a los que denominó "derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos"[12].

Podemos sintetizar la posición de la Corte al respecto, indicando que:

1. En materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

2. Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercitables por su titular individualmente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

3. Que, en segundo lugar, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos son aquellos en los cuales la petición tiene por fin la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

Para contar con la legitimación extraordinaria aludida, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

En cuanto resulta pertinente para este trabajo, destacamos que la faz colectiva del derecho a la salud, en cuanto legitima a todo afectado a exigir la implementación de planes y programas que aseguren el más alto nivel de salud física y mental posible, se encuadraría en los cánones pergeñados por la Corte para la categoría de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos.

Debemos destacar que en el considerando 13 de este fallo se alude a la salud como un derecho que podría generar un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos –no referente a derechos colectivos-, pero entendemos que en dicho acápite la Corte se estaría refiriendo al derecho a la salud en su faz individual, pero en tanto derecho colectivo en el sentido expuesto en el presente trabajo, en cuanto pretendería del Estado la implementación y gestión de planes adecuados que garanticen plenamente la salud y el más alto nivel posible de calidad de vida a sus ciudadanos, el constituiría un derecho de incidencia colectiva sobre un bien colectivo.

---

[11] *http://www.who.int/topics/environmental_health/es/. La definición oficial en forma expresa indica que se excluye "*cualquier comportamiento no relacionado con el medio ambiente, así como cualquier comportamiento relacionado con el entorno social y económico y con la genética." *Por nuestra parte entendemos que las condiciones socio-económicas tienen incidencia directa en la salud de las personas: piénsese por ejemplo en las urbanizaciones irregulares, asentadas en zonas aluvionales, y sin provisión de agua potable o servicio de saneamiento, en donde su insuperable situación social genera un entorno ambiental que degrada notablemente la salud y la calidad de vida de sus ocupantes.*

[12] *"Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", CSJN, 24 de febrero de 2009, cons. 9 y sgtes.*

IV.- La protección del medio ambiente a través de la exigibilidad de los derechos humanos fundamentales

Tal como ha sido postulado hasta ahora, la exigibilidad del derecho a la salud llevaría al Estado y a los ciudadanos, como una consecuencia indirecta, a proteger y mejorar el medio ambiente, en tanto la óptima calidad del mismo es requisito de obtención del más alto nivel de salud física posible, en los términos previstos en la normativa internacional, especialmente el art. 12.2 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

En este sentido, y como relevante antecedente histórico, no debemos olvidar el proceso vivido en el ámbito del Consejo de Europa, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos arribó a la protección del medio ambiente, a partir de reclamos basados en violaciones de determinados derechos humanos fundamentales. En otros términos, en aquellos sistemas de protección regional o internacional de derechos humanos en que aún no se había reconocido convencionalmente el derecho humano al medio ambiente, los demás derechos humanos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- que sí estaban reconocidos sirvieron de base para incluir situaciones de desprotección del derecho al medio ambiente dentro del sistema de protección del régimen de los derechos humanos.

Historiando la jurisprudencia del TEDH se advierte la paulatina consolidación de esta tendencia. Así, en "Powell y Rainer vs. Reino Unido"[13], se reconoce que el ruido provocado por los aviones en una zona cercana a un aeropuerto viola el derecho a la privacidad reconocido en el art. 8 CEDH[14], aunque en el caso particular consideró el Tribunal que el Gobierno había adoptado medidas que impedían la condena requerida, aplicando básicamente un principio de "balance de intereses". Por el mismo tema, posteriormente la Gran Sala del TEDH, en el caso "Hatton y otros vs. Reino Unido"[15], decidió que los demandantes habían efectivamente sufrido un perjuicio en su salud e intimidad violatorios del art. 8 CEDH, pero que sin embargo la existencia del previo derecho de participación ciudadana en el procedimiento de toma de decisiones públicas y la consideración del interés publico habilitaba al rechazo de la demanda. Como se ve, se utilizó otro derecho fundamental, cual es la participación ciudadana en el procedimiento previo de toma de decisiones, para justificar la limitación del derecho regulado en el art. 8.1 CEDH.

En la misma línea en "Moreno Gómez vs. España"[16], el TEDH consideró que constituye una violación a la intimidad resguardada por el art. 8.1 CEDH la afectación del tranquilo disfrute del hogar por las intromisiones derivadas de los ruidos, inmisiones, olores y otras formas de interferencia.

En el caso "Borysiewickz vs. Polonia"[17], se presentaba el caso de un vecino que reclamaba por el ruido generado por una sastrería vecina. Si bien el TEDH negó en el caso concreto la violación al derecho a la intimidad protegido por el art. 8.1 CEDH habida cuenta de la índole menor de las molestias generadas por el ruido, sí condenó al país demandado por haber violado la garantía de un plazo razonable para solucionar el conflicto en sede nacional. Se demuestra aquí cómo el aseguramiento de un adecuado procedimiento administrativo y judicial constituye un derecho humano cuya protección constituye un reaseguro para el derecho al medio ambiente.

---

[13] Caso 9310/1981, sentencia del 23/12/1990.

[14] Art. 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar:

1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2.- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

[15] Caso 36022/1997, sentencia del 08/05/2003

[16] Caso 4143/2002, sentencia de 16/2/2005

[17] Caso 71146/2001, sentencia de 1/10/2008

En el caso "Guerra vs. Italia"[18], los actores reclamaron en relación a una planta de fertilizantes, porque las autoridades habrían incumplido su obligación de asegurar que los ciudadanos estuvieran informados de los riesgos ambientales. En el caso, el TEDH estimó que podría haberse generado una violación del derecho a la intimidad previsto en el art. 8.1 CEDH pero no una afectación al derecho a la información habida cuenta de que este derecho solo prohíbe al Gobierno restringir información disponible o interferir en el acceso a ella, pero no obliga a generar información previamente inexistente, lo cual –según el TEDH- reclamaban los demandantes. Se observa en este caso la vinculación entre el derecho al acceso a la información y el aseguramiento del derecho a un medio ambiente adecuado.[19]

En el caso "Giacomelli vs. Italia"[20] el TEDH también encontró afectado el derecho a la intimidad garantizado en el art. 8.1 CEDH en la medida que la demandante había debido convivir durante varios años con una fuente de contaminación como era una planta de tratamiento de residuos especiales, aunque no se hubiera afectado en concreto su derecho a la salud, enfatizando especialmente que existe una obligación de realizar el Estudio de Impacto Ambiental en forma previa a la instalación de la actividad presuntamente afectante del medio ambiente. De este modo, un instrumento básico de la gestión ambiental cual es el EIA ingresa como un elemento configurante del disfrute del derecho al medio ambiente. Por otra parte, el fallo es oportuno para recordar que si bien la protección del derecho a la salud y a la vida configuraría un punto de inicio elemental para asegurar el reconocimiento del derecho al medio ambiente, aún en los casos en que aquellos derechos no fuesen conculcados, de todos modos existiría una violación de un derecho fundamental si la actividad fuere perniciosa y afectase la intimidad de la persona. Cabe recordar que este criterio de considerar afectado el derecho al ambiente sin que existiera conculcación del derecho a la salud o a la vida, había sido ya planteado en "López Ostra vs. España".[21]

Resulta también relevante considerar la responsabilidad que cabe al Estado no ya por instar o tolerar actividades antropógenas riesgosas, sino por la pasividad ante el acaecimiento de desastres naturales. En el caso "Budayeva vs. Rusia"[22], el TEDH entendió que la falta de adopción adecuada de medidas de planificación territorial por parte del gobierno ruso, cuya omisión permitió que un alud de barro matara a varias personas constituye una violación de derechos humanos.

Otro aspecto importante a considerar es la actuación del Estado frente a los asentamientos urbanos precarios cuya tolerancia implica una violación no solo de los derechos económicos y sociales de quienes se mantienen en dicha situación de precariedad sin lograr alcanzar un nivel digno de protección en cuanto a vivienda adecuada, salud, alimentación, etc., sino también muchas veces para los ciudadanos colindantes que ven afectado su derecho de propiedad –cuando el asentamiento es sobre terrenos de propiedad privada- o su derecho a la intimidad –cuando el asentamiento produce molestias intolerables en su vida privada a raíz de la cercanía e inadecuada configuración del asentamiento-. En "Surugu vs. Rumania"[23] se consideró conculcado el derecho a la intimidad protegido por el art. 8.1 CEDH del vecino respecto al cual el Estado había permitido a terceros asentarse en un terreno colindante a su vivienda. Y en "Oneryldz vs. Turquía"[24] se entendió que el gobierno turco había violado el derecho a la intimidad de los ocupantes irregulares de una zona cercana a un basural –por cuyas emanaciones de metano se produjo una explosión que ocasionó varias muertes- al regularizarlos y permitirles continuar en dichas condiciones

---

[18] Caso 116/1996, sentencia del 19/2/1998

[19] En "Tatar vs. Rumania" caso 67021/2001, sentencia de 27/1/2009, también se discutió la aplicación del principio de información adecuada, en este caso respecto a la actividad riesgosa de una mina de oro, dando lugar ahora sí a la condena de Rumania por violación de este derecho.

[20] Caso 59909/2000, sentencia 2/11/2006,

[21] Caso 48995/1999, sentencia del 10/11/2004

[22] Caso 15339/2002, sentencia de 29/9/2008

[23] Caso 48995/1999, sentencia de 10/11/2004

[24] Caso 489393/1999, sentencia de 10/11/2004

insalubres de vida, tolerando dicha situación, estimando también que en el caso concreto se había violado el derecho a la vida protegido en el art. 2 CEDH.

Este último caso reviste particular importancia, pues demuestra cómo la invocación de incumplimiento de la plataforma de derechos económicos, sociales y culturales –en particular, derecho a la vivienda digna, pero con un criterio extensible a todos los derechos de segunda generación- puede considerarse un camino para lograr el aseguramiento del derecho al medio ambiente.

En virtud de lo expuesto, advertimos cómo en el sistema de derechos humanos europeo el goce de un medio ambiente adecuado se aseguró jurisdiccionalmente a partir de la satisfacción de otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la participación pública, a la planificación y a la propiedad.

V.- Particularización del efecto del agua sobre la salud

El recurso hídrico ha tenido desde los albores de la humanidad definitoria importancia para la supervivencia de la especie humana -enfatizándose así el aspecto más estricto de la salud como derivado del derecho a la vida-, y también para su desarrollo, con decisiva importancia en el aspecto agrícola e industrial, y en la conformación de la vida urbana.

Sin embargo, tradicionalmente se ha tomado al recurso hídrico como un bien infinito, y se han enfocado los temas relativos a la política hídrica desde el punto de vista de una oferta de agua ilimitada con imposibilidades de infraestructura suficiente para su captación, transporte y distribución. En este paradigma, es comprensible entonces que fueran los ingenieros quienes "ejecutaran el espíritu de la época" mediante la implementación de cada vez mayores artificios tendientes a acercar el agua en cantidad y calidad adecuadas al centro de consumo, o efectivización de embalses para generación hidroeléctrica.

Podríamos considerar que esta etapa histórica abarca desde los mismos inicios de la historia escrita, pues nos refiramos a los acueductos romanos, a los programas hidrológicos de trasvases de cuencas en España en la actualidad, o a la pretensión vigente de conformar importantes represas artificiales desviando y encerrando aguas en la Patagonia chilena, es claro que en la base de la obra ingenieril se asienta la misma filosofía social.[25]

Sin embargo, entendemos que dicho paradigma, sino está llegando a su fin, al menos presenta graves problemas operativos que le obligan a reformular sus bases filosóficas, de un lado, y a reanalizar sus programas de acción de otro, en la medida que no pareciera ya que el agua es un recurso infinito, cuya oferta solo se ve limitada por la inexistencia de suficiente tecnología con capacidad de captarla, purificarla, transportarla y distribuirla.

En este marco, advertimos una primer serie de problemas que se refieren a la cantidad y calidad de agua realmente disponible. La escasez del recurso hídrico, o la inadecuada calidad de la misma, afecta sensiblemente la salud, tanto en su faz individual como colectiva.

Sin embargo, existe otro ámbito de la relación del agua con la salud humana, disociada de la comúnmente estudiada influencia de la mala calidad del agua o la falta de provisión de agua potable. Me refiero a los efectos que los desastres hídricos – ya sean completamente naturales como el tsunami japonés que destrozó una planta nuclear y generó un geométrico perjuicio para los humanos y biodiversidad del lugar, ya sean derivados de una obra artificial, como puede ser la ruptura de una represa generadora de hidroelectricidad- pueden causar en la población en la medida que esta población conviva con estos riesgos sin tener conciencia de tal.

---

[25] *Aquella que permitió sostener que* "… al ingeniero le ha tocado dominar a la naturaleza y mucho conviene maltratarla para que no olvide quién es su verdadero dueño", *citado sin indicación de autor en Narcís, Prat "30 años de gestión del agua en Catalunya. De la oferta ilimitada a la sostenibilidad ambiental", en AAVV, "El agua: estudios interdisciplinarios" coordinado por Montoro Chiner, María Jesús, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.*

Es el "agua extrema" relatada por Javier Martín Vide[26], concepto que alude al fenómeno natural hídrico que al sobrepasar los valores habituales de intensidad o presencia se constituye en un "riesgo hídrico". Sin embargo, a diferencia del autor citado, nosotros incorporamos al concepto el "riesgo hídrico" no solo proveniente de un fenómeno natural, sino también el causado por la previa intervención antrópica -por ejemplo, como ya se dijo, al construir represas de generación hidroeléctrica-.

Como se observa, nuestra sistemática arroja cuatro tipos de problemas: la limitación de la cantidad de agua para usos competitivos entre sí, la inadecuada calidad del agua en función del uso que se pretende otorgar, el "agua extrema" constitutiva de una catástrofe natural, y el peligro proveniente de una obra humana previa sobre un curso de agua. Sin embargo, la gestión de todos estos problemas se sintetiza, a nuestro juicio, en el concepto de "gestión del riesgo" en una sociedad que ha dejado de ser segura. Desde este enfoque gestionar el agua, es gestionar riesgo.

En prieta síntesis, queremos significar que ya sea por efecto del cambio climático, ya sea por el aumento demográfico, ya sea por inconvenientes pautas de consumo y producción mundial que dificultan enormemente mantener la adecuada calidad del recurso hídrico, nos enfrenta un panorama de posible daño constante[27], y de escasez del agua en cantidad y calidad apropiadas para los distintos usos en competencia, que obliga a los gestores y a la ciudadanía a posicionarse frente al recurso de un modo distinto al tradicional, que consistía en percibir al agua como infinita, siempre saludable y nunca peligrosa[28].

En el estrecho marco de este trabajo resulta imposible profundizar las implicancias jurídicas de lo que pretendemos como una adecuada gestión del recurso hídrico para una "sociedad del riesgo". Sin embargo, perfilando un marco que nos permita atender a las cuatro situaciones con una base unificada, adelantamos que entendemos que existen tres instituciones jurídicas típicas que debieran ser especialmente atendidas para solucionar dichos problemas de gestión.

Dichas instituciones jurídicas son: el dominio, la planificación, y la implementación.

---

[26] Vide, Javier Martín, "Agua extrema: los riesgos y las catástrofes hídricas", en AAVV, "El agua: estudios interdisciplinarios" coordinado por Montoro Chiner, María Jesús, Ed Atelier, Barcelona, 2009.

[27] El "riesgo" no implica la existencia constante de un daño importante, sino el peligro constante de que un daño importante pueda acontecer, lo que modifica totalmente la forma de estar de cada individuo y de la sociedad mundial frente a la vida. En ese sentido, el formulador de la teoría sociológica de la sociedad del riesgo, ha dicho "(…) Así, en muchas decisiones que comportan grandes riesgos no se trata de elegir entre alternativas seguras y alternativas arriesgadas, sino entre varias alternativas arriesgadas (…) En la Edad Media la enfermedad y la muerte prematura amenazaban a los individuos y sus familias mucho más que hoy, así como las hambrunas y epidemias amenazaban a los colectivos. La semántica del riesgo, sin embargo, vincula desde los inicios de la Edad Moderna a la creciente importancia que han ido adquiriendo la decisión, la inseguridad (…) Las dos caras del riesgo –oportunidad y peligro- se convierten en tema durante la industrialización (…) La categoría del riesgo, pues, expresa el hecho de tener que tratar con la incertidumbre, que, hoy en día, más que superarse gracias a un plus de saber, parece resultar de ese plus de saber." *Beck, Ulrich, "La sociedad del riesgo mundial", Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2008.*

Este marco también resulta extrapolable a la gestión del recurso hídrico, cuando frente a usos competitivos cada vez más demandantes (para extracción minera, para generación hidroeléctrica, para agricultura intensiva, para abastecimiento de una población cada vez mayor) solo se puede elegir entre satisfacer algunos y desechar otros, o cuando existe una calidad de agua que la torna totalmente inadecuada para la recreación (el baño en espacios naturales) o para el consumo, no obstante que ello no se pueda advertir por la vista, el olfato o el sabor.

[28] Sosteniéndose que resulta más apropiado hablar de las "calidades del agua" según el uso que se le pretenda otorgar, se ha dicho que muchas veces el agua potable que se estima apta para consumo humano, puede resultar letal si -resultante de napas subterráneas y con alto contenido de arsénico- es consumida por los bebés con frecuencia, por lo cual el riesgo que en este caso resulta inadvertible para una persona común, es en verdad diferenciado según quien lo consume. En el mismo sentido, el agua resultante del riego por inundación, que escurre con restos de fertilizantes y pesticidas, puede ser letal para la fauna anfibia cercana, sin que resulte nociva para los cultivos mismos. Pero, lo que resulta más contundente, es que aún todo lo que resulta dañoso o directamente letal para el ser humano puede estar oculto en el agua más límpida y transparente, pues como sostenía Pasteur el noventa por ciento de las enfermedades se beben. Para profundizar estos conceptos, véase "La calidad del agua como concepto jurídico", Tarres Vives, Marc, en "El agua: estudios interdisciplinarios" coordinado por Montoro Chiner, María Jesús, Ed Atelier, Barcelona, 2009.

VI.- El dominio del agua en nuestro derecho.

Los bienes que hoy se consideran recursos naturales fueron tradicionalmente considerados "cosas"[29], con los cuales el hombre mantenía una relación de matriz apropiativa. En este aspecto, para el derecho clásico, todo el planeta constituye un gran objeto que puede ser dividido en un sinnúmero de partes susceptibles de apropiación privada, y la normativa jurídica básica se orienta a regular la relación entre cada hombre y cada porción apropiada.[30]

El agua, para el derecho civil es, así, una cosa susceptible de división, apropiación y dominio privado tal como la tierra.[31]

Conforme la normativa del Código Civil el agua es básicamente un bien del dominio público del Estado provincial o nacional –según donde se encuentre-,[32] resultando solo susceptible de dominio privado el agua de lluvia que cae en terreno privado[33], las vertientes que nacen o mueren dentro de una misma heredad[34], y los lagos no navegables[35]. También existe para la dogmática civilista aguas que no tendrían dueño (res nullius), pero que pueden ser apropiadas por los particulares o convertirse en públicas si comienzan a correr por un cauce público.[36]

El postulado sobre cuya base se asienta la normativa civilista, consistente en pretender que el recurso hídrico puede ser diseccionado y encapsulado en diversos tipos regulables en forma totalmente independiente –aguas pluviales, aguas que nacen y mueren en una misma heredad, etc.- no deja de ser sorprendente, pues resulta fácilmente constatable que las aguas no son muchas de distinto tipo, sino que -por el contrario- el hombre vive inmerso en un solo gran ciclo hidrológico, y que a efecto de regularlo conforme a su naturaleza, solo puede tratarlo como un objeto unitario.

El ejemplo más claro de la carencia lógica del sistema normativo, lo constituye la previsión del art. 2350 CCivil, en cuanto determina que constituye dominio privado del particular del terreno el agua de vertiente que nace y muere dentro de su heredad. Recorta el ciclo hidrológico en la fase en que el agua aparece en la superficie de la tierra y luego lo recorta nuevamente en la fase en que el agua ingresa nuevamente a la tierra o se evapora, como si el agua naciera por explosión mágica en un punto de la heredad y muriera también

---

[29] En este sentido, la definición del art. 2311 C.Civil, al sostener que "Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación" resulta paradigmática.

[30] Dicha noción apropiacionista, aunque con importantes relativizaciones, es predicable también respecto al concepto de soberanía de los Estados sobre los recursos naturales existentes en su territorio. Cabe recordar al respecto la doctrina Harmon, creada por el Procurador General de EEUU en el marco de un conflicto por el uso de aguas con México, sosteniendo que el Estado de aguas arriba tiene un dominio absoluto sobre el agua que corre por su territorio, sin que exista obligación jurídica alguna de no dañar al Estado de aguas abajo.

[31] De hecho, la doctrina clásica sobre el derecho de aguas en Argentina, constituida básicamente por la obra de Miguel Marienhoff –quien escribiera su tesis doctoral sobre la materia en 1939- y Alberto Spota – quien publicara su "Tratado de derechos de aguas" en 1941- se basa en un detenido estudio del sistema dominial del agua previsto en la ley positiva. Y resulta especialmente revelador el esfuerzo hecho por Marienhoff por asemejar al agua a un "cuerpo" susceptible de apropiación como cualquier otro bien corpóreo, a pesar de que el Código Civil solo regula el agua en su fase líquida, obviando el agua atmosférica y glacial.

[32] El art. 2340 C.Civil enuncia distintos estadios del agua que considera del dominio público nacional o provincial. Sin embargo, el inciso tercero, al incorporar "toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general" permite que todo otro estadio del agua, aún las concebidas del dominio privado por el Código Civil, pueda ser considerado del dominio público habida cuenta de la escasez actual del sistema hídrico que torna a todo agua especialmente necesario para satisfacer el interés general.

[33] Art. 2635 CCivil

[34] Cfr. art. 2350 y 2637CCivil

[35] Cfr art. 2340 inc 5, a contrario sensu, y 2347 CCivil. Si bien se ha discutido en doctrina la calidad dominal de los lagos no navegables, la Corte Suprema in re "Bea y otros c. Estado Nacional", sentencia de 31 de agosto de 2010, se ha expedido por el carácter de aguas de dominio privado al sostener "Respecto de la propiedad de los lagos no navegables no existe en la ley civil disposición expresa, aun cuando por aplicación de los principios generales de nuestro derecho resulte evidente que ella corresponde al dueño de la tierra en que se ha formado el lago" –considerando octavo-

[36] Art. 2636 CCivil

por explosión mágica en otro punto; cuando la realidad demuestra que ese agua de vertiente proviene de una napa subterránea, que seguramente transcurre por varias heredades, y que ese mismo agua, una vez superada su fase superficial, se incorpora al agua atmosférica o nuevamente subterránea. Esto es, el agua nunca nace o muere en ningún lugar; y el uso que haga el propietario de la heredad mientras transcurra por su predio, tendrá consecuencias –beneficiosas o nocivas- para los demás ciudadanos, cuando el agua se integre nuevamente al ciclo hidrológico.

La disección del recurso hídrico efectuado por el Código Civil se opone frontalmente a la consideración del recurso hídrico como un único bien, esto es, como ciclo hidrológico.

En este aspecto debemos recordar que las posiciones más avanzadas plantean la regulación del recurso hídrico a partir del concepto de ciclo hidrológico como recurso unitario. En este sentido, el Código de Aguas de la provincia de Río Negro[37], diseñado siguiendo el modelo de la Ley de Aguas 29/1985, estipula que *"las aguas, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, sus fuentes, los cauces, lechos, playas y capas hídricas del subsuelo, constituyen un recurso unitario subordinado al interés general"*[38], agregándose a continuación que *"el recurso hídrico constituye un bien del Estado Provincial, concesible incluso al mismo Estado"*[39]

Destacamos que no obstante la clara posición filosófica adoptada por el Código de Aguas rionegrino definiendo que todas las aguas constituyen un recurso unitario, cual es el ciclo hidrológico, el mismo Código mantiene el criterio apropiacionista propio de la dogmática civilista al estipular que *"son aguas del dominio público provincial todas las que se encuentren dentro de sus límites territoriales, incluyendo las correspondientes al mar argentino adyacente, y que no pertenezcan al dominio privado de los particulares o del Estado según el Código Civil"*[40], de donde pareciera surgir una inconsecuencia no solo dogmática, sino filosófica del legislador provincial.

Sin embargo, los antecedentes históricos revelan que la razón de ser de esta última norma resulta totalmente estratégica, y estriba en evitar la posible declaración de inconstitucionalidad a que se expondría la consideración del agua como un único recurso del dominio público, cuando el Código Civil en forma expresa indica que hay "aguas" del dominio privado. En otros términos, y considerando la consolidada jurisprudencia que entiende que la individualización de los bienes que integran el dominio privado y el dominio público corresponde al Código Civil, se estimó adecuado mantener una remisión a las normas civiles reguladoras del dominio sobre el agua, sin perjuicio de definir en forma expresa la consideración del ciclo hidrológico como un recurso unitario a los efectos de la gestión.

Cuadra en esta instancia también destacar que la concepción de que el recurso hídrico constituye un recurso unitario inmersible en el concepto de ciclo hidrológico, implica incluso superar el concepto de gestión por cuenca que impone como presupuesto mínimo de gestión ambiental la ley 25688[41], pues a los efectos de dicha ley solo se acude a la "cuenca hídrica superficial", definiéndola como "la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas"[42], sin perjuicio de que luego se aluda a los estadios atmosféricos y subterráneos del agua, pero que en la sistemática de la ley serían gestionados tomando como unidad ambiental "la cuenca hídrica superficial".

Conforme lo manifestado, se podría provisoriamente entender que correspondería superar el concepto de dominio privado sobre el agua, e imponer al recurso hídrico como

---

[37] *Ley 2952, sancionada el 28/12/1995, promulgada el 05/02/96, publicada en Boletín Oficial 3347/1996.*
[38] *Art. 4 ley 2952*
[39] *Art. 5 ley 2952*
[40] *Art. 2 ley 2952*
[41] *El art. 3 de la ley 25688 de "Régimen de gestión ambiental de aguas" impone a las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso hídrico, considerándola indivisible.*
[42] *Art. 2 ley 25688*

objeto unitario del dominio público estatal, entendiendo ésta como una posibilidad superadora de la primera alternativa.

En esta instancia, y previo a analizar las posibles bondades de la consideración del agua como un bien del dominio público, corresponde enunciar algunos aspectos relevantes de dicho instituto.

Podemos didácticamente clasificar las concepciones existentes respecto al mismo en dos teorías[43]. Una, que denominaremos tesis patrimonialista, define al dominio público a partir del conjunto de bienes que lo conforman, y que al estar afectados a un uso común y directo por toda la comunidad justifica el otorgamiento al Estado, como titular de dicho dominio, de potestades más enérgicas que las propias del dominio privado.

En este esquema, la atribución de los caracteres de inalienabilidad, imprescriptibilidad y autotutela administrativa que caracteriza a los bienes del domino publico, se justifica como potestad para asegurar la permanencia del bien bajo titularidad del Estado y su afectación en uso continuo y efectivo a la comunidad.[44]

La otra teoría, que denominaremos funcionalista, y que ha sido seguida en Argentina por Bielsa y especialmente Salomoni, ha criticado la concepción del dominio público como un verdadero derecho de propiedad sobre las cosas publicas, entendiendo especialmente el segundo que el dominio público constituye una técnica de intervención administrativa –tal como el poder de policía y el servicio público- que habilita al Estado una serie de especiales prerrogativas de poder público para asegurar un fin público, tal como el uso y goce de determinados bienes por parte de toda la comunidad.

Para el profesor Salomoni[45], *"(…) la diferencia sustancial (…) entre la conformación del Estado liberal en Europa y en Argentina radica en que, en nuestro país, la necesidad de construcción del Estado era condición necesaria o presupuesto para la constitución de la Nación, sin otro antecedente histórico que superar o confrontar. De ahí que la tierra pública, el servicio público y cualquier otra institución se configurarán como técnicas de intervención para el logro del progreso desde el momento del nacimiento del Estado. La tierra pública como instrumento del progreso (…)*".

De esta concepción, se deduce para Salomoni que los bienes públicos no constituyen una categoría estática de objetos –como lo es para el criterio patrimonialista- sino un concepto subordinado a los intereses públicos que es necesario satisfacer, como el progreso y la prosperidad de la Nación en la Constitución Nacional; siendo como técnica administrativa un instituto de regulación provincial en el régimen federal argentino.

Existe en la actualidad, una corriente doctrinaria y una consolidada opinión pública que brega por la consideración de la totalidad de las aguas, o del recurso hídrico unitario en nuestra concepción, como un bien del dominio público estatal; lo que a juicio de esta corriente aseguraría una adecuada gestión del recurso hídrico, y la satisfacción del derecho humano al agua y a la salud.

Por nuestra parte, relativizamos la bondad de esta posición. Pues considerando que en la tradición jurídica el concepto de dominio público que primó fue aquél que imponía al Estado como un "dueño" del bien dominial, que en tanto tal tenía potestades para actuar discrecionalmente sobre el uso y afectación del bien, sin una posibilidad profunda del control de la ciudadanía (no dueña) sobre dicho recurso; ello habilitó una desigual distribución del recurso hacia los particulares básicamente a través del instituto de la concesión administrativa, el que se constituyó como un "acto discrecional" de la Administración en la totalidad de las legislaciones que han seguido el derrotero de la ley de Aguas de España de 1866-1879, fuente de todas las leyes de aguas provinciales en nuestro país.

De este modo, a través de la concesión administrativa de usos del agua, otorgable discrecionalmente por la Administración, por plazos sumamente extensos, e incluso bajo el

---

[43] En este punto seguimos básicamente a Martin, Liber, "Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas" Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pag 61 y sgtes

[44] Se incardinan en esta posición, con matices entre ellos, Marienhoff, Spota, Bullrich, Diez, Villegas Basavilbaso, Frías y Botassi.

[45] Salomoni, Jorge "Teoría general de los servicios públicos", Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, pag. 103.

principio de inherencia[46] , se producía en la práctica una privatización del recurso hídrico asimilable a la titularización de las tierras, también en forma discrecional por el Gobierno Nacional, como fruto de la conquista del desierto y el progreso de la Nación en los términos de la teoría de Jorge Salomoni.

En este aspecto, no debemos olvidar que el Alto Valle de Río Negro constituye una particular conformación histórica, producida como consecuencia de la distribución discrecional tanto de la tierra como del agua, luego de construido el sistema de riego artificial que habilita la existencia económica de toda esta zona. Las áreas que, por discrecional decisión estatal, no fueron bendecidas con los proyectos de irrigación quedaron fuera del esquema de progreso y distribución de bienes ideada para la zona.

Lo expuesto basta, a nuestro juicio, para relativizar la posición que entiende que la asunción de la "titularidad dominial" por parte del Estado del recurso hídrico constituye la panacea para asegurar la satisfacción del derecho humano al agua y a la salud en su más amplio sentido, por oposición al dominio privado del mismo.

Aprovechamos también esta instancia para recordar que existen sistemas normativos, como el español y el chileno, que han admitido la existencia de un mercado de aguas, lo que ha sido criticado por la doctrina por entender que el mismo constituiría una inadmisible privatización del recurso hídrico[47].

Sin embargo, las legislaciones aludidas, lo que han implementado estrictamente es la posibilidad para el concesionario de uso de aguas públicas de vender parte de su derecho de concesión cuando el caudal cuyo uso tiene habilitado le resulta excedente. Se entiende que este mecanismo, que recurre a los criterios del mercado para asignar un recurso escaso como es el agua, constituye un medio idóneo para enfrentar la escasez del agua pues el concesionario, motivado por los incentivos económicos propios del mercado, trataría de usar racional y limitadamente su caudal hídrico para obtener ganancias con el comercio de lo no usado.

Sin perjuicio de distintas críticas que eventualmente se pudiese realizar al sistema de mercado y a los incentivos económicos como medios para propender a la utilización racional del agua, en este apartado deseamos enfatizar que este sistema es un derivado de la concepción del agua como un bien del dominio público estatal, por lo que no puede contraponérselo a él, considerando a uno virtuoso y al otro defectuoso.

Por nuestra parte, y por oposición a las categorías jurídicas que considera al agua como un bien objeto del dominio (público o privado), hemos ya sostenido la conveniencia de comenzar a enfocar a los bienes que componen la naturaleza desde un paradigma distinto, al que hemos englobado bajo el concepto de "bienes colectivos" en el marco del "paradigma ambiental".

El paradigma ambiental reconoce como centro de atención –e incluso como sujeto de derechos en algunos casos- a la naturaleza, y prevé la limitación de los derechos individuales en función de "las reglas de la ecología". Parte, así, desde lo colectivo para culminar en lo individual.[48]

La formulación del paradigma ambiental implica la adopción de la teoría de las esferas de Robert Alexy, en cuanto la misma permite establecer supuestos de delimitación de conflictos y reglas de solución, y particularmente de la esfera "social" en que los conflictos se relacionan con bienes públicos, y aquellos actos que el individuo realiza situado

---

[46] El principio de inherencia se prevé en el art. 27 de la ley 2952 de Río Negro –Código de Aguas provincial- en los siguientes términos: "El uso del agua destinada a agricultura se otorgará con carácter de derecho real. Transfiriéndose el predio al que ella sirve pasa con éste al nuevo propietario". En la Provincia de Mendoza, el otro gran ejemplo de creación de una zona agraria gracias a la construcción artificial de un área de riego –además del Alto Valle de Río Negro y Neuquén-, el principio de inherencia tiene rango constitucional, estipulando su art. 188 que "El uso del agua del dominio público de la Provincia es un derecho inherente a los predios, a los cuales se concede en la medida y condiciones determinadas por el Código Civil y leyes locales."

[47] Véase, en este sentido, Pigretti-Bellorio Clavot-Cavalli, "Derecho ambiental de aguas", Gráfica Sur Editora SRL, Buenos Aires, 1 Edición, 2010, pag 25 y sgtes.

[48] Seguimos básicamente en este punto la teoría formulada en Lorenzetti, Ricardo Luis, "Teoría del derecho ambiental", 1 Edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

en la acción colectiva. En estos casos los derechos subjetivos deben interpretarse de modo tal que no conspiren contra la integridad de tales bienes. La esfera social adquiere prevalencia respecto a la esfera privada, en la medida que la multiplicidad de derechos individuales debe coordinarse de manera tal que se orienten a la preservación del bien colectivo.[49]

Los conflictos que impliquen pretensiones individuales contra un bien colectivo deben resolverse dentro de los parámetros de la esfera social, la que adquiere entonces primacía en el caso concreto respecto a la privada. Todo derecho individual debe ser ejercido con función social, o –en la especie que nos ocupa- con función ambiental.

En este marco, el bien colectivo se sitúa en la esfera social. A diferencia de la tradición jurídica occidental, donde los bienes se regulaban y clasificaban por su pertenencia al dominio público o privado, el bien colectivo no es susceptible de apropiación particularizada y en consecuencia no puede ser incorporado en aquellas categorías.

El bien colectivo presenta, entre otros, los siguientes caracteres: Indivisibilidad de los beneficios y del bien entre quienes lo utilizan, Uso común y sustentable, No exclusión de beneficiarios; y genera según Lorenzetti un sistema de limitación de los derechos individuales, lo que implica "un cambio importantísimo en la cultura de los derechos humanos".

Este paradigma contribuye a generar entonces deberes de protección de los bienes colectivos y limitación de los derechos individuales.

En suma, concebir el recurso hídrico como un "bien colectivo" y no como un mero bien del dominio público del Estado concesible discrecionalmente a los particulares, implica superar profundamente el criterio apropiacionista que históricamente ha tenido la relación del hombre con la naturaleza. Este marco teórico, aunado a la consideración del recurso hídrico como un objeto único constitutivo del ciclo hidrológico, habilita mejores posibilidades para la satisfacción del derecho humano al agua y el derecho a la salud, concebido como el más alto nivel de vida posible.

VII.- La gestión del agua a través de la planificación

Si el derecho a la salud detenta una faceta individual, dirigida no solo a la superación de la enfermedad, sino también al logro de la más alta calidad de vida posible; y también una faceta social, enfocada a asegurar que la población cuente con posibilidades de desarrollo conforme a sus más altas potencialidades, la gestión del recurso hídrico como bien colectivo solo podrá ser adecuada a dicha satisfacción si se efectiviza dentro del marco de un programa o plan previo.

Recordemos que en el actual sistema jurídico, existe una prevalencia jerárquica del ordenamiento internacional de los derechos humanos, por lo que toda actuación administrativa, incluida la relativa a la gestión del recurso hídrico debe estar enderezada a asegurar la satisfacción de los derechos humanos, en su mínimo indisponible.

En este marco, aún en el sistema normativo vigente que considera al agua básicamente como un bien de patrimonio del Estado, éste solo podrá gestionarla con adecuación jurídica, si detenta como télesis la pretensión de satisfacer el derecho humano al agua y a la salud.

Las implicancias del derecho humano al agua han sido descriptas en la Observación General Nro 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales[50], habiéndose

---

[49] La postulación de la teoría de las esferas íntima, privada y social implica también una importantísima relativización de la dicotomía tradicional entre derecho público – derecho privado, pues cada una de las tres esferas analizadas como base de la resolución de conflictos sociales en verdad incorporaría elementos de ambas "ramas" tradicionales del derecho, diluyéndolas en consecuencia.

[50] Observación general 15, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (art. 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002).

expedido más tarde la Asamblea General de las Naciones Unidas declarando la existencia del "derecho humano al agua y al saneamiento"[51].

Por nuestra parte, y en el limitado ámbito de nuestro trabajo, queremos enfatizar un aspecto que el Comité ha indicado en la Observación General 15 como derivado de la prestación del derecho humano al agua, y que es el deber de "planificación estatal".

En dicha Observación General, en el considerando 28 y bajo el título de "Obligaciones legales específicas" (para los Estados), se indica que *"Los Estados Partes deben* ***adoptar estrategias y programas amplios e integrados*** *para velar por que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y esos programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos; c) vigilancia de las reservas de agua; d) seguridad de que los proyectos de desarrollo no obstaculicen el acceso al agua potable; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución; h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia; e i) creación de instituciones competentes y establecimiento de disposiciones institucionales apropiadas para aplicar las estrategias y los programas."*

Conforme lo ha entendido el Comité, existe una obligación de fuente jurídica internacional para el Estado de planificar. Este reconocimiento jurídico detenta relevante importancia en la medida que otorga a todo ciudadano legitimación para requerir al Estado el establecimiento de programas de uso y gestión adecuados del recurso hídrico que aseguren –como surge del enunciado de la misma observación- la superación de la insuficiente cantidad de agua, de su insuficiente calidad, derivada especialmente de la contaminación, como también respuestas idóneas ante las situaciones de emergencia que hemos denominado más arriba "agua extrema".

A partir del reconocimiento de esta obligación estatal, encontramos importantísimas limitaciones para la actuación estatal que no asegure una gestión del recurso hídrico imbricado en la satisfacción del derecho a la salud.

En primer lugar, que el Estado está obligado a planificar, de modo tal que si todo ciudadano tiene derecho a la planificación estatal, destinada a asegurar que cada habitante oportunamente va a tener satisfecho su derecho al agua y a la salud –inicialmente en su grado mínimo indisponible y luego progresivamente conforme a los recursos materiales y económicos existentes-, tal Estado estaría inhabilitado jurídicamente para disponer del recurso hídrico sin un previo marco programático. En otros términos, el carácter discrecional de las asignaciones a otorgar al agua, resultaría antijurídico en el actual sistema internacional de derechos humanos, y el Estado no podría otorgar mayores potestades de uso hasta tanto no cuente con un plan que demuestre a toda la comunidad la ubicación correcta del acto particular de administración del bien dentro de un programa mayor.

En segundo lugar, en el procedimiento de elaboración de dicho plan, en el marco del derecho argentino, debe asegurarse el derecho a la participación ciudadana, al menos en los términos previstos en la ley general del ambiente 25675; de modo tal que todo plan o programa realizado sin previa participación pública contendría un vicio procedimental que lo invalidaría como tal.[52]

---

[51] *Resolución tomada en el Sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.*

[52] *En el derecho administrativo federal, ello constituiría un vicio en el procedimiento conforme art. 7 inc.d) y 14 inc a) ley 19549, tornando al reglamento administrativo que aprobara el plan de este modo en absolutamente nulo.*

En el mismo procedimiento, resultaría necesario ajustarse a los parámetros de Evaluación de Impacto Ambiental Estratégico, que la Corte Suprema ha exigido oficiosamente en algunos casos[53], y la más nueva legislación incorpora de igual modo[54].

Se ha definido como Evaluación Ambiental Estratégica la acción de realizar estudios de efectos ambientales sobre las fases primarias de adopción de las decisiones públicas, sean políticas, leyes, planes o programas.[55] Si bien la Evaluación de Impacto Ambiental tradicional y la Evaluación Estratégica consisten ambas en una técnica, basada en el principio de prevención, que pretende obtener una visión conjunta de las incidencias que sobre el medio ambiente pueden tener las actividades humanas que se programan, planifican o proyectan, con el fin de tomar decisiones con conocimiento de causa ambiental o identificar a priori los impactos para neutralizarlos o mitigarlos, la diferencia entre ambas consiste en que la EIA evalúa un proyecto en particular, en tanto que la EAE evalúa un programa o plan público, actuando en consecuencia en las fases primarias de una política reguladora.[56]

En este marco, todo programa o plan que perfeccione el Estado a efectos de determinar las prioridades de uso del recurso escaso –para uso doméstico, recreación, industrial, etc., las modalidades de saneamiento de un curso de agua contaminado o las medidas de emergencia ante una catástrofe hídrica, necesariamente debería haber obtenido una licencia ambiental estratégica, luego de realizado el estudio de impacto ambiental estratégico, con participación del público interesado.

Resulta pertinente enfatizar la extrema importancia que la participación ciudadana, previamente informada, detenta en la formulación del plan, puesto que dicha participación asegurará no solo que el público pueda informar sus intereses y visiones –las que debieran ser merituadas por la autoridad pública al formular el plan- sino también que dicho público pueda imponerse en dicho proceso de determinados aspectos que antes no valorizaba, apreciándolos desde este momento y logrando de este modo que apliquen posteriormente el programa o plan voluntariamente.

En este enfoque, la participación ciudadana seria, y previamente informada, actúa como un elemento esencial para la posterior implementación no coactiva del plan o programa, lo que constituye un objetivo especial del actual estadio de la cuestión ambiental.[57]

En tercer lugar, y por ultimo, el plan o programa aprobados, con el procedimiento indicado, debe ser razonable, a la luz de todos los antecedentes obrantes en el procedimiento, especialmente los aportes técnicos y ciudadanos efectuados. Si el reglamento administrativo adoptado adoleciese de falta de motivación por no superar las objeciones aportadas por entidades científicas o técnicas, organizaciones públicas, u otras

---

[53] En la causa "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo", 26/03/2009, CSJN, la Corte derivó la obligación jurídica de realizar un estudio de impacto ambiental estratégico de la vigencia del principio precautorio.

[54] En este sentido, el art. 7 ley 26639 impone para toda actividad a realizarse en el ambiente glacial o periglacial la realización de un estudio de impacto ambiental estratégico, con participación ciudadana.

[55] Conforme Cuyas Palazón, María Mercedes, "La evaluación ambiental en la planificación hidrológica", en AAVV, "El agua: estudios interdisciplinarios" coordinado por Montoro Chiner, María Jesús, Ed. Atelier, Barcelona, 2009

[56] El Protocolo de Kiev SOBRE EVALUACIÓN ESTRATÉGICA DEL MEDIO AMBIENTE DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO, indica expresamente en su art. 1 que constituye uno de los objetivos de la EAE garantizar que las consideraciones relativas al medio ambiente, incluida la salud, se tendrán plenamente en cuenta en la elaboración de planes y programas.

[57] En este sentido, la importancia de elaborar y aplicar una adecuada "teoría de la implementación", enfatizando el cumplimiento voluntario ("compliance") tanto como el forzado ("enforcement") ha sido destacado por Ricardo Lorenzetti en "Teoría del derecho ambiental", 1 Edición, Ed La Ley, Buenos Aires, 2008, pags. 97 y sgtes. En similar sentido Federico Zonis ha planteado la existencia de una relación directamente proporcional entre la calidad de las democracias y el nivel de desarrollo del Derecho Ambiental alcanzado por una sociedad. Para profundizar la interesante idea, véase Zonis, Federico, "La calidad de las democracias y la eficacia del derecho ambiental", Jurisprudencia Argentina, 9 febrero 2011.

autoridades administrativas en el curso del procedimiento de formulación, o de falsa causa por no atender y comprender en su formulación la totalidad de datos fácticos –de índole económica, geográfica, social, histórica, demográfica, etc.- incorporados durante el procedimiento, el mismo como reglamento administrativo resultaría invalidable, y por ende mantendría al Estado en la originaria imposibilidad de gestionar el recurso hídrico mediante asignación del mismo hasta tanto no formule un plan adecuado.[58]

La propuesta expuesta resulta también oportuna para definir el modo de actuación del Poder Judicial frente a las pretensiones individuales de los ciudadanos para obtener prioridad en la asignación de recursos escasos –tal como el agua-, pues a efectos de evitar que la denegación de discrecionalidad al Poder Ejecutivo se constituya en atribución de discrecionalidad al Poder Judicial, debiera asegurarse que éste provea también la satisfacción de las pretensiones de uso de bienes escasos en el marco de un previo plan estatal.

VIII.- La inserción de la juventud en la planificación de la gestión del recurso hídrico y en la implementación voluntaria de los planes y programas

Conforme lo desarrollado, el aseguramiento del derecho a la salud concebido como máxima calidad de vida posible en el marco de los recursos existentes solo puede ser asegurado en la medida que exista una planificación estatal que garantice, en lo que a recurso hídrico se refiere, una adecuada gestión considerándole un bien colectivo.

Desde esta perspectiva, pierde relevancia el abanico de derechos sustanciales y procesales que pueda tener cada habitante ante una situación de enfermedad aguda producida a causa de insuficiente cantidad o calidad de agua, o ante una emergencia hídrica, y adquiere especial relevancia el espectro de derechos sustanciales y procesales que cada habitante pueda invocar para lograr obtener del Estado una serie de planes y programas que asegure el inicio de un camino no regresivo de aseguramiento de una calidad de vida cada vez mayor.

Y por último, la profunda participación ciudadana en el proceso planificador asegurará un mayor grado de cumplimiento voluntario del plan o programa final, con lo cual el proceso aludido constituye un elemento de afianzamiento del cumplimiento voluntario de la normativa ambiental.

En el marco expuesto, la intervención de la juventud adquiere superlativa importancia, por diversas razones:

1.- Frente a un cambio radical en el modo de gestionar el recurso hídrico –de considerarlo recurso del dominio estatal a considerarlo bien colectivo, de considerarlo infinito a considerarlo escaso, de considerarlo asignable discrecionalmente por el Estado a considerarlo solo asignable en el marco de un plan elaborado participativamente-, la juventud es posiblemente el sector de la ciudadanía que se encuentra con mejor aptitud para crear, absorber o implementar nuevos parámetros de actuación no tradicionales

2.- En segundo lugar, si consideramos la existencia de una obligación estatal de planificar participativamente la gestión del recurso hídrico, la juventud puede canalizar la totalidad de sus aportes dentro del procedimiento formal de planificación, lo que seguramente coadyuvará a que el plan o programa final a aprobarse contemple aristas mucho más novedosas, y posiblemente funcionales, que si no se contara con la participación de este sector social.

3.- En tercer lugar, si existe una participación activa y comprometida de la juventud en la formulación de los planes y programas de gestión del agua, luego la implementación del plan se beneficiará de la energía y pujanza propia de dicho sector, logrando inclusive otorgarle una mística especial que redundará en beneficio de la ciudadanía toda. Existe, a la

---

[58] En el derecho administrativo federal, ello constituiría un vicio en la motivación y en la causa conforme art. 7 inc b) y e) y 14 inc a) ley 19549, tornando al reglamento administrativo que aprobara el plan de este modo en absolutamente nulo

par, un punto estratégico tan importante como es esa pujanza inicial, y que consiste en el hecho de que si se han elaborado planes y programas de acción dotados de real participación juvenil, y consecuente mística, su aplicación práctica puede implementarse y perfeccionarse a través de un período importante de tiempo, con lo cual se asegura la eficacia práctica del plan en la medida que sea ejecutado, con convicción, por quienes comienzan siendo jóvenes y lo continúan implementado ya en su madurez.

4.- En cuarto lugar, se advierte que la cuestión ambiental hasta ahora ha sido encauzada problematizando la producción –hacia donde se han orientado los mayores esfuerzos científicos tendientes a disminuir la contaminación en dicho ámbito-, pero el consumo de la población no ha sido hasta ahora cuestionado mayormente o con eficacia práctica por las ciencias ambientales. En este marco, estimo que la juventud pueda coadyuvar especialmente a crear conciencia –y mística- desincentivando el consumo irracional de productos que invaden el mercado y/o perjudican el medio ambiente, e incentivando la adopción de estrategias para ahorrar energía. La creación de una nueva cultura del consumo es, firmemente, una tarea de la juventud.

En suma, tal como distintos convenios internacionales lo entienden implícitamente al exaltar la intervención de la juventud en la gestión de distintos recursos, es claro que si consideramos que estamos frente a un cambio de paradigma en el modo de concebir al agua, uno de los sectores mejor posicionados para realizar aportes y ejecutar dicho paradigma será la juventud, que, por necesidad, está menos imbuída de tradicionales concepciones hoy puestas en crítica.

En este marco, un modo efectivo de comenzar consistiría hábilmente en que sectores juveniles requieran administrativa y judicialmente la elaboración de planes de gestión hídrico, con participación ciudadana y estudios de impacto ambiental estratégico, incorporándose decisivamente luego como actores en dicho procedimiento. Y, por supuesto, ser luego los más promisorios ejecutores del programa adoptado, colaborando de ese modo en la implementación voluntaria de las normas adoptadas.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, “Ciclo de cursos de postgrado sobre derecho agrario y ambiental internacional. Segundo curso: Principios en materia de ambiente y recursos naturales renovables”, dirigido por Pastorino, Leonardo Fabio, Ed. Cooperativas, 2008, Buenos Aires.

AAVV, “Ciclo de cursos de postgrado sobre derecho agrario y ambiental internacional. Tercer curso: el agua”, dirigido por Pastorino, Leonardo Fabio, Ed. Cooperativas, 2009, Buenos Aires.

AAVV, “Derecho agrario provincial. El régimen jurídico agrario en las 23 provincias y CABA”, dirigido por Pastorino, Leonardo Fabio, Ed. Abeledo Perrot, 2011, Buenos Aires.

AAVV, “El agua: estudios interdisciplinares”, dirigido por Montoro Chiner, María Jesús, Ed Atelier, Barcelona, 2009.

Agudo González, Jorge, “El derecho de aguas en clave europea”, Ed La Ley, 2010, Madrid.

Aura y Larios de Medrano, Adela, “La regulación internacional del agua dulce”, Ed. Thomson Aranzadi, 2008, Pamplona, España.

Barboza, Julio, “Derecho internacional publico” Ed. Zavalía, 2008, Buenos Aires.

Beck, Ulrich, “La sociedad del riesgo mundial”, Ed. Paidos Ibérica, 2008, Barcelona.

Bidart Campos, German, “Las obligaciones en el Derecho Constitucional”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987.

Bloch, Roberto, “Los conflictos por el agua dulce en el mundo”, Ed. Duplicar, 2004, Ramos Mejía, Buenos Aires.

Boaventura de Sousa Santos, “Sociología jurídica crítica”, Ed. Trotta, 2009, Madridi, España.
Cossari, Nelson y otros, “Cuestiones actuales de derecho ambiental”, Ed. El Derecho, 2007, Buenos Aires.
Courtis Christian y otros, “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Ed. del Puerto SRL, 2006, Buenos Aires.
Del Castillo, Lilian, “La gestión del agua en Argentina”, Ed. Ciudad Argentina, 2007, Buenos Aires.
Dellasoppa, Julia, “Los derechos de incidencia colectiva y el acceso a la Justicia”, en “Revista de Derecho Ambiental Nro 17” dirigida por Nestor Cafferatta, marzo de 2009, Ed. Abeledo, Buenos Aires.
Esaín, José Alberto, “Competencias ambientales. El sistema federal ambiental” Ed. Abeledo Perrot, 2008, Buenos Aires.
García, María del Carmen, “La participación pública en temas ambientales”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, Argentina.
García Rubio, Fernando, “Régimen jurídico de la gestión del agua”, La ley, 2010, Madrid, España.
Garrido Cordobera, Lidia, “El agua: un bien colectivo”, en “Revista de Derecho Ambiental Nro 12” dirigido por Cafferata, Néstor, Ed. Lexis Nexis, octubre de 2007, Buenos Aires, Rep. Argentina.
Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación argentina. Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, 2004, Buenos Aires.
Ghersi, Carlos Alberto, Lovege, Graciela y Weingarten, Celia, “Daños al ecosistema y al medio ambiente”, Ed. Astrea, 2004, Argentina.
Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “La soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales”, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, formato on-line.
Gutiérrez Espada, Cesáreo, “El agua como factor de cooperación y de conflicto en las relaciones internacionales contemporáneas”, Ed. Instituto Euro mediterráneo del Agua, 2009, Murcia, España.
Gutiérrez Posse, Hortensia, “Guía para el conocimiento de los elementos de derecho internacional público”, Ed. La ley, 2004, Buenos Aires.
Iñiguez, Marcelo Daniel, “Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, Santa Fe.
López Herrera, Edgardo, “Tendencias jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre daños a la calidad ambiental producidos por urbanismo”, en Revista de Derecho Ambiental Nro 21, dirigida por Néstor Cafferata, Ed. Abeledo Perrot, Enero/Marzo 2010.
Lorenzetti, Pablo, “Particularidades de la sentencia ambiental: posibilidad de fallar extra y ultra petita y cosa juzgada erga omnes”, en Sup. Derecho Ambiental, Jurisprudencia Argentina, coordinado por Cafferata, Néstor, 22/12/2010
Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría de la decisión judicial”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008, Santa Fe, Rep. Argentina.
Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría del derecho ambiental”, Ed. La Ley, 2008, Buenos Aires.
Lorenzetti, Ricardo Luis, “Derecho ambiental y daño”, Ed. La ley, 2009, Buenos Aires.
Mangas Martin, Araceli y Linan Nogueras, Diego, “ Instituciones y derecho de la Unión Europea”, Ed. Tecnos, 2005, Madrid.
Manili, Pablo Luis, “El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino”, Ed. La Ley, 2003, Buenos Aires.
Martín, Liber, “Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas”, Abeledo Perrot, 2010, Buenos Aires.
Mollar, Marcos Nelio, “La protección internacional del medio ambiente como un derecho humano”, en “Revista de Derecho Ambiental Nro 19” dirigida por Néstor Cafferatta, septiembre de 2009, Ed. Abeledo, Buenos Aires.
Morello, Augusto, Cafferatta, Néstor, “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, Santa Fe.

Nassi, María Candela, “Cuestiones procesales colectivas: su acogimiento en la ley general del ambiente y los lineamientos de las acciones de clase en el derecho argentino”, en Sup. Derecho Ambiental, Jurisprudencia Argentina, coordinado por Cafferata, Néstor, 22/12/2010.
Parejo Navajas, Teresa, “La proyección de la ordenación física de usos sobre la costa y el mar próximo: la planificación del aquitorio”, Ed. Iustel, 2011, Madrid.
Pastorino, Leonardo Fabio, “La comunidad internacional frente a los recursos naturales y el ambiente. Conceptos jurídicos trascendentes: res communis omniun, patrimonio mundial, interés de la humanidad, cuencas hídricas, daños transfronterizos”, en “Revista de Derecho Ambiental Nro 15” dirigido por Cafferata, Nestor, Ed. Lexis Nexis, julio de 2008, Buenos Aires, Rep Argentina.
Pastorino, Leonardo Fabio, “Derecho Agrario Argentino”, Ed. Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires, Argentina.
Pigretti, Eduardo, “Derecho Ambiental”, Ed. Depalma, 2000, Buenos Aires, Rep. Argentina.
Pigretti, Eduardo- Bellorio Clavot, Dino- Cavalli, Luis, “Derecho ambiental de aguas”, Ed. Lajouane, 2010, Buenos Aires.
Pinto, Mauricio y otros, “El derecho humano al agua. Prioridades de su reconocimiento, evolución y ejercicio”, Ed. Abeledo Perrot, 2008, Buenos Aires.
Rinaldi, Gustavo, “Breves consideraciones sobre la reciente reglamentación de la ley 26639 de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial”, en Revista de Derecho Ambiental Nro 26, dirigida por Néstor Cafferata, Ed Abeledo Perrot, Abril / Junio 2011.
Rodríguez, Carlos Aníbal, “Ley general del ambiente de la República Argentina”, Lexis Nexis, 2007, Buenos Aires
Rosatti, Horacio, “Dominio y aprovechamiento de los recursos naturales en la Argentina”, Revista Derecho Público, Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, Argentina.
Rosatti, Horacio D., “Derecho ambiental constitucional”, Ed Rubinzal-Culzoni, 2004, Santa Fe Sen, Amartya, “La idea de la justicia”, Ed. Taurus, 2011, Buenos Aires.
Sozzo, Gonzalo, “Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos (del orden público al principio cosmopolita en el Derecho Privado)”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario 2007-3”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008, Santa Fe.
Sozzo Gonzalo, “La gestión de los bienes culturales como espacio de hibridación de dispositivos públicos y privados” en “Revista de Derecho Público 2009-2”, dirigida por Hutchinson, Tomas y Rosatti, Horacio, Ed. Rubinzal Culzoni, 2009, Santa Fe.
Tripelli, Adriana B, “La protección internacional del ambiente en el siglo XXI”, Ed. Lexis Nexis, 2008, Buenos Aires.
Valls, Mario, “Derecho ambiental”, Ed. Abeledo Perrot, 2008, Buenos Aires.
Zonis, Federico, “La calidad de las democracias y la eficacia del derecho ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 9 febrero 2011.

PROTECCIÓN NORMATIVA DE LA BIODIVERSIDAD Y SU RELACIÓN CON LA SALUD, EN ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO DE LEY QUE CREA AL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS DE CHILE

Jorge Aranda Ortega

R.U.T. – N° de Pasaporte: 15742940-K

Domicilio: Calle Loreto Nº 350, apartamento 1206. Comuna de Recoleta, Santiago, Región Metropolitana. Chile.

Teléfono: 56-2-9785404; 56-9-99182432.

Correo Electrónico**:** jaranda@derecho.uchile.cl

Investigador de dedicación exclusiva del Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile. Abogado, Universidad de Chile. Candidato a Magíster en Derecho Público, Universidad de Chile. Ex pasante del Supremo Tribunal Federal, República Federativa de Brasil.

Resumen: *La presente entrega es una crítica a la insuficiente integración de competencias administrativas del proyecto de ley de la República de Chile, boletín Nº 7487-12, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas, desde consideración éticas y jurídicas. Para ello, esta crítica se basa en algunos elementos de la teoría de la complejidad y de la ética aplicada relacionada con la teoría jurídica, y en una percepción integrada de la biodiversidad (por oposición a una sectorial y simplificada), la cual guarda una estrecha vinculación con la protección de la salud.*

¿La ciencia? ¡Tonterías! ¡En esta situación, la mediocridad y el genio son igualmente inútiles!.... …Queremos extender la Tierra hasta sus fronteras, pero no sabemos qué hacer con otros mundos. No necesitamos otros mundos. Necesitamos un espejo. Luchamos para hacer contacto, pero nunca vamos a lograrlo. Estamos en una situación ridícula del hombre que persigue un objetivo que teme y que realmente no necesita. ¡El hombre necesita del hombre!

Dr. Snaut

Solaris.
Versión cinematográfica, 1972
Fridrikh Gorenshtein
Andrey Tarkovskiy

1. Introducción

En el presente documento pretendo efectuar una crítica al actual proyecto de ley boletín Nº 7487-12 de la República de Chile que crea el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Las críticas que efectuaré apuntan a la perseverancia de un modelo sectorial de competencias relativas a la biodiversidad, y a la insuficiencia de un servicio que, en una revisión prospectiva de sus competencias, podría dedicarse en el futuro a la gestión de áreas protegidas por sobre la tutela de la biodiversidad.

Estás críticas serán realizadas desde algunos elementos de la teoría de la complejidad y de la ética aplicada (desde una aproximación hermenéutica), relacionando dichos elementos con el la teoría jurídica ambiental. Para ello, explicaré algunos rudimentos de éstas teorías, para más tarde revisar la relación de la biodiversidad con el medio ambiente y la salud humana. Luego, en base a estos elementos teóricos, criticaré el proyecto en sus lineamientos generales, para finalmente señalar mis conclusiones, las cuales tienen alcance tanto a este proyecto en particular, como a ciertas reflexiones en torno a la teoría del derecho ambiental.

2. Derecho: simplificación y complejidad

El derecho, al menos desde la codificación decimonónica, ha asumido su calidad de ciencia social aplicada cabalmente. La confección de códigos representó, desde ese momento, el ideal ilustrado de simplificar el conocimiento de las leyes, segmentando al derecho en subdisciplinas codificadas.

Después, el máxime cenit teórico que consolida al derecho como disciplina independiente de otras ciencias sociales lo encontramos en la *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN[1].

Junto con la independencia de otras ciencias sociales, deviene la división del derecho en derecho público y derecho privado, lo que propicia la segmentación de éste en disciplinas cada vez más específicas intentando regular todo aquello que atañe al ser humano, como si el derecho fuera un árbol que extiende sus ramas al cielo, con la ambición de tocar hasta el último rincón del firmamento. Así, por ejemplo, reconocemos como ramas del derecho público, en orden de su especificidad, al derecho constitucional, derecho administrativo, derecho económico, derecho financiero, derecho tributario. La ramificación ha llegado ha crear en sólo décadas las disciplinas más específicas posibles, tornando el estudio de nuestra ciencia social aplicada un estudio de parcelas pequeñas pertenecientes a este gran árbol.

El fruto de esta especialización (o de este gran árbol si se quiere) ha sido responder a problemas específicos de manera efectiva. De ese modo, el abogado especializado en una materia complicada puede responder una consulta de mejor manera que un abogado que sabe, dicho coloquialmente, “de todo un poco”.

Sin embargo, esta especialización nos ha vuelto débiles a la hora de enfrentar una crisis extendida en la teoría conocimiento. La especialización nos permite ver con claridad un pequeño recoveco de lo desconocido, pero sume en la oscuridad aquello que hemos dejado de estudiar. Dicho de otro modo, el especialista deja de conocer aquello que ha apartado de su campo de estudios, bajo el riesgo de llegar a dejar de reconocerlo.

---

[1] *KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho. Editorial Losada S.A. Argentina. 1941. Asevera la difundida idea que el derecho “*debe responder a la pregunta qué es y cómo es el derecho, y no… a cómo debe ser*” p. 25. Además, tiene un objeto de estudio propio porque “*…La ciencia jurídica [dirige su atención] a las normas jurídicas como substratos de sentido queridos o representados*”. pp. 36-37.*

Este problema, denotado por MORIN, guarda relación con todo el conocimiento humano. Cada vez más hemos ido especializando las diferentes ciencias, a la vez que las hemos desvinculado entre ellas. Por ejemplo, si hay un accidente con una grúa, un abogado piensa en una hipótesis de responsabilidad extracontractual, un médico en un protocolo de atención de urgencia, un ingeniero en una deficiencia mecánico-estructural de la grúa… Cada cuál ve lo que quiere (o conforme a sus conocimientos puede) ver, a la vez que se ve impedido de tener una mirada completa del problema.

Esta situación ha conseguido no sólo desvincular conocimientos, sino desvincularnos entre nosotros como seres humanos, porque en el caso de las ciencias sociales, nos hemos objetivado como sujetos de estudio. Eso ocurre porque la ciencia moderna aísla un objeto, sólo considera las variables relevantes para su objeto de estudio, experimenta, observa, y luego obtiene resultados lo más universalmente aplicables, y justamente, de ese esquema de ciencia, se obtendría un conocimiento objetivo, donde no participa la emotividad humana. Es decir, vivimos bajo el imperio de los principios de disyunción, reducción y abstracción, que en conjunto conforman el paradigma de la simplificación[2].

En el caso del derecho, como ciencia social aplicada, cada disciplina se refiere a un fenómeno lo más particular posible, reflexiona sobre como regularlo bajo los parámetros de "legal-ilegal", y trata de aislar su objeto de estudio de los supuestos normativos y fácticos que no le atañen. Así, un abogado especialista en derecho de familia no utilizaría (ni se interesaría en utilizar o estudiar) normas de derecho agrario. O incluso, dando un paso más allá dentro de la desconexión entre disciplinas normativas, a un abogado, en principio, no le resultan relevantes consideraciones morales, salvo que la ley haga una remisión expresa a ellas… Después de todo, el abogado, como operador jurídico, piensa en parámetros de "legal-ilegal", y no de "correcto-incorrecto".

Así, el derecho resuelve cuestiones fácticas sujetas a un supuesto jurídico, sin atender a las frustraciones, anhelos, y sentimientos que albergan quienes acuden a lo que mediáticamente se llama "la justicia", quedando desconectado y aislado de otras ramas del conocimiento, y también con problemas de desconexión y aislamiento dentro de sus subdisciplinas.

La solución de MORIN es renunciar a un pensamiento simplificador, y asumir que el conocimiento se debe comprender y englobar dentro de lo que él llama el pensamiento complejo, esto es, sin dejar de asumir que cada disciplina o ciencia especializada ha conseguido avances, cada disciplina no puede calificar como falso o inexistente todo aquello que no ha cabido dentro de su ámbito de comprensión, ni denostar a la subjetividad, ni tampoco renunciar a utilizar elementos de otras disciplinas cuando ello fuere necesario. MORIN nos dice que *"la totalidad es la no verdad"*[3], es decir, nadie puede, por una parte, explicar algo con valor absoluto y objetivo desde una simplificación de la realidad, ni tampoco llegar a comprender todo fenómeno existente. Nuestra capacidad de conocer es limitada, y es mejor asumirla para construir un conocimiento parcialmente verdadero, que uno totalmente falso.

Si esta idea la llevamos a sus connotaciones ambientales, podemos dar a la naturaleza la connotación de una problemática compleja. Cada disciplina científica da una aproximación parcelada de la crisis ambiental, mas ninguna logra resolver por sí sola esta crisis. Así, *la naturaleza ya no es considerada más como desorden y medio amorfo: ella es una totalidad compleja*[4].

Entonces, el derecho no debe desatender a otras disciplinas para su estudio y fértil ejercicio, a la vez que toda disciplina, por sí sola y asiladamente considerada, es insuficiente para estudiar la problemática ambiental. Este es mi punto de partida para aproximarme a cómo el derecho debiera tratar la biodiversidad. Dentro de esta interrelación de "saberes", pretendo realizar a continuación una breve asociación entre derecho y ética ecológica.

---

[2] *MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Editora Sulina. Brasil. 2007. p. 11.*
[3] *Ibíd. P. 69.*
[4] *PENA-VEGA, Alfredo. O despertar ecológico: Edgar Morin e a ecologia complexa. Garamond. Brasil. 2005. p. 35.*

3. Derecho y Ética Ambiental: una aproximación hermenéutica

La ética es una disciplina normativa, tal como lo es el derecho. En general, es posible aseverar que la ética sería la disciplina filosófica que explicitaría los problemas de la moral; en tanto que la moral sería aquel conjunto de normas que rigen la disposición cotidiana con que los seres humanos nos establecemos frente al mundo[5] .

La diferencia entre derecho y ética podría resumirse en tres puntos. La ética valora las acciones como correctas o incorrectas, el derecho como legales o ilegales; las normas morales son esencialmente convenciones sociales, mientras que las legales son, por regla general, disposiciones estatales; la sanción de la norma moral es un reproche social a la conducta, la sanción a la norma jurídica es impuesta por el Estado, y por regla general, es de orden pecuniaria o corporal.

Si bien y tradicionalmente se ha dicho que el derecho debe ser independiente de la ética, esto no lo priva de su componente moral[6]. Si seguimos los rudimentos expuestos del pensamiento complejo, no correspondería negar el contenido moral de las normas jurídicas en su aplicación. La explicación tradicional positivista de separación entre derecho y moral es (o debiera ser), básicamente, para mantener una distancia metodológica entre derecho y ética, y no para negar el contenido moral del derecho.

Entonces… ¿Cómo consideramos al medio ambiente desde la ética para asociarlo a la práctica jurídica?

Para hacer ese ejercicio, debemos determinar dos cosas: si la ética permite enfoques morales antropocéntricos o ecocéntricos conjuntamente, y; cómo esos enfoques se relacionan con la aplicación práctica del derecho.

En primer orden de cosas, es posible entender que tradicionalmente la ética ha tenido un marcado enfoque antropocéntrico, es decir, los comportamientos correctos e incorrectos sólo lo son si perjudican al ser humano. La ética sería así una cuestión relevante entre seres racionales, con autoconciencia, capaces de adoptar decisiones libremente.

Esta consideración antropocéntrica no ha sido un completo obstáculo para el cuidado de la naturaleza. De hecho, se puede decir que maltratar a nuestro entorno es ser desconsiderado con los seres humanos que sufrirán las consecuencias de nuestras conductas contaminantes. Así, en un sentido de convergencia entre el ecologismo y el humanismo, todos los deberes que tenemos con la naturaleza son también deberes que tenemos para con nuestros congéneres humanos[7].

Sin embargo, la crisis ambiental denunciada y evidenciada desde mediados del siglo pasado ha propiciado pensamientos éticos que consideran a la naturaleza como entidad a tratar dignamente, pese a no tener una racionalidad humana. Para sortear esa barrera impuesta por la ética tradicionalmente, existen diferentes corrientes o programas de ética ecológica que son capaces de dotar a la naturaleza de valor, y tratarla dignamente.

Podríamos esquematizar una concisa cartografía (aún a riesgo de caricaturizar ideas bastante desarrolladas) de estos pensamientos, explicando en primer lugar la llamada *ecología profunda*, desarrollada por LEOPOLD, que dota a la naturaleza de valor intrínseco al reconocer la interdependencia entre el humano y el entorno. Él dice que *una ética, en términos ecológicos, es una limitación a la libertad de acción en la lucha por la existencia*.[8]

---

[5] *VILLARROEL, Raúl. Introducción a la ética aplicada. pp. 25-46. En: Ética aplicada: perspectivas de la responsabilidad para la sociedad civil en un mundo globalizado. VILLARROEL, Raúl (Editor). Editorial Universitaria. Chile. 2009. p. 25.*

[6] *KELSEN. Op. Cit. p. 38. Asevera que "…Naturalmente, de manera alguna se niega la exigencia de que el derecho debe ser moral, es bueno".*

[7] *VILLARROEL, Raúl. Medio ambiente, ética hermenéutica, y reconfiguración de la subjetividad. pp. 69-93. En: Ética aplicada: perspectivas de la responsabilidad para la sociedad civil en un mundo globalizado. VILLARROEL, Raúl (Editor). Editorial Universitaria. Chile. 2009. p. 72.*

[8] *LEOPOLD, Aldo. La ética de la tierra. pp. 29-40.En: Ambiente y desarrollo. Número especial. CIPMA, Universidad de Chile. Chile. 2007. p. 29.*

Esta sería diferente de una ética en términos filosóficos que determina, como ya lo he escrito, la diferencia entre lo correcto e incorrecto.

También existe una ética ecológica de orden teleológica utilitarista. En ella los comportamientos correctos o incorrectos son valorados porque los otros seres no humanos, pese a ser irracionales, sienten sufrimiento[9]. La meta del utilitarismo es la maximización de la felicidad, la que puede ser caracterizada como la reducción del sufrimiento al mínimo posible. Luego, no sería correcto moralmente hacer sufrir a los demás seres, ni someterlos a padecimientos que no desearíamos a otros sujetos humanos.

Existe también lo que podríamos llamar como ética de orden fisiocéntrica, donde la naturaleza merece un tratamiento moralmente adecuado porque se le considera como una divinidad[10]. Si bien este tipo de pensamiento escapa a una racionalidad occidental y filosófica, puede tener cabida en el mundo jurídico gracias a la consagración del pluralismo jurídico aplicado a los pueblos indígenas y tribales. Más aún, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo propiciaría elementos para consagrar tal marco jurídico[11].

Luego de pasar revista a estas ideas, cabe preguntarse cuál es la moral correcta con la que debemos tratar a la naturaleza para hacerla congeniar con el derecho. La respuesta, desde mi parecer, no puede plantearse desde un humanismo o desde una corriente ética ecológica en particular. En una sociedad democrática y pluralista, a nadie se le puede obligar a adoptar una cosmovisión moral única, pues sería violentar las convicciones íntimas de cada comunidad, de cada ciudadano. Si bien esta divergencia puede ser para muchos un síntoma nauseabundo de relativismo moral en la modernidad tardía, estimo que la divergencia de ideas es síntoma de una libertad de expresión bien lograda, donde los ciudadanos son capaces de manifestarse y de disentir respetuosamente unos con otros.

En la teoría, esta divergencia podría ser explicada desde la hermenéutica moderna, considerando a los fenómenos naturales como acciones con diferentes interpretaciones.

En la ciencia decimonónica, toda acción y todo texto tendrían sólo una interpretación posible, que era la querida por su autor. De hecho, la codificación, bajo la idea de exégesis, aspiró a operar en esos términos: ante un texto legal había una sola interpretación, que es el significado deseado por el legislador[12]. Con ello, todo ciudadano letrado tendría acceso al conocimiento de las leyes.

Tanto en el derecho como en las otras disciplinas que se basan en la interpretación, este esquema varió. Los cambios de las circunstancias, los cambios sociales y políticos, determinaron que lo deseado por el autor no se entendiera como lo que él deseó expresar. Es más, en el tiempo futuro, hay posibilidades y circunstancias que el autor no pudo prever para su obra, por lo que no pudo plasmarlas en ella. Así, la obra se emancipa de su autor como un hijo de su padre, y el nuevo intérprete se ve ante la posibilidad de escoger entre varias interpretaciones posibles, debiendo elegir la más adecuada para cada caso.

Si bien la naturaleza no es propiamente un texto, puede interpretarse la crisis ecológica bajo el crisol diverso de opciones morales antes enunciado. Este fenómeno complejo admite varias interpretaciones posibles, y varios comportamientos correctos para cada caso. Así, en un esquema de ética aplicada (por oposición a una "ética de principios" o teórica), todas las visiones sostenibles y argumentadas suficientemente tienen cabida en una sociedad plural, adecuándose de forma casuista[13].

---

[9] VILLARROEL. Op. Cit. p. 72.

[10] BONDOLFI, Alberto. Ética del ambiente natural, derecho, y políticas ambientales: tentativa de un balance para el futuro. En: Acta bioética. Vol. VII, número 2, Organización Panamericana de la Salud. Chile. 2001. p. 203.

[11] Esta idea está desarrollada en: ARANDA ORTEGA, Jorge. ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno. pp. 313-327. En: derecho ambiental en tiempos de reforma: actas de las quintas jornadas de derecho ambiental. Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Abeledo Perrot. Chile. 2010. p. 324.

[12] Una breve explicación de ello, y de la incidencia de la exégesis en la interpretación legal en: QUINTANA BRAVO, Fernando. Interpretación y argumentación jurídica. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2010. p. 106.

[13] Op. Cit. VILLARROEL. Introducción… pp 45-46.

Entonces, podemos responder las dos cuestiones enunciadas en este apartado: no existe un enfoque ético que excluya *prima facie* a los demás, y todos podrían cooperar con el derecho en la resolución de conflictos jurídicos, asumiendo que el derecho es elemento de un Estado democrático que fomenta el pluralismo y la diversidad de todas aquellas ideas que lo fortalezcan.

Para los efectos de esta exposición, significa que no habría obstáculos metodológicos para tener consideraciones morales diversas (e incluso divergentes) en la práctica jurídica, lo que justamente se torna necesario en esta revinculación de disciplinas aisladas que hoy nos afecta.

Sin embargo… ¿Qué es aquello ante lo que éticamente nos debemos posicionar? Para efectos de este texto, es la protección de la biodiversidad en un entramado jurídico-institucional.

4. La Biodiversidad en relación a la salud: su protección normativa

La biodiversidad es la variedad y variación de organismos biológicos a diferentes niveles, ya fuere a nivel de genes, especies, poblaciones, comunidades, y ecosistemas[14]. En el artículo 2° del Convenio de Diversidad Biológica está definida como "*la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas*"[15] . En la legislación chilena, está conceptualizada en la Ley 19300 de Bases Generales del Medio Ambiente, en su artículo 2° literal "a" como "*la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas*"[16]. Este concepto innova muy poco respecto del contenido en el Convenio de Diversidad Biológica.

La protección a la biodiversidad encuentra su consagración constitucional implícita en el Artículo 19, n° 8 de la Constitución de Chile. Esta asegura a todos los ciudadanos "*el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*"[17]. Entendemos que es un deber del Estado de Chile tutelar la preservación de la naturaleza, y desarrollar una legislación afín a dicho objetivo, ergo, la protección de la biodiversidad se contiene dentro de la tutela de preservación de la naturaleza.

En general, es posible considerar a la diversidad y al equilibrio de los elementos presentes en el mundo natural como principios fundamentales de la evolución de la naturaleza, los cuales se complementan, y que son afectados por la acción del hombre[18]. Justamente, la necesidad de su cuidado deviene de esa idea. Por ejemplo, la extinción de una especie puede significar la ruptura de un eslabón en la cadena alimenticia, generando un daño enorme[19]. También la diversidad permite mayores posibilidades de que una especie sobreviva a los cambios en el medio ambiente, que es esencialmente dinámico, impidiendo la extinción de ésta[20]. Dicho de otro modo, una comunidad biodiversa ha evolucionado de forma tal que ha adquirido una habilidad notable para compensar cambios en las condiciones físicas[21].

---

[14] GHERSA, Claudio. Biodiversidad y ecosistemas: la naturaleza en funcionamiento. Eudeba. Argentina. 2007. p 12.

[15] Convenio de Diversidad Biológica. [en línea] < http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

[16] REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 19300 de bases generales del medio ambiente. [en línea] < http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667&buscar=19300>

[17] REPÚBLICA DE CHILE. Constitución Política de la República. [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

[18] STUTZIN, Godofredo. Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. Pp. 97-114. En: Ambiente y desarrollo. Vol. I, N°1. CIPMA. Universidad de Chile. Chile. 1984. p. 103.

[19] MACHADO GRANZEIRA, Maria Luiza. Direito ambiental. Editora Atlas. Brasil. 2009. p. 94-95.

[20] Ibíd. 95.

[21] GHERSA. Op. Cit. P. 37.

La biodiversidad, entonces, podemos valorarla en general *porque provee una parte importante de los recursos que demanda la sociedad*[22]. Sin embargo, desde diferentes posturas éticas, tal como lo describimos antes, esta valoración puede adquirir diferentes matices. Así, a modo de ejemplo, en el ecologismo profundo, si entendemos que como humanos estamos vinculados a la naturaleza, debemos tratarla como un fin en sí misma y proteger a la biodiversidad por ser un pilar de subsistencia. Por otra parte, en el extensionismo utilitarista, no podemos generar sufrimiento innecesario al alterar las condiciones de vida de otros seres. Todos son caminos complementarios a una protección jurídica.

Con todo, desde el antropocentrismo, se puede entender una protección basada en la cuantificación y apreciación pecuniaria de los beneficios de la biodiversidad, intentando crear esquemas de pagos por la contribución de estos servicios al bienestar de ciertos sujetos, bajo ciertos requisitos, a saber: que este servicio ambiental esté bien definido; que sea entregada alguna contraprestación, de parte de a lo menos un beneficiado por los servicios ambientales, a un proveedor de éstos; y el aseguramiento de la provisión de servicios ambientales al beneficiado, por parte del proveedor[23]. Estos son llamados pagos por servicios ambientales de los ecosistemas, los cuales evidentemente dependen de la biodiversidad, la cual contribuye de manera crucial al bienestar de las poblaciones humanas[24]. Estos están definidos en la legislación chilena en el artículo 2°, numeral 23 de la ley 20283 sobre bosque nativo como *"aquellos que brindan los bosques nativos y las plantaciones que inciden directamente en la protección y mejoramiento del medio ambiente"*[25].

Esta consideración determina una serie de beneficios, como la provisión de alimentos, de medicinas, de resistencia a las plagas y enfermedades, etc. La valoración monetaria de todo ello, en la medida que sirve al hombre, es una buena razón para proteger la biodiversidad en una moral humanista.

En este orden de cosas, ya sea en consideración de los llamados servicios ambientales, ya fuere en consideración de corrientes de ética ecológica, se llega a un resultado tal que la biodiversidad es necesaria para la óptima salud del ser humano, y como elemento fundamental de su calidad de vida, entendida ésta como las "*condiciones éticas, materiales, y espirituales en que se desenvuelve una comunidad*"[26]. Justamente por ello, el esfuerzo del derecho ambiental debe apuntar a asegurar que la vida humana "*se desarrolle en un estado de perfecta salud… para el conjunto de seres vivientes que habitamos la biosfera.*"[27]

No en vano, y en razón de lo hasta ahora expuesto, la Organización Mundial de la Salud ha incluido la variable ambiental dentro del concepto de salud humana[28].

Pese a ello, la visión de la salud que tengamos puede variar dependiendo de una postura puramente antropocéntrica, o si adoptamos un acercamiento ecocéntrico. Así, para una moral antropocéntrica, utilitaria e individualista, el ser humano, al ver su salud alterada,

---

[22] *Ibíd. p 23.*

[23] *WUNDER, Sven. Pagos por servicios ambientales: principios básicos esenciales. Ocasional paper N° 42. CIFOR. 2006. [En línea] < http://www.eclac.cl/ilpes/noticias/paginas/8/35988/CIFORPaper_42.pdf> p. 9.*

[24] *MORENO, C.E., y VERDÚ J.R. ¿Por qué preocuparse de la pérdida de la biodiversidad? Servicios de los ecosistemas y bienestar humano. pp. 11-17. En: Cuadernos de biodiversidad. Universidad de Alicante. Centro Iberoamericano de la Biodiversidad. España. 2007. p. 12.*

[25] *REPÚBLICA DE CHILE. Ley N° 20283 de fomento y recuperación del bosque nativo. [en línea] < http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=274894&buscar=20283>*

[26] *PIGRETTI, Eduardo. Derecho Ambiental. Ediciones Gráfica Sur. Argentina. 2004. p. 74.*

[27] *Ibíd. p. 59.*

[28] *El concepto de salud "engloba factores ambientales que podrían incidir en la salud y se basa en la prevención de las enfermedades y en la creación de ambientes propicios para la salud". En: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Página web. Temas de Salud. Salud Ambiental. [en línea] < http://www.who.int/topics/environmental_health/es/>. En el mismo sentido, "Se calcula que el 24% de la carga de morbilidad mundial y el 23% de todos los fallecimientos pueden atribuirse a factores ambientales." En: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Ambientes saludables y prevención de enfermedades. [en línea] <http://www.who.int/quantifying_ehimpacts/publications/prevdisexecsumsp.pdf> p. 5.*

recurrirá a todas aquellas medicinas que el mercado le pueda brindar, a atenciones médicas, a tratamientos que le permitan mejorar sus dolencias, sin importar cuanto daño se pudiera llegar a autoinferir en su consumo. Por el contrario, si entendemos que un ecosistema diverso y balanceado, considerado éticamente como una entidad digna de una tratamiento correcto, que puede brindarnos una mejor calidad de vida a todos quienes en el habitan, la salud deja de ser un objeto de consumo individual y humano, y pasa a ser una consecuencia colectiva y ecológica, beneficiando a todos quienes moran en dicho ecosistema. Dicho de otro modo, *el valor de la salud socioambiental no puede quedar circunscrito únicamente dentro del yo individual*[29].

Hay diferentes caminos para considerar y valorar la biodiversidad en relación a la salud, los cuales tienen un marco jurídico general en el derecho chileno. Sin embargo, ninguno puede apuntar a un beneficio puramente individual, porque la salud al ser un beneficio de la biodiversidad nos enriquece a todos.

Por otra parte, tenemos que enfrentar el cómo esta diversidad de visiones que aborda la diversidad de la vida, es tratada institucionalmente en Chile. Actualmente hay un proyecto de ley que pretende hacerse cargo de esta cuestión. A continuación revisaremos si puede ser apto para hacerlo, considerando las ideas expuestas.

5. Proyecto de Biodiversidad y Áreas Protegidas

Actualmente, bajo el boletín Nº 7487-12 está en tramitación en el Congreso Nacional de la República de Chile el proyecto que crea el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas. Este proyecto encuentra su origen político en el artículo 8° transitorio de la ley 20417 de 2010, el cual indica que el poder ejecutivo deberá ingresar al Congreso Nacional un proyecto de ley que regule la biodiversidad y las áreas protegidas de Chile[30].

La razón administrativa de creación de este nuevo organismo es porque, desde 1984 hasta la fecha, está pendiente la entrada en vigencia de la 18362 que crea un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado. La razón de esta vacancia legal es una de las situaciones más tristes de la historia institucional de Chile: la entrada en vigencia plena de este sistema depende de la dictación de un decreto supremo, atribución exclusiva del poder ejecutivo. Conforme a ese decreto supremo, se crearía un órgano de la administración del Estado que, entre otras labores, administraría un Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado. Ese decreto, hasta el día de hoy, no se ha dictado.

Hoy, el Sistema de Áreas Protegidas del Estado es administrado de facto por la Corporación Nacional Forestal, que es una persona jurídica de derecho privado que ha ido asumiendo funciones públicas, propias de un órgano de la administración del Estado, tal como entregar subsidios. Así, para gestionar este sistema de facto, se ha valido de sus competencias en la administración de reservas forestales y de bosques fiscales.

Esta situación ha sido denunciada por el Tribunal Constitucional de Chile, pese a no tener atribuciones para forzar la dictación de ese decreto supremo[31].

De esa forma, el objetivo de este proyecto, por una parte, es superar este gran vicio institucional que se ha arrastrado por cerca de veintisiete años, a la vez que se propone proteger la diversidad biológica, preservar la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental del país[32]. Para lograrlo, conforme a un diagnóstico bien difundido, se espera reunir la

---

[29] *BAQUEDANO, Sandra. Ecoética aplicada a la salud mental. pp 249-269. En: Ética aplicada: perspectivas de la responsabilidad para la sociedad civil en un mundo globalizado. VILLARROEL, Raúl (Editor). Editorial Universitaria. Chile. 2009. p. 252.*

[30] *Esto, conforme los artículos 39 de la ley Nº 19362 y 19 de la ley Nº 18348.*

[31] *REPÚBLICA DE CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia Rol .N° 1024-2008, considerando 24° "…Esta declaración exige a esta Magistratura hacer presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhortar a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la Corporación Nacional Forestal…" [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/964>*

[32] *República de Chile. Presidente de la República. Mensaje N° 595-358 de 2010. con el que*

gestión de las áreas protegidas en un solo organismo, evitando las actuales multiplicidades de gestión de las áreas protegidas, pues ésta involucra competencias de variados ministerios y servicios públicos[33].

Sin embargo, y pese a que detenta bastantes deficiencias, por ejemplo, en materia de fiscalización y sanciones[34], o en materia de concesiones y administración[35], este proyecto replica un error fundamental desde sus bases que guarda relación con la simplificación excesiva con que aborda se aborda la biodiversidad.

El enfoque simplificador, a nivel de la estructura administrativa del Estado, logra que los diferentes organismos con competencia en biodiversidad nunca se coordinen, actuando cada uno de manera aislada. Como ya vimos, un esquema especializado de ciencias genera parcelas especializadas de conocimiento, lo que tiene un correlato en la administración del Estado. Cada organismo público tendrá una experticia y competencias respectivas dentro de un ámbito específico del saber, aislando variables relevantes que pueden incidir en la protección de la biodiversidad.

Este diagnóstico es denotado también por la doctrina jurídica ambiental tanto en Argentina[36] como en Brasil[37], y ciertamente es el fundamento de las reformas institucionales en curso en Chile. Sin embargo, este proyecto no las supera[38], porque no aborda la biodiversidad desde una mirada integradora del conocimiento, a la vez que pone un excesivo énfasis en el sistema de áreas protegidas, intentando saldar una deuda arrastrada hace décadas. De esa forma, considera implícitamente, como única herramienta para la gestión de la biodiversidad, al sistema de áreas protegidas, pese a que la biodiversidad no está sólo dentro de las áreas protegidas, sino que en todo lugar donde haya variabilidad y variación de seres vivos.

Por otra parte, el proyecto aborda también las áreas protegidas con un enfoque eminentemente productivo. La creación de concesiones y delegación de la administración de áreas protegidas, en el fondo, se efectúa para la explotación de los diferentes servicios ambientales que puedan otorgar. En este caso en particular, el más accesible para ser concesionado o delegado, en un esquema como el referido, serían los servicios de belleza escénica para efectos del turismo.

Sin embargo, no hay en todo el proyecto un ámbito relacionado con la calidad de vida y con la salud de la población. De hecho, relegar al mercado el disfrute de los llamados servicios ambientales puede replicar las desigualdades de la distribución del ingreso en Chile[39].

6. Conclusiones

---

inicia un proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas. [en línea] < http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?7487-12 > p. 8.

[33] Al menos, pueden ser creadas por seis ministerios, y administradas por a lo menos cuatro organismos públicos. Véase: BERMÚDEZ SOTO, Jorge. La problemática vigencia, composición, y extensión del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado en Chile. pp. 128-131. En: La contribución del derecho forestal-ambiental al desarrollo sustentable en América Latina. GALLARDO, Enrique, y SCHMITHÜSEN, Franz (Edits). IUFRO World series. Vol 16. IUFRO. Austria. 2005. p. 129.

[34] Mensaje N° 595-358 de 2010. Op Cit. Artículo 63.Las sanciones son multas cuyo mínimo es 0, y cuyo máximo son 500 unidades tributarias mensuales, lo que equivale a unos U$ 38.230.

[35] Mensaje N° 595-358 de 2010. Op. Cit. Párrafos III y IV, Título III. Cabe señalar que un administrador de un área protegida podría celebrar contratos que tengan el mismo objeto jurídico que una concesión, con lo que se podría crear un perverso mecanismo de elusión del procedimiento administrativo de concesión de bienes públicos.

[36] ZEBALLOS DE SISTO, María Cristina. De la regulación jurídica de la biodiversidad. Pp. 293-324. En: Ambiente y recursos naturales. KROM, Beatriz (Edit). Editorial Estudio. Argentina. 2008. p. 293.

[37] Op. Cit. Machado Granzeira. p. 105.

[38] Por ejemplo, las competencias en materia de especies exóticas invasoras será meramente facultativo y de coordinación, dejando las competencias dispersas en todos los organismos del Estado que tengan atribuciones en la materia. Ver: Mensaje N° 595-358 de 2010. Op. Cit. Artículos 58 y 59.

[39] Radio Bio-Bio. Chile lidera desigualdad de ingresos entre países de la OCDE. Martes 12 abril 2011 [En línea] <http://www.biobiochile.cl/2011/04/12/chile-lidera-desigualdad-en-ingresos-y-pobreza-entre-paises-de-la-ocde.shtml>

El proyecto de ley que crea al Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas en Chile no es apto para cumplir sus fines, tal como le explicamos en las antedichas críticas. Sin embargo, creo que esta es una buena instancia para reflexionar en torno a cómo debemos pensar nuestras instituciones desde consideraciones epistemológicas y éticas, las cuales tendrán evidentemente consecuencias jurídicas.

Abandonar un paradigma simplificador es algo plenamente atingente al derecho como ciencia social aplicada, y en particular al derecho ambiental. Si utilizamos estas ideas para criticar una división funcional del Estado basada en la simplificación, nos daremos cuenta que proyectos como éste replican un paradigma que desvincula "saberes", y con ellos dificulta la correcta toma de decisiones político-administrativas en ámbitos multisectoriales, tal como ocurre en la protección de la biodiversidad. Un servicio público, como el presentado acá, estará destinado a replicar las dificultades de la excesiva segmentación de la administración del Estado.

Por otra parte, insistir en una moral utilitarista e individualista de consumo de servicios ambientales es replicar una moral como la descrita en el consumo de las medicinas: nuestro bienestar se desvincula de nuestro entorno, considerando a la salud como una consecuencia de actos de consumo, y no de una sana interrelación con nuestro entorno.

Justamente por ello, es necesario adoptar una ética hermenéutica para reemplazar a una ética "de principios" monolítica, donde bajo el subterfugio de la objetividad técnica suele esconderse una postura moral excluyente y exclusiva. En ese sentido, Bondolfi nos señala lo antigua que es *la tendencia a querer desligar este momento de la decisión política de aquél de la valoración moral que tiene lugar en filosofía"*[40].

Este verdadero "rescate de la ética" es necesario a la hora de formar las decisiones político-administrativas, porque una visión individualista, exclusiva y excluyente de lo correcto e incorrecto, basada en un utilitarismo de corto plazo, no nos llevará a un buen destino, según mi opinión. En cambio, una sociedad plural que acoja en su seno a diferentes pensamientos ético-ecológicos será más apta para sobreponerse a las desigualdades. En otros términos, una sociedad éticamente diversa es como un ecosistema biológicamente diverso: podrá resistir de mejor manera los cambios vertiginosos que los afecten.

En ese sentido, el proyecto está en deuda, porque no relaciona la salud con la biodiversidad, ni fomenta un espectro amplio de apreciaciones morales del entorno, repitiendo un esquema de ciencia como que el Dr. Snaut denunció en *Solaris*. Así, quizá el hombre no debe buscar nuevas tecnologías para encontrar nuevas soluciones tecnológicas a la crisis ambiental, sino que debe buscarse a sí mismo, para encontrar su lugar en un planeta damnificado en el que, para bien o para mal, hoy le toca vivir.

7. BIBLIOGRAFÍA

1. AA.VV. Ética aplicada: perspectivas de la responsabilidad para la sociedad civil en un mundo globalizado. VILLARROEL, Raúl (Editor). Editorial Universitaria. Chile. 2009. p. 25.

- VILLARROEL, Raúl. Introducción a la ética aplicada. pp. 25-46.
- VILLARROEL, Raúl. Medio ambiente, ética hermenéutica, y reconfiguración de la subjetividad. pp. 69-93
- BAQUEDANO, Sandra. Ecoética aplicada a la salud mental.

2. ARANDA ORTEGA, Jorge. ¿Derechos a la naturaleza o derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno. pp. 313-327. En: derecho

[40] *Bondolfi. Op. Cit. p 303.*

ambiental en tiempos de reforma: actas de las quintas jornadas de derecho ambiental. Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile. Abeledo Perrot. Chile. 2010.

3. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. La problemática vigencia, composición, y extensión del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado en Chile. pp. 128-131. En: La contribución del derecho forestal-ambiental al desarrollo sustentable en América Latina. Gallardo, Enrique, y Schmithüsen, Franz (Edits). IUFRO World series. Vol 16. IUFRO. Austria. 2005.

4. BONDOLFI, Alberto. Ética del ambiente natural, derecho, y políticas ambientales: tentativa de un balance para el futuro. En: Acta bioética. Vol. VII, número 2, Organización Panamericana de la Salud. Chile. 2001.

5. GHERSA, Claudio. Biodiversidad y ecosistemas: la naturaleza en funcionamiento. Eudeba. Argentina. 2007.

6. KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho. Editorial Losada S.A. Argentina. 1941.

7. LEOPOLD, Aldo. La ética de la tierra. pp. 29-40.En: Ambiente y desarrollo. Número especial. CIPMA, Universidad de Chile. Chile. 2007.

8. MACHADO GRANZEIRA, Maria Luiza. Direito ambiental. Editora Atlas. Brasil. 2009.

9. MORENO, C.E., y VERDÚ J.R. ¿Por qué preocuparse de la pérdida de la biodiversidad? Servicios de los ecosistemas y bienestar humano. pp. 11-17. En: Cuadernos de biodiversidad. Universidad de Alicante. Centro Iberoamericano de la Biodiversidad. España. 2007.

10. MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Editora Sulina. Brasil. 2007.

11. PENA-VEGA, Alfredo. O despertar ecológico: Edgar Morin e a ecologia complexa. Garamond. Brasil. 2005.

12. PIGRETTI, Eduardo. Derecho Ambiental. Ediciones Gráfica Sur. Argentina. 2004.

13. QUINTANA BRAVO, Fernando. Interpretación y argumentación jurídica. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2010.

14. STUTZIN, Godofredo. Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. Pp. 97-114. En: Ambiente y desarrollo. Vol. I, N°1. CIPMA. Universidad de Chile. Chile. 1984.

15. WUNDER, Sven. Pagos por servicios ambientales: principios básicos esenciales. Ocasional paper N° 42. CIFOR. 2006.

16. ZEBALLOS DE SISTO, María Cristina. De la regulación jurídica de la biodiversidad. Pp. 293-324. En: Ambiente y recursos naturales. Krom, Beatriz (Edit). Editorial Estudio. Argentina. 2008.

REFUGIADOS AMBIENTALES

Autor: Claudina del Valle Xamena Zárate de Canavoso
Domicilio: Los Cardones 101 – Salta – Argentina
Teléfono: 0387 – 4393424
Correo electrónico: clau_xamena@hotmail.com

Breve curriculum:

Abogada egresada de la UCASAL (1999). Mediadora. Traductora de Inglés. Docente por concurso de la cátedra de Negociaciones Internacionales, Licenciatura en Comercialización, Escuela de Negocios UCASAL. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta. Posgraduada "Strategic Planning on Sustainability" – Vermont Law School (2000). Alumna de la Maestría en Gestión Ambiental – UCASAL. Secretaria de Primera Instancia del Poder Judicial de Salta por concurso.

Resumen o Abstract: La presente monografía aborda la problemática de los refugiados ambientales, partiendo del análisis de la incidencia que tienen las catástrofes ambientales –naturales y antrópicas- en la movilidad humana para demostrar la imperiosa necesidad de brindar tutela jurídica a los desplazados ambientales.

Contenido:

Preludio. El cambio climático como causa de los desplazamientos de población. La actividad humana como causa de las catástrofes ambientales. Hacia un único concepto de refugiado ambiental. El refugiado ambiental en la Convención de Ginebra de 1.951. Aproximación normativa. Conclusión.

Preludio:

Entre los Objetivos del Milenio[41] formulados por las Naciones Unidas se encuentra el de garantizar la sustentabilidad del medio ambiente.

En la reunión Plenaria de Naciones Unidas celebrada en New York entre el 20 y el 22 de setiembre del año 2010 se estableció como meta para el año 2020 mejorar la vida de 100 millones de habitantes de las poblaciones de barrios marginales, entre las que se encuentran las personas desplazadas debido al deterioro ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocados por la actividad humana, poniendo en peligro su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida.

El cambio climático como causa de los desplazamientos de población.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático define al cambio climático como un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima que se ha observado durante periodos de tiempo comparables.

El cambio climático es un proceso que se manifiesta de diferentes maneras, incluyendo un alza del promedio de la temperatura, comúnmente llamada "calentamiento global"; cambios en los patrones de las lluvias los cuales generan inundaciones, sequías y en algunas zonas hasta la desertificación.

Los patrones extremos e impredecibles del clima provocan un mayor número de desastres naturales y más intensos. El derretimiento de los glaciares así como de las capas de hielo de los polos da como resultado el aumento del nivel del mar y la erosión de las costas y provoca que las zonas bajas de la tierra se vuelvan inhabitables.

La población mundial se ha familiarizado con el uso del término cambio climático y el empleo de este término no está reservado únicamente a los científicos.

Existen numerosos informes[42] que indican que el calentamiento global está sucediendo y tampoco escapan a nuestro conocimiento las graves consecuencias que implica ello implica. No obstante, el impacto del desplazamiento de grandes poblaciones o grupos de personas motivada en catástrofes ambientales no recibe aún hoy un tratamiento adecuado en el ordenamiento jurídico internacional y menos aún en el derecho interno argentino.

Los especialistas del cambio climático han analizado comunidades en India, China y México, cuyos acuíferos se han vaciado por completo, provocando que millones de seres humanos se hayan visto en la necesidad de migrar. Una situación muy grave se relaciona con los desiertos que se están extendiendo. Los científicos señalan que a causa del crecimiento del Gobi (región desértica situada al norte de China), ahora existen "refugiados del desierto" que se han movido hacia Mongolia, Ningxia y Gansu por lo que 4 mil comunidades están enfrentando el despoblamiento. Lo mismo sucede en Irán, donde

---

[41] Objetivos del Desarrollo del Milenio:
Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre.
Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal
Objetivo 3: Promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.
Objetivo 4: Reducir la mortalidad infantil.
Objetivo 5: Mejorar la salud materna.
Objetivo 6: Combatir el VIH/SIDA y otras.
Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.
Objetivo 8: Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

[42] Entre los numerosos informes científicos puede mencionarse "El Cambio Climático en Argentina" informe realizado por la Secretaría de Ambiente de la Nación, elaborado en el marco de la cooperación técnica de la Agencia de Cooperación Internacional de Japón (JICA); CEPAL (Comisión Económica Para la América Latina) "Cambio Climático y Desarrollo en América Latina", Año 2009, impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile.

comunidades cercanas a Teherán han sido abandonadas por la expansión del desierto y la falta de agua[43].

Otro problema es el de la elevación del nivel del mar, tal como señaló el Panel Intergubernamental en Cambio Climático en el año 2001, mencionando que puede subir cerca de un metro en el presente siglo, lo cual producirá tremendas inundaciones en China, India, Indonesia, Pakistán, Filipinas, Corea del Sur, Tailandia y Vietnam, lo que forzaría a millones de seres humanos a moverse hacia el interior de esos países, ya de por sí sobrepoblados. Por ello no sorprende que en el año 2008, el Alto Comisionado de los Refugiados de la ONU, diera a conocer en un informe que por cada centímetro que sube el nivel del mar, se calcula un millón de personas desplazadas.

A diferencia de las víctimas de la violencia política, quienes a través de organizaciones internacionales tienen acceso a diferentes formas de asistencia financiera, albergues, comida, escuelas y clínicas, los llamados "refugiados ambientales" aún no han sido reconocidos en las convenciones mundiales, lo que los hace totalmente vulnerables.

Según proyecciones realizadas por las Naciones Unidas (IPCC) de continuar las actividades humanas sin cambios en el aumento del uso de combustibles fósiles y otras actividades, el nivel de CO_2 en la atmósfera podría llegar a fines del siglo XXI a más de 1.100 ppm (partículas por millón), o sea un nivel casi cuatro veces más alto que el nivel previo al inicio de la Revolución Industrial. El deshielo en las regiones polares y el aumento del volumen de los océanos debido a la extensión térmica tendrían el efecto combinado de elevar el promedio de los océanos entre 20 y 110 cm para el año 2100.[44]

Las catástrofes llamadas naturales son el resultado del contacto entre determinados procesos naturales y la instalación del hombre; pueden tener impacto negativo en la salud humana. Las catástrofes de origen natural fueron más de 1.000 en todo el mundo entre 1.947 y 1.981. Las más impactantes en términos humanos son las inundaciones (40%), los ciclones tropicales (20%), los terremotos (15%) y las sequías (15%). Más del 90% de las víctimas ocurren en los países no desarrollados, mientras que alrededor del 75% de las pérdidas económicas se da en los desarrollados[45].

Las investigaciones de la Cruz Roja Internacional muestran que hay más personas en "situación de catástrofe", desplazadas por los desastres ambientales, que por la guerra. Y si bien en la Conferencia Mundial sobre Reducción de Desastres realizada en Kobe, Japón, en enero de 2005, se estableció el acuerdo de proteger y apoyar a los migrantes que se veían forzados a desplazarse debido a la degradación ambiental, estos imperiosos estatutos internacionales no han sido formalizados, quitando indudablemente toda efectividad a las acciones.

Los medios de comunicación a diario nos informan sobre diversas situaciones que padecen los seres humanos tanto en países desarrollados como aquellos llamados en vía de desarrollo. Esto es porque las catástrofes ambientales no distinguen de poderíos económicos y mucho menos de límites político-geográficos. Basta con mencionar la situación que viven millones de refugiados en Somalía[46] donde 11.3 millones de personas se encuentran necesitadas de alimentos, debido en gran parte a la peor sequía en los últimos sesenta años.

El Representante Especial del Secretariado General en los Derechos Humanos de los Desplazados Internos, Walter Kälin, ha postulado cinco escenarios generados por el cambio climático que pueden ocasionar el desplazamiento de grandes poblaciones humanas:

1. Desastres hidrometeorológicos (inundaciones, huracanes, tifones, ciclones, deslizamientos de tierra, etc.);

---

[43] IPCC, Climate Change 1.995, Part. II, Cambridge University Press, pág. 14.

[44] Malacalza, Leonardo "Ecología y Ambiente" Publicación del Instituto de Ecología de Luján, Bs. As., 2004, pág. 101.

[45] Reboratti, Carlos "Ambiente y Sociedad- Conceptos y relaciones, Editorial Ariel, Grupo Editorial Planeta, Bs. As. 1.999, pág. 26.

[46] http://www.cnn.com/2011/WORLD/africa/07/20/somalia.famine.explainer/index.html

2. zonas designadas por los gobiernos como de alto riesgo y peligrosas para habitarlas;

3. degradación del medio ambiente y una lenta aparición de desastres (por ejemplo, reducción de la disponibilidad de agua, desertificación, inundaciones recurrentes, salinización de zonas costeras, etc.);

4. el caso del hundimiento de los pequeños estados insulares; y

5. los conflictos armados provocados por la disminución de los recursos naturales (por ejemplo, agua, alimentos) debido al cambio climático.

Algunos científicos consideran que el cambio climático incrementará la variedad de enfermedades infecciosas como la malaria, dengue, fiebre amarilla y algunas encefalitits virales. Esto sucederá principalmente por el cambio geográfico de las zonas afectadas por mosquitos transmisores, acortando el período de incubación patógena[47].

Una realidad que no puede soslayarse es que 75 por ciento de las poblaciones azotadas por estas migraciones radican en las áreas pobres del planeta: África, Asia y América Latina. Podrían parecer fenómenos distintos, pero en la base de todos se encuentran las mismas inequidades, injusticias sociales y desequilibrios económicos que vive nuestro planeta, fundamento de todas las migraciones en la historia de la humanidad.

La actividad humana como causa de las catástrofes ambientales

Si bien es verdad que el hombre no es el responsable de las catástrofes ambientales, muchas veces colabora a que éstas tengan efectos catastróficos. Por ejemplo, cuando modifica la dinámica hidrográfica mediante la construcción de obras de infraestructura, cuando reemplaza ecosistemas, o cuando importa especies exóticas, solo por mencionar algunos.

A 25 años de la catástrofe de Chernobyl la cantidad exacta de víctimas sigue siendo tema de debate y millones de personas sufren aún los problemas de salud derivados de la catástrofe. Las autoridades ucranianas estiman que unos 5 millones de personas - ucranianos, bielorrusos y rusos- "sufrieron" por esta catástrofe. Buena parte de ellos vive aún en los territorios contaminados.

No solo se reconocen causas naturales de la degradación ambiental, también la acción del hombre es susceptible de producir riesgos ambientales que conduzcan a grandes masas de población a abandonar su hábitat en búsqueda de un ambiente saludable, apto para desarrollar sus actividades.

Existen otros escenarios en donde se combinan la causa natural y la acción del hombre, como sucedió en reciente triple desastre – terremoto, tsunami y desastre nuclear- que recientemente golpeó a la región Tohoku, en Japón, el 11 de marzo de 2011, la que sin lugar a dudas es la peor catástrofe que sufrió Japón desde terremoto de Kobe, en 1.995 que se cobró más de seis mil vidas.

El informe Stern (2006) sobre la economía del cambio climático y el cuarto informe del IPCC (2007) delinearon la responsabilidad en el cambio climático y su efecto en la salud de las personas. En este sentido, ambos informes son concluyentes en resaltar que las demoras en la adopción de conductas responsables y sustentables traerán aparejados costos humanos y ambientales más altos e irreparables.

En ocasión de su visita a Argentina en el mes de mayo de 2011, el Profesor Michel Prieur fue consultado sobre la posibilidad de evitar catástrofes, o al menos de preparar a las poblaciones mundiales para que puedan actuar una vez que se produce el siniestro. El eximio jurista dijo que *"Todas las catástrofes de este tipo demuestran la necesidad de una organización de prevención pero sistemática, no sólo de discursos"*. Además reclamó la necesidad de educar a la gente para que sepa la realidad del riesgo porque si no lo

---

[47] Jonathan Patz et al, "Global Climate Change and Emerging Infectious Diseases" Journal of the American Medical Association, Volumen 275, Número 3, fecha 17 de Enero de 1.996, pág. 227.

desconocen no podrán estar preparados. Así las cosas hizo hincapié en la indicación preventiva antes de que la tragedia suceda, y a largo plazo, un ordenamiento del territorio para no permitir radicaciones en lugares donde hay riesgo.

Hacia un único concepto de refugiado ambiental

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional de la Migración (IOM) y el Grupo Político de Refugiados han optado por no utilizar la denominación de "refugiado ambiental", o "refugiado ecológico" sino la denominación de "personas ambientalmente desplazadas" o bien "migrantes ambientales" entendiendo que son personas desplazadas en su propio país o que se han desplazado a través de fronteras internacionales debido a la degradación, el deterioro o la destrucción del medio ambiente. A las víctimas de catástrofes ecológicas se las ha comenzado a denominar también como migrantes ambientales e incluso a categorizarlos entre migrantes.

El profesor Hans Van Ginkel[48], rector de la United Nations University (en castellano Universidad de las Naciones Unidas), señala que estos "refugiados ambientales" deben distinguirse cuidadosamente de los migrantes económicos que salen en forma voluntaria para buscar un mejor horizonte, pero pueden volver sin sufrir ninguna persecución". Empero, los migrantes económicos se encuentran tan forzados como aquellos que huyen de las devastaciones ambientales. No pueden volver porque los persiguen el hambre y las malas condiciones de vida. Y esto se convierte en un enorme desastre para estos seres humanos.

En opinión de algunos expertos el término "refugiados ambientales" es muy simplista, porque se atribuye a la naturaleza el origen de la migración, cuando en realidad son los actos, prácticas y políticas humanas las que ocasionan que la población deba huir, escapar, abandonar su hábitat. Tampoco sería conveniente distinguir entre evacuados, desplazados y refugiados, porque ambos grupos de personas padecen catástrofes ambientales.

Parecería más amplio el término migrante, pues comprende tanto a las personas que salen de su hábitat (refugees) como a quienes se encuentran regresando a sus hogares (returners).

¿Hasta qué punto es posible separar a unos migrantes de otros, cuando en realidad todos se encuentran forzados a moverse para preservar su vida? Separar a los migrantes por conceptos o denominaciones distintivas, no sólo nos lleva a discriminar a las víctimas de desastres ecológicos, sino que crea confusiones al momento de establecer un estatuto para estos grupos humanos y en definitiva tornan dificultoso proveer de tutela jurídica uniforme.

Refugiado, desplazado, migrante, evacuado, son sinónimos de una situación humanitaria que merece la adecuada tutela jurídica.

Por ello, de todos los intentos por conceptualizar el estatus de los refugiados ambientales, se impone por su amplitud y claridad el concepto empleado por El- Hinnawi, quien define a los refugiados ambientales como aquellos individuos que se han vistos forzados a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocados por la actividad humana, tales como accidentes industriales o que han provocado su desplazamiento permanente por grandes proyectos económicos de desarrollo, o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos, poniendo en peligro su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida.[49]

De la conceptualización que realiza El–Hinnawi surge que las características que configuran el estado de refugiado ambiental según el origen de la causa puede estar fundado en:

---

[48] *Publicación de la Universidad de las Naciones Unidas. Puede consultarse en el sitio:http://cnpublications.net/2007/06/28/environmental-refugees/*

[49] *El-Hinnawi, E.,* Environmental Refugees*, United Nations Environment Programm, Nairobi, Kenya, 1985, p. 4*

a) Peligros naturales: provocados por eventos naturales como por ejemplo terremotos, huracanes, tsunamis, erupción de volcanes, aludes, inundaciones, sequías.

b) Peligros provocados por la actividad humana, como por ejemplo accidentes industriales, desastres nucleares, contaminación de agua dulce por vertidos contaminantes, establecimiento de industrias contaminantes, etc.

Respecto al tiempo de duración del desplazamiento, los mismos pueden ser:

a) Permanentes: con carácter definitivo.

b) Temporales: con carácter transitorio.

Teniendo en cuenta el ingreso o el egreso del territorio de origen, los migrantes ambientales puedes ser:

a) Egresantes *(Leavers* en idioma inglés*)*: quienes se encuentran en el proceso de salida de su hábitat.

b) Ingresantes *(Returners* en idioma inglés*)*: quienes se encuentran en el proceso de regreso a su hábitat de origen.

Los migrantes ambientales en la definición de El-Hinnawi no solo se refieren a sujetos individuales, sino también a grupos o masas de personas que padecen el deterioro ambiental y por ello para resguardar su vida de la alteración negativa de su ambiente, se ven obligados a dejar su lugar de origen.

Es este punto central en la discusión en torno al proyecto del Estatuto del refugiado, ya que las catástrofes ambientales tendrán un mayor impacto en la movilidad humana y el aumento de los desastres naturales exige renovar los marcos jurídicos y formularlos acordes con

Si tenemos presente que la juventud representa cerca del 30% de la población mundial, la participación de este sector poblacional en la adopción de decisiones y en la ejecución de programas relativos al medio ambiente es decisiva para que la prevención en riesgos ambientales tenga éxito.

El refugiado ambiental en la Convención de Ginebra de 1951

El concepto de refugiado viene recogido en el Art. 1 de la Convención de Ginebra, que señala que a los efectos de la presente Convención , el término “refugiado” se aplicará a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Para demostrar que en el concepto de refugiado no se encuentra comprendida la situación de los desplazados/migrantes/refugiados ambientales, basta realizar un análisis de los requisitos estatutarios de la Convención:

a. El término refugiado se aplicará a toda persona: La Convención considera a cada persona individualmente, no se aplica a grupos de personas, como pueden ser los refugiados o migrantes ambientales.

b. Que debido a fundados temores de ser perseguida: Refugiado conforme la Convención es aquella persona que debe tener fundados temores de ser perseguido en el país del que huye. En consecuencia, toda persona que huye de una catástrofe ambiental no puede invocar la Convención.

c. El temor debe estar fundado en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas: El temor fundado en una catástrofe ambiental, o en el riesgo de perder la vida o el temor de dejar de gozar de un ambiente sano no son motivos válidos para ser considerado refugiado en los términos de la Convención.

d. La persona debe encontrarse fuera del país de su nacionalidad: Los desplazados internos en su propio país no pueden invocar la Convención. Es decir que un extranjero o un turista pueden ser considerados víctimas de catástrofe, pero

no el propio nacional, cuya situación es igualmente dramática, por lo que no debieran ser ignorados por la comunidad internacional.

Aproximación normativa

De acuerdo a lo señalado por el IPCC en el año 2001, muchos de los asentamientos humanos más pobres se encuentran situados en zonas de alto riesgo y como dato detonante resalta que 60 de las 77 ciudades latinoamericanas más pobladas se encuentran ubicadas en zonas costeras, quedando más expuestas a las inundaciones, al aumento del nivel del mar, entre otros peligros. Por ello se debe propender a educar para evitar el riesgo, lo que implica adecuarse a las consecuencias del cambio climático.

Existen dos tipos de respuestas posibles frente al cambio climático, las de mitigación, que atacan las causas y las de adaptación que apuntan fundamentalmente a minimizar los impactos negativos del cambio en el clima y a evitarlos, de ser posible. Sin duda, toda acción tendiente a brindar tutela jurídica a los desplazados ambientales se encuadra dentro de las conductas de adaptación de los seres humanos a las alteraciones ambientales, llámense sequías, inundaciones, terremotos, aludes, ciclones, tsunamis, tornados, desastres nucleares, etc.

Las condiciones del cambio climático, cuyos lamentables efectos se espera que crezcan en forma exponencial, producirán también incontables números de personas desplazadas en el mundo. Aunque nadie se atrevería a objetar la necesidad de que se tomen medidas en este sentido, los Estados no parecen plantearse planes de acción para resolver las graves consecuencias que significarán dichos desplazamientos.

En este punto del análisis, resulta adecuado mencionar el Principio de Realidad. En este sentido, el Dr. Néstor Cafferatta postuló en el marco de su conferencia magistral dictada en las V Jornadas Latinoamericanas sobre Medio Ambiente[50] que las soluciones ambientales deben ser realistas, "deben tener en cuenta los aspectos políticos, económicos, sociales, jurídicos de la realidad local, regional, nacional, e internacional". Precisamente, en el caso de los refugiados ambientales es donde primordialmente debe aplicarse el principio de la realidad, esbozado por Cafferatta, para facilitar la formulación de un Estatuto para los desplazados ambientales.

Se impone, entonces, un nuevo paradigma en las políticas ambientales internacionales que permitan evolucionar desde el derecho humano al medio ambiente saludable hacia el derecho humanitario de las víctimas del ambiente.

Asistimos al surgimiento de una nueva categoría de damnificados por daño ambiental: Las víctimas ambientales. El gran desafío que se plantea a la comunidad internacional es reconocer a estas nuevas víctimas el derecho humano a un gozar de un ambiente sano. Es un desafío no solo para las generaciones futuras, sino principalmente para la generación actual, porque los efectos del cambio climático son actuales, son reales y están sucediendo.

Nos encontramos ante el surgimiento de un nuevo paradigma ambiental que postule el reconocimiento universal de un derecho humano al medio ambiente saludable que incluya y -no desplace- el reconocimiento universal de los derechos humanos en beneficio de las víctimas del ambiente.[51]

Ante la imposibilidad de obtener el consenso de la comunidad internacional para la modificación del Estatuto del refugiado establecido por la Convención de Ginebra, la vía que se impone es la celebración de convenios multilaterales que garanticen a las víctimas de catástrofes naturales el derecho humano a un ambiente saludable. En esta línea de

---

[50] Las V Jornadas Latinoamericanas sobre Medio Ambiente se desarrollaron en la ciudad de Salta, Argentina durante los días 13, 14 y 15 de agosto de 2009, cuyos ejes temáticos fueron "Ordenamiento Ambiental del Territorio" y "Participación Ciudadana".

[51] Prieur, Michel "El Proyecto de Convención sobre el Estatuto de los Desplazados Ambientales" en Revista de Derecho Ambiental N° 24, pág 99, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. 2010.

pensamiento se enrola el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti[52] cuando destaca que "en nuestro siglo parece apremiante retomar el valor que la revolución francesa llamó fraternidad y que ahora ha sido reemplazado por el valor solidaridad".

A nivel regional existen algunos avances en la materia y se han celebrado tratados regionales que intentan legislar un posible estatuto jurídico para las víctimas de catástrofes, pero no existe acuerdo alguno a nivel continental que regule la situación de los desplazados ambientales y mucho menos, a nivel global.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha sido clave en la elaboración de directrices en otras áreas pertinentes relacionadas con la salud, tales como el uso de hospitales de campaña y la provisión de medicamentos. Asimismo la Cruz Roja Internacional posee numerosos instrumentos importantes, incluidas las medidas para acelerar los socorros internacionales de 1977 y realiza recomendaciones para la formulación de normas en materia de catástrofes, tales como el Código de Conducta Internacional de la Cruz Roja.

La mayoría de los acuerdos internacionales en respuesta a desastres o catástrofes son bilaterales, no multilaterales, y distan de convertirse en convenciones universales de derechos, lo que demuestra claramente la necesidad de coordinar mayores esfuerzos en este sentido.

Como ejemplos incipientes de este nuevo paradigma en el derecho internacional pueden mencionarse dos antecedentes de tratados bilaterales en materia de catástrofes. La República Argentina y la República de Chile han firmado un acuerdo sobre Cooperación en Materia de Catástrofes, aprobado por nuestro país por ley 25.240 del 29 de diciembre de 1.999. En él se establece un procedimiento en caso de catástrofe e inclusive se enumeran los privilegios e inmunidades que los integrantes del personal de un Estado – Parte gozarán durante la permanencia en el territorio del Estado receptor. Sin embargo se advierte que no se contemplaron los derechos y deberes de los ciudadanos que ingresen en el territorio de alguno de los Estados Parte, que deban hacerlo huyendo de una catástrofe ambiental.

Otro antecedente en este sentido lo constituye el Convenio sobre Resguardo de Bosques Fronterizos contra incendios de 1.961 suscripto entre la República Argentina y la República de Chile (aprobado en nuestro país por Decreto 7672) mediante el cual se crea un servicio específico de prevención y lucha contra incendios forestales. Este acuerdo tampoco contempla la situación de las personas desplazadas de un país a otro como consecuencias de los incendios que se pudieren producir.

Cabe expresar que en estos dos únicos tratados que registra nuestro país en materia de catástrofes, se ha contemplado el beneficio económico y social, pero no el beneficio para las posibles víctimas de catástrofes.

El Grupo Mercado Común parece avanzar regionalmente al haber aprobado en julio de 2004 un Protocolo Adicional[53] al Acuerdo Marco del Mercosur sobre Medio Ambiente mediante el cual se estipula el compromiso de los Estados de prestarse cooperación recíproca y asistencia cuando se produzca una emergencia ambiental.

El alcance de este Protocolo comprende las acciones que desarrollarán los Estados Partes tendientes a armonizar procedimientos compatibles para actuar en caso de emergencias ambientales. Para ello, la cooperación en esa materia se implementará mediante: a) el intercambio de información previa de situaciones que requieran medidas comunes de prevención y de aquellas que puedan derivar en una emergencia ambiental; b) el intercambio de información y experiencias en materia de prevención, mitigación, alerta, respuesta, reconstrucción y recuperación; c) intercambio de información en materia de tecnologías aplicables; d) la planificación conjunta para reducción de riesgos; e) la elaboración de planes, programas y proyectos de contingencia para actuación conjunta; f) la incorporación de estadísticas sobre situaciones de emergencias ambientales que se hayan

---

[52] Ricardo L. Lorenzetti, "Teoría del Derecho Ambiental", 1a ed. 1ra reimpresión, Bs. As: La Ley, 2009 pág. 3

[53] Protocolo Adicional al AMMA en Materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales aprobado por Decisión 14/2004 del Consejo Mercado Común de fecha 7 de julio de 2004.

producido en la región al Sistema de Información Ambiental del MERCOSUR (SIAM); g) la creación de un banco de expertos en emergencias ambientales para su inclusión al SIAM; h) la utilización de personal y medios de un Estado Parte a solicitud de otro; i) la prestación de apoyo técnico y logístico para atender a las emergencias ambientales a solicitud de los Estados Partes; y j) la capacitación de recursos humanos. Sin embargo, este Protocolo no regula la situación de las personas desplazadas.

Del análisis de los incipientes instrumentos internacionales[54] que abordan la situación de las catástrofes ambientales, se advierte que los mismos receptan y regulan aspectos parciales de la situación de los migrantes ambientales, tales como logística para la distribución de medicamentos, plan de ingreso de las fuerzas armadas a un país foráneo, pero en ninguna forma abordan la situación integral de los desplazados ambientales.

Por ello, todo intento de adoptar universalmente, el "Estatuto de Personas Víctimas de Catástrofes Ambientales" debiera contemplar la problemática a nivel global, continental o regional, siendo notoriamente insuficiente la celebración de convenciones entre dos países limítrofes.

Entendemos que es esencial que todo proyecto de Estatuto para brindar una adecuada tutela jurídica a las víctimas de catástrofes ambientales debiera abordar en forma integral la problemática humanitaria, con carácter integral, global y uniforme, comprendiendo básicamente los siguientes aspectos:

a) los derechos, los deberes, la inmunidad de las víctimas desplazadas,
b) las condiciones de ingreso, de permanencia y de salida del país receptor (visado especial y régimen extraordinario de trámites migratorios),
c) un plan de alimentación para refugiados, y
d) un sistema de prestaciones básicas de cobertura médica.

Conclusión

Hemos intentado realizar una aproximación a la interrelación existente entre la modificación ambiental y la situación de los refugiados ambientales.

Podemos concluir que un "refugiado" ya no es sólo quien huye de regímenes políticos represivos o de conflictos armados, sino también aquél que huye por razón de la modificación del medio ambiente donde vive y por ello, el concepto de refugiado recogido en la Convención de Ginebra ha quedado ampliamente superado por las circunstancias de las últimas décadas.

Los desplazamientos de la población producidos por las catástrofes ambientales exigen una adecuada respuesta internacional, cimentada sobre una comprensión compartida de objetivos a largo plazo y un acuerdo sobre los marcos para la acción coordinada a nivel regional.

Las iniciativas tendientes a aunar esfuerzos en común en los casos de emergencias ambientales demuestran la toma de conciencia sobre los efectos transfronterizos de los daños ambientales. Sin embargo se impone la adopción a nivel global de un Estatuto Universal sobre las Personas Víctimas de Catástrofes Ambientales.

Este trabajo intenta ser un humilde aporte en este sentido.

BIBLIOGRAFÍA:

[54] *Convención Tampere; Guías de Oslo; Convención de Estambul, entre otras.*

1. CEPAL (Comisión Económica Para la América Latina) “Cambio Climático y Desarrollo en América Latina”, Año 2009, impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile.
2. Drnas de Clément, Zlata “Codificación y Comentario de Normas Ambientales”, Bs. As., La Ley, 2001.
3. El-Hinnawi, E., Environmental Refugees, United Nations Environment Programm, Nairobi, Kenya, 1985.
4. Global Climate Change (A) Harvard Business Law School, January 28. 1999.
5. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Climate Change 1.995: IPCC Second Assesment Report, Part. II, Cambridge University Press.
6. Lorenzetti, Ricardo Luis “Teoría del Derecho Ambiental”, 1a ed. 1ra reimpresión, Bs. As., La Ley, 2009.
7. Malacalza, Leonardo “Ecología y Ambiente” Publicación del Instituto de Ecología de Luján, Bs. As., 2004, pág. 101.
8. Reboratti, Carlos “Ambiente y Sociedad- Conceptos y relaciones, Editorial Ariel, Grupo Editorial Planeta, Bs. As. 1.999.
9. Revista de Derecho Ambiental, Editorial Abeledo Perrot, Número 24.
10. Rey Caro, Ernesto J. “Introducción al derecho internacional ambiental”, en AA. VV. Derecho Internacional ambiental. Nuevas Tendencias, Ed. Lerner, Córdoba, 1.998.

ANTENAS DE TELEFONÍA: ¿UNA NUEVA INDUSTRIA CONTAMINANTE COMO LA DEL TABACO?

Aliciardi, María Belén - Abogada-Escribana- Mediadora UNC- Tesista en Especialización de Derecho Ambiental UBA
Av. San Agustín 12-Rio Tercero -0351155437749-aliciardimbelen@hotmail.com

ABSTRAT

Este trabajo presenta el fenómeno de la superpoblación de las antenas de telefonía y las radiaciones no ionizantes que estas generan, con su consecuente contaminación electromagnética junto a sus implicaciones ambientales, exponiendo las normas jurídicas nacionales y extranjeras que regulan la cuestión, y la jurisprudencia argentina sobre el tema para finalmente recomendar medidas sobre cómo actuar ante la misma a los diferentes órdenes de gobierno (nacional, provincial y municipal), a las empresas de Telefonía, a las organizaciones de la sociedad civil y a la población en general en aras del reguardo a la salud a través del principio precautorio y de progresividad (art. 4 25675).

INTRODUCCIÓN

"La contaminación causada por la radiación electromagnética es el mayor problema ambiental del siglo 21",
Ingeniera Adilza Dode[1]

En 1950, nadie sabía que el fumar causaba cáncer y otros problemas de salud. Pero hoy, la industria del tabaco está sufriendo las consecuencias judiciales[2] y millones de personas han sido afectadas.[3] Tal como en 1950, hoy en nuestro mundo moderno, enfrentamos un nuevo tipo de contaminación que nos asalta a diario: **LA ELECTROPOLUCIÓN**. Esta es **producida por teléfonos celulares, cables de alta tensión, y otros**. Esta nueva forma de contaminación, es aún más peligrosa que el fumar, ya que no la podemos evitar. Especialmente los que vivimos en zonas densamente pobladas.

Estas fuentes mencionadas producen ondas que no se pueden ver, ni tocar ni oler, pero ello no significa que no existan. Los científicos las llaman, ondas no ionizantes. La Organización Mundial de la Salud explica que ***"Las radiaciones compuestas por cuantos de luz sin energía suficiente para romper los enlaces moleculares se conocen como***

---

[1] Tesis de Doctorado "Mortalidad por neoplasias y telefonía móvil en Belo Horizonte, Minas Gerais" de Adilza Condessa Dode, defendida el 26 de marzo de 2010, junto al Programa de Doctorado en Saneamiento, Medio Ambiente, y Recursos Hídricos (Desa) cuya orientadora fue Mônica Maria Diniz Leão, profesora do Departamento de Ingeniería Sanitaria y Ambiental, de la Escuela de Ingeniería de la UFMG y coorientadora Waleska Teixeira Caiaffa, profesora del Departamento de Medicina Preventiva de la Facultad de Medicina da UFMG, fue aprobada y publicada en la Universidad Federal De Minas Gerais. [Brasil] Boletin Nº 1690 - Año 36 / 12/4/2010.

[2] Ejemplo, el 25/08/2009 la tabacalera americana Philip Morris fue condenada por 13,8 millones de dólares pagaderos a la hija de una fumadora fallecida de un cáncer de pulmón.

[3] Cada año el tabaco ocasiona 4 millones de muertes en el mundo, lo que significa que cada día mueren alrededor de 10,000 personas por enfermedades asociadas al tabaquismo.

«radiación no ionizante». Las fuentes de campos electromagnéticos generadas por el hombre que constituyen una parte fundamental de las sociedades industriales (la electricidad, las microondas y los campos de radiofrecuencia) están en el extremo del espectro electromagnético correspondiente a longitudes de onda relativamente largas y frecuencias bajas y sus cuantos no son capaces de romper enlaces químicos […]".[4]

I.- INCIDENCIA DE LA RADIACIÓN NO IONIZANTE

I.a) Riesgo Sanitario

La preocupación por la contaminación electromagnética probablemente se inició en 1979 con un artículo del "Medical Journal of Epidemiology", donde se informaba de la posible relación entre la exposición a campos electromagnéticos y el cáncer infantil.

Entre los trabajos publicados cabe reseñar los siguientes:[5]

- 1982, **Samuel Milhan Jr.,** Epidemiólogo del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo del Estado de Washington (Olympia), relaciona las muertes por leucemia con la exposición prolongada a campos electromagnéticos de 11 oficios relacionados con la electrificación. [6]
- 1992, la **Comisión Internacional en Protección de Radiaciones No Ionizantes (IRPA**), da a conocer un informe donde se establecen valores mínimos de exposición (5 Kv/m, para campos eléctricos y 100 micro Tesla para campos magnéticos variables producidos por corrientes de 50 hz, valores inferiores a aquellos para los que se han constatado efectos biológicos (OMS, criterios).
- 1992 y 1993, estudios realizados en **Suecia y Dinamarca** sobre exposición a campos electromagnéticos producidos por líneas eléctricas (doble riesgo para la leucemia infantil por encima de =,2uT), generadoras de campos magnéticos superiores a 0,2 micro Tesla.
- 1992. El **Departamento de Energía de Orlando, EE.UU.** realiza un estudio para comprobar el efecto sinergético entre ruido, contaminantes químicos y radiación electromagnética en los primeros estadios de la gestación.
- 1993. Un **estudio realizado en Finlandia** no encuentra aumentos significativos en la susceptibilidad a la leucemia infantil pero si en el incremento de tumores en el sistema nervioso de la población juvenil expuesta a campos magnéticos superiores a 0,2 micro Tesla.
- 1995. En el **estudio Abelin**, encontró que quienes estaban cerca de una estación que transmitía ondas-corta tenían más problemas de sueño (5:1) y más depresión (4:1)[7]
- 1994. Estudio hecho en **Hawaii** ha encontrado un aumento en el riesgo de desarrollar leucemia en niños**;** esto en niños cerca de transmisores de radio y televisión. [8]
- 1995. **Henry Lai** (Departamento de Bioingeniería de la Universidad de Washington) ha demostrado que la radiación en radiofrecuencias de baja intensidad tiene efectos sobre el

---

[4] Organización Mundial De La Salud. ¿Qué son los campos electromagnéticos? Disponible en: www.who.int/peh-emf/es/.

[5] Se recomienda observar los estudios publicados en el artículo de SIDOLI, Osvaldo Carlos. "Contaminación Electromagnética: ¿Un nuevo Agujero de Ozono? ".Revista de Derecho Ambiental. Nº 8. LexisNexis. Buenos Aires. Octubre/Diciembre 2006., pag. 33/56, especialmente pag. 49/53. Y CAPPARELLI, Mario Augusto. MATA, Nestor Hugo. MONTENEGRO, Raúl ALICIARDI, María Belén. El Ambientalismo II: La Electro polución. Contaminación por Antenas de Telefonía Celular. Ediciones del País, Buenos Aires. 2008, especialmente Capitulo 2 y 3. MONTENEGRO, Raul. CHUIT, R. Protocolo para evaluar los efectos sobre la salud de contaminantes químicos, macrobióticas y radiantes (radiación ionizante y no ionizante). Escuela de Salud Pública, Facultad de Ciencias Médicas, Universidad Nacional de Córdoba, 2003.

[6] Mortality from leukemia in worked exposed to electrical and magnetic fields (letter).NEJM 307:249, 1982.

[7]ABELIN, T., ALTPETER, E.S., PFLUGER, D.H., KREBS, T., KÄNEL, J.V., STÄRK, K. & C. GRIOT (1995): Gesundheitliche Auswirkungen des Kurzwellensenders Schwarzenburg, BEW Schriftenreihe Studie Nr. 56 (BEW: BundesamtfürEnergiewirtschaft).1

[8]MASKARINEC, G., COOPER, J. & L. SWYGERT (1994): Investigation of increased incidence in childhood leukemianear radio towers in Hawaii: Preliminary observations, J. Environ. Pathol. Toxicol. and Oncol. 13: 33-37.

sistema nervioso de las ratas y sus estudios establecen que pueden afectar a la salud humana[9]. A su entender, los efectos térmicos o no térmicos no deben ser parámetros para fijar estándares de exposición a las RNI. “Por el contrario, deben serlo los niveles de exposición en los cuales se observan efectos biológicos”, diferenció.[10]

- 1996. Estudio en **Australia** encuentra un incremento en casos de cáncer y mortalidad general en el área/cerca de antenas transmisoras de radio y televisión. [11]
- 1997. Estudio en **Inglaterra**, que encontró9 veces más casos de leucemia en personas que vivían en un área cercana a las antenas transmisoras de Sutton Coldfield.[12]
- 1997. Segundo estudio en **Inglaterra**, observando 20 antenas transmisoras, se encontró un aumento considerable del riesgo de Leucemia**.**[13]
- 1997. Goldsmith publico el **estudio Lilienfeld,** que indica un aumento de 4 veces más de cáncer en el personal de la embajada de Estados Unidos en Moscu que seguían micro-ondas de radiación durante la guerra fría. La dosis fue baja y bajo el límite Alemán actual.[14]
- 1999. El **estudio Cherry** indica una asociación entre casos de cáncer y vivir cerca de estaciones transmisoras.**[15]**
- 1999. **Informe Hyland** del Departamento de Física de la Universidad de Warwick, Coventry, Reino Unido, y el Instituto International de Biofísica de Neuss-Holzheimm Alemania. Establecen la relación entre las radiaciones y los siguientes efectos sobre la salud:

a) Descontrol del "ritmo biológico" en las regiones del cerebelo
b) Injerencia activa en el subconsciente
c) Descontrol del sistema de información
d) Reducción en un 90% de la reacción inmunológica de las células
e) Aumento de los riesgos de cáncer
f) Disminución de la producción de melatonina
g) Debilitamiento de las defensas del cuerpo contra bacterias, hongos, virus y células cancerosas
h) Dolores de cabeza, trastornos del sueño, estados depresivos, problemas de impotencia, alteraciones del ritmo cardiaco, ataques de vértigo, irritabilidad, disminución de la capacidad intelectual, dificultades de concentración, pérdida de memoria, caída del cabello, pérdida de apetito, melancolía, alucinaciones, sicosis, disminución de los linfocitos, cataratas, esterilidad, abortos, en general, aumento de la mortalidad infantil, aumento de formación de tumores cerebrales, aumento de predisposición a infecciones de cuello y faringe, de las vías respiratorias y de los órganos y vías urinarias.

---

[9] *Lai y Singh, 1995. Ver en: http://www.washington.edu/alumni/columns/march05/wakeupcall01.html*

[10] *Dichas en el marco del Seminario Internacional sobre Radiaciones No Ionizantes (RNI), la Salud y el Ambiente, que se realizó durante los días 18 y 19 de mayo de 2009 en el Auditorio del Ministerio Público de Porto Alegre, en Río Grande do Sul (Brasil). Patrocinado por el Centro Estadual de Vigilancia en Salud, la Secretaría de Salud de Rio Grande do Sul, el Consejo Municipal de Medio Ambiente y la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Insumos Estratégicos, dependiente del Ministerio de Salud de Brasil. Asimismo, recibió el apoyo del Ministerio Público de Rio Grande do Sul, la Escuela Superior de Magistrados y la Orden de Abogados de Rio Grande do Sul.*

[11] *HOCKING, B., GORDON, IR., GRAIN HL. et al. (1996):Cancer Incidence and Mortality and Proximity to TV-Towers.Med. J. Australia 165, 11-12: 601-605.*

[12] *DOLK, H., SHADDICK, G., WALLS, P., GRUNDY, C.,THAKRAR, B., KLEINSCHMIDT, I. & P. ELLIOT (1997a):CancerIncidence Near Radio and Television Transmitters in Great Britain, Part 1. Sutton Coldfield Transmitter, Am. J.Epidemiol. 145: 1-9.*

[13] *DOLK, H., ELLIOT, G., SHADDICK, G., WALLS, P. & B.THAKRAR (1997b): Cancer Incidence Near Radio and Television Transmitters in Great Britain, Part 2. All High Tower Transmitters, Am. J. Epidemiol. 145: 10-17.*

[14] *GOLDSMITH, JR. (1997): European EpiMarker 2(4): 4-7; Lilienfeld 1978 Final report US Dept. of State, NTIS PB- 288163, 1978.*

[15] *CHERRY, N. (1999): Critism of the proposal to adopt the ICNIRP guidelines for cellsites in New Zealand, ICNIRP Guideline Critique, Lincoln University, Environmental Management and Design Division, Canterbury, NZ.*

• 2001. Estudio de la estación transmisora "**Radio Vatican",** se encontró un aumento de 2.2 veces más niños con leucemia en un radio de 6km de la estación, y la mortalidad de adultos por leucemia también creció.[16]

• 2003. En **España** un estudio indica la asociación entre radiación, dolor de cabeza, nausea, pérdida de apetito, "sentirse mal", problemas de sueño, depresión, falta de concentración y mareos.[17]

▪ 2009. El profesor de oncología de la Universidad París Descartes Dominique Belpomme, presidente de la Asociación para la investigación terapéutica contra el cáncer (ARTAC), que investiga la electrosensibilidad sostiene que "Hay una relación probada entre campos electromagnéticos, cánceres y leucemias". 18 Participó de la DECLARACIÓN DE PARÍS: Los campos electromagnéticos y la salud (23 de marzo de 2009), que tuvo lugar en el Senado de Francia, en la que participaron expertos, científicos y catedráticos: LennartHardell, Frank Adlkofer, y OlleJohansson.

• 2010, el informe sobre las radiaciones de las estaciones base de telefonía móvil (EBTM) del catedrático del Departamento de Ingeniería Eléctrica de la IIT-**Bombay**, **GirishKumar,** ha sido presentado al Departamento de Telecomunicaciones del Gobierno de la India. Kumar, ha realizado una amplia investigación sobre la radiación de la telefonía móvil y de sus efectos, advierte del uso excesivo de los móviles, ya que exponen a los usuarios a un mayor riesgo de contraer un cáncer, tumor cerebral o muchos otros peligros para la salud.[19]

• 2000-2004. **Proyecto Reflex** (acrónimo de "Risk Evaluation of Potential Environmental Hazards from Low Energy Electromagnetic Field (EMF) Exposure Using Sensitive in vitro Methods"), fue un estudio financiado por la Unión Europea, en el marco de la acción "Medio Ambiente y Salud", en el que han participado 12 equipos de investigación de 7 países: Alemania, Austria, España, Finlandia, Italia, Francia y Suiza cuyo objetivo es el estudio de la influencia de campos electromagnéticos, concluye que las ondas electromagnéticas de la telefonía móvil producen alteraciones del ADN que transporta la información genética en el núcleo de las células y cambios en éstas.[20]

• 1992-2000**. Estudio Ecolog,** de Hannover (Alemania), fue solicitado y financiado por la misma industria móvil, la German T-Mobil, trabajaron importantes científicos de todo el mundo. Y la conclusión fue que las microondas de baja frecuencia pueden producir agentes cancerígenos que actúan dentro del cuerpo. En otras palabras, generan riesgo de cáncer y también, podría haber daño a nivel del ADN.[21]

• 2007. **Bioniciative Report** fue publicado por un grupo de 14 científicos, "investigadores y profesionales en salud pública" sobre los efectos en la salud de los campos electromagnéticos generados por las líneas de alta tensión y las tecnologías inalámbricas. Este informe fue promovido y realizado bajo los auspicios de la Bioelectromagnetics Society[22]. El informe recomienda un límite mil veces inferior para los niños expuestos a fuentes de energía eléctrica como electrodomésticos y líneas eléctricas. El especialista en tumores cerebrales, Dr. Lennart Hardell, Postgraduado, Doctor y Profesor en el Hospital Universitario de Onebro, Suecia, su capítulo de Bioinitiative sobre tumores cerebrales y neuromas acústicos, es ampliamente reconocido por ser crucial en el debate

---

[16]MICHELOZZI, P., CAPON, A., KIRCHMAYER, U., FORASTIERE, F., BIGGERI, A., BARCA,A. & C.A.PERUCCI (2001) : Department of Epidemiology.Local Health Authority RME Rom, Italy.

[17]NAVARRO EA., SEGURA J., PORTOLES M., GOMEZPERRETTA de MATEO C. (2003): Das Mikrowellensyndrom: EinevorläufigeStudie in Spanien. Electromagnetic Biology an Medicine (früher: Electro- and Magnetobiology) 22(2): 161-169, www.grn.es/electropolucio/TheMicrowaveSyndrome.doc.

[18] Entrevista a Dominique Belpomme, publicada el 10/09/2010 en http://www.covace.org/files/file/Belpomme_CEM_cancer_alzheimer_sep10.pdf.

[19] KUMAR, Girish. Report On Cell Tower Radiation. Submitted To Secretary, DOT, Delhi Electrical Engineering Department IIT Bombay, Powai, Mumai. December 2010.

[20]Proyecto REFLEX UE.".2004.Veren:http://www.jrc.cec.eu.int/emf-net/emfprojects. cfm?prjtype=2, o http://www.verum-foundation.de/cgi-bin/content.cgi?id=euprojekte01

[21] NEITZKE, H. Peter. ECOLOG, Institute for social-ecological research Bnienschlagstrr, Hannover, Alemania.

[22] Ver https://www.bems.org/ http://www.bioelectromagnetics.org/

sobre la seguridad de la radiofrecuencia sin cables y la radiación de microondas. Olle Johansson, Doctor, el Instituto Karolinska y autor del Informe de Bioinitiative presentó los efectos de EMR sobre la función inmune y la hipersensibilidad eléctrica. Los límites de seguridad mundiales son caducos e irrelevantes para exposiciones crónicas a bajos niveles de EMR ya que ellos no previnieron la llegada de un mundo sin cables, con nuevas formas de radiación pulsada que afecta ampliamente a las poblaciones las 24 horas del día. El uso de teléfonos móviles está ligado al incremento del riesgo para tumores cerebrales y neuromas acústicos con diez o más años de uso, y la evidencia para exposiciones a EMF (procedentes de líneas eléctricas y electrodomésticos) indican daño genético, varios cánceres en niños y adultos y Alzheimer. Actualmente, el Bioniciative Report es una "iniciativa" en continua evolución con una Web con acceso restringido[23].

Y entre los estudios estadísticos podemos destacar:

- 2001: **Roger Santini** sobre 530 vecinos de antenas pone en evidencia con relación al grupo referente (personas situadas a más de 300 m. o no expuestas) un aumento significativo de la frecuencia de ciertas quejas hasta una distancia que puede llegar a: 100 m. para la irritabilidad, la tendencia depresiva, la pérdida de memoria, las dificultades de concentración, los vértigos, 200 m para los dolores de cabeza, las perturbaciones del sueño, el sentimiento de incomodidad, los problemas de piel, y 300 m. para la fatiga. Los resultados obtenidos muestran igualmente una mayor sensibilidad de las mujeres y de las personas mayores de 60 años, y subrayan una mayor nocividad de la posición frente a las antenas.[24]
- 1994-2004: **Estudio Nayla**, realizado en Alemania por médicos sobre 1000 pacientes y arrojó los siguientes resultados: a) El riesgo de padecer cáncer se multiplica por 3,29 en el área interior de un radio de 400 metros de una antena de telefonía y b) la edad de los pacientes con tumores fue 8,5 años menor para el conjunto de tumores y 20 años menor para las personas diagnosticadas con cáncer de pecho en dicha área que en el resto del territorio.[25]
- 2004: un estudio Israelí, **Wolf y Wolf,** indica un incremento de la incidencia de cáncer en un área con un radio de 350 metros de una antena de telefonía. Una comparativa del riesgo relativo de las personas que vivieron en el interior del área mencionada durante más de 3 años revela que hubo 4,15 veces más casos de cáncer en su interior que para la población completa.[26]
- 2005-Vasoldsberg / Hausmannstaetten (distrito de Graz, Austria): Realizado por el médico ambiental de Salzburgo, **Dr. Gerd Oberfeld** del Departamento de Salud de la ciudad de Steiermark, en un radio de 1200 metros de una estación base de telefonía móvil C-net (NMT450), que estuvo operando desde 1984 hasta 1997. El inicio del estudio surgió por la sospecha acerca del número de enfermos de cáncer en la población local y fue realizado utilizando tres muestras diferentes. Una de las condiciones fue que las personas hubieran vivido en la zona estudiada por un periodo mínimo de 5 años. La muestra más significativa cubrió 67 casos de personas vivas y los pacientes fallecidos por cáncer basados en las historias médicas comparadas con 1242 personas que sirvieron como grupo control. Con una de las tres muestras (84 personas). La intensidad de la radiación en los dormitorios fue medida utilizando un generador montado 25 metros de la estación base original.
- 1996-2006 en Bello Horizonte, Brasil: Realizada por científicos de la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), establecieron una relación directa entre las muertes por cáncer en Belo Horizonte, con las antenas de la red de telefonía móvil. Más del 80 por ciento de las personas (4.924) que muere en Belo Horizonte por específicos tipos de cáncer como

---

23Ver http://www.bioinitiative.org/

[24]SANTINI, Roger. La PresseMédicale.

[25] EGER, Horst. UWE HAGEN, Klaus. LUCAS, Birgitt. VOGEL, Peter. VOIT, Helmut. Influencia de la cercanía de una Antena de Telefonía Móvil sobre la incidencia del Cáncer. Naila Publicado en revista: Umwelt·medizin·gesellschaft, N° 17, 4/2004.

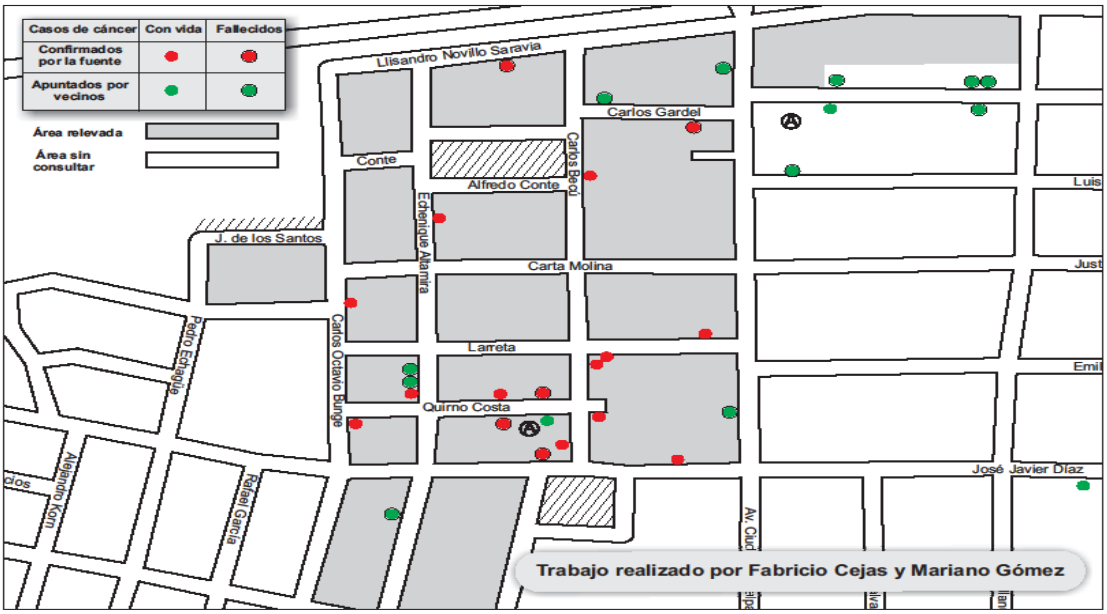
[26]WOLF Ronni& WOLF. Danny Increased incidence of cancer near a cell-phone transmitter station.International Journal of Cancer Prevention, Vol 1, , number 2, April 2004.Ver en:http://www.duisburg.de/vv/31/medien/netanya-e.pdf

tumores en la próstata, la mama, el pulmón, los riñones y el hígado, vive a menos de 500 metros de distancia de las 300 antenas de telefonía celular identificadas en la ciudad.[27]

La **Agencia Internacional para la investigación del Cáncer** (IARC), organismo especializado de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en Junio del 2001, llegó a la conclusión de que los campos electromagnéticos son un factor cancerígeno del grupo 2 (hay 4 categorías), osea ***posiblemente cancerígenas para los seres humanos*** y concluye que puede haber relación entre los campos y la leucemia infantil.[28]

La **Asociación Internacional para la Investigación del Cáncer,** consideran, por unanimidad, el 27 de Junio de 2001 en Lyon, que los campos electromagnéticos que producen radiaciones no ionizantes como una causa posible de cáncer, en especial, relacionada con la leucemia infantil, pidiendo una urgente realización de estudios específicos al respecto.

Investigación realizada en Barrio San Fernando e Ipona de Córdoba



Este mapa indica 72 casos de cáncer en cercanía a dos antenas de telefonía móvil en el radio de 40 cuadras. Esta investigación, recibió el Premio Provincial de Periodismo Rodolfo Walhs en el 2010. [29]

I. b) Devaluación del valor de las propiedades

La presencia de una antena se traduce, a corto plazo, en la caída de la demanda inmobiliaria en la zona y a medio plazo en una pérdida de valor del inmueble, cuando no una merma casi total del mismo. Aunque faltan estudios de la propiedad inmobiliaria en nuestro país, extrapolando datos de EEUU, se puede estimar que un edificio afectado por una línea

---

[27] *Tesis de Doctorado "Mortalidad por neoplasias y telefonía móvil en Belo Horizonte, Minas Gerais" de Adilza Condessa Dode, defendida el 26 de marzo de 2010, junto al Programa de Doctorado en Saneamiento, Medio Ambiente, y Recursos Hídricos (Desa) cuya orientadora fue Mônica Maria Diniz Leão, profesora do Departamento de Ingeniería Sanitaria y Ambiental, de la Escuela de Ingeniería de la UFMG y coorientadora Waleska Teixeira Caiaffa, profesora del Departamento de Medicina Preventiva de la Facultad de Medicina da UFMG, fue aprobada y publicada en la UNIVERSIDAD FEDERAL DE MINAS GERAIS. [BRASIL] BOLETIN Nº 1690 - Año 36 / 12/4/2010*

[28] *Http//monograhs.iarc.fr.*

[29] *CEJAS, Fabricio. GOMEZ, Mariano. "Una Vecina a las que todos temen". Investigación Inédita. 2010.*

de alta tensión o una antena, puede devaluarse entre un 12 y un 30%. Este impacto es mayor en áticos y pisos altos, que pasan de ser lugares preferidos a ser frecuentemente desestimados al detectarse la presencia de una antena cercana, pues la presencia de las antenas significa muchas veces renunciar al uso recreativo del terrado, y también produce daños estéticos, arquitectónicos, y urbanísticos, que afectan al edificio y al barrio.

La altura y los colores llamativos de estas torres facilitan su identificación aunque los vendedores de una propiedad colindante omitan mencionarlas. Se ha observado que en tales casos la venta resulta más difícil cuando no imposible. Y es que como señalan los tribunales norteamericanos en temas similares (por ejemplo, "Criscuola v. Power Authority of theState of New York" de 1993[30], "San Diego Gas and Electric Co. v. Daley" de 1988): ***"Si el miedo tiene fundamento científico o no, es irrelevante, ya que la cuestión central es el impacto en el valor de mercado. Los efectos adversos para la salud no son el asunto en estos casos: el asunto es la completa indemnización al propietario por la pérdida del valor de su propiedad". "La cuestión no es si la radiación electromagnética es o no peligrosa, sino la percepción pública del peligro que puede tener efectos devaluadores del precio de la propiedad".***

I. c) Daños al inmueble

Por otro lado el peso de la estructura y soporte de las antenas, más el peso de la caseta y transformadores, añaden varias toneladas de sobrecarga al terrado y pueden dañar la estructura del inmueble, sobre todo en edificios viejos o con aluminosis. El arquitecto que realiza el estudio técnico debe considerar además el esfuerzo debido al viento, por el efecto vela de mástiles y antenas, que genera empujes laterales no calculados en la estructura original del edificio. Todos estos impactos estructurales con frecuencia son causa de grietas, goteras, e incluso ruina. El riesgo de daños arquitectónicos es más grave en los pisos superiores. Sumado a las vibraciones constantes que producen caída de pintura, desplazamientos, roturas de paredes, etc.

Debe considerarse el riesgo añadido de la contaminación electromagnética, de baja frecuencia, que genera la línea de alta tensión que alimenta la antena, y que debe atravesar todo el edificio, hasta el terrado.

Y cabe valorar también la servidumbre que se crea por el derecho de paso para mantenimiento, averías, y ampliaciones, que exige que los técnicos de la compañía tengan acceso las 24 horas a la finca, lo que afecta a la privacidad y debilita la seguridad de la propiedad privada.

I. d) Enmascaramiento de datos

Otro riesgo de las ondas no ionizantes reside en que la interferencia en los aparatos electromédicos produzca un dato esperable, lo que se denomina “enmascaramiento de datos” (data masking)**,** y quien está monitoreando el aparato no se dé cuenta de que hubo una distorsión. En el año 2001, durante un congreso sobre compatibilidad electromagnética realizado en Montreal, Canadá, un médico de ese país alertó sobre este riesgo. En 2002, en un nuevo encuentro en Minneápolis, Estados Unidos, la FDA contó que llevaba registrados 6.000 casos de mala praxis por enmascaramiento de datos.[31]

I.e) Efectos por caídas de torres y mástiles

Los mástiles y torres donde están instaladas las antenas de radio FM; televisión, telefonía celular, servicios de internet, etc. pueden eventualmente caer, afectando bienes y

---

[30]Criscuola v. Power Authority of the State of New York, 81 NY2d 649, 602 NYS2d 588, 621 NE2d 1195 (1993).
[31]Ver Sibila Camps. “Un Riesgo Para La Salud: Hacen un relevamiento en los Hospitales Porteños”. Diario Clarín. 21/09/2003.

personas. Esta caída puede ser provocada por efectos meteorológicos inusuales, choque de vehículos contra su base o atentados. [32]

I.f) Efectos paisajísticos negativos

Se ha admitido que la instalación de antenas y sus soportes provocarían daños al paisaje. Así en un reciente libro titulado "Poluição eletromagnética"[33] se expresa que el paisaje en cuanto bien jurídico digno de protección, traduce un campo nuevo para estudios. Para los especialistas BUREL y BAUDRY[34], el paisaje es un nivel de organización de los sistemas ecológicos superior al ecosistema, que se caracteriza esencialmente por su heterogeneidad y por su dinámica, controlada en gran parte por las actividades humanas.

Que, asimismo, en el libro citado, se enfatiza al paisaje como valor ambiental, particularmente el paisaje urbano y que podemos apuntar su importancia, sobre la premisa de que el mantenimiento de padrones estéticos en el escenario urbano encierra innegablemente intereses difusos por relacionarse directamente con la calidad de vida y con el bienestar de la población y que es de toda la población, por lo tanto el interés de habitar en una ciudad ornamentada, plásticamente agradable y porque no decir bella. SILVA afirma que el paisaje urbano es el ropaje con que las ciudades se presentan a sus habitantes y visitantes. En la autorizada opinión de este autor, la buena apariencia de las ciudades surte efectos psicológicos importantes sobre la población. En ese mismo sentido, apunta MANCUSO, afirmando: no tenemos duda que hay un interés difuso (esparcido por la sociedad como un todo) a que sea preservada la estética urbana.

Esta alteración del paisaje es más grave en entornos naturales protegidos[35] o lugares artísticos monumentales, es frecuente que las antenas se sitúen, buscando el punto más alto, en las inmediaciones de un monumento singular, o directamente sobre la torre de la iglesia.

I.g) Conflictos entre vecinos

Es frecuente que se verifiquen conflictos entre el particular propietario del inmueble que lo alquila para la instalación de una antena y los vecinos que se sienten afectados por la radiación de la antena, o incluso en las reuniones de consorcio, en un edificio en donde algunos vecinos quieren y otros no. [36]

I.h) Daños psíquicos o morales

En las posibles reclamaciones legales deben valorarse igualmente los daños psíquicos o morales generados por una inadecuada política de información por parte de la

---

[32] Para ejemplificar, corresponde mencionar la caída de una torre de telefonía celular el 25/11/2002, en Barrio Filadelfia, Minas Gerais.

[33] MOREIRA MARCHESAN, Ana María. Cuaderno Jur, São Paulo, v. 6, abril/junho 2004, capítulo "As Estações de radiobase de telefonia celular no contexto de umasociedade de riscos", cap. 4 "Os danos à paisagem". Su autora es promotora de justicia de defensa del Medio Ambiente de Porto Alegre, profesora de derecho ambiental en la Escuela Superior del Ministerio Público, maestrando en "Derecho, Estado y Sociedad por la Universidad Federal de Santa Catarina.

[34]BUREL, F.; BAUDRY, J. Ecología del Paisaje. Mundi Prensa, Madrid, España. 2002.

[35] Por ejemplo las 6 antenas instaladas en el Parque Tres de Febrero de Buenos Aires, que motivó que la Asociación Vecinal de Belgrano "C" San Benito, con el patrocinio letrado de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) presentara un amparo a raíz de la falta de habilitación por parte del gobierno de la ciudad, desobedeciendo la prohibición que existe en las zonas comprendidas como Urbanización Parque (UP) por el Código de Planeamiento Urbano y Ley de la Ciudad Nº 449. Señalan también la omisión en el ejercicio del poder de policía por parte del GCBA, quien permite su colocación y funcionamiento contrariando la legislación vigente. Añade la asociación que el Código de Planeamiento Urbano considera al parque mencionado como "Distrito Urbanización Parque" y al mismo tiempo, Área de Protección Histórica, en las cuales está expresamente prohibido la instalación de dichas antenas, inclusive con autorización, ya que la misma no puede ser extendida por la autoridad de aplicación en contradicción de la ley.

[36] Este Punto fue analizado con el Dr. Mario Augusto Capparelli.

Administración y las compañías, política que ha generado desinformación, ante la contradicción de las diversas fuentes, pues la preocupación ante la información confusa circulante es causa de inquietud y miedo ante los posibles problemas de salud. [37] Por otro lado esta alarma e incertidumbre respecto a la salud, afecta por sí misma a la salud de las personas, generando estrés, insomnio, ansiedad, una compleja sintomatología neurofisiológica que se traduce en pérdida de defensas, pues es obvio que la preocupación afecta al sistema inmunitario.

II.- REGULACIÓN LEGAL DE LA RADIACIÓN NO IONIZANTE

Para evitar las posibles consecuencias podemos encontrar dos tipos de límites, uno en cuanto a la emisión en sí misma (a) y otro en cuanto a la distancia de las fuentes de emisión con la población en sí misma y con otras antenas (b). Ambos fundados en el Principio de Precaución (c) y debiendo respetar el Principio de progresividad (d) contenidos por el art. 4 25675.

II.a) Topes de emisión

La determinación de los máximos de irradiación en Argentina en materia de radiaciones no ionizantes se encuentra regulada por la Resolución 202/1995 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, que fija el *"Estándart Nacional de Seguridad para la exposición a radiofrecuencias comprendidas entre 100 KHz y 300 GHz"*, de conformidad con lo establecido en el *"Manual de Estándares de Seguridad para la exposición a radiofrecuencias comprendidas entre 100 KHz y 300 GHz"* y *"Radiación de radiofrecuencias: consideraciones biofísicas, biomédicas, y criterios para el establecimiento de estándares de exposición"*, Volúmenes I y II, respectivamente, de prospección de radiación electromagnética ambiental no ionizante. Con posterioridad la Secretaría de Comunicaciones (SECOM) emitió la Resolución 530/2000 donde se dispuso que los límites establecidos por el Ministerio de Salud sean de aplicación obligatoria a todos los Sistemas y/o Servicios de Comunicaciones Radioeléctricos. Por último, cabe destacar que la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) emitió la Resolución 3690/2004 donde, además de incorporar los límites antes mencionados, estableció el Protocolo de Medición que se debe aplicar en todo el territorio nacional sobre las RNI.

Cuadro comparativos de topes de emisión

PAISES	TOPE LEGAL
Suecia	0,0022 mW. /cm^2 2,2 $\mu W/cm^2$
Italia-Hungría - Bulgaria,	0,010 mW. /cm2 10 uw/cm2
Polonia - Reino Unido	0,010 mW. /$cm^2$10 $\mu W/cm^2$
Salzburgo(Austria)–Alicante-	0,0001 mW. /$cm^2$0,1 $\mu W/cm^2$

[37] *"Bottero, Hugo Enrique y otros c. Nextel Communications Argentina S.A." CNCiv, Sala H, 05/12/2007, (RCyS 2008-III, 100 - LA LEY 03/04/2008, 7, con nota de Néstor A. Cafferatta - LA LEY 2008-B, 568, con nota de Néstor A. Cafferatta - LA LEY14/05/2008, 5, con nota de Nelson G. A. Cossari - LA LEY 17/06/2008, 5, con nota deFélix A. Trigo Represas. Ver en: img class="absimg" src="http://html.scribd.com/3ld7mv03k0mznhb/images/1-f2d3e0e1a5/000.png" style="left: 8.05em; clip: rect(0.05em 40.55em 0.55em 0.05em); height: 1.92em; top: 73.46em; width: 40.55em;" "6. Es procedente admitir parcialmente la excepción de prescripción de la acción de daños y perjuicios entablada por los propietarios de un inmueble con relación a los daños que a éste y a sus bienes muebles -en el caso, se admite el reclamo respecto de los daños a la salud y morales sufridos por los actores- ocasionó la instalación de una torre de telefonía y de una antena para la recepción de comunicaciones entre teléfonos, ya que transcurrió el plazo de dos años del art. 4037 del Código Civil desde el momento en que aquéllos tomaron conocimiento de su existencia, siendo que la prescripción se cuenta desde el perjuicio inicial."*

N. Cherry	
Suiza	0,0042 mW. /cm^2 4,2 $\mu W/cm^2$
Rusia- Luxemburgo - Bélgica	0,0024 mW/cm^2 2,4 $\mu W/cm^2$
Grecia	720 uW/cm2
Comunidad Económica Europea	0,0027 mW/cm2 2,7 µW/cm2
España-Canadá	450 uW/cm2.
Bruselas – Paris	3 uW/cm2
Normativa Generalitat de Cataluña	200 µW/cm2
Australia	0,2 mW/cm2
China	0,0066 mW/cm^2 6,6 $\mu W/cm^2$
Nueva Zelanda - Nueva Gales del Sur	0,001 mW/cm2 0,1 uW/cm2
Condena Frankfurt V Klitzing(Alemania)	0,001 µW/cm2
Informe BIOINITITIVE (2007)	En exteriores: 0,1 µw/cm2 En interiores: 0,01 µw/cm2
Proyecto REFLEX (2004)	0,6 uW /cm2
ICNIRP	900 µW/cm2
Chile	Antes: 435 $\mu W/cm^2$ Hoy: Público en general:100 µW/cm² Cerca hospitales, colegios, sala cunas: 10 µW/cm²
Argentina	**0,965 mW/cm^2 965 $\mu W/cm^2$**

Nuestro actual tope legal, - de 0,965mW/cm2 – desde el año 1995 no ha sido modificado. Por ello, con fecha 27/06/2011 se presentó Proyecto de Ley de Presupuestos Mínimos de Prevención y Control de la Contaminación Electromagnética, en el Congreso de la Nación, bajando los mismos en zonas urbanas o de exposición poblacional habitual o prolongada: a) señales de modulación analógica: 10 mW/cm2 b) señales de modulación Digital: 0.1 mW/cm2 y en zonas rurales, definidas como las áreas geográficas a más de 1000 metros de viviendas o lugares de concentración de personas o de exposición poblacional habitual o prolongada: c) señales de modulación analógica: 100 mW/cm2 y d) señales de modulación digital: 10 mW/cm2 (artículo 7), y aclarando que se deroga la resolución 202/95 del Ministerio de Salud de la Nación y toda otra disposición reglamentaria o normativa complementaria dictada en consecuencia de la misma. (Artículo 26) [38]

Sin perjuicio de que nuestro tope es muy alto, casi nunca se realizan mediciones, y cuando se llevan a cabo, no se hacen en horarios picos, ni miden todos los canales de comunicación, ni se colocan en los lugares más peligrosos. Valga este ejemplo para ser mejor comprendidos: usted, como muchos tendrá un celular y recibirá comunicaciones. Hay sitios u ocasiones en los cuales la señal es baja o nula. Esos sitios se conocen en la jerga científica como “lugares fríos”. Si se mide la intensidad de la onda en esos sitios, dará un registro bajísimo o negativo. Y son los que informan a la población. Pues es lo que hacen habitualmente para distorsionar la realidad.

---

[38] Nº de Expediente 3375-D-2011, Trámite Parlamentario 77, Diputados Firmantes: Benas, Veronica Claudia - Macaluse, Eduardo Gabriel - Lozano, Claudio - Argumedo, Alcira Susana - Bonasso, Miguel Luis - Iturraspe, Nora Graciela - Cardelli, Jorge Justo - Merchan, Paula Cecilia – DondaPerez, Victoria Analia. Ver texto en : http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3375-D-2011

II.b) Distancias mínimas

En nuestro país, solo hay legislaciones provinciales y municipales que establecen distancias mínimas, no existiendo una para todo el país. Por ello en el proyecto de Ley de Presupuestos Mínimos de Prevención y Control de la Contaminación Electromagnética mencionado, se prohíbe la instalación de infraestructuras susceptibles de emitir radiaciones o generar campos electromagnéticos a menos de quinientos (500) metros de espacios verdes, instituciones sanitarias, educativas, deportivas o culturales con acceso público (artículo 13).[39]

LUGAR	DISTANCIA
Australia- Nueva Zelanda- Noruega	500 metros de colegios, hogares, hospitales
Namur (Bélgica) - Chile	300 metros
Toronto (Canadá)	200 metros
Unión Europea (1999/519/CEE, del 2003, avalada por OMS)	500 metros
algunos municipios de España	600 metros
Partido de General San Martin, Provincia de Buenos Aires (Ordenanza Nº 9300 Artículo 5)	150 metros de hospitales, clínicas, sanatorios de alta complejidad y/o con internación, hogares de ancianos, edificios, establecimientos educacionales de gestión oficial y/o privada.
Villa María, Provincia de Córdoba ordenanza Nº 4794	Prohíbe las antenas en la zona centro. Podrán situarse antenas fuera del ejido urbano.
Villa Ascasubi, Provincia de Córdoba (Ordenanza 529/2005)	200 metros Hospitales, Escuelas, Geriatricos, etc
Provincia de Santa Fe (Ley provincial 12.362 artículo 10)	No en establecimientos educacionales, clubes e instituciones, centros de salud y cualquier otro ámbito de concurrencia masiva y en terrenos lindantes de los mismos"
Gualeguaychú, Entre Ríos (Ordenanza)	500 metros de viviendas, establecimientos educativos, centros de salud, reservas o áreas protegidas ecológicas, centros recreativos, balnearios y templos religiosos.
Lanús, Provincia de Buenos Aires (ordenanza)	No en zonas residenciales del municipio, solo en zonas industriales o parques industriales.
Claypole, Provincia de Buenos Aires (ordenanza N° 7685 artículo 6)	150 metros de escuelas y centros de salud

[39] Nº de Expediente 3375-D-2011, Trámite Parlamentario 77, Diputados Firmantes: Benas, Veronica Claudia - Macaluse, Eduardo Gabriel - Lozano, Claudio - Argumedo, Alcira Susana - Bonasso, Miguel Luis - Iturraspe, Nora Graciela - Cardelli, Jorge Justo - Merchan, Paula Cecilia – DondaPerez, Victoria Analia. Ver texto en : http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3375-D-2011

Villa Carlos Paz, Provincia de Córdoba (Ord. 4454/2005[40]Art. 2)	200 metros, respecto de cualquier mantenimiento urbano permanente, sea este individual o colectivo
San Carlos, Provincia de Mendoza (Ordenanza Nº 1207/08 - Articulo 4)	1°) Rural 300 metros terrenos habitados; 2°) Urbana: 300 metros de los límites o cercos linderos de otros terrenos en los que se encuentre emplazada otra antena de telecomunicaciones 4°) No más de una antena en un mismo soporte; 5°) 1.000 metros de centros de salud, centros educativos, culturales, religiosos, espacios recreativos, deportivos, establecimientos industriales y similares.
Rosario, Provincia de Santa Fe (Ordenanza Nº 7.122)	No confluir 2 antenas celular en diámetro 800 metros No en escuelas, hospitales, iglesias y clubes.
Venado Tuerto, Provincia de Santa fe (Ordenanza Nº 3578 – articulo 4)	150 metros de guarderías, establecimientos educacionales de cualquier naturaleza y nivel, geriátricos, establecimientos de salud, clubes, templos religiosos, plazas y parques recreativos
Firmat, Provincia de Santa Fe (Ordenanza Nº 1160/2004 Articulo 2º)	1000 m contados a partir del límite externo determinado por el entorno perimetral urbano
Montecarlo, Provincia de Misiones (Ordenanza 65-08 – articulo 4)	300 metros de hospitales, centros de salud, hogares de ancianos, hogares de niños o escuelas.
Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos (Ordenanza Nº 5227)	200 metros de protección a la construcción más cercana 500 metros de la ubicación de escuelas, hospitales, centros de salud, iglesias.
Defensor del Pueblo de la Provincia de Córdoba (Resolución 4569/2001)	500 metros
Corralito, Provincia de Córdoba	200 metros de guarderías, jardines de infantes, escuelas y centros de atención de salud.
Unquillo, Provincia de Córdoba (ordenanza 133/01)	500 metros de las zonas pobladas.
Villa Concepción el Tío, Provincia de Córdoba (Ordenanza 716/2010[41])	1000 metros de zona habitada

<u>II.c) Principio Precautorio</u> (art. 4 25675)

"***El principio de precaución no debe instaurarse***

[40]Confirmada por sentencia Nº 64 del 16/03/2011, Cámara Fed.Apel.Córdoba,Sala "B".

[41] Asesoré junto al Grupo Ecológico Oncativo (GEO) al Consejo Deliberante de Villa Concepción el Tío sobre la electropolución para la sanción de la Ordenanza.

porque se sepa que las RNI son peligrosas,
sino porque no puede afirmarse que sean seguras
¿Cuánta evidencia es necesaria para prevenir un daño futuro?".***"***
Dra. Devra Davis[42]

Entonces atento a la existencia de las dos bibliotecas, lo que genera dudas, debemos utilizar el principio precautorio, y establecer topes de distancia y de emisión.

El principio de precaución, para la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci[43], se aplica en ***"todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aún en un plazo muy largo".***

En la Declaración de Río (1992) se dijo en el Principio 15: ***"con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación".*** Y en el mismo sentido, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo sostenible incluye en su ponencia 22 la aplicación del Principio Precautorio.

Así ha sido receptado en nuestra Ley General del Ambiente, con el aditamento que también "la falta de información o certeza científica absoluta" ha integrado el concepto, en el art. 4, cuando dice: ***"Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para Impedir la degradación del medio ambiente".***

Sin duda se refiere a información ambiental que no posee el alcance de estudio científico. Y es importante por cuanto en general no es posible determinar anticipadamente cuales serían los daños futuros. Las cosas riesgosas en si mismas, como la emisión de ondas electromagnéticas participan de este concepto. En la precaución no se conoce con certeza el riesgo inminente o futuro. Hay dudas. Cuando este es conocido, se aplica la prevención.

En resumen este principio puede entenderse e interpretarse de la siguiente manera. El peligro de contaminación actual o futuro debe ser potencialmente grave.

II.d) Principio de Progresividad o No Regresión N (Art. 4 25675)

Como dice la canción, nunca menos, eso es la progresividad, significa que las leyes siempre deben ir para adelante en la protección, nunca hacia atrás, si hoy protegemos a los vecinos, con reglamentaciones estableciendo por ejemplo la prohibición de instalación en cien metros a la redonda de los sitios sensibles, donde lo habitan menores, enfermos, mañana deberán ser doscientos metros, no cincuenta metros .A diferencia de lo que sucedió en la Provincia de Buenos Aires, como veremos en el cuadro a continuación, por lo cual esta última es ilegal por violar el principio de progresividad.

---

[42] Dichas en el marco del Seminario Internacional sobre Radiaciones No Ionizantes (RNI), la Salud y el Ambiente, que se realizó durante los días 18 y 19 de mayo de 2009 en el Auditorio del Ministerio Público de Porto Alegre, en Río Grande do Sul (Brasil). Patrocinado por el Centro Estadual de Vigilancia en Salud, la Secretaría de Salud de Rio Grande do Sul, el Consejo Municipal de Medio Ambiente y la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Insumos Estratégicos, dependiente del Ministerio de Salud de Brasil. Asimismo, recibió el apoyo del Ministerio Público de Rio Grande do Sul, la Escuela Superior de Magistrados y la Orden de Abogados de Rio Grande do Sul.

[43] Ex Presidenta del Tribunal superior de Justicia de Mendoza.

Comparación entre ambas resoluciones [44]	
Resolución 900/05	**Resolución 144/07**
Obligación de utilizar tecnologías que minimicen la generación de riesgos ambientales	Ningún tipo de obligación. Sólo se estipula que la secretaría de política ambiental "promoverá" la utilización de tecnologías que reduzcan la generación de "efectos ambientales
Las antenas no podían superar la altura máxima permitida por el COU del municipio donde se proyectaba emplazarlas.	No establece ningún tipo de altura máxima.
Fijaba una altura máxima de 12 metros para las antenas instaladas en azoteas	No establece ningún tipo de altura máxima
Era facultad de la secretaría de Política Ambiental controlar y visar el convenio o contrato de alquiler suscripto por la empresa con el propietario del inmueble donde fuera emplazada la antena, como asimismo la nómina de profesionales intervinientes en las instalaciones y en la evaluación del nivel de radiaciones emitido. Dichas evaluaciones debían ser suscriptas y certificadas por los respectivos consejos profesionales.	Suprimido en su totalidad.
Obligación para las empresas de presentar un seguro de caución como garantía de riesgo	No establece ninguna obligación, aunque la municipalidad "podría requerirlo"
Obligación para las empresas de contratar un seguro ambiental de responsabilidad civil para la recomposición de posibles daños ambientales	Suprimido
Establecía que de ser imperioso ingresar a zonas donde se excedía el límite de potencia (por ejemplo por razones laborales), debía asegurarse la utilización de dosímetros y desconectar o apagar la transmisión	Suprimido.
Con el equipo en transmisión, el personal no podía trabajar a menos de 3 m de distancia del elemento de transmisión y con limitación de tiempo de exposición.	Suprimido.
Fijaba los mismos límites de exposición a la radiación para las estructuras compartidas, con múltiples antenas instaladas en un mismo sitio.	Suprimido. Por el contario, en su artículo tercero establece que la secretaría "propiciará" el uso compartido de estructuras existentes, "siempre que sea ambientalmente conveniente".
Establecía una distancia mínima de 17 metros entre el punto de emisión y las viviendas	La distancia mínima es ahora de 15 metros.
Prohibía la radicación de antenas en un radio menor o igual a 100 metros de espacios verdes públicos, lugares históricos, hospitales, centros de salud, institutos de diagnóstico y/o tratamiento, clubes deportivos, jardines de infantes, escuelas, colegios, universidades, geriátricos, estaciones de servicio de combustibles y/o depósitos de combustibles o sustancias explosivas. Establecía que esa enumeración no era taxativa y podía ser ampliada.	No hay prohibiciones, sólo restricciones de dudosa efectividad. De hecho permite la instalación a menos de 100 metros de hospitales, centros de salud, geriátricos, jardines de infantes, escuelas y colegios, si las empresas demuestran la "necesidad de cobertura de servicio" o la "inexistencia de lugares alternativos". La enumeración de sitios restringidos es taxativa, y deja afuera a los espacios verdes públicos, institutos de diagnóstico, clubes deportivos, universidades, estaciones de servicio y depósitos de combustibles y de explosivos.
El periodo de vigencia de la autorización era de dos años	Periodo de vigencia de cinco años.

[44] *Ver en www.espejonet.com.ar/diario/2007031*

III. RECOMENDACIONES:

a) Al Estado Nacional

Como vimos, el Ministerio de Salud creó, la SECOM la tornó obligatoria y la CNC aplica y controla, el tope legal de la resolución 202/1995. Por lo cual deberían actualizar el mismo. Eso fue solicitado por nuestra parte mediante notas dirigidas a ellos.[45] Asimismo los vecinos de Quilmes remitieron notas a la CNC.

El Congreso Nacional debería sancionar la ley de presupuestos mínimos mencionada estableciendo distancias mínimas a determinados lugares de protección como hospitales, geriátricos, escuelas, etc., como los máximos de inmisión y la distancia de antenas entre sí, exigiendo la realización de Evaluaciones Ambientales estratégicas, para evitar el famoso efecto hornalla que se refiere al efecto sinérgico. [46]

b) A las Provincias

Las provincias podrían dictar leyes que sean más protectorias en cuanto a distancia que deberían conservar las antenas con determinados lugares de protección.

Como por ejemplo la preparada para el Legislador de la Provincia de Córdoba, Juan Brügge, presentado bajo Expte. 4391/L/09 el 29 de diciembre de 2009.[47] Cuyo artículo 3, prohíbe el emplazamiento de todo tipo de antenas, micro-celdas, macro-celdas, o equipos para instalaciones generadoras de campos electromagnéticos en el rango de frecuencias mayor a 300 Khz., en inmuebles donde funcionen establecimientos educacionales, clubes deportivos, instituciones intermedias, iglesias, hospitales, centros de salud, residencias para ancianos, espacios verdes públicos, lugares históricos, institutos de diagnóstico y/o tratamiento de salud, estaciones de servicios de combustibles y/o depósitos de combustibles, playas de estacionamiento y/o maniobras de camiones transportadores de combustibles o sustancias explosivas, depósitos de explosivos, conglomerados habitacionales, cualquier otro ámbito de concurrencia masiva de público; y hasta la distancia de quinientos (500) metros de los mismos.

Pero las provincias no pueden tocar los niveles de emisión porque ello es competencia federal de acuerdo a ley nacional de telecomunicaciones.

c) A los municipios

Los municipios con carácter previo a la instalación de las antenas deben dar cumplimiento obligatorio al proceso de Evaluación del Impacto Ambiental, con participación de la población afectada (audiencia pública), ya que los municipios son quienes deciden donde debe instalarse tal o cual emprendimiento en aras del bienestar general. Y a su vez realizar las Evaluaciones Ambientales Estratégicas para tener en cuenta la densidad de potencia de "todas las emisiones radioeléctricas", de todas las fuentes y en todas las bandas (incluso televisión, radio, y por supuesto de los teléfonos móviles).

Asimismo, los municipios deberían realizar controles periódicos, aleatorios y sin preaviso, de mediciones de densidad de potencia (µW/cm2), y por ejemplo elaborar un Mapa de Radiación del municipio, que determine el grado de riesgo y el porcentaje población expuesta en todo el municipio, determinando los "lugares sensibles" (público de

---

[45] La CNC respondió que ellos solo controlan los máximos fijados por el Ministerio de Salud. A lo que respondimos la CNC asesora a SECOM en los máximos. SECOM no respondió al igual que tampoco el Ministerio de Salud.

[46] El proyecto de ley bajo Nº de Expediente 3375-D-2011, Trámite Parlamentario 77, Diputados Firmantes: Benas, Verónica Claudia - Macaluse, Eduardo Gabriel - Lozano, Claudio - Argumedo, Alcira Susana - Bonasso, Miguel Luis - Iturraspe, Nora Graciela - Cardelli, Jorge Justo - Merchan, Paula Cecilia – Donda Pérez,Victoria Analía. Ver texto en:http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3375-D-2011 es de muy buen contenido.

[47] Ver en: http://www.juanbrugge.com.ar/proyecto.php?id=24.

riesgo) y los "puntos calientes" que requieren protección especial.[48] Además debería crear un registro de antenas, así los vecinos saben cuáles están habilitadas y cuáles no.[49]

La exigibilidad del mapa de radicaciones y el registro de antenas, fueron algunos de los puntos planteados en el Código de Buenas Prácticas de Instalación de Antenas de Telefonía Móvil, que se firmó el 20 de agosto de 2009 por parte de la Federación Argentina de Municipios (FAM), los titulares de las cuatro empresas de telefonía móvil de nuestro país, Claro, MoviStar, Personal y Nextel, en presencia del Secretario de Comunicaciones de la Nación. Dicho convenio no es vinculante, no tiene ninguna norma que lo respalde y está debilitado por una gran ausencia: la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A pesar de que es una buena iniciativa deberían haber sido parte también las ONG y los vecinos, para que se incorporen temas de topes de emisión y distancias y sanciones a su violación.

Los municipios al igual que las provincias pueden dictar ordenanzas más protectoras que las leyes nacionales, ya que son plenamente competentes para ello, sin perjuicio que las compañías telefónicas quieran desconocer su autonomía, e interpongan amparos[50], acciones declarativas[51] o de plena jurisdicción[52] contra las mismas, sin ningún éxito. Por lo tanto los municipios pueden demandar a las empresas para que cumplan dichas ordenanzas[53].

Y por último los municipios deben exigir a las compañías telefónicas un seguro de responsabilidad civil ILIMITADO. (Riesgos sanitarios, daños a los inmuebles, depreciación, etc.)

d) A las empresas de Telefonía

Las empresas deberían utilizar los mejores materiales técnicos disponibles como mallas, tejidos, pinturas o films, totalmente homologados, que son eficaces barreras frente a las microondas. En los casos en que hemos instalado estos sistemas de protección se obtienen porcentajes de atenuación de la señal de 20 a -50 dB, lo que representa una reducción de la potencia dentro de la vivienda hasta el 98% según los casos. El Ing. Néstor Mata plantea las soluciones técnicas para el reemplazo de las antenas tradicionales.[54]

Asimismo las empresas deberían cumplir con la normativa de las audiencias públicas, los Estudios de impacto ambiental y demás y así evitar los conflictos con los vecinos.

Las empresas deben colocar la publicidad debida para cada antena, con el nombre del responsable técnico, teléfono de emergencia, medición de las radiaciones no ionizantes, expediente donde obran éstas, o bien las actuaciones donde se encuentre la información, etc., para que cualquier vecino en caso de inconveniente sepa a quien recurrir. [55]

---

[48] La Ciudad: Empezaron a armar un mapa sobe la posible contaminación que generarían estos equipos. Clarín 9/05/06.ver: http://mapa.buenosaires.gov.ar.

[49] Como ejemplos pueden citarse en la provincia de Buenos Aires la ordenanza 10.518 de la Municipalidad de Lanús, que en su artículo 4º crea el Registro Municipal de Antenas (REMUAN), y la ordenanza 11028 de la Municipalidad de Quilmes (art. 11).

[50] "Telecom Personal S.A. V. Municipalidad De Lomas De Zamora-Amparo" C. Fed. La Plata, Sala 3ª 13/02/2006

[51] "Telefónica Comunicaciones Personales SA c/ Municipalidad de Lanús s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I, 28/06/2007. Disponible en: <www.eldiariojudicial.com.ar>.

[52] "Telefónica Comunicaciones Personales S.A. C. Municipalidad De Colonia Caroya", Tsj De Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, 15/08/2002.

[53] "Municipalidad de Ituzaingó C. Nextel Argentina S.R.L.", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 28/02/2006. "Municipio de Ituzaingó C/ Nextel", Juzgado Correccional N°4 del Departamento Judicial de Morón, "Municipalidad de Vicente López c/ Parroquia Santa Teresita", Juez de Faltas Juzgado Nº 1 de Vicente López.

[54] CAPPARELLI, Mario Augusto. MATA, Néstor Hugo. MONTENEGRO, Raúl ALICIARDI, María Belén. El Ambientalismo II: La Electro polución. Contaminación por Antenas de Telefonía Celular. Ediciones del País, Buenos Aires. 2008, especialmente Capitulo 2 de Néstor Mata.

[55] Ejemplos: Resolución 1/2008 APRA y Ordenanza de la Municipalidad de Lanús, nº 10518, promulgada por dec. n° 1979 del 26/08/08, en su artículo 9° dispone que "[los titulares deberán colocar carteles informativos en lugar visible en el exterior de las instalaciones, y a efectos de una identificación fehaciente y rápida, conteniendo lo siguiente: a) Nombre o razón social del titular, dirección y teléfono. b) Número de expediente municipal de

Colocar la medición de la radiación no ionizante, sería la regla de oro del etiquetado y rotulado ambiental con el propósito de aportar información para que la sociedad decida qué tipo de actividades tolera y bajo qué parámetros; y a la vez contribuirá a llevar la tranquilidad a los vecinos de que las emisiones se encuentran a valores autorizados y controladas con la periodicidad necesaria.[56]

e) A las Organizaciones No Gubernamentales (ONG)

En general la actuación individual debe ser suplida por las de las ONG que se encuentran en mejor posición técnica, científica y jurídica para representarlo mediante Acciones colectivas que beneficiarán a todos los vecinos de una antena. Por lo que en este punto nuestro país debería sancionar una ley de Acciones colectivas ambientales, como se ha hecho en el tema de consumidores y usuarios.

f) A los Vecinos

La participación ciudadana es uno de los pilares de la política democrática, y debe ser garantizada desde sus diferentes instituciones sociales. Por lo cual la legislación vigente incluye mecanismos que viabilizan dicha participación. Según el artículo 2° de la ley 25675 Ley General del Ambiente, la política ambiental nacional deberá cumplir objetivos entre los cuales se encuentra "*fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión".*

Es conveniente poner a la comunidad en el centro de las estrategias ambientales a partir de la participación ciudadana en las decisiones que afectan al desarrollo regional, como es la instalación de antenas de telefonía, a través de Audiencias Ambientales.

Además, cualquier vecino, puede pedir ya sea por vía administrativa o vía judicial paralizar la instalación [57] o el desmantelamiento de una antena ya instalada, vía Amparo[58], Acción de Daño temido[59] o Daños y perjuicios[60], ante justicia federal[61] civil[62], para evitar el cuestionamiento si se interpone en la provincial.

---

habilitación. c) Número de teléfono para el caso de emergencias o reclamos. Los titulares deberán tomar las medidas necesarias a efectos de restringir el paso del público en general."

[56] *MORTIER, Natalia. Ponencia presentada en el Taller de Contaminación y daño ambiental, en el marco del Tercer Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Organizado por nuestra Asociación, tuvo lugar en la sede del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF).17 Y 18 De Septiembre De 2009.*

[57] *"Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE – EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora". Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Sala II, 8 de agosto de 2003. Disponíble en: <www.lexisnexis.com.ar>*

[58] *"Farina, Pablo M. c/ Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ Acción de amparo. Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 2. 4/05/2001. (Zeuz, Tomo 89 – J 360 y siguientes). "Peino, Leonardo Esteban y otros contra GCBA sobre amparo (art.14 CCABA). Medida Cautelar. Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Número 12 de la CABA, 18/10/2006. Disponible en: <www.diariojudicial.com.ar>. "Uyemas Héctor c/ Gobierno de la CABA s/ amparo". Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Nº 12 de la CABA, 18/09/2007. Disponible en: <www.eldiariojudicial.com,.ar>. "Gallo, Susana Beatriz c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA). Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario – Sala II CABA. 22/11/2007. Disponible en:<www.eldiariojudicial.com.ar>. "Agüero, Norberto y otros c/ Municipalidad de Cañuelas s/ amparo". Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, 25/10/2007. Disponible em: www.eldiariojudicial.com.ar>.*

[59] *"Asís, María F. c/ Giorda Mario y otro s/ daño temido". Cámara en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba nº 5. 20/03/2007. Disponible en: <www.lexisnexisonline>*

[60] *"Espíndola María c/ MovicomBellsouth s/ Daños Perjuicios". Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N ° 105 de Buenos Aires.9/02/2007. Disponible en: <www.diariojudicial.com.ar>, "Bottero, Enrique y otros c/ Nextel Communications Argentina SA s/ daños y perjuicios". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la CABA, Sala H, 5/12/ 2007. Disponible en: www.lexisnexisonline.com.ar>.*

[61] *"Iribarne, Noemí Elizabet Y Otra V. Telefónica De Argentina S.A." CSJN, 18/12/2001. "CTI PCS. S.A. v. Municipalidad de Hurlingam" C.S.J.N. 26/03/2002, "Barrionuevo, Norma B. C. GtePce S. A. Y Otro", CSJN, 13/03/2001, "Municipalidad De Ituzaingo C. Nextel Argentina S.R.L.", Cámara De Apelaciones En Lo Civil Y Comercial De Morón, Sala II, 28/02/2006. "Consorcio De Coprop. Copérnico 2379 C. Telefónica Comunicaciones Personales S.A.", Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Comercial, Sala B, 27/05/2005, "Kleinman, Ovidio E. C. Telecom Argentina Stet France", Cámara De Apelaciones En Lo Civil Y Comercial De Rosario, Sala I Integrada, 30/07/2003 "Chaar, David C. Compañía Argentina De Teléfonos S. A.", CSJN, 20/08/1991, "C.T.I. Compañía De Telefonos De Interior S.A. C/ Municipalidad De Villa Ascasubi– Amparo" , Juez Federal De Rio Cuarto, 19/05/2008 Cat V. Provincia De Salta", CSJN "Telefónica De Argentina V. Municipalidad De Quilmes",*

La acción se puede realizar contra la compañía de teléfono[63], el municipio[64] (por omisión) o contra ambas[65]. La responsabilidad de todos los que participaron en la instalación de un emprendimiento sin evaluación de impacto ambiental o sin audiencia pública, es de tipo objetiva, eso significa que no importa si lo hicieron sabiendo o no que era perjudicial, solo importa su ejecución. Asimismo esta responsabilidad es imprescriptible, lo que significa que además la responsabilidad será vitalicia par el funcionario o empresario, sin perjuicio de que haya existido una autorización administrativa[66].

CONCLUSIÓN

"No debemos preguntarnos cual es el riesgo aceptable, sino en que tipo de sociedad deseamos vivir"
Antropóloga Mary Douglas, 1996

La industria de la telefonía móvil se está convirtiendo en otra industria del tabaco, que mantuvo durante casi un siglo que fumar no era dañino y ahora hay millones de personas en todo el mundo cuya salud está pagando el haber fumado o haber estado cerca de alguien que lo hacía. De hecho, utilizar el móvil o vivir cerca de una antena es peor que fumar, pues las personas aun siendo conscientes del peligro de la radiación no ionizante, no tiene la opción de alejarse de él si la antena se instala cerca de su oficina o de su vivienda. Mudarse…

Las empresas de Telefonía, al igual que las Tabacaleras se empeñan en decir que no son perjudiciales las radiaciones no ionizantes, no siquiera por precaución. Entonces, "*¿Qué hace uno frente a estas disquisiciones científicas de qué hace o no daño a la salud?,* se preguntó Braylovsky. *"Una opción es que hasta que no esté comprobado que hace daño no hago nada y lo sigo usando y otra hasta que no esté comprobado que esto es inocuo no lo sigo usando. El problema es que si dentro de 10 años se comprueba*-como pasó con el

---

Cámara Federal De La Plata, 15/3/1991, "Telefónica Comunicaciones Personales S.A I/ Acción De Amparo C/ Municipalidad De San Rafael", Juez Federal De San Rafael, 19/09/ 2.003, "Gutiérrez Stella Maris C/ Telefónica Móviles Argentina S.A.-Amparo", Cámara De Apelaciones En Lo Contencioso Administrativo De La Plata. "Nextel Argentina V. Municipalidad De Rosario S/Amparo - Cautelar", Csjn, 23/10/2001 "Telefónica Comunicaciones Personales (T.C.P.) C/ Municipalidad De Rosario S/ Amparo", Csjn, 15/07/2003, "CtiPcs C/ Municipalidad De Lanus S/ Medida Cautelar Anticipada", Cámara De Apelaciones En Lo Contencioso Administrativo De La Plata, 11/5/2005, " "Sondow Miguel c/ CTI PCS S.A. s/ amparo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 9/03/2006.-

[62] *"Gallo Susana Beatriz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", TSJCABA, 22/11/2007, "Romero Vera Hugo Contra Gcba Sobre Otros Procesos Incidentales", 17/12/2008.*

[63] *"Vecinos Del Barrio Rucanay C/ Telecom", Cámara Federal De La Plata Sala III*

[64] *"Peino, Leonardo E. Y Otros V. Gcba" Juzgado De 1ª Instancia En Lo Contencioso Administrativo Y Tributario Ciudad De Buenos Aires N. 12 18/10/2006, "Calderón, Jorge R. C/ Municipalidad De Yale", TSJ De La Provincia De Jujuy , 16/04/2007*

[65] *"Espíndola María C/ Movicom Bellsouth S/ Daños Y Perjuicios", 1º Inst*

[66] *Al respecto, cabe citar un fallo de la Cám. Civ. y Com. Morón, Sala 2da, "Vinci, J. c/ Schwartz, Santiago y Cía SRL y otro", publicado en LLPBA, 1995- 229: "…Así es que, con base en el art. 2618 del Código Civil, la jurisprudencia ha resuelto que "la autorización o habilitación municipal para el ejercicio de actividades que puedan producir efectos nocivos, resulta irrelevante conforme lo dispone expresamente el art. 2618 del C.C., pues la autorización administrativa dictada de conformidad con las reglamentaciones existentes, nacidas del ejercicio del poder de policía, nunca pueden tener por consecuencia pronunciar un "bill de indemnidad" en favor del que se ajustó a esas prescripciones; ello explica la salvedad del citado artículo cuando reza "aunque mediare autorización administrativa". Asimismo, en similar sentido, la Cám. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala 2da, "Giner, Néstor c/ Deporcenter SA", 16/7/1996, publicado en LLPBA, 1997-843 se expresó que "aunque estemos en el uso regular de la propiedad y tal uso no sólo sea lícito sino que cuente con expresa habilitación municipal no deja de ser una intolerable molestia, la autoridad administrativa concede la autorización siempre que estén cubiertas las condiciones generales contenidas en los reglamentos, pero no se puede atender por anticipado a las molestias de las actividades permitidas"*

Tabaco- *que esto sí provoca cáncer ¿Vale la pena arriesgar la vida por unos pesos? Uno tiene una sola vida que la puede pasar con más dinero o con menos, pero una sola".*[67]

Si bien pensar en una sociedad moderna sin estaciones transformadoras, sin líneas de alta tensión o telefonía sin cables es casi absurdo, también es cierto que la vida y la salud es una sola, ojala todos seamos conscientes de ello, y se legislen medidas precautorias, que se cumplan, y se controlen, antes de que sea demasiado tarde…

BIBLIOGRAFÍA

- CAPPARELLI, Mario Augusto. MATA, Néstor Hugo. MONTENEGRO, Raúl ALICIARDI, María Belén. El Ambientalismo II: La Electro polución. Contaminación por Antenas de Telefonía Celular. Ediciones del País, Buenos Aires. 2008.
- Ley General del Ambiente, 25.675, sancionada el 6/11/2002, promulgada el 27/11/2002. Promulgada el 22 de enero de 2000.
- MARKAN, Gabriela Betina, "Antenas de telefonía móvil e impacto ambiental",http://www.eldial.com/suplementos/Ambiental/tcd.asp?id=2036& Cámara=Doctrina.
- MATA, Néstor Hugo, "¿Cuál es el nivel de las ondas electromagnéticas de radio frecuencia que incide negativamente sobre la salud humana?", Novedades Ambientales, www.estrucplan.com.ar. Año II- Nº 98, 01/11/2002.
- MATA, Néstor Hugo, "La incidencia de las ondas electromagnéticas de radiofrecuencia sobre la salud humana", Grupo de Estudios de Bio Ingeniería de la Facultad Regional de Bahía Blanca, U.T.N.
- MONTENEGRO, Raúl. CHUIT, R. Protocolo para evaluar los efectos sobre la salud de contaminantes químicos, macrobióticas y radiantes (radiación ionizante y no ionizante). Escuela de Salud Pública, Facultad de Ciencias Médicas, Universidad Nacional de Córdoba, 2003.
- MORTIER, Natalia. Ponencia presentada en el Taller de Contaminación y daño ambiental, en el marco del Tercer Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Organizado por nuestra Asociación, tuvo lugar en la sede del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF).17 y 18 de septiembre de 2009.
- MORTIER, NATALIA, Jurisprudencia agrupada, Revista La Ley Ciudad de Buenos Aires, edición de febrero de 2009.
- SIDOLI, Osvaldo Carlos. "Contaminación Electromagnética: ¿Un nuevo Agujero de Ozono?". Revista de Derecho Ambiental. Nº 8. Lexis Nexis. Buenos Aires. Octubre/Diciembre 2006.
- www.who.int

[67] *Lic. Elio Braylovsky.*

CALIDAD DE VIDA: ALIMENTOS, AMBIENTE Y SALUD PÚBLICA

María Emilia Gautero
Domicilio: 9 de Julio N° 1755, Santa Fe, Argentina
Teléfono: 0342-156-125-703 / 0342-4593762
Correo electrónico: abogadameg@hotmail.com

Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales dependiente la Universidad Nacional del Litoral. Realizó intercambio de formación en estudio especializado en alimentos -Food Law Consultants-, Bruselas, Bélgica. Desde hace más de dos años, cumple funciones como agente de legislación en la Agencia Santafesina de Seguridad Alimentaria, organismo descentralizado del Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe.

Abstract: Los alimentos son esenciales para la vida y son objeto del Derecho Alimentario. Se relacionan con el medio ambiente, los agroquímicos y las nuevas tecnologías. Su producción debe garantizar el desarrollo productivo con un ambiente sano y equilibrado y, a la par, no deben poner en peligro a las generaciones futuras. Desde la antigüedad los Estados han regulado en la materia, lo que se acentuó a partir del siglo XX. Ha tomado un rol central el desarrollo de los conocimientos desde la nutrición y el auge de los nuevos alimentos. Frente a este panorama, el Estado debe desarrollar actividades acordes a los tiempos modernos en materia alimentaria y ambiental, por medio de la cual garantizar la salud pública.

1. ALIMENTOS Y MEDIO AMBIENTE

La historia de los alimentos -nos referimos al conjunto de cosas que los seres humanos comemos o bebemos para subsistir[1]- se remonta a los orígenes de la humanidad. En la antigüedad, los textos religiosos ya contenían preceptos sobre el consumo de alimentos[2], listas de alimentos prohibidos y permitidos y normas sobre sacrificio de animales. De esta forma, la historia de la alimentación corre muy pareja a la historia de la civilización. Además, la alimentación ha constituido un factor de presión adaptativa en el transcurso de la evolución del ser humano y, tan importante han sido los alimentos que, los Estados superada una primera época de indistinción entre Derecho y religión, regularon un sistema de normas jurídicas sobre los mismos. Por otro lado, durante la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del XX, diferentes aspectos científicos han impactado en el mundo alimentario, generando cambios revolucionarios.

Asimismo, durante la última mitad del siglo XX, la alimentación ha cobrado un nuevo sentido que ha ido en paralelo al despegue económico y al inicio del desarrollo de la sociedad de consumo de masas. Se han verificado transformaciones relevantes en la

[1] *Definición de la Real Academia Española.*
[2] *La Biblia, el Código de Hammurabi, Leyes de Manú y Corán.*

alimentación: por un lado, modificaciones objetivas de los hábitos alimentarios[3]; por otro lado, cambios en las percepciones de lo que significa "comer bien".

Simultáneamente, en los últimos años, se ha comprendido la íntima relación existente entre el medio ambiente y los alimentos, lo cual ha instado a la producción de alimentos conservando aquél[4] y a la agricultura ecológica, biológica u orgánica[5], acompañado, además, por la incorporación de la biotecnología y la utilización de biocombustibles. Coherentemente, se estableció como esencial formar y educar a los consumidores en conocimientos más generales en relación con el medio ambiente y, de esta forma, garantizar medidas que promuevan pautas sostenibles de producción y consumo entorno a un desarrollo sustentable. En nuestro país, esta tendencia se plasmó en el reconocimiento, con rango constitucional, de los derechos a un ambiente sano y equilibrado[6] y en la tutela para los consumidores y usuarios, a que se les provea, en la relación de consumo, la protección de su salud, seguridad e intereses económicos. A través del primero de los derechos mencionados, se impuso límites a la actividad productiva, en tanto ésta comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. En consecuencia, se estableció que el crecimiento económico se sostenga y sea racional a fin de garantizar el desarrollo humano, actual y futuro. Por otro lado, en el segundo de los derechos, se estableció la defensa del consumidor en dos campos: el de los derechos patrimoniales -no sufrir un daño, tutelar intereses económico y mayor protección cuando la relación de consumo se constituya en la parte más débil- y el de los derechos personales -la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquella o en la vida-.

En lo concerniente a la protección del medio ambiente, se determinó que uno de los objetivos de la disponibilidad de los alimentos debe ser su sostenibilidad, por ser necesaria para no agotar a la naturaleza y evitar que baje la productividad agrícola, ganadera y pesquera. En estrecha relación con lo mencionado, se debe indicar el desarrollo de las cosechas transgénicas y el impacto de éstas en el medio ambiente y en los alimentos, entre otros más. Este modelo se inició, a nivel mundial, en la década de los noventa, e implementó organismos genéticamente modificados (en adelante OGM) los cuales se caracterizan por su resistencia a las plagas, por un carácter nutricional específico y otras propiedades. Puntualmente, un caso emblemático de este nuevo modelo, se observó con la soja, en la cual esta tecnología agropecuaria implica una misma semilla (transgénica), una forma de siembra (directa) y el uso intensivo de un determinado plaguicida (glifosato) y ciertos fertilizantes. Es de destacar que, la expansión de este modelo fue realizado por medio de una imposición vertiginosa, y aún con la existencia de intensos debates en torno a los OGM, básicamente, porque los aspectos positivos conllevan no pocos negativos, algunos reales, otros potenciales y otros hipotéticos. Más allá de necesarias polémicas, veinte años después del inicio de esta carrera biotecnológica, contamos con un piso científico que permite "anclar" [7]el debate. Claro está que, el impacto de los agroquímicos en el medio ambiente y en los alimentos, es un tema que no puede analizarse ambiental, productiva ni jurídicamente como algo autónomo, sino de forma conjunta, a razón de que es parte esencial de un determinado modelo productivo que reproduce un formidable complejo económico-tecnológico de carácter global.

---

[3] Méndez Díaz, Cecilia y Gómez Benito Cristóbal, "Evolución de las recomendaciones institucionales sobre salud y alimentación", publicado en Alimentación, Consumo y Salud, Centros de Estudios Sociales, Núm. 24, Obra Social, Fundación La Caixa, Barcelona, España.

[4] Freire, Ricardo, "Producir alimentos conservando el medio ambiente", La Ley, Suplemento Ambiental, 18/08/2010, pág. 4.

[5] Pastorino, Leonardo F., "Agricultura ecológica, biológica u orgánica", publicado en UNLP, 2008-38, pág. 35.

[6] Gelli, María Angélica, Constitución Nacional Comentada y Concordada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008I, pág. 567 y ss.

[7] Véase, entre otros, "Informe acerca del grado de toxicidad del Glifosato", UNL, 10/09/10, Santa Fe, Argentina.

En cuanto a la protección de consumidores y usuarios ya indicada, es notorio, en torno a los alimentos, el incremento de consumidores conscientes de la repercusión medioambiental de la alimentación debido a la contaminación de las materias primas, de los efectos que sobre el medio ambiente causan las malas prácticas y de las secuelas derivadas de determinados tipos de cultivos, (monocultivo), la contaminación de las aguas, etc., y ante este panorama, están demandando el retorno a un mejor equilibrio con la naturaleza mediante la revisión del papel a desempeñar por la agricultura, la ganadería y la pesca en la conservación y el mantenimiento del ambiente. A la par, por medio de la última reforma a la Ley de Defensa del Consumidor[8], se estableció la obligación al Estado, en todos sus niveles, de formular planes generales de educación para el consumo (artículo 60) a fin de formar a los consumidores y, específicamente, en materia de alimentos, brindarles información para orientarlos a prevenir riesgos, ayudarlos a evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente, destacando, que se debe incluir en su formación, y entre otros, contenidos relativos a la sanidad, nutrición, prevención de enfermedades trasmitidas por alimentos y adulteración de alimentos, peligros y el rotulado de los productos, legislación pertinente, organismos de protección, etc.(artículo 61).

De todo lo expuesto, queda en manifiesto la estrecha relación existente entre la materia ambiental y la alimentaria, las cuales, se puede afirmar, comparten determinados principios que orientan sus actividades, a saber: principio de precaución, de transparencia, de análisis de riesgos y protección de los consumidores.

Por otra parte, es de mencionar que ha habido cambios en las concepciones de la salud y la alimentación, en la percepción de la seguridad y el riesgo, en el perfil de los consumidores y en el papel de las instituciones. Es así que se puede afirmar que se ha configurado un "un nuevo orden alimentario", en el cual se destaca la relación existente entre la alimentación y las ciencias de la salud y en donde las prácticas y hábitos de consumo cumplen un rol fundamental. De hecho, corresponde indicar que, la alimentación es la única necesidad en la que todos los seres, sin excepción, somos consumidores de objetos habituales, de alta sensibilidad, masivos y expuestos al riesgo de desarrollo.

Por último, en los últimos años, se deben destacar los nuevos conocimientos desarrollados por la nutrición, entre los cuales es fundamental el cambio de paradigma de una "alimentación general y saludable" a una "alimentación óptima y personalizada", [9]y frente a la cual los consumidores deben, además de contar con herramientas de información (etiquetas, publicidad, etc.) comprenderla claramente, a fin de elegir qué alimentos consumir en base a la confianza y seguridad.

En síntesis, el consumidor de alimentos, se ha convertido en un consumidor especializado y más exigente, que solicita la protección de sus derechos, ejerce sus obligaciones y resguarda la protección del medio ambiente, a la par, que reitera que el Estado les debe garantizar su salud individual y, en general, la de todos los ciudadanos, a través del la tutela de la salud pública.

2. DERECHO ALIMENTARIO Y SEGURIDAD ALIMENTARIA

En este escenario, es sabido que los alimentos son esenciales para la vida y, por tanto, para la convivencia social, motivo por el cual son objeto del Derecho y, en particular, del Derecho Alimentario[10], el cual tiene dificultades propias como lo constituyen su denominación, la delimitación del ordenamiento jurídico alimentario, las relaciones con las diversas ramas del Derecho y su autonomía o dependencia científica.

En primer lugar, en lo concerniente a la denominación, la doctrina se encuentra dividida. Algunos autores se refieren al Derecho Agroalimentario[11] y otros al Derecho

---

[8] Ley Nº 26.361, B.O. 07/04/2008 - ADLA 2008 - B, 1295

[9] Palou Oliver, A, "Implicación Social de la industria alimentaria", Fundación Alimentum, 2011, Madrid, España, pág. 72 y ss.

[10] González Vaqué, L., "Derecho alimentario: objeto y definición", Alimentaria, núm. 83, 1977.

[11] Ballarín, A., "La seguridad alimentaria en España", RDAA, 41, 2003.

Alimentario[12]. En relación al segundo asunto, la delimitación del ordenamiento jurídico alimentario, se establece que abarca diferentes cuestiones relacionadas con los alimentos, lo cual se ha ido reflejando en la aprobación de normas que tienen como objeto los alimentos, de forma directa o indirecta, y que persiguen finalidades diversas -como lo son la implementación de registros de establecimientos y productos alimenticios, utilización de los sistemas de autocontrol, intervención en el control de precios, normas de prevención de fraudes, protección de la salud de los consumidores, etc.-. En tercer lugar, corresponde destacar que aquél necesita de la colaboración ineludible de las ciencias experimentales para comprender la realidad compleja que regula. Por último, se ha teorizado sobre la autonomía científica o dependencia del Derecho Alimentario con otras ramas y, ante lo cual, se han mantenido conclusiones dispares: algunos indicándolo como un sector del Derecho Mercantil, del Penal, del Administrativo, otros como una disciplina transversal[13] o incluso una disciplina autónoma[14].

Desde una concepción finalista, se puede definir al Derecho Alimentario como "*el conjunto de normas y principios aplicables -directa o indirectamente- a los alimentos con la finalidad de garantizar la seguridad alimentaria y proteger la salud de los consumidores*". De esta enunciación se desprenden sus elementos estructurales: su base normativa está constituida por fuentes formales e informales (directrices, principios, etc.), a través de las cuales regula su objeto -los alimentos y cuestiones relacionadas a éstos- con la finalidad de proteger la salud pública -en dos vertientes- una realizar el encargo constitucional impuesto a los poderes públicos de velar y proteger la salud[15] y, la otra garantizar el correlativo Derecho a la Salud[16] de los ciudadanos.

Al mismo tiempo, es de destacar que, el Derecho Alimentario constantemente utiliza vocablos técnicos, como herramientas a través de las cuales describir y desarrollar su actividad y, entre los que se destacan: peligro (posibilidad de que un agente físico, químico o biológico sea capaz de causar un daño significativo a la salud), riesgo (probabilidad de manifestación de un peligro y su magnitud) y trazabilidad (capacidad para seguir el movimiento de un alimento a través de las etapas de la producción, transformación y distribución).

Asimismo, como esta rama del derecho tiene la finalidad la proteger la salud, la legislación en este ámbito debe fundamentarse en los conocimientos científicos más avanzados. Esto último ya era recomendado desde la antigüedad pero desde entonces, hasta la actualidad, han pasado siglos en los que se han ido producido descubrimientos científicos que han hecho posible la toma de decisiones más coherentes con la protección de la salud. Sin dudas, los avances[17] de los conocimientos científicos han contribuido a la elaboración de normas alimentarias basadas en un adecuado entendimiento de los problemas relacionados con los alimentos y con la salud. Y, además, se ha comprendido que, en razón del objeto que protege la salud humana, el legislador debe conocer, a través de conocimiento científicos, cuáles son los peligros y los riesgos que la acechan.

En cuanto a una de las finalidades del Derecho Alimentario, léase, garantizar la seguridad alimentaria, se ha definido que ésta existe "cuando todas las personas tienen

---

[12] Costato, L. Compendio di Diritto Alimentare, Cedam, Padora, 2004.

[13] Barros, C., "El Derecho Alimentario como salvaguardia de la idoneidad y la calidad de los productos alimenticios", Alimentaria, núm. 148.

[14] Vera de Cuesta, J. A., "El nacimiento del Derecho Alimentario como disciplina jurídica autónoma", Alimentaria, núm. 92.

[15] Entendida no sólo como la ausencia de enfermedades o afecciones, sino también como "el estado completo de bienestar físico, mental y social, y adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

[16] Reconocido implícitamente dentro de los derechos y garantía nominados en el Art. 33 de la Constitución Nacional y, expresamente, a través de los distintos Tratados Internacionales, los cuales cuentan con jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22º, CN) a partir de la reforma constitucional del año 1994.

[17] Menéndez Patterson, María de los Ángeles, "Avances Científicos en nutrición y alimentación", publicado en Alimentación, Consumo y Salud, Centros de Estudios Sociales, Núm. 24, Obra Social, Fundación La Caixa, Barcelona, España.

acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana"[18]. Se destaca que cuando en inglés se refiere al concepto de seguridad alimentaria, se emplean con relativa imprecisión dos términos con significado distinto: "*food security"* y *"food safety".*

Con carácter general puede decirse que los términos "*food security*" refieren al abastecimiento, al acceso y la disponibilidad de alimentos seguros y nutritivos y, que los términos "*food safety*" se emplean para mencionar cuestiones que afectan a la seguridad y calidad los alimentos. En efecto, de esta doble terminología, se puede afirmar que de seguridad alimentaria existe un concepto amplio y otro restringido.

El concepto amplio, al que un autor[19] ha llamado también "seguridad del abastecimiento alimentario" se estableció en el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación y destaca la dimensión cuantitativa, frente al criterio cualitativo o higiénico-sanitario propio del concepto restringido. De esta forma en los países desarrollados en donde el acceso y la disponibilidad de los alimentos no constituyen un problema, el concepto de seguridad alimentaria que se emplea, se restringe a la seguridad de los alimentos y a la relación entre la alimentación y salud. En cambio, cuando en los países en desarrollo se habla de aquélla se alude, principalmente, al abastecimiento de alimentos.

En otro orden de cosas, la seguridad alimentaria es un derecho subjetivo protegido por el ordenamiento jurídico que entra en el elenco de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos[20], los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por Argentina, muchos de los cuales tienen por objeto la seguridad alimentaria y, desde la perspectiva mencionada, corresponde a aquellos derechos fundamentales que se encuentran permanentemente *in fíeri* dependiendo de las exigencias de la sociedad de cada tiempo.

3. INTERVENCIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ALIMENTOS

Es de destacar que, históricamente, los poderes públicos han elaborado normativa en materia de alimentos y ejercido -a través de sus potestades administrativas de policía- control de las actividades de los particulares, incluyendo aquello relacionado con los alimentos[21] , encuadrándolo en una rama de la Administración sanitaria con motivo de la estrecha relación existente entre la alimentación y la salud.

Por otro lado, corresponde mencionar que, el contenido de la noción de poder de policía se ha modificado al compás de la evolución de la propia configuración del Estado[22], aunque desde su origen, se la caracterizó como definitoria de la propia Administración y que persigue satisfacer, de modo particular, determinadas necesidades. La actividad de policía se traduce en una serie de limitaciones a los derechos individuales con motivo de proteger un interés público, a fin de garantizar la seguridad, la moralidad y la salud pública, e incluyendo también -de acuerdo a una parte de la doctrina-todo aquello relativo al bien común.

Durante el siglo XIX, la acción del Estado se limitaba a intervenir en situaciones en la que los ciudadanos no eran capaces de solventar los problemas sanitarios por sí solos y, específicamente, en el ámbito alimentario, haciendo frente a situaciones simples -adulteraciones básicas de alimentos y de los medios técnicos, ausencia de higiene, etc.- siendo las medidas de policía que se aplicaban eficaces en el control de los peligros

---

[18] En el Plan de Acción que se suscribió en la Cumbre Mundial sobre Alimentación organizada por la FAO del 13 al 17 Noviembre de 1996, en Roma, Italia.

[19] Synder, F., "Food Security in Europe and in the World" ELJ, vol. 19, núm. 5, sept. 2004, pág. 496.

[20] Asamblea General de las Naciones Unidas, 10/12/1948

[21] Rodríguez Font, Mariola, Capítulo I, "Régimen Jurídico de la Seguridad Alimentaria, de la policía administrativa a la gestión de riesgos", Marcial Pons, 2007, Madrid, España.

[22] Parejo Alfonso y Dromi, Roberto, "Seguridad pública y Derecho Administrativo", Madrid, Buenos Aires, Marcial Pons-Ciudad Argentina, 2001, pág 25 y ss.

asociados a la alimentación, en la penalización de las conductas generadoras de aquellos e imponiendo las consecuencias jurídicas de la transgresión. Sin embargo, en el último siglo, ha cambiando de forma sustancial esta actividad con motivo de la incorporación de una concepción más integral de la sanidad acompañado, esencialmente, de un enfoque preventivo. Constituyen algunas manifestaciones de dicho cambio:

a- la creación de organismos regionales (con la correspondiente incorporación de normativa a los países que la integran) y de administraciones independientes y técnicas, las cuales asesoran científica y técnicamente a las administraciones públicas;
b- remisión legislativa a la autorregulación, como se verifica en el caso de los sistemas de autocontrol a través de herramientas documentales que se incorporan en las empresas alimentarias para vigilar los peligros y riesgos sanitarios que puedan afectar a los alimentos, junto a la utilización de normas internacionales de estandarización (Normas ISO),
c- tendencia a la sustitución del *hard law* por el denominado *soft law* a través de recomendaciones internacionales como son las que derivan de la Comisión del Codex Alimentarius y las que remiten lo acuerdos de la Organización Mundial del Comercio
d- utilización del análisis del riesgo como técnica para la toma de decisiones, y estando constituido por tres fases relacionadas entre sí: la determinación del riesgo, la gestión del riesgo y la comunicación del riesgo.

De esta forma, en los últimos años, ha tomado un papel central resguardar la Seguridad Alimentaria y de los Alimentos, como aspectos integrantes de la concepción del Derecho a la Salud, lo cual tiene una extraordinaria importancia como consecuencia de la enorme prevalencia de enfermedades asociadas a la alimentación[23] y destacando que éstas no conocen fronteras, más aún, frente a la globalización económica que conlleva un incremento del comercio internacional y, además, un mayor intercambio cultural. El flujo mundial de alimentos y de personas, acarrea el riesgo de trasladar peligros sanitarios de unos puntos del planeta a otro con enorme rapidez.

En consecuencia, los Estados a lo largo del siglo XX han ido creando organizaciones internacionales como lo son la Federación Internacional de la Leche -FIL-[24] que elaboró normas internacionales para la leche y los productos lácteos (1903), el Instituto Internacional de Agricultura[25] (1905), la Oficina Internacional de Higiene Pública (1907), la Organización de Higiene creada por Sociedades de Naciones Unidas, la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación[26]-FAO- (1945), la Organización Mundial de la Salud[27] -OMS- (1948) y la Comisión del Codex Alimentarius[28] (1963), -y desarrollando ésta última actividades esenciales para la constitución del Derecho Alimentario.

2.1 COMISIÓN DEL CODEX ALIMENTARIUS

El Codex Alimentarius es un conjunto de Normas Alimentarias adoptadas internacionalmente y presentadas de manera uniforme. Los objetivos de la publicación de estas normas consisten en proteger la salud del consumidor y facilitar el comercio internacional de alimentos. La publicación del Codex Alimentarius apunta a orientar y alentar la producción y el consumo de alimentos seguros. Se destaca por su especialidad en la

---

[23] Las enfermedades de transmisión alimentaria (ETA) son patologías producidas por la ingestión accidental, incidental o intencional de alimento o agua, contaminados en cantidades suficientes con agentes químicos o microbiológicos, debido a la deficiencia en el proceso de elaboración, manipulación, conservación, transporte, distribución o comercialización delos alimentos y agua (Benenson, 1997: 272-273).
[24] www.fil-idf.org.
[25] Establecido por Convención del 7 de Junio de 1905, estableciéndose en el 1947 la disolución del instituto y la transferencia de sus funciones y haberes a la Organización de Alimentos y Agricultura de Naciones Unidad, FAO (legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf).
[26] www.fao.org/docrep/x5584E/x5584E00.htm
[27] www.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf
[28] Publicación OMS/FAO, "Entendiendo al Codex Alimentarius", Tercera Edición, 2006, Roma, Italia. Rodríguez Font, Mariola, ob. cit., pág. 46.

materia y por ser el exponente más claro de la internacionalización de la legislación alimentaria.

Su gestación fue un proceso que se inició en el 1891, en el Congreso Internacional de Higiene, celebrado en Viena, en el que se habló de la conveniencia de que cada país tuviera su recopilación normativa de alimentos. Atento a ello, la FAO y la OMS establecieron un Comité mixto y, en 1950, mostraron la preocupación por la divergencia de las legislaciones alimentarias y por la carencia de fundamento científico de muchas de estas normas. Además, desde los años 50 la OMS manifestó su preocupación por el aumento de las sustancias químicas que se empleaban en la industria alimentaria. Por todo ello, la FAO y la OMS recomendaron a todos los países la creación de códigos alimentarios nacionales y, además, por iniciativa de Austria se propuso la creación de un código alimentario europeo. En 1961 el Consejo del Codex Alimentarius Europaeus propuso que la FAO y la OMS se encargaran del desarrollo de las normas alimentarias internacionales. Finalmente, la Comisión de Codex Alimentarius (CAA) fue creada en el año 1963, durante la Conferencia Mundial de la Salud organizada por la FAO y la OMS. Son integrantes de la Comisión[29] del Codex Alimentarius los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, asociaciones internacionales, representantes de consumidores y otras instituciones que manifestaron interés en participar del grupo.

La misión del Codex es establecer, a nivel mundial, principios generales, directrices, códigos de prácticas y recomendaciones éticas para la protección de los consumidores y del comercio internacional de alimentos y, por ello, es de enorme influencia para la armonización de la legislación alimentaria. Asimismo, por el intercambio comercial que conllevan los alimentos, el Codex Alimentarius, se encuentra en íntima relación con determinados acuerdos que impulsaron la unificación de procedimientos y de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias en diferentes Estados, entre los cuales se destacan el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio[30](OTC) y el Acuerdo sobre la Aplicación Medidas Sanitarias y Fitosanitarias[31], este último por medio del cual se estableció la Organización Mundial del Comercio, la que reconoció, oficialmente, que las normas, directrices y recomendaciones internacionales, incluido el Codex Alimentarius, son puntos de referencia para facilitar el comercio internacional y resolver las diferencias comerciales con arreglo al derecho internacional.

Finalmente, corresponde mencionar que, para lograr una efectiva comunicación entre el Secretaria del Codex que funciona en el ámbito de la FAO y los gobiernos nacionales, se establecieron puntos de contactos, y se solicitó a todos sus Miembros que dispongan de un Punto Focal Nacional. En nuestro país, el Punto Focal Nacional del Codex Alimentarius ha sido establecido en el ámbito de la Secretaria de Agricultura, Ganadería y Pesca.

Por otro lado, en los años posteriores a la creación del Codex, se constató el inicio de una tendencia mundial al desarrollo de agencias independientes y especializadas en ciertas áreas del ámbito público, entre cuyos antecedentes, resulta inexcusable el estudio de las agencias del Derecho Público norteamericano el cual, básicamente, las instauró. A este nuevo modelo se le atribuyen cualidades de imparcialidad, especialización técnica e independencia en sus decisiones. Específicamente, en materia de alimentos, los antecedentes más importantes lo son: la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de los Alimentos (1999), la Agencia de Seguridad Alimentaria del Reino Unido (2000) y la Agencia Federal belga para la Seguridad de la Cadena Alimentaria (2000).

3.2. ADMINISTRACIÓN DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS (FDA) DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

---

[29] Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias, "Comisión del Codex Alimentarius-Manual de Procedimiento", Decimocuarta edición, 2005, Roma, Italia.

[30] Véase Ronda de Tokio, en 1979,www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_info_s.htm.

[31] De acuerdo al Acta final de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales y Multilaterales firmada en Marrakech el 15 de Abril de 1994 y la cual creó la OMC a partir del 1º de Enero de 1995, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_info_s.htm.

En los Estados Unidos de América la institución eje en la materia de alimentos y medicamentos es la Administración de Medicamentos y Alimentos o, en inglés Food and Drug Administration (FDA), que está encargada de la seguridad de la mayor parte de alimentos (excepto una parte importante de las carnes y aves de corral), de los medicamentos humanos y veterinarios, de los agentes terapéuticos de origen biológico, de los instrumentos médicos, de los productos para uso médico, de los cosméticos y de los piensos. Asimismo, es responsable de la mejora de la salud pública y de la promoción para el desarrollo de las innovaciones a fin de lograr alimentos y medicamentos más eficaces, seguros y accesibles, facilitando información correcta y fundamentada científicamente.

En el proceso de gestación de la FDA, el primer paso para su creación se dio en 1901 con el establecimiento, dentro del Departamento de Agricultura, de la División de Química, que más tarde se llamó Departamento de Química, y acompañado en 1906 por la aprobación de la Ley Federal de Alimentos y Medicamentos, mediante la cual se atribuyeron funciones normativas adicionales al análisis y asesoramiento científico. Posteriormente, en 1927 el Departamento de Química cambió su nombre por el de Food, Drug and Insecticide Administration el cual, en 1930 quedó, definitivamente, como Food and Drug Administration.

La FDA[32] es una agencia dentro del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los EE.UU. y comprende seis centros de productos, un centro de investigación y dos oficinas. Sus responsabilidades se extienden a los 50 estados de Estados Unidos, el Distrito de Columbia, Puerto Rico, Guama, las Islas Vírgenes, Samoa de América y otros territorios y posesiones de los Estados Unidos de América, e interviene en las tres fases del análisis del riesgo -evaluación, gestión y comunicación del riesgo-.

3.3. AGENCIA EUROPEA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA (EFSA)

En la década de los noventa Europa fue azotada por diversas crisis alimentarias de enormes proporciones que pusieron de manifiesto las serias deficiencias en la legislación alimentaria. La encefalopatía espongiforme bovina (EEB)[33] conocida, coloquialmente, como enfermedad de las vacas locas, fue la más difundida seguida por la contaminación con dioxinas y por la fiebre aftosa. Con motivo de estas crisis, el sector alimentario europeo tuvo que afrontar, junto a las instituciones comunitarias, la pérdida de confianza de los consumidores.

Frente a estas circunstancias, la Comisión Europea, en el año 1997, propuso abrir un debate público sobre la legislación alimentaria en la Unión Europea (UE), a fin de restablecer la confianza de los consumidores que se había deteriorado gravemente con la crisis de la EEB e, incorporar los aprendizajes y mejoras detectadas con aquella. Como resultado de ello, el mismo año, se aprobó el Libro Verde sobre los principios generales de la legislación alimentaria en la UE y es, precisamente, este documento el que inaugura un nuevo enfoque en materia de protección de la salud del consumidor y de la seguridad alimentaria- y plantea la necesidad de reformas, por sobre todo, la conveniencia de un enfoque científico más transparente basado en el análisis del riesgo.

Por otro lado, luego de más de tres años de consultas iniciadas con el Libro Verde, la Comisión Europea, en el año 2000, presentó el Libro Blanco[34], el cual constituye la piedra angular de la nueva política europea en materia de seguridad alimentaria y establece aquella como prioridad estratégica de la Comisión. Este libro propuso un enfoque, global e integral, comprendiendo en esta perspectiva todos los aspectos relacionados con los alimentos desde la primera fase de producción y hasta llegar al consumo, es decir, a lo largo de toda la cadena agroalimentaria –que no es un proceso lineal, horizontal sino circular y de

---

[32] Recuerda Girela, Miguel, "Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos, Régimen jurídico-administrativo", Capítulo III, Editorial Aranzadi, 2006, Madrid, España.

[33] Oanta, Gabriela A. "La Política de Seguridad Alimentaria en la Unión Europea", Tirant Lo Blanch, 2007, Valencia, España.

[34] Véase COM/1999/719 en la página web Euro-Lex de la UE.

naturaleza sistemática, sustentada en la constante retroalimentación e interdependencia de los distintos sectores implicados en ella- y que se sintetiza en la máxima "de la granja a la mesa".

Las prioridades legislativas del Libro Blanco fueron tres: la aprobación de una directiva que definiese la seguridad alimentaria como el principal objetivo de la legislación comunitaria en el ámbito de la alimentación, el establecimiento de principios básicos comunes en la legislación alimentaria y la creación de una agencia alimentaria europea independiente.

La concreción de una agencia alimentaria europea se hizo realidad, finalmente, a través del Reglamento (CE) Nº 178/2002[35], por medio del cual, además de crear Agencia Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), se establecieron los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria y se fijaron los procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. Todo lo relativo a la agencia europea -objetivos, organización, funcionamiento y principios, disposiciones financieras, etc.- fue establecido en el capítulo III del reglamento indicado. Se indica que la misma tiene personalidad jurídica propia, tratándose de un organismo autónomo, que actúa bajo los principios de independencia, transparencia, excelencia, objetividad, eficiencia y cooperación, a lo largo de los 27 países que constituyen la UE.

Entre las funciones de evaluación que desempeña la EFSA corresponde destacar que una de sus principales tareas es la de informar a los organismos, previamente a la adopción de decisiones y normativas y, en algunos casos, realizar funciones de comunicación del riesgo, competencia que comparte con la Comisión Europea. Corresponde indicar que carece de competencia en materia de gestión del riesgo, el cual, ha sido reservado a cada uno de los Estados.

En relación a la obligación de asesorar que detenta la EFSA, aquella abarca todo lo relacionado, directa o indirectamente, con la salud y seguridad alimentaria. En otras palabras, se ocupa también de aquellos aspectos relacionados con las cuestiones alimentarias en sentido estricto (como el aspecto nutricional) y de la influencia que sectores como el medioambiental y el químico-farmacéutico puedan tener. Diríamos, así, que la EFSA ostenta competencias en food safety y food security; la primera relacionada con la evolución tecnológica y los riesgos alimentarios; la segunda, ligada a las necesidades alimentarias y al desarrollo en un sentido amplio de la palabra.

Por último, en Europa, con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (CE) Nº 178/2002 y, en algunos casos, ya desde la publicación del Libro Blanco, la casi totalidad de los Estados miembros crearon entidades análogas, en funciones y estructura a la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA).

Por todo lo expuesto, el reglamento mencionado, se ha convertido en el marco de referencia y la piedra angular del Derecho Alimentario Europeo.

3.4 MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)

El Mercado Común del Sur es la unión subregional integrada por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela[36] -en proceso de integración- que, además, tiene varios países asociados, a saber: Bolivia, Chile, Colombia, Perú, Ecuador y México. Fue creado el 26 de Marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción, aunque recién en la Cumbre de Ouro Preto[37] es donde se establece la organización y reglas básicas para el futuro desempeño del organismo.

El Consejo del Mercado Común (CMC) es el órgano superior[38] del Mercosur al cual le incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para

---

[35] Reglamento del Parlamento y Consejo Europeo (CE) del 28/01/2002.
[36] Rúa Boiero, Rodolfo R., "El ingreso de Venezuela al Mercosur se define en Paraguay", publicado en Periódico Económico Tributario, Mayo 2010, pág. 8
[37] Realizada el 16 y 17 de Diciembre de 1994 en la ciudad de Ouro Preto, Brasil
[38] Conforme Art. 3 del Protocolo de Ouro Preto.

asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Tratado de Asunción para alcanzar la constitución final del mercado común. Este último, se pronuncia a través de Decisiones, las que son obligatorias para los Estados parte.

Por otro lado, el Grupo de Mercado Común (GMC) es el órgano ejecutivo del mercado común, y es titular de diversas atribuciones y funciones[39] . Se pronuncia a través de Resoluciones que son obligatorias para los Estados partes. Es de resaltar que a este último órgano se le asignó la faculta de "crear, modificar o suprimir órganos tales subgrupos de trabajo y reuniones especializadas, para el cumplimiento de sus objetivos"[40]. En materia alimentaria, esta facultad se materializó a través de la creación del Subgrupo de Trabajo (SGT) Nº 3 -Comisión de Alimentos[41]- que desarrolla las actividades en dicha materia y que responden, internacionalmente, a los lineamientos fijados por el Codex Alimentarius.

En base a los trabajos que realiza el SGT Nº 3 se sancionan las resoluciones del GMC, en el caso, relativas a algún aspecto de los alimentos. Luego, éstas deben ser internalizadas en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados partes, con motivo de que las normas regionales no son directamente aplicables a los países que constituyen el Mercosur y, no es sino luego de completada aquella actividad reglamentaria, que pasan a formar parte integrante del derecho positivo de cada país.

En Argentina, las Resoluciones del GMC en materia de alimentos son internalizadas al Código Alimentario Argentino, través de Resoluciones Conjuntas del titular de la Secretaría de Políticas, Regulación e Instituto del Ministerio de Salud de la Nación y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca dependiente del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca. En Argentina las Resoluciones del GMC que han sido internalizadas en los últimos años al Código Alimentario Argentino son:

- Resolución GMC Nº 26/03, Reglamento Técnico Mercosur para Rotulación de Alimentos Envasados;
- Resolución GMC Nº 44/03, Reglamento Técnico Mercosur para la información nutricional de Alimentos Envasados;
- , Resolución GMC 46/06, Reglamento Técnico Mercosur sobre rotulado nutricional de alimentos envasados;
- Resolución GMC Nº 47/03, Reglamento Técnico Mercosur de porciones de alimentos envasados a los fines del rotulado nutricional;
- Resolución GMC Nº 48/06, Reglamento Técnico Mercosur sobre Técnico Mercosur sobre rotulado nutricional de alimentos envasados.

3. ALIMENTOS: RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO EN ARGENTINA

En Argentina se instauró, a través del Decreto Nº 815/99[42], el Sistema Nacional de Control de Alimentos, el cual está integrado por la Comisión Nacional de Alimentos (CONAL) la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) y el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA). Además, las autoridades Sanitarias Provinciales y del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, han sido invitadas a integrarse al sistema, el cual se estableció con el objetivo de asegurar el fiel cumplimiento del Código Alimentario Argentino.

En la estructura del Ministerio de Salud de la Nación, se encuentra la CONAL y el ANMAT. A la CONAL, le corresponde "…velar para que los organismos integrantes del

---

[39] *Véase Art. 14 de Protocolo de Ouro Preto.*
[40] *Conforme punto 3, del Art. 14 del Protocolo de Ouro Preto.*
[41] ***Mercosur, Resolución GMC N° 24/93.***

[42] *Publicado en: Boletín Oficial 30/07/1999 - ADLA 1999 - C, 2789.*

Sistema Nacional de Alimentos hagan cumplir el Código Alimentario Argentino, actualizar y proponer reformas al mismo, recomendar requisitos, plazos y condiciones para realizar auditorías a establecimientos y recomendar la unificación de tasas, aranceles y procedimientos…", entre otros.[43]. Su presidencia es anual y de carácter alterno entre la Secretaria de Políticas, Regulación e Institutos y la Secretaria de Agricultura, Ganadería y Pesca. Por otro lado, la ANMAT[44], se estableció en el ámbito de la Secretaría de Salud, con el carácter de organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional. Depende técnica y científicamente de las normas y directivas que le imparta la secretaría mencionada. Está integrada, en total, por siete institutos y direcciones; cuenta con un régimen de autarquía económica y financiera y con jurisdicciones en todo el territorio de la Nación. Es competencia del ANMAT colaborar en todo lo relativo a la protección de la salud humana, asegurando la calidad de los productos bajo su órbita: medicamentos, alimentos médicos, reactivos de diagnóstico, cosméticos, suplementos dietarios y productos de uso doméstico.

En lo que respecta al SENASA, éste es un organismo autárquico de la Administración Pública Nacional, vinculado al Poder Ejecutivo Nacional a través de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca, encargado de ejecutar la política que el gobierno dicte en materia de sanidad animal y vegetal y de asegurar el cumplimiento del Código Alimentario Argentino, para aquellos productos que son de su exclusiva competencia.

En otro orden corresponde indicar que el Código Alimentario Argentino (CAA), se fundamentó en la necesidad de dictar una legislación de alcance nacional, de acuerdo a la recomendación aprobada por el Congreso Argentino de Legislación Alimentaria reunidos en Santa Fe, en Abril del 1964. El código citado tiene por origen el Reglamento Alimentario aprobado por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 141/53[45]. Posteriormente, el Decreto-Ley Nº 18284/69[46], declaró vigente en todo el territorio de la República, con la denominación de Código Alimentario Argentino, las disposiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial del Reglamento Alimentario.

El Código Alimentario Argentino -legislación fundamental del Sistema Nacional de Control Alimentario-, funciona de la siguiente manera: las normas resultan de aplicación obligatoria en todas las jurisdicciones, la autorización y registro de productos se llevan a cabo por la autoridad sanitaria del lugar donde se produce, elabora o fracciona y la jurisdicción de destino posee la facultad de verificar que los productos que llegan a la boca de expendio, reúnan las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial que determina dicha legislación. Además, el mismo establece Registro Nacional de Establecimientos Alimenticios (R.N.E.) y el Registro Nacional de Productos Alimenticios (R.N.P.A.).

Por otro lado, las provincias y el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, son titulares de facultades propias para reglamentar en todo aquello relativo a la sanidad, higiene y cuestiones bromatológicas de los alimentos. En consecuencia, la mayoría de las provincias tienen su propia legislación y aquí corresponde destacar que, la Provincia de Santa Fe, ha sido pionera ya que, en el año 1941, sancionó su Código Bromatológico[47], cuando en aquel entonces no existía el conocimiento generalizado de la importancia de regular las normas de higiene y sanidad en el ámbito alimentario, información que, años después, se difundió a través de la FAO, la OMS y la Comisión del Codex Alimentarius, entre otros.

4. CONCLUSIONES: TENDENCIAS ACTUALES EN EL ÁMBITO DE LOS ALIMENTOS, AMBIENTE Y SALUD PÚBLICA

---

[43] Art.6 del Decreto Nº 815/99
[44] Creada por Decreto Nº 1490/1992, B.O. el 27/08/1992 y ADLA1992-C, 3109.
[45] Publicado en B.O. del 19/01/1953 - ADLA 1953 - A, 293.
[46] Publicado en B.O.de l 28/07/1969 - ADLA 1969 - B, 1456.
[47] Ley N° 2998, sancionada el 30/10/1941

En relación a las tendencias actuales en materia de -alimentos, ambiente y salud-, se observa la proliferación de las obligaciones de vigilancia, las cuales se vinculan con la problemática de los riesgos y pueden sistematizarse en generaciones, dependiendo del objeto con el cual se relacionan. Esquemáticamente, se pueden agrupar en tres generaciones: las de la primera generación - en contacto con la producción de ciertos productos particularmente riesgosos-, las de segunda generación -relacionadas al consumo de productos- y las de tercera generación -asociadas a la trazabilidad-.

Como se indicó, las obligaciones de vigilancia de tercera generación, se caracterizan por estar relacionarse a la trazabilidad, que se traduce en la posibilidad de detectar problemas en un producto alimenticio determinado, a lo de toda la cadena agroalimentaria y el cual, puede tener consecuencias adversas para la salud. Frente a estas posibles situaciones, los sistemas de trazabilidad detectan cuáles son los productos concretos afectados y el lugar de la cadena alimentaria en el que se ha producido la contaminación, a la par de permitir, eventualmente, retirarlo del mercado y/o reducir el impacto de los peligros/riesgos generales.

De esta forma, la trazabilidad se traduce en mayor confianza para los consumidores y en una reducción de riesgos para la salud en general. Como consecuencia de su expansión masiva, se han desarrollado sistemas de alertas alimentarias (con diferentes niveles), han aumentado las obligaciones de identificar cualquier aspecto de la actividad de las industrias alimentarias que sea determinantes para garantizar la higiene de los alimentos, se han intensificado la implementación y actualización de los sistemas eficaces de control de riesgos y, por último, se ha complejizado y profundizado, todo lo relativo a las obligaciones de brindar determinada información -cierta, clara y comprobada científicamente- en las etiquetas de los productos alimenticios.

Es importante destacar que, la expansión de los conocimientos de las relaciones existentes entre -medioambiente, agroquímicos y alimentos- y la certeza de sus consecuencias en la salud, sumado a la necesidad de garantizar que el desarrollo productivo sea sostenible y no afecte el medio ambiente, ha generado el replanteo del concepto de calidad de vida, a fin de garantizar la salud del individuo y, en general, de la sociedad y de su medio de vida.

En tercer lugar, los nuevos conocimientos de las ciencias de la salud, por sobre todo de la nutrición, han generado el cambio de paradigma de un modelo de alimentación “saludable y masiva” a otro caracterizado por una alimentación “óptima y personalizada”. Y, paralelamente, esto es acompañado por la implementación de las nuevas tecnologías nutrigenómicas y aquellas correspondientes a la expansión de las tecnologías alimentarias.

Por otro lado, el surgimiento de nuevos alimentos (incluyendo aquí a los alimentos modificados genéticamente, los alimentos funcionales y los, estrictamente, nuevos alimentos) que se caracterizan por su -novedad, tecnificación y progresividad.- se registran como avances de la ciencia que, paulatinamente, se están incorporando al consumo diario.

Asimismo, también se debe indicar la importancia que han cobrado la - información, la educación y la legislación alimentaria- en la formación de consumidores responsables y con herramientas que le permiten elegir realmente qué consumir y los efectos que generan sobre su salud. En sí, el consumidor de alimentos se ha especializado y exige, tanto al Estado como a las industrias alimentarias, el resguardo de su salud. En coherencia con lo expuesto, se encuentran en expansión las políticas de prevención de riesgos en el ámbito de la salud pública y, en particular, en la reducción de ciertos factores de riesgos en los cuales, una alimentación sana es esencial, a fin de reducir la morbilidad y mortalidad generada por el aumento de enfermedades no trasmisibles, entre otras de las cuales, se encuentran la del sobrepeso, la obesidad, etc.

Finalmente, se observa que es necesario profundizar desde el Estado las políticas de prevención de riesgos en el ámbito de la salud pública y en la cuales el Derecho Alimentario y del Medio Ambiente se encuentran en constante e íntima relación, a la par, influyendo, sobre la normas administrativas, las cuales deben incorporar nuevos conceptos y replantear otros, en relación a los alimentos y el medio ambiente, lo que le permitirá garantizar la salud, mejorar hábitos de consumo, educar consumidores activos y establecer las

responsabilidades de los sujetos, públicos y privados, involucrados a lo largo de toda la cadena agroalimentaria.

Referencias:

1. ANMAT: Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.
2. CAA: Código Alimentario Argentino
3. CMC: Consejo de Mercado Común
4. CONAL: Comisión Nacional de Alimentos
5. EFSA: Agencia Europea de Seguridad Alimentaria
6. FAO: Organización de Naciones Unidas para Alimentación y Agricultura
7. GMC: Grupo de Mercado Común
8. OMC: Organización Mundial del Comercio
9. OMS: Organización Mundial de la Salud
10. RNE: Registro Nacional de Establecimientos Alimenticios
11. RNPA: Registro Nacional de Producto Alimenticio
12. SPRI: Secretaría de Políticas Regulación e Institutos
13. SAGyP Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca
14. SENASA: Servicio Nacional y Calidad Agroalimentaria
15. UE: Unión Europea

Bibliografía:

1. Aranceta Bartrina, Javier y otros, "Alimentación y Derecho", Editorial Médica Panamericana, Edición 2010, Madrid, España.

2. Aranaz, J. M, Aibar, C., Vitaller, J. y Mirra, J.J. "Gestión sanitaria –calidad y seguridad de los pacientes", Fundación Mapfre, Edición 2008, Madrid, España.

3. Arias Aparicio, Flor, "Derecho y sanidad vegetal. Régimen de los productos fitosanitarios y otros medios de defensa fitosanitaria", Editorial Comares, Edición 2007, Granada, España.

4. Balbín, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", Editorial La Ley, Edición 2007, Buenos Aires, Argentina.

5. Barraza, Javier Indalecio, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial La Ley S.A., Edición 2005, Buenos Aires, Argentina.

6. Díaz Méndez, Cecilia y otros, "Alimentación, consumo y salud", Colección de Estudios Sociales, Nº 24, Fundación La Caixa, 2008, Barcelona, España.

7. Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo" Editorial Ciudad Argentina, 2009, Buenos Aires, Argentina.

8. García Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 2009.

9. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Anotada”, Editorial La Ley S.A., Edición 2008, Buenos Aires, Argentina.

10. Medín, Silvina y Medín, Roxana, “Alimentos introducción técnica y seguridad”, Ediciones Turísticas, 2007, Buenos Aires, Argentina.

11. Méndez Díaz, Cecilia y Gómez, Benito Cristóbal, “Evolución de las recomendaciones institucionales sobre salud y alimentación”, publicado en Alimentación, Consumo y Salud, Centros de Estudios Sociales, Núm. 24, Obra Social, Fundación La Caixa, Barcelona, España.

12. Oanta, Gabriela Alexandra, “La política de seguridad alimentaria en la Unión Europea”, Editorial Tirant monografías, 2007, Valencia, España.

13. Organización Mundial de la Salud, “Producción de alimentos de origen animal“, 2da. Edición, Roma, Italia.

14. Organización Mundial de la Salud, “Sistemas de calidad e inocuidad de los alimentos”, Edición 2002, Roma, Italia.

15. Organización Mundial de la Salud, “Sistemas de inspección y certificación de importaciones de alimentos”, 4ta. Edición, 2009, Roma, Italia.

16. Picasso, Sebastián y Vásquez Roberto (directores), “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, Editorial La Ley S.A, Edición 2009, Buenos Aires, Argentina.

17. Polledo, J. J, Palou Oliver, A. y, Jordania Butticaz (coordinadores), “Implicación social de la industria alimentaria”, Editado por Fundación Alimentum, Edición 2011, Barcelona, España.

18. Recuerda Girela, Miguel Ángel, “Seguridad alimentaria y nuevos alimentos. Régimen jurídico-administrativo”, Editorial Aranzadi, Navarra, España.

19. Rodríguez Font, Mariola, “Régimen jurídico de la seguridad alimentaria”, Editorial Marcial Pons, 2007, Madrid, España.

20. Secretaría de la Comisión del Codex Alimentarius, “Comisión del Codex Alimentarius”, Programa conjunto FAO/OMS sobre normas alimentarias, FAO, Roma.

21. Vázquez Ferreyra, Roberto, Suplemento especial La Ley “Reforma a la Ley Defensa del Consumidor”, Abril 2008.

ÍNDICE

EDITORIAL....3

LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD....5

PONENCIA DEL MINISTRO HERNAN VODANOVIC SCHNAKE AL SEMINARIO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ARGENTINO-CHILENO (SALTA)....15

LA TENTATIVA....25

EL CRIMEN DE GENOCIDIO....59

LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE SALTA....79

¿EXISTE UN SISTEMA SALTEÑO DE CONTROL JUDICIAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?....85

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN MATERIA AMBIENTAL: DE LA CAUSALIDAD ADECUADA A LA CAUSALIDAD PRECAUTORIA....93

PREMIO AL MÉRITO JUDICIAL 2012....111

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE....113

LA GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO CARCELARIO DE SALTA, Y SU INFLUENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN....121

EL LENGUAJE DE LA SENTENCIA PENAL Y LA GARANTÍA DEL PROCESO PENAL PÚBLICO....129

DELITO Y PUEBLOS ORIGINARIOS - ACCESO AL REGIMEN PENAL....137

TRABAJO PARA LOS CURSOS DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA – LA MANCHA – TOLEDO, ESPAÑA....145

ALGUNAS MIRADAS SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA....147

“LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS COMO LÍMITES AL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL”....189

MONOGRAFÍAS PREMIADAS EN LAS VI JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE MEDIO AMBIENTE Salta, 4, 5 y 6 de agosto 2011....221

LA PLANIFICACIÓN DEL USO DEL AGUA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD EN SU FAZ INDIVIDUAL Y COLECTIVA....223

PROTECCIÓN NORMATIVA DE LA BIODIVERSIDAD Y SU RELACIÓN CON LA SALUD, EN ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO DE LEY QUE CREA AL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS DE CHILE....243

REFUGIADOS AMBIENTALES....255

ANTENAS DE TELEFONÍA: ¿UNA NUEVA INDUSTRIA CONTAMINANTE COMO LA DEL TABACO?....265

CALIDAD DE VIDA: ALIMENTOS, AMBIENTE Y SALUD PÚBLICA..... 285

Escuela de la Magistratura
del Poder Judicial de Salta

Avda. Bolivia 4671 - Ala Norte
CIUDAD JUDICIAL

Tel./Fax: +54 - 0387 425-8000
Interno 1150

Correo electrónico:
escuela@justiciasalta.gov.ar

Portal web:
www.escuelamagistratura.gov.ar