

Papeles .16

DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PUBLICACIÓN SEMESTRAL · AÑO 5 · NÚMERO 16 · 2015

SANTA FE, ARGENTINA · [ISSN 1853-2845]

1 ACERCA DE LA FUNCIÓN DEL DISVALOR DE RESULTADO EN DERECHO PENAL **NICOLÁS CANTARD** · **2** EL DESAFÍO DE LA LUCHA CONTRA EL CIBERCRIMEN EN ARGENTINA **MARCELO TEMPERINI** · **3** EL DERECHO DEL AMBIENTE A ESTAR SANO, HACIA UNA CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA **NADIA BERNHARDT** · **4** LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL DEL MERCOSUR **JAMILE B. MATA DIZ** · **5** PARA MUESTRA BASTA UN BOTÓN (O DOS): UNA APROXIMACIÓN A LOS MARCOS CONCEPTUALES DE CTS DESDE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA **GONZALO BAILO Y OTROS** · **6** EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN EN PROCESOS CON EXTRANJEROS, Y EL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS **MARISA ALZAMENDI** · **7** EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA **ALEJANDRA C. DEL RÍO AYALA** · **8** SOBRE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO Y LOS POTENCIALES CONFLICTOS NORMATIVOS **VANINA SCIOLLA**



Papeles .

DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

AÑO 5 · NÚMERO 16 · 2015 · SANTA FE, ARGENTINA

[ISSN 1853-2845]



Papeles ■

**DEL CENTRO
DE INVESTIGACIONES**

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

PUBLICACIÓN SEMESTRAL
AÑO 5 · NÚMERO 16 · 2015
SANTA FE, ARGENTINA
[ISSN 1853-2845]

Directora

Ayelén García Gastaldo

Secretaría de Redacción

María Paula Spina

Consejo Asesor

Alegre, Marcelo
Becerra, Marcelo
Carcova, Carlos
Ferrari, Marcela
Frustragli, Sandra
Hernández, Carlos
Manses, Enrique
Quiroga, Hugo
Rozas, Margarita
Ruiz, Alicia
Solís, María del Mar
Tato, María Inés
Tcach, César
Tula, María Inés



edicionesUNL

Universidad Nacional del Litoral
Santa Fe, República Argentina
editorial@unl.edu.ar
www.unl.edu.ar/editorial

Coordinación editorial

Ivana Tosti

Corrección

Laura Prati

Diseño de interior y tapa

Alina Hill

Queda hecho el depósito
que marca la ley 11 723.
Reservados todos los derechos.

Impreso en Argentina
Printed in Argentina

OBJETIVOS DE LA REVISTA

- Publicar los resultados de investigación. Ello constituye un indicador largamente aceptado por la comunidad científica a la hora de la evaluación de los informes de avance de los proyectos de investigación, como también en los informes finales.
- Brindar un espacio accesible para la difusión de los primeros trabajos a los recursos humanos en formación en el marco de los proyectos de investigación.
- Divulgar trabajos de los mencionados proyectos de investigación y demás actividades que se llevan adelante en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que en ocasiones se trata de productos de corto alcance, de carácter preparatorio o que por su grado de desarrollo aún no resultan publicables en revistas científicas, pero cuya difusión es importante a los efectos de generar una sinergia entre los diferentes actores y eventualmente relaciones con otros institutos o centros de investigación.
- Realizar una de las actividades previstas en el mismo Reglamento del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, cual es la de propender, en la medida de los medios disponibles, a la publicación de todos los estudios resultantes de la investigación, dando prioridad a los producidos con financiamiento de la Universidad Nacional del Litoral.

SUMARIO

- 7 / **NOTA EDITORIAL**
- 9 / **1. ACERCA DE LA FUNCIÓN DEL DISVALOR
DE RESULTADO EN DERECHO PENAL**
Nicolás Cantard
- 31 / **2. EL DESAFÍO DE LA LUCHA CONTRA
EL CIBERCRIMEN EN ARGENTINA**
Marcelo Temperini
- 52/ **3. EL DERECHO DEL AMBIENTE A ESTAR
SANO, HACIA UNA CONSIDERACIÓN DE
LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA**
Nadia Bernhardt
- 69/ **4. LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL
DEL MERCOSUR**
Jamile B. Mata Diz
- 103/ **5. PARA MUESTRA BASTA UN BOTÓN
(O DOS): UNA APROXIMACIÓN A LOS
MARCOS CONCEPTUALES DE CTS DESDE
LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA**
Gonzalo Bailo y otros

- 122/ **6. EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN EN PROCESOS CON EXTRANJEROS, Y EL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS**
Marisa Alzamendi
- 140/ **7. EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA**
Alejandra C. Del Río Ayala
- 162/ **8. SOBRE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO Y LOS POTENCIALES CONFLICTOS NORMATIVOS**
Vanina Sciolla
- 176/ **NORMAS DE ESTILO Y MODOS DE PRESENTACIÓN Y PUBLICACIÓN**

NOTA EDITORIAL

La publicación periódica *Papeles del Centro de Investigaciones* tiene como objetivo promover y divulgar la actividad científica surgida en el ámbito académico del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Desde su creación hasta el día de la fecha se han editado 4 series. En esta nueva serie, N° 5, se presentan de forma conjunta todos los artículos en un tomo único. Los trabajos seleccionados han sido aprobados a través del sistema de referato externo bajo el procedimiento de doble ciego.

Creemos que todas estas producciones reunidas hoy en la quinta edición de *Papeles del Centro de Investigaciones* constituyen un gran aporte para el desarrollo de las ciencias jurídicas y sociales en la región. Poniendo de relieve la importancia de la producción científica para el desarrollo y la generación de respuestas a los problemas y a las temáticas que se encuentran actualmente en el debate público y frente a las cuales la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral debe brindar herramientas para su comprensión y abordaje.

1 ACERCA DE LA FUNCIÓN DEL DISVALOR DE RESULTADO EN DERECHO PENAL

Nicolás Cantard

RESUMEN

En el presente trabajo se aboga por una teoría de la norma desde los puntos de vista social, como expectativa de conducta institucionalizada, e individual, como expresión de un deber. Asimismo, conforme a las teorías sociológicas del funcionalismo, puede sostenerse que la pena cumple una doble función. Por un lado, una función manifiesta que es la consecuencia objetivamente observable y esperada (la privación de la libertad, la imposición de una multa o una inhabilitación) respecto del autor y producto de su conducta contra derecho, es decir disfuncional, y por otro, una función latente, fundada en el restablecimiento de la confianza en la norma transgredida por el sujeto, su confirmación para el mantenimiento del orden social a través del sistema normativo.

Ambas concepciones sustentan la idea de un ilícito penal desprovisto del resultado lesivo. El resultado está abarcado por la norma de sanción, cumpliendo una función político criminal en la categoría de la sancionabilidad.

ABSTRACT

In this article is advocated for a theory of the norm from a social point of view, as expectation of institutionalized conduct, but also from a personal point of view, as expression of a duty. Also, in conformity with the sociological theories of the functionalism it can be supported that penalty fulfills a double function. On the one hand a function demonstrates that it is the objectively and awaited consequence (the privation of the freedom, the imposition of a fine or an incapacitation) respect of the author and product of his conduct against right, that is to say dysfunctional, and for other one a latent function been founded on the reestablishment of the confidence in the norm transgressed by the subject, his confirmation for the maintenance of the social order across the normative system. Both conceptions support the idea of a criminal illicit devoid of harmful result. The result is included by the norm of sanction, fulfilling a function criminal politic in the category of the sanctionability.

PALABRAS CLAVE

funcionalismo; pena; resultado; norma; prevención

KEY WORDS

functionalism; Punishment; Result; Norm; Prevention

1. Introducción

En el presente trabajo se aborda la cuestión relativa a la ubicación del resultado en la teoría del delito, planteando las distintas posturas que se sostuvieron en la evolución dogmática, adelantando *grosso modo* las concepciones que aquí se defienden (2.1), para luego intentar ofrecer una respuesta desde las teorías de las normas (2.2). Luego se desarrolla la temática referida a la función que tiene que tener la pena en un Estado de derecho. Entendiendo que la misma no puede considerarse sin una finalidad preventiva, se pretende dotarla de un contenido distinto al que se lo ha venido haciendo, basándome en los aportes de la sociología del estructural–funcionalismo de Robert K. Merton (2.3). Con ello, entiendo, que se proporciona un argumento más a favor de la exclusión del resultado del ámbito del ilícito, con la principal consecuencia práctica que se deriva de esa concepción (2.3.1), para finalizar con una síntesis de los temas abarcados y los que restan para tratar en posteriores trabajos (2.4).

2. La función del resultado en la teoría del delito

2.1. Estado de la cuestión

Tradicionalmente, desde el naturalismo hasta la actualidad, se ha sostenido que el resultado forma parte del ilícito, algo que es aceptado por la mayoría de la doctrina (Jakobs, 1997:201 y ss.; Roxin, 2006:318 y ss.). Así, se sostiene que junto al disvalor de acción —esto a partir del finalismo—, como expresión de la contrariedad a la norma de determinación, se halla el disvalor de resultado, que refiere a la lesión al bien jurídico protegido. Ello fue la consecuencia del cambio de paradigma que propició en la teoría del delito el traslado del dolo y la imprudencia al ámbito del tipo penal, gracias al trabajo de Hans Welzel¹. Así, ambos aspectos *disvaliosos* forman parte del tipo penal, los que tienen un correlato *valioso*, en el ámbito de la antijuridicidad, si concurre objetivamente una causa de justificación —*valor de resultado*— y además se está al tanto de esa concurrencia —*valor de acción*— (Stratenwerth, 2006:59 y ss.). También en el ámbito de la imputación objetiva se hace referencia, junto a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, a la *realización del riesgo en el resultado*, ya sea como un segundo nivel de análisis (Bacigalupo, 2009:280

1 Cfr. por todos Jakobs (1997).

y ss.; Jakobs, 1997:273 y ss.; Roxin, 2006:373; Rudolph, 2010:95-96; Stratenwerth, 2005:144-148), o como el único correspondiente a la «imputación objetiva» estrictamente (Frisch, 1995; 2000; 2004), o de la imputación del resultado producido por dolo dentro de las desviaciones del curso causal (Frister, 2011:238-248).

Esto ha sido cuestionado por el finalismo radical —subjetivismo—,² quienes circunscriben el contenido del ilícito al disvalor de acción, entendido como disvalor de intención, con total prescindencia del resultado (Zielinski, 1990:143 y ss.), lo que implica tener como punto final de todo ilícito a la tentativa acabada (Sancinetti, 2004:190), pues «si el autor ha hecho todo lo exigible según su plan, entonces se da ya, y de modo acabado, el disvalor de la acción. El acaecimiento del resultado (disvalor del hecho) no permite añadir nada más» (Kaufmann, 2013:149). Estas conclusiones se basan, si bien sin negar la valoración previa que subyace a toda norma, en una consideración de la misma como pura infracción individual del deber, sin consideraciones sobre el contexto social (Fernández, 2010:128-138; Zielinski, 1990:141.; Sancinetti, 1996:37, 57-59).

Desde perspectivas funcionalistas, Mir Puig, hace ya algunos años, proponía centrar la discusión de la teoría del delito, no ya en lo objetivo y lo subjetivo, sino en tener una visión que distinguiera entre una perspectiva *ex ante* y una perspectiva *ex post*, donde la primera «ha de contribuir a decidir el disvalor de acción, mientras que la efectiva lesividad o virtualidad lesiva comprobada *ex post* ha de integrar el desvalor de resultado» (1988:671 y ss.), entendiendo que la norma sólo puede prohibir conductas que puedan producir un resultado (perspectiva *ex ante*), por lo que éste no forma parte del objeto de la prohibición, sino su objetivo, arrojándolo a la categoría de la punibilidad sin perder su importancia político-criminal. La misma línea ha seguido su discípulo Silva Sánchez, basando su sistema de imputación bajo la teoría de las normas (2010:610 y ss.), donde el injusto —aspecto que denomina «antinormatividad»— queda bajo la órbita de la norma de conducta o primaria, mientras que la culpabilidad y la punibilidad —al que llama «sancionabilidad»— pertenecen al ámbito de la norma de sanción o secundaria (2010:683 y ss.). A este último sector pertenece el resultado lesivo, como un factor de necesidad de pena y no de su merecimiento (2010:675).³ Sin embargo, seguramente Silva no llegaría tan lejos

2 Para un análisis detallado de las distintas posturas dentro del subjetivismo, ver Sancinetti (2004:27 y ss.).

3 También Zielinski incluye el resultado como un criterio para la necesidad de pena (1990:238-240).

en las consecuencias de ese planteo, como tampoco lo hace su maestro,⁴ en el sentido que se indica en las conclusiones de este trabajo.

Aquí se pretende arrimar una posición que prescindiera del disvalor de resultado en el injusto, y aún en la culpabilidad *stricto sensu*, como consecuencia de una fundamentación basada en dos pilares fundamentales del Derecho Penal, como son la Norma y la Pena.⁵ Por un lado, partiendo de una concepción bifronte de la norma primaria, entendiéndola desde un punto de vista social, como la expresión institucional de una expectativa de conducta, y también desde un punto de vista individual con el infractor, como directiva de conducta expresada en un *deber ser* (ver infra 2.2). Por otro lado, abonando una concepción de la pena con una finalidad preventiva, se concreta su función también en una visión bifronte, por un lado una función manifiesta de la pena, como consecuencia objetiva, empírica, por la infracción por parte del autor, vinculada a la gravedad del injusto —responsabilidad por el hecho— y, por ende, al merecimiento de pena. Por otro lado una función latente, como consecuencia no esperada ni buscada, ya que se da en el plano de lo social, cuya finalidad es prevención general, atendiendo a las necesidades de pena. Este último es el aspecto más importante de la pena, pues es el que posibilita el mantenimiento de la confianza de la sociedad en la norma. La prevención especial —resocialización del condenado— es una consecuencia deseable, mas no determinante en la finalidad de la pena (ver infra 2.3).

Como consecuencia de ello, el resultado lesivo puede tener, en su caso, una incidencia político criminal en la categoría de la punibilidad, como criterio rector de necesidad de pena, y no de su merecimiento, no aportando absolutamente nada en la gravedad del injusto. Ello implica que la tentativa acabada y la consumación son delitos —ilícito y culpabilidad— idénticos, por lo que deberían estar conminados con la misma escala penal. El resultado podrá adquirir relevancia, en todo caso, al momento de la determinación judicial de la pena (ver infra 2.3.1).

4 Mir Puig, en su *Derecho Penal. Parte general*, si bien de manera algo confusa con relación a la pertenencia del resultado al tipo o al injusto, da una serie de criterios que, a su entender, «podrían llevar a mantener el criterio del Derecho español de imponer una atenuación obligatoria para la tentativa y la frustración» (1995:145).

5 En ambos apartados, como se notará, se sostienen fundamentos absolutamente diferentes —y aun opuestos— de los que partieran las teorías subjetivo-monistas mencionadas.

2.2. La problemática desde la teoría de las normas

Para entrar a analizar la cuestión acerca de la relevancia del resultado en la teoría del delito, es preciso partir de una concepción de norma que le de sustento a la postura que se tome. No es lo mismo para las consecuencias sistemáticas, si se pretende lograr un esquema conceptual coherente, entender la norma como imperativo, como valoración, como una conjunción de ambas, o como expectativa de conducta.

No pretendo aquí exponer el desarrollo histórico que cada concepción tuvo, en sus distintas variantes, ni la discusión que se suscitó en derredor de las mismas, pues ello puede encontrarse explicado, en una forma más acabada, en los manuales de la materia.⁶ Antes bien pretendo poner de resalto que un injusto desprovisto del disvalor de resultado no es incompatible con una teoría de la norma entendida como constructo comunicativo de expectativas de conducta institucionalizadas. De otra manera, que el resultado lesivo se halle fuera del ilícito no significa, indefectiblemente, entender la norma como relación *exclusiva* entre ésta y el sujeto individual (ver Sancinetti, 1996:35 y ss.; Zielinski, 1990:133 y ss.), incompatible con una visión social de la misma.

En términos generales coincido con aquella corriente doctrinaria que ve a la función del Derecho Penal como garantizador de la vigencia de la norma, antes que como protector de bienes jurídicos.⁷ Me es imposible, porque extralimitaría la extensión del texto, adentrarme en un análisis propio de aquella teoría, a cambio de ello pretendo desarrollar cuál es el contenido de esa norma, cuya vigencia se pretende garantizar. Ya es un lugar común en la ciencia jurídico-penal admitir que ley y norma no son la misma cosa, sino que antes bien hay que hablar de dos tipos de normas, una primaria y una secundaria, siendo esta última la que coincide con la ley penal. Así la norma primaria es norma de conducta dirigida a los ciudadanos en general; y la norma secundaria, dirigida a los jueces en particular, es norma de sanción (Silva Sánchez, 2010:612; Fernández, 2010:25). Luego, la discusión sobre el concepto de norma refiere a la norma primaria.

A partir de la concepción de la sociedad como *sistema de procesos de interacción y comunicación*, se fija la estructura *comunicativa* que rela-

6 Para un desarrollo completo sobre la temática, ver Fernández (2010).

7 Fundamentalmente, el artículo de Jakobs «¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?». Últimamente, de manera contundente, Frisch (2014:7 y ss.). Para la opinión, aún mayoritaria, en contra, cfr. el análisis sobre la evolución de la teoría del bien jurídico hecha por Bustos Ramírez (1994:100 y ss.); Stratenwerth (2005:64 y ss.).

ciona a los distintos *sujetos* presentes en toda norma jurídico-penal. En la proposición jurídico-penal que define el delito se hallan presentes distintos sujetos, y no aisladamente, sino en una específica *conexión* (Calliess, en Mir Puig, 2002:26). Esta *conexión* se caracteriza como sigue: mientras que un sujeto (*ego*) *actúa* —generalmente de forma activa—, en otro sujeto (*alter*) *recae* esa actuación y un tercer sujeto (*tercero*) está llamado a *reaccionar* frente a ella con una pena. Esta conexión entre los sujetos puede describirse como un complejo de *expectativas recíprocas*, como una red comunicativa en la cual cada sujeto *espera* no sólo el comportamiento, sino también las expectativas de los otros.

Así, la norma tiene un carácter comunicativo en la vida social, con ella se expresa cómo deben orientarse las personas en una sociedad dada, para la vida en común. Ese cómo orientarse no es otra cosa que lo que se conoce como *expectativa de conducta*, que consiste en la confianza que los individuos de sociedades complejas tienen para poder ejercer sus libertades sin que otros intervengan de modo potencialmente lesivo. En la concepción de Luhmann, las estructuras sociales no son otra cosa que *estructuras de expectativas* y la expectativa se usa como componente definitorio de la norma (Fernández, 2010:148). Se trata de confianza y no de seguridad, porque las normas jurídicas llevan consigo, en su ADN, la debilidad del incumplimiento, la imposibilidad de asegurar el efectivo seguimiento por parte de los destinatarios. A diferencia de las «normas» de la naturaleza,⁸ que no necesitan de ningún factor externo para su confirmación sino que se aseguran por sí mismas, y sin ningún juicio previo, las normas jurídicas precisan de un factor externo para su confirmación, y ésta es la pena. En éste sentido, las sociales, son normas débiles.

Ahora bien, entender la norma desde este punto de vista social, no implica desconocer que también se manifiesta como «deber ser» dirigida al individuo concreto que pretenda cuestionarla. La norma como *expectativa* de conducta tiene relevancia desde la sociedad que la posee, pero respecto del individuo que la cuestiona no enuncia una expectativa sino un deber consistente en no defraudarla. Para explicar esta doble orientación, Silva Sánchez utiliza un ejemplo por demás esclarecedor (2003:27), en un cruce de calles «con un semáforo de por medio, el que indica verde a un lado y el que indica rojo al otro forman parte de un único sistema sema-

8 En realidad, técnicamente la naturaleza no tiene «normas», pues éstas son construcciones sociales, y la naturaleza no dialoga con la sociedad para su propia configuración sino que impone su condición.

fórico: son una única norma. Lo que ocurre es que esa única norma se muestra para unos como institucionalización de una expectativa (configuración de una expectativa normativa) y para otros, como directiva de conducta». En pocas palabras, para quien tiene «verde» la norma indica «puedes continuar tu marcha con la expectativa de que, por la perpendicular, nadie va a atravesar la calle por la que circulas». Mientras que, para quien tiene «rojo», la norma indica «no debes atravesar la calle».

Hasta aquí ya debe haber quedado claro que, en cuanto norma primaria, la norma es expectativa de conducta desde el punto de vista de la sociedad toda y la víctima en particular, y también es expresión de un deber ser, respecto del infractor. El autor con su infracción defrauda expectativas de terceros, no la suya propia, porque él —a su vez— tiene la expectativa de que otros no infrinjan la misma norma que él está, en ese momento, desobedeciendo. Ejemplo, el ladrón que asalta a un transeúnte despojándolo de su billetera defrauda la expectativa, de la víctima y de la sociedad, institucionalizada en la norma que prohíbe el ataque a la propiedad, pero no defrauda ninguna expectativa propia en ese hecho, sino que su vinculación comunicativa, viene dada por la infracción a una directiva de conducta que debía ser y no fue. No obstante, el autor sí forma parte de la comunicación como expectativa de la norma respecto de posibles ataques de terceros que lo tengan como víctima, confiando en que otros no lo despojarán de sus propias pertenencias.

En definitiva, no hay expectativa institucionalizada sin deber, aunque sí puede haber deber sin expectativa de cumplimiento, como se verá al tratar la problemática de la norma de sanción. La expectativa⁹ existe en tanto y en cuanto haya un deber dirigido al posible defraudador de la norma. Mientras ese deber no exista, la sociedad no tendrá ningún tipo de confianza en el seguimiento de la norma, y sólo habrá un deseo de que se cumpla. Dicho esto a manera de ejemplos, el padre tiene la expectativa de que su hijo cuide de él en sus días de vejez, pero sólo tiene el deseo de que finalice su carrera universitaria. El ciudadano tiene la expectativa de que el Gobierno realice medidas de acción social para terminar con la pobreza, pero sólo tiene el deseo de que organizaciones no gubernamentales se comprometan con la problemática. El trabajador tiene la expectativa de tener depositado su salario a fin de mes, pero sólo tiene el deseo de

9 Está claro que aquí no se usa el término «expectativa» en sentido coloquial, sino con un contenido jurídico. De ahí que se hable de expectativas *institucionalizadas*, esto es, mediante una *norma jurídica*.

ganar la lotería. En este sentido, la defraudación de una expectativa genera conmoción social. Que no ocurra lo deseado generará, a lo sumo, insatisfacción personal.

Por otro lado, la norma secundaria refiere al momento ulterior de la sanción. Este momento adquiere significativa relevancia porque es aquel en el que se impone la pena que restablece la confianza en la norma (primaria) infringida como modelo de orientación social. Vale decir que de la norma de sanción depende la vigencia de la norma en cuanto expectativa de conducta, pues sin la contradicción contrafáctica a través de la pena, la afirmación hecha por el autor, cuestiona la validez de la norma y, con ello, la expectativa misma.¹⁰ Allí, en el ámbito de lo injusto, donde lo que importa es la imputación de la conducta antijurídica conmovedora de la validez normativa, aquí, en la sancionabilidad, se consideran las particularidades que hacen a la culpabilidad del sujeto y a las necesidades preventivas de pena (Silva Sánchez, 2010:656 y ss.). A este ámbito pertenece el resultado lesivo de la conducta.

Está claro que las normas primarias tienen el objetivo de evitar *conductas* que puedan producir resultados lesivos, no el resultado lesivo en sí (Silva Sánchez, 2010:670; Zielinski, 1990: 141-143; Mir Puig, 1988:662). Es decir que la evitación de resultados puede llegar a ser el fin *mediato* de la norma, pero nunca su objetivo primario, de ahí que no pueda ser función del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos.¹¹ La producción del resultado no incrementa el injusto, sino, a lo sumo, la necesidad preventiva de pena¹². Silva Sánchez, aun tratando al resultado, como aquí se lo hace, en la categoría de la sancionabilidad, reniega de la idea de considerarlo como factor que *incremente* la necesidad de pena, sino que su ausen-

10 Aparentemente en contra, Muñoz Conde (1985:23) considera que este tipo de normas es contrafáctico, es decir, «su vigencia no se modifica en nada por el hecho de que sean incumplidas». Sin embargo, entiendo que esa afirmación se debe a que no imagina un incumplimiento sin sanción, porque enseguida afirma que «más bien sucede lo contrario: su incumplimiento y su consiguiente sanción confirman su necesidad y su vigencia».

11 De otra opinión, Silva Sánchez, reafirmando su postura en el reciente, y nuevo, aporte en «Introducción 1991-2012» a *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*, compilado por Schünemann.

12 En contra, como la doc. dom., Wolter, «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», quien entiende que «el injusto de la conducta, el injusto de la peligrosidad y el injusto del resultado conforma el *contenido total de injusto del hecho*» (2010:126). Pero ello se debe a la preponderancia que le otorga a la norma de valoración dentro del injusto con un contenido *represivo*, desaprobando el hecho al crear «instancias de satisfacción para la *victima*» (2010:124).

cia *disminuye* o excluye la misma¹³. Desde mi punto de vista se trata de una diferencia puramente semántica sin ningún contenido material que justifique tal distinción, de la misma manera que un vaso que se encuentra cargado por la mitad, tiene tanto líquido como ausencia del mismo. Por lo demás, dice el profesor de Barcelona, que

el resultado... genera una decisiva perturbación de la paz jurídica, una mayor sensación de inseguridad, una mayor indignación por la comisión del hecho... la imposición de la pena abstractamente prevista para el hecho penalmente antijurídico no sólo se hace más necesaria en el caso de la producción del resultado; además, adquiere mayor legitimación desde perspectivas preventivas (Silva Sánchez, 2010:676).¹⁴

Si bien esto puede ser cierto, dudo que se presente en todos los casos de manera tan clara. Por otro lado, también hay que tener presente que la necesidad de pena es tan graduable como el merecimiento de la misma¹⁵, pues allí entran en consideración las necesidades de prevención general, y dependiendo del modo en que el conflicto pueda asimilarse se responderá en mayor o menor medida.

Los destinatarios de la norma como expectativa perciben la defraudación concurra o no el resultado, lo que implicaría, también en el segundo caso, la correspondiente sanción con una pena, a menos que necesidades preventivas indiquen la inutilidad a esos fines¹⁶. Pues en caso que no se confirme, mediante una pena, la vigencia de la norma cuestionada, la expectativa que comunica la norma va a ir disminuyendo hasta desaparecer. Ello se ve con toda claridad en el tráfico viario, pongamos como ejemplo una ciudad X en la que sea habitual que los conductores no respeten la semaforización, y dicha circunstancia se encuentra tan arraigada en los habitantes de esa ciudad que incluso las autoridades municipales no apli-

13 Silva Sánchez (2010), en la nota 444 al pie de la pág. 673, dice expresamente: «no en el sentido de que el resultado fundamente la necesidad de pena, sino de que la falta de resultado disminuiría o eliminaría la necesidad de pena»; también en la nota 453 al pie de la pág. 676 dice: «importa subrayar que no se trata de que la producción del resultado suponga un incremento de pena (la pena es la que corresponde al injusto penalmente típico), sino que la no producción del resultado determinaría su disminución o exclusión por falta de necesidad y de legitimación».

14 Con esta afirmación queda claro que, en muchas situaciones, el resultado *incrementa* la necesidad de pena.

15 En contra, Stratenwerth (2006:80).

16 Esto no es una excepción de la tentativa, sino que también puede ocurrir que, en la consumación, no haya necesidades preventivas de pena.

can todos los controles debidos, por lo que la impunidad ante la infracción, es la regla. En una ciudad tal, el conductor que llega a la intersección de dos calles en la que se encuentra un semáforo, disminuirá la velocidad y prestará tanta atención a la calle perpendicular *como si el semáforo no existiera*, sin importar el color que tenga en ese momento, pues si tiene verde observará que no transite nadie por la calle que tiene el rojo porque es habitual que no se respete la señalización, y si tiene rojo deberá observar con el mismo cuidado. Tanta prudencia ponen los conductores en esta ciudad, que el índice de accidentes es —paradójicamente— menor al de la ciudad vecina en la que, generalmente, se respetan las señales. Esto pone de manifiesto cómo la expectativa de conducta que institucionaliza la norma se ve socavada, aún no produciéndose resultado lesivo alguno. En otras palabras, la existencia de un resultado no aporta nada distinto a la infracción de la norma en cuanto norma de conducta, pero tampoco en cuanto defraudación de una expectativa¹⁷. La norma primaria ha sido cuestionada en toda su extensión.

En definitiva aquí falta la cognitividad normativa, consistente en la corroboración fáctica de que la norma sirve como modelo de orientación de conductas es decir que pueda seguir existiendo como expectativa. Jakobs pone el siguiente ejemplo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Y concluye diciendo

en el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será (200337).

Supongamos que el sujeto tiene el deseo, ya no la expectativa —o bien una que no inspira demasiada confianza—, y cree en su buena estrella, de que no lo asalten, por lo que decide entrar igualmente al parque, y sufre un intento de robo que se ve frustrado por la aparición de un grupo de

17 Coincidentemente, en este punto, Sancinetti (1996:34–35).

transeúntes que, a los gritos, disuadieron al pretense ladrón. Nuevamente, la falta de resultado lesivo, no disminuye la desestabilización normativa.

En ambos supuestos se ve tan cuestionada la vigencia de la norma que garantiza modelos de orientación social, que incluso puede pensarse que haya dejado de existir la expectativa como tal, pese a mantenerse el aspecto del deber de no infringir la norma, al menos desde lo comunicativo. En el primer ejemplo —de la ciudad masivamente infractora— puede no haber pena, en el segundo —del intento de robo— sí, pero ello no lo determinará la defraudación o no de una expectativa, pues en ambos supuestos se defraudan por igual, sino necesidades preventivas de pena que concurren en uno y no, al menos *prima facie*, en el otro. Sin embargo podría discutirse la *legitimidad* de una norma cuya existencia como modelo de orientación social ya ha sido ignorada por la sociedad toda; si, en definitiva, la sociedad ha decidido cambiar su configuración en un sentido distinto al que propone la norma, pues quizás deba iniciarse su trámite derogatorio. Empero, pareciera que estas circunstancias no se deben a cambios sociales en cuanto a su modo configurativo, sino, antes bien, a la enorme garantía de impunidad ofrecida por parte del mismo Estado. Así las cosas, cuando la norma de sanción no se impone allí donde la prevención indica que debe hacerse, pueden generarse situaciones que cuestionen la existencia misma de la norma primaria, y no sólo su vigencia.

2.3. La pena como función manifiesta y latente

En este punto pretendo introducir una variable a la concepción de Jakobs sobre la función de la pena en un Derecho Penal orientado a fines preventivos, que permita superar algunos inconvenientes de su propia concepción. El propio Jakobs, variando su anterior visión de que la pena sólo se movía en el plano comunicativo y no en el empírico (2000:19), ha hablado últimamente de funciones manifiestas y latentes de la pena (2004:40-42), si bien no de manera extensiva, e incluso pareciera que en un sentido opuesto al que aquí se ofrece.¹⁸ Allí dejó entrever que la función manifiesta de la pena es la de confirmar la identidad de la sociedad y la función latente la de dirección de la motivación. Aquí se pretende ahon-

18 Por ejemplo, Silva Sánchez entiende que en Jakobs «la función manifiesta de la pena sería puramente comunicativa, y como tal se dirigiría a "personas en derecho"; sin embargo, habría funciones latentes (preventivas), que se dirigirían a los "individuos" subyacentes, que se mueven en el plano de lo sensible» (cfr. 2006:3).

dar un poco más sobre esa cuestión y, probablemente, no en el mismo sentido, pues la confirmación de la identidad social a través del mantenimiento de la vigencia normativa se da en el aspecto latente de la función.

Se ha dicho que entre los sociólogos, generalmente, existen dos tipos de confusiones a la hora de conceptualizar la «función»: 1) la tendencia a limitar las observaciones sociológicas a las aportaciones *positivas* de una entidad sociológica al sistema social o cultural en que está comprendida; y 2) la tendencia a confundir la categoría subjetiva de *motivo*, o *móvil*, con la categoría objetiva de *función*.

Esta observación se debe al sociólogo norteamericano Robert King Merton (1972:61), quien trató de dar respuesta a la confusión de la siguiente manera: el primer problema exige un concepto de *consecuencias múltiples* y un *saldo líquido de una suma o agregación de consecuencias*. *Funciones* son las consecuencias observadas que favorecen la adaptación o ajuste de un sistema dado, y *disfunciones*, las consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste del sistema. El segundo problema (que nace de la confusión entre motivos y funciones) obliga a introducir una distinción conceptual entre los casos en que el propósito subjetivo coincide con la consecuencia objetiva, y los casos en que divergen. En este contexto se denominan *funciones manifiestas* a las consecuencias objetivas que contribuyen al ajuste o adaptación del sistema, y que son buscadas y reconocidas por los participantes en el sistema; y *funciones latentes*, correlativamente, son las no buscadas ni reconocidas.

En un análisis hecho sobre el castigo, Durkheim dice que las funciones sociales de éste se enfocan también sobre sus funciones latentes (consecuencias para la comunidad) y no se limita a funciones manifiestas (consecuencias para el delincuente) (Merton, 1972:72). Entonces, como la finalidad de un sistema conceptual es orientar la observación hacia elementos destacados de una situación y evitar el olvido inadvertido de esos elementos, es necesario distinguir entre funciones manifiestas y funciones latentes, las primeras relativas a las consecuencias objetivas para una unidad especificada (persona, subgrupo, sistema social o cultural) que contribuyen a su ajuste o adaptación y se esperan así, y las segundas relativas a las consecuencias inesperadas y no reconocidas del mismo orden.

En este orden de ideas, la pena no es retribución de un mal con otro mal, como lo entendieron Kant y Hegel. Tampoco es disuasión, ni prevención general negativa, en el sentido de Feuerbach.¹⁹ En cuanto a su función,

19 En favor de una prevención general intimidatoria, aunque con límites claros, se expresa Muñoz

es, *esencialmente*, prevención general positiva, prevención integración, entendida ésta como aquel instrumento que persigue ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad. Tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al derecho, primero respecto de terceros (la ciudadanía, en general) y luego, posiblemente también, respecto del autor de la violación a la norma. La prevención especial, la reeducación, no es la función *principal* de la pena; quizás sería uno de sus efectos posibles y esperables. La función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de dirección para la relación social (Pérez Pinzón, 2003:126). Por eso, la pena reafirma el propósito orientador y de confianza propio de las normas jurídicas. Los límites de la prevención general no están dados tanto por lo que el buen ciudadano crea que el delincuente se ha ganado, sino, más bien, por lo que se crea necesario —en primer lugar— para la conservación de la confianza en la norma, y —en segundo lugar— para su reintegración al sistema social.

Hay que diferenciar la concepción que aquí se hace, de la que realizan Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002:37 y ss.). Los autores argentinos utilizan la distinción en base al plano discursivo que desarrolla el poder estatal en cuanto al funcionamiento y finalidad de sus instituciones. Así, dicen, las funciones manifiestas son aquellas expresas, declaradas y públicas, y las funciones latentes son las que la institución realiza en la sociedad, o sea la función *real*. Y advierten, con razón, de los peligros de tener funciones manifiestas no punitivas y funciones latentes punitivas. Ello, a mi entender, tiene más que ver con la crítica a un Derecho Penal simbólico (Díez Ripollés, 2003), que con lo que aquí se está sosteniendo.

La pena aquí es entendida desde una doble funcionalidad: una función manifiesta que es la consecuencia objetivamente observable y esperada (la privación de la libertad, la imposición de una multa o una inhabilitación) respecto del autor y producto de su conducta contra derecho, es decir *disfuncional*. En esta función, la pena encuentra su fundamento en el ilícito cometido, atendiendo a la medida de la culpabilidad del autor —es decir al merecimiento de pena—, operando como límite la prevención especial, tomando en cuenta sus posibilidades de readaptación al sistema normativo. En este sentido, la pena se mueve en el plano empírico, cognitivo. Pero también, y *principalmente*, tiene una función latente, que es el restablecimiento de la confianza en la norma transgredida por el sujeto, su confirmación para el mantenimiento del orden social a través del sistema

Conde (1985:122 y ss.). Para un análisis sobre las distintas teorías de los fines de la pena, Roxin (2006:81 y ss.).

normativo. Esto es *prevención general*. Ésta es la más importante de sus consecuencias. Aquella, es su límite.

De esta manera se logra superar una de las críticas que se han levantado en contra de la teoría de Jakobs, como es que, por un lado, al no otorgarle ninguna relevancia al sufrimiento de la pena por parte del condenado, se obviaba su principal consecuencia en el plano empírico (Hassemer, s/f:38)²⁰ que es la de infringir dolor al autor del delito, y si ello no está justificado por motivos preventivos estaría atentando contra la dignidad de la persona y, por otro, se pondría en riesgo el principio de culpabilidad, ya que sostener que la pena responde a necesidades de estabilización social implicaría dejar de lado la medida de proporcionalidad que debe tener la misma. Esa superación se lograría, a mi entender, sin atribuir al dolor la característica de ser un constructo comunicativo (Gómez-Jara Díez, 2008), sin sostener una teoría retributiva funcional (Lesch, 1995:27 y ss.), ni adherir a las llamadas teorías de la unión que hacen depender el tipo de prevención de la pena según sea al momento de la conminación, aplicación o ejecución de la misma (Roxin, 2006:95 y ss.).

Son las funciones latentes de una práctica o creencia las que *no* son de conocimiento común, porque son consecuencias sociales y psicológicas inesperadas y por lo general no reconocidas. Por lo tanto, resultados concernientes a funciones latentes representan un aumento mayor de los conocimientos, que resultados concernientes a funciones manifiestas. Enfocarnos en este tipo de funciones es fundamental a la hora de entender el complejo sistema social, pues

las aportaciones intelectuales *distintivas* del sociólogo se encuentran primordialmente en el estudio de las consecuencias inesperadas de prácticas sociales, así como en el estudio de las consecuencias previstas. Pero hay pruebas suficientes de que en el momento en que la atención investigadora de los sociólogos pasó del plano de las funciones manifiestas al plano de las funciones latentes fue cuando hicieron sus aportaciones mayores y *distintivas* (Merton, 1972:76).

2.3.1. La vinculación respecto de la ubicación del resultado

Conforme a lo que se viene sosteniendo, la función de la pena no es una, sino dos. Una función *manifiesta*, de la medida de la culpabilidad,

20 Sin embargo, últimamente el propio Jakobs ha considerado al «dolor» como parte integrante de la pena sirviendo «como salvaguardia *cognitiva* de la vigencia de la norma»; cfr. (2005:47).

con miras al grado de ilícito cometido y su dañosidad social, y una función *latente* de prevención general que, conforme a criterios de necesidad de pena, propicie el mantenimiento de la confianza de la sociedad en el seguimiento de la norma puesta en cuestión. Esta visión es absolutamente compatible con la idea según la cual el delito de consumación y el de la tentativa acabada tengan la misma consecuencia jurídica en abstracto —escala penal—. No sólo el ilícito es idéntico, sino también la culpabilidad, y el resultado forma parte de la punibilidad, como criterio rector de la prevención general.²¹ Culpabilidad y punibilidad son dos subniveles de la sancionabilidad (Silva Sánchez, 2010:684). La dañosidad social del ilícito no proviene de la producción del resultado, sino de la intensidad del cuestionamiento a la norma.²²

21 Así también Zielinski (1990:249–250), aunque no se entiende muy bien como alguien que considera el ilícito como mera infracción de un imperativo, vale decir sin consideraciones normativas de tipo social, puede admitir un criterio de prevención *general* en la pena. En contra, aunque sin dar una solución propia respecto de la ubicación del resultado, Sancinetti (2004:259–261). No obstante, en su «Prefacio del traductor» al libro de Zielinski ya citado, manifestó con todo énfasis: «si no calculo mal, la imposición creciente del principio de culpabilidad... habrá de imponer con el tiempo la expulsión progresiva del mito del resultado, no sólo del ámbito del "concepto" de *ilícito*... sino también de la *punibilidad*», pág. XVI. Esa postura fue confirmada con las siguientes palabras: «estrictamente, el resultado ni siquiera debería incidir en la medición de la pena»; cfr. Sancinetti (2003:51).

22 Sin embargo, cabe hacer una distinción según la idoneidad de la tentativa, aunque más no sea a modo de *obiter dictum*, pues la temática merece un desarrollo más exhaustivo que el que se ofrece, imposible de poder ser abarcado en este trabajo. La solución que aquí se propone, no debe conducir a pensar en que no sería posible distinguir a nivel de ilícito una tentativa idónea de una inidónea. Una opinión contraria sostiene Silva Sánchez (2010:675–676), ya que, según entiende, el injusto en ambas modalidades de tentativa es el mismo, y que la diferencia se halla en la diferente tipicidad *ex post*, en la que —en caso de inidoneidad— «no puede obtenerse una confirmación del riesgo percibido *ex ante*; no se advierte en ella *ex post* un peligro para bienes jurídicos». En definitiva, considera que a la tentativa inidónea «podría faltarle el aspecto de lesividad o, al menos, la medida de lesividad propia de la tentativa y la frustración ordinaria». A mi entender Silva se equivoca —según creo— debido a que, en su idea de mantener un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos (cfr. nota 28), se vio obligado a buscar el fundamento de la tentativa en la peligrosidad sufrida por el bien. Ahora bien, basándose en la teoría de la peligrosidad, no puede ser la falta de peligro *ex post* la que determine la diferencia entre una y otra tentativa (dejando de lado que, como dice Jakobs «toda tentativa es, ya que no llega a la consumación, examinada desde el desenlace (*ex post*), tentativa inidónea» (1997:872), pues en el caso de la inidónea, la peligrosidad está ausente *ex ante*, y ello es lo que la diferencia de su versión idónea. En palabras de Roxin, «una tentativa es peligrosa (y con ello, idónea) cuando un observador promedio razonable, el cual está provisto además con cualquier conocimiento especial del autor, tuvo que haber considerado *ex ante* que el resultado era seriamente posible» (2007:379) —el original sin el resaltado—).

A cambio de ello, puede seguir sosteniéndose una disminución en la escala penal de la tentativa inidónea, con fundamento en un ilícito de menor gravedad. En estos supuestos estamos en

Aquí se propone identidad de escalas penales, lo que no significa identidad de penas —en concreto—, pues el marco penal constituye el medio apropiado para reflejar la capacidad de motivación, pero también para medir el ilícito (Ziffer, 2005:891–892), y si —como aquí se sostiene— el resultado no aporta nada en la medida del ilícito, no hay razones de peso para variar la escala penal. La mayor justicia se desprende, no sólo de la equiparación en sí misma, sino de la posibilidad de que en el caso concreto un delito tentado pueda ser más severamente penado que uno consumado, atendiendo al mayor grado de injusto que puede tener aquel sobre éste.

Es cierto que podría responderse que de *lege lata* también estaría la posibilidad de arribar a la misma consecuencia —ya que entre la escala penal de la tentativa y la escala de la consumación hay un margen común—, pero ello sería equivocado, pues difícilmente podría argumentarse una pena mayor en un ilícito de tentativa, atento al peso valorativo que establece el legislador al tratar con mayor indulgencia al autor de la tentativa o, si se quiere verlo desde la otra óptica, al tratar más severamente a quien logra la consumación. Bien dice Ziffer, siguiendo a Horn, que

la gravedad de una pena no puede ser determinada en abstracto, sino sólo en relación con el mínimo y el máximo del delito de que se trate. Por lo tanto, toda modificación del marco penal produce, automáticamente, una modificación del parámetro utilizado, y debe alterar, necesariamente, el monto de la pena. Sería un error dejar abierta la decisión acerca de cuál es el marco específico del que se parte, argu-

presencia de un autor que actúa bajo un error, ya sea en el objeto, ya sea en el medio empleado (según algunos autores, la inidoneidad en el sujeto también sería un supuesto de este tipo de tentativas. Sin embargo, creo que esos casos son más bien delitos putativos, antes que casos de tentativa inidóneas). Dicho error decanta en un ilícito de menor gravedad que en el de una tentativa idónea, en la que el autor no contiene tal yerro. En otras palabras, el sujeto actúa imprudentemente al configurar su hecho delictivo, y con ello se atenúa el ilícito cometido. Se trata de una imprudencia *invertida* (así, aunque respecto de la tentativa por burda insensatez, Sancinetti (2004:239 y ss.; 1996:29 y ss.), pues en la imprudencia *al derecho*, la deficiente configuración de su organización se carga en la cuenta del autor, al producir un daño como consecuencia de su error (de tipo evitable), en cambio aquí, la deficiente configuración fue la causa de la frustración del plan. Así como en la imprudencia *al derecho* se agravan las consecuencias de una configuración defectuosa, en la imprudencia *invertida* se deben atenuar.

Pero no debe confundirse lo aquí dicho, con la discusión que gira en torno a la tentativa imprudente. Esto último no puede ser objeto de análisis en este trabajo. Lo que se quiere significar es que quien, en el contexto de un hecho *doloso*, realiza su conducta de tal manera que, por un descuido (imprudencia) en la selección de los medios, o en el objeto, torna imposible la consumación, realiza un ilícito *doloso* menor que aquél otro sujeto que lo lleva delante de modo metódico y, por azar, no logra la consumación.

mentando que la pena es correcta siempre que, de todos modos, se halle abarcada por los marcos penales en conflicto. Pues la pena sólo puede ser fijada en forma relativa, teniendo en cuenta cuál es el mínimo y el máximo previsto (2005:41).

Para decirlo con un ejemplo: A y B, sicarios contratados *independientemente* por la misma persona, planean matar a X y Z, respectivamente. Para ello se proveyeron de un arma cada uno y se colocaron equidistantes respecto de sus víctimas, quienes saldrían a caminar juntos, como habitualmente lo hacían por las tardes. Las armas son de idénticas características, la experiencia en el uso de armas es equivalente en ambos tiradores, y el actuar de cada uno estaba desligado del otro. En el momento en el que X y Z pasan por delante de su proyección de tiro, disparan al mismo tiempo, resultando muerto X, pero no así Z, quien —gracias a un movimiento repentino que hizo para rascarse el hombro— termina sólo lesionado en un brazo. Llegado el juicio, tenemos a A imputado por homicidio consumado de X, y a B por el homicidio tentado de Z. Según nuestro CP la escala penal de la tentativa se reduce de un tercio a la mitad, respecto del delito consumado. En el supuesto del homicidio, la pena oscilaría entre un mínimo de 4 y un máximo de 16 años y 8 meses, frente a la escala de 8 a 25 del consumado²³. Es decir que, teniendo en cuenta ambas escalas, con la presente legislación, hay 8 años y 8 meses de ámbito común (8 años a 16 años y 8 meses). Sin embargo, eso no implica que el Juez pueda mantenerse dentro de ese margen, *obviando* las escalas propias que estableció el legislador, pues los marcos penales constituyen la valoración que el mismo determinó para las distintas variantes de ilicitud. En pocas palabras, el Juez no podría, racionalmente, imponer la misma pena a A que a B, por ej. 14 años a ambos, pues aunque nominativamente sea la misma pena, lo que se comunica es que el hecho tentado fue más grave que el consumado —exactamente lo contrario de lo que ha establecido el legislador—, ya que el primero está casi en su máximo, mientras que el segundo estaría más cerca del mínimo que del máximo.

En conclusión, con la solución que se propone, a identidad de escalas penales, la disparidad —si es que en el caso concreto la hay— entre el delito tentado y el consumado se hallará al momento de la determinación judicial de la pena, pues entre aquel delito y éste no existe más diferencia que la producción de un resultado, y ello no varía el contenido del

23 La Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, en el Plenario «Villarino», entendió que la reducción en la tentativa se da en la mitad del mínimo y un tercio del máximo. Publicado en www.laleyonline.com.ar. Cita online: AR/JUR/4228/1994.

ilícito, ni tampoco de la culpabilidad, sino sólo —y no siempre— la necesidad de pena, atendiendo a las consideraciones de prevención general. Brevemente: la existencia de resultado no incrementa *per se* la necesidad de pena, como tampoco la falta de aquel, la disminuye. Eso dependerá en el caso en concreto. Aquí sólo se dice que el ámbito en el cual *debe* considerarse el resultado, es el de la punibilidad. De esta manera se proporcionan soluciones políticocriminalmente más justas.

3. Resumen

I. Hay que rechazar la idea según la cual el disvalor de resultado forma parte del ilícito jurídico-penal como lo sostiene hasta nuestros días la doctrina mayoritaria. Tampoco hay que fundamentar la exclusión, en la teoría de las normas basada puramente en imperativos. Bien puede sostenerse un ilícito penal desprovisto del resultado lesivo desde una visión funcionalista del derecho penal orientado a fines preventivos.

II. Por consiguiente, la norma debe entenderse como expectativa de conducta institucionalizada, que tiene por función garantizar el contacto social anónimo en sociedades altamente complejas y, a su vez, como directiva de conducta de no defraudarla. El primer aspecto se dirige a la sociedad toda y a la posible víctima en particular, el segundo aspecto se dirige al posible infractor. Las expectativas existen en tanto exista el deber de no defraudarlas, pues sin el deber sólo queda un mero deseo de observar determinado comportamiento. Sin embargo puede existir un deber sin que exista la expectativa de cumplimiento por haberse perdido la correspondiente cognitividad que debe tener toda norma. En ese sentido el resultado nada aporta a la pérdida o no de la expectativa, pero puede determinar la necesidad o no de imposición de pena.

III. La pena tiene una doble función. Por un lado una función manifiesta, que es la consecuencia observable y tangible de la pena, cuya imposición está determinada por el merecimiento de pena según el grado de injusto cometido. Por otro lado una función latente, cuyas consecuencias no son perseguidas por la sociedad pero que inciden en mayor medida a cohesionarla en cuanto modelo de orientación social que pretende estabilizarse con la pena. En esta función la pena está determinada por la necesidad de la misma, prevaleciendo los criterios de prevención general al momento de su imposición. Entender la pena desde esta perspectiva puede proporcionar mejores herramientas a la hora de fundamentar la igualdad de tratamiento en la punibilidad en abstracto del delito tentado

y el consumado, adquiriendo el resultado –aunque no siempre– relevancia políticocriminal al momento de la determinación judicial de la pena.

IV. Quedan para un análisis posterior las consecuencias sistemáticas que acarrearán las propuestas teóricas expuestas. Pues la exclusión del resultado del ilícito debe producir particulares consecuencias en materia de imputación objetiva, imprudencia, omisión, desistimiento en la tentativa, idoneidad o inidoneidad, realidad o irrealidad de la misma, error, justificación, entre otros.

Referencias bibliográficas

- BACIGALUPO, Enrique (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi; 2da. ed., 2da. reimpr.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: PPU; 4ta. ed. aumentada.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003). El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. En Arroyo, Luis y otros (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Castilla–La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla–La Mancha, Colección Estudios.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (2010). *La teoría de las normas en el derecho penal*. Montevideo: FCU.
- FRISCH, Wolfgang (2000). La imputación objetiva: Estado de la cuestión. En *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminaro en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- FRISCH, Wolfgang (1995). *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex. Trad. de Cancio Meliá y otros.
- FRISCH, Wolfgang (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons. Trad. de Cuello Contreras y González de Murillo.
- FRISCH, Wolfgang (julio de 2014). *Pena, delito y sistema del delito en transformación*. En <http://www.indret.com>, N° 3.
- FRISTER, Helmut (2011). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi. Trad. de Marcelo Sancinetti, 1ra. ed.
- GÓMEZ–JARA DÍEZ, Carlos (abril de 2008). *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolo penal como constructo comunicativo?* En <http://www.indret.com>, N° 2.
- HASSEMER, Winfried (s/f). *Perspectivas del Derecho Penal futuro*. En <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/12/12> [consultado el 23/11/13]. Trad. de Enrique Anarte Borrallo.
- JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons. Trad. de Cuello Contreras y González de Murillo, 2da. edición corregida.
- JAKOBS, Günther (2005). La pena estatal: significado y finalidad. En *El fundamento del sistema jurídico penal*. Perú: ARA. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez y Javier Sánchez–Vera Gómez–Trelles.

- JAKOBS, Günther (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En *El funcionalismo en Derecho Penal, libro homenaje al profesor GÜNTHER JAKOBS*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Trad. de Manuel Cancio Meliá.
- JAKOBS, Günther (2004). La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente. En *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson-Civitas. Trad. de Teresa Manso Porto, Javier Sánchez Vera, Carlos Pérez del Valle y Pilar González Rivero.
- JAKOBS, Günther (2003). Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En Jakobs, Günther – Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas. Trad. de Manuel Cancio Meliá.
- JAKOBS, Günther (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Madrid: Cuadernos Civitas. Trad. de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, 1ra. ed., 1ra. reimp.
- KAUFMANN, Armin (2013). Sobre el estado de la doctrina del injusto personal. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.), *Estudios de Derecho Penal*, colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 40, Montevideo–Buenos Aires: BdeF.
- LESCH, Heiko H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Trad. de Javier Sánchez–Vera Gómez–Trelles.
- MERTON, Robert K. (1972). *Teoría y Estructura sociales*. México: Fondo de Cultura Económica. 3ra. reimp. Trad. de Florentino M. Torner.
- MIR PUIG, Santiago (2002). Introducción a las bases del Derecho Penal. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.). 2da. ed., Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 5. Montevideo–Buenos Aires: BdeF.
- MIR PUIG, Santiago (septiembre–diciembre de 1988). Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. En *ADPCP*, T. XLI, Fasc. III.
- MIR PUIG, Santiago (1995). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: PPU. Reimp. de la 3ra. edición.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1985). *Derecho Penal y control social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando (2003). El funcionalismo en la sociología actual. En *El funcionalismo en Derecho Penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Trad. de Manuel Cancio Meliá.
- ROXIN, Claus (2006). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo 1. Madrid: Civitas. 3ra. reimp. Trad. de la 2da. ed. alemana a cargo de Diego–Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal.
- ROXIN, Claus (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley. Trad. de Manuel Abanto Vázquez.
- RUDOLPHI, Hans Joachim (2010). El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico–penal. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); Schünemann Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. 2da. ed. Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 37. Montevideo–Buenos Aires: BdeF.

- SANCINETTI, Marcelo A. (2004). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ra. ed., 2da. reimp.
- SANCINETTI, Marcelo A. (2004). *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ra. ed.
- SANCINETTI, Marcelo A. (1996). *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*. Publicación N° 8, Colección Estudios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANCINETTI, Marcelo A., «*Dogmática del hecho punible y ley penal*», edición bilingüe, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo A. (1996). ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? Publicación N° 9 en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010). Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.), Schünemann Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 31. Montevideo–Buenos Aires: BdeF.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2003). *Normas y acciones en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ra. ed.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010). Introducción 1991–2012. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.), Schünemann Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 37. Montevideo–Buenos Aires: BdeF. 2da. ed.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (octubre de 2006). Del Derecho abstracto al Derecho «real». En <http://www.indret.com>, N° 4.
- STRATENWERTH, Günter (2006). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi. Trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, 2da. ed.
- STRATENWERTH, Günter (2005). *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi. Trad. de Cancio Meliá y Sancinetti, 1ra. ed.
- WOLTER, Jürgen (2010). Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *Aber ratio Ictus*. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.), Schünemann Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 37. Montevideo–Buenos Aires: BdeF. 2da. ed.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR Alejandro (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2da. ed.
- ZIELINSKI, Diethart (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*. Buenos Aires: Hammurabi. Trad. de Marcelo A. Sancinetti, 1ra. ed.
- ZIFFER, Patricia (2005). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2da ed., 1ra. reimp.

Nicolás Cantard

Abogado, egresado de la Universidad Nacional del Litoral. Docente por concurso —Res. N° 448-11-CD— en la materia Penal 1 (período 5/11-12/12). Maestrando en la carrera de Derecho Penal en la Universidad Nacional del Litoral.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Nicolás Cantard

«ACERCA DE LA FUNCIÓN DEL DISVALOR DE RESULTADO EN DERECHO PENAL», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 9-30.

2 EL DESAFÍO DE LA LUCHA CONTRA EL CIBERCRIMEN EN ARGENTINA

Marcelo Temperini

RESUMEN

El aumento en materia de delitos informáticos lleva consigo la aparición de diversas formas organizadas dedicadas al cibercrimen. En el presente artículo se pretende lograr un análisis sobre los principales desafíos en la lucha contra el cibercrimen en Argentina. El problema de las estadísticas; denuncias y cifra negra; centros de respuestas e investigación; la legislación adecuada; la necesidad de cooperación y colaboración, nacional e internacional; el incremento de la especialización de los ciberdelincuentes; entre otros, serán los tópicos planteados como elementos de una radiografía actualizada sobre el estado de situación en nuestro país.

PALABRAS CLAVE

cibercrimen, delitos informáticos, hacking, cracking, seguridad informática.

ABSTRACT

The rise in cybercrime entails the emergence of various forms dedicated to organized cybercrime. This article is intended to achieve an analysis of the main challenges of cybercrime fighting in Argentina. The problem of statistics, reports and black figure, responses and research centers, the challenge of appropriate legislation, the need for cooperation and collaboration, at the national and international level, the increase of the specialization of cybercriminals, among others, will be the topics raised as elements of an update in the state of affairs in our country radiography.

KEY WORDS

cybercrime, computer crime, hacking, cracking, information security.

«Siempre que vayas a atacar y a combatir, debes conocer primero los talentos de los servidores del enemigo, y así puedes enfrentarte a ellos según sus capacidades» (Sun Tzu, El arte de la guerra).

1. Introducción

Hace años que los delitos informáticos forman parte de la delincuencia en nuestra sociedad. El paso del tiempo genera los espacios necesarios para que el ciudadano tome conocimiento y dimensión de la existencia de este tipo de delitos. En este aspecto, algunos casos mediáticos han sido útiles para dar a conocer los distintos riesgos que implica la utilización de las redes de información. Casos como los cables diplomáticos y secretos difundidos por Wikileaks (*Clarín*, 30/07/2010), la aparición de Snowden (*Clarín*, 11/06/2013) y la apertura al mundo del programa de espionaje PRISM por parte de Estados Unidos, junto con otros tantos casos locales, van mostrando a la sociedad la existencia de una red de cibercrimen cada vez menos oculta.

En el presente artículo se pretende lograr un análisis sobre los principales desafíos que tenemos en materia de delitos informáticos en Argentina. Enj de 2013, la llamada Ley de Delitos Informáticos (Nº 26388),¹ cumplió cinco años desde su sanción en el país, lo que aparece como una oportunidad importante para realizar un balance sobre el estado de situación en la actualidad.

La finalidad de este trabajo será, entonces, realizar una radiografía actual de la problemática que representa el cibercrimen en nuestro país con el objeto de identificar y comprender los distintos desafíos que necesitamos superar para avanzar en políticas adecuadas para un real y eficaz combate contra la ciberdelincuencia.

2. El desafío de las estadísticas y los centros de respuestas

El primero de los desafíos a considerar resulta ser esencial para la adopción de políticas adecuadas por parte del Estado. Nos referimos a las estadísticas, un aspecto sustancialmente problemático en la materia, ya que hasta el momento no se conocen en Argentina estadísticas oficiales

1 Sancionada el 4 de junio de 2008.

que permitan observar y cuantificar los delitos informáticos ocurridos en nuestro territorio.

Este vacío implica dificultades para analizar seriamente el problema de la ciberdelincuencia en el país. La falta de estadísticas oficiales impide, por ejemplo, determinar qué tipo de delitos es el que prima, los bienes jurídicos más afectados, los objetivos de los delincuentes (empresas financieras, bases de datos personales, etc.), entre otros datos de interés que brindarían un marco adecuado para tomar decisiones de política criminal. A continuación, se desarrollarán los diversos temas relacionados con esta problemática.

2.1. Organismos oficiales

En Argentina, dependiente de la Jefatura de Gabinetes de Ministros, se ha creado el ICIC² (ex ArCERT), como el «Programa Nacional de Infraestructuras Críticas de Información y Ciberseguridad», mediante la Resolución JGM N° 580/2011. El mismo tiene como finalidad

impulsar la creación y adopción de un marco regulatorio específico que propicie la identificación y protección de las infraestructuras estratégicas y críticas del Sector Público Nacional, los organismos interjurisdiccionales y las organizaciones civiles y del sector privado que así lo requieran.

A fin de que los distintos estamentos gubernamentales puedan participar de dicho programa, el mismo establece la posibilidad de adhesión a través de unos formularios puestos a disposición en la Resolución de la Jefatura de Gabinete de Ministros N° 3/2011. Es decir, dicho centro de respuestas (CERT) ha sido diseñado para recepcionar solamente aquellos reportes de incidentes de seguridad que ocurran en las redes del Sector Público Nacional.

Es útil destacar que el concepto de CSIRT/CERT³ (Computer Emergency Response Team) fue inicialmente creado en 1988 por la Universidad de Car-

2 ICIC, Programa Nacional de Infraestructuras Críticas de Información y Ciberseguridad.

3 Un CSIRT es un centro de respuesta a incidentes de seguridad en tecnologías de la información. Se trata de un grupo de expertos responsable del desarrollo de medidas preventivas y reactivas ante incidencias de seguridad en los sistemas de información. Un CERT estudia el estado de seguridad global de redes y ordenadores y proporciona servicios de respuesta ante incidentes a víctimas de ataques en la red, publica alertas relativas a amenazas y vulnerabilidades y ofrece

negie Mellon como respuesta al gusano de Internet Morris.⁴ Existen diferentes CERT públicos y privados en muchos países y, según FIRST⁵ (Forum of Incident Response and Security Teams), la entidad que actualmente agrupa y coordina los CERT Internacionales, en Argentina existe un sólo CSIRT/CERT afiliado:⁶ CSIRT-BANELCO para entidades bancarias privadas.

Entre los distintos objetivos determinados para ser llevados a cabo por el ICIC (de acuerdo con el art. 3 de la Resolución JGM N° 580/2011), vale la pena destacar el inciso k y n, los cuales se detallan a continuación a efectos didácticos del lector:

k) Centralizar los reportes sobre incidentes de seguridad ocurridos en redes teleinformáticas del Sector Público Nacional que hubieren adherido al Programa y facilitar el intercambio de información para afrontarlos.

n) Elaborar un informe anual de la situación en materia de ciberseguridad, a efectos de su publicación abierta y transparente.

Como puede advertirse en el inc. k, el ICIC se constituyó con el objetivo de gestionar los incidentes de seguridad ocurridos en los entes del Sector Público Nacional que hubieren adherido. Actualmente también se permite la adhesión de organizaciones civiles y del sector privado (art. 5), aunque no están claros los beneficios de dicha adhesión.

En cuanto al inciso n, puede advertirse la obligación por parte del ICIC de la publicación de un informe anual que, de forma «abierto y transparente» (texto propio de la norma), posibilita a todos los ciudadanos conocer el estado de situación en materia de seguridad informática de los entes del Sector Público Nacional. A más de dos años desde la creación del ICIC (julio de 2011), no se ha podido encontrar ningún informe publicado en virtud de la obligación impuesta por el citado inciso.

Más allá de estos incisos, y de manera general respecto de las funciones del ICIC, se destaca que el mismo no está destinado a recibir denuncias, algo que se han encargado de dejarlo claro y en letras mayúsculas en la publicación de la «Guía Práctica para realizar denuncias ante un posible

información que ayude a mejorar la seguridad de estos sistemas.

4 En noviembre de 1988, Morris fue el primer ejemplar de *malware* autorreproducible que afectó a Internet.

5 CERT miembros de FIRST en Argentina, <http://www.first.org/members/map/> [consultado: 27 de noviembre de 2013].

6 A fecha 02/05/2013, según información brindada en FIRST. Url: <http://www.first.org/members/teams> [consultado: 27 de noviembre de 2013].

delito informático» (ICIC), en donde textualmente dice: «RECUERDE – EL ICIC no recibe denuncias. Asesora y recomienda».

En el asesoramiento realizado para el ciudadano víctima de delitos informáticos en la citada guía se pueden leer los siguientes pasos a seguir:

1. No borre, destruya, o modifique la información que posea en su computadora relacionada al hecho. Recuerde que siempre, la integridad de la información es vital para poder seguir adelante con las causas penales que se inicien.
2. Nunca reenvíe los mensajes (correos electrónicos) constitutivos del delito.
3. Realice inmediatamente realice la denuncia ante la dependencia policial más cercana a su domicilio (Comisaría de su barrio en cualquier lugar del país). Recuerden que tienen la obligación de tomar su denuncia.
4. A los fines de resguardar correctamente la prueba, una vez realizada la denuncia, proceda de la forma en que el investigador le indique.

El punto medular del asesoramiento se encuentra en el ítem 3: realizar la denuncia en la dependencia policial más cercana al domicilio de la víctima. Este aspecto, que puede ser considerado como simple, en una gran parte de nuestro país representa un problema en sí mismo, atento al desconocimiento y falta de capacitación que existe por parte de los agentes policiales.

En Santa Fe, por citar un caso difundido mediáticamente, un importante médico de la zona fue víctima de un caso de *hacking* (UNO, 05/08/2013). El Dr. Arturo Serrano (víctima) afirmó en varias entrevistas haber intentado denunciar ante diferentes comisarías sin lograr que en alguna de ellas le tomaran la denuncia por el hecho ocurrido.

2.2. La experiencia en el ámbito internacional

En países con mayor desarrollo, hace años que existen centros de respuesta para los casos de delincuencia informática. Por citar algunos, se pueden mencionar el IC3⁷ de Estados Unidos, la UNEDF⁸ en México, la CYCO⁹ en Suiza. Todos ellos, además de contar con una infraestructura

7 Internet Crime Complaint Center (IC3), en Estados Unidos fue establecido por una asociación entre el FBI y el NW3C (National White Collar Crime Center). Url: <http://www.ic3.gov> [consultada: 27 de noviembre de 2013].

8 Unidad Estatal de Delitos Electrónicos e Informáticos.

9 Cybercrime Coordination Unit Switzerland.

dedicada a la recepción de denuncias por parte de las víctimas, permiten que las propias denuncias puedan ser realizadas de forma electrónica (lo que admite el acceso al «sistema» de muchas más víctimas) e incluso en algunas de ellas se permiten las denuncias de tipo anónimo con el fin de fomentar a aquellos que han sido víctimas pero no quieren formar parte del proceso o bien desean reportar el incidente resguardando la confidencialidad de sus datos (un aspecto que posteriormente será tratado).

A nivel internacional, se debe destacar la Convención de Cibercriminalidad de Budapest, en cuyo art. 35 obliga a los Estados firmantes a la adopción de un Centro de Respuestas 24x7 a fines de determinar un punto de contacto de trabajo que haga factible la colaboración internacional en casos de cibercrimen.

2.3. Otras alternativas en estadísticas

Ante la inexistencia de estadísticas oficiales en la materia, podrá el lector válidamente preguntarse: ¿qué es lo que actualmente se utiliza para trabajar en materia de cibercrimen? A modo de respuesta preliminar, debemos reconocer que en la mayoría de los casos suelen utilizarse estadísticas realizadas por empresas privadas interesadas en el mundo de la seguridad de la información, tales como las publicadas por la empresa Symantec.

En el informe de la citada empresa, se afirma que los delitos informáticos producen una pérdida de 388 billones de dólares anuales (considerando el propio dinero robado más el dinero que les implica a las víctimas poder solucionar sus problemas), haciendo comparable cifras con la ocasionadas por el mercado negro de la marihuana y la cocaína, que es de 288 billones de dólares anuales.

Es legítimo preguntarse (y dudar) por la validez de dichas cifras, que son arrojadas a modo genérico y mundial, precisamente por una empresa cuyo negocio es la venta de una de las principales «armas» para defenderse de estos ataques informáticos (antivirus).

Por otro lado, desde una óptica más pública a nivel mundial, es posible citar el Comprehensive Study on Cybercrime¹⁰ realizado por Naciones Unidas, en particular por la United Nations Office on Drugs and Crime (ONUDC), publicado en febrero de 2013 y en el cual se encuestó a más de 82 países, incluyendo varios de Latinoamérica (entre ellos, Argentina).

10 Naciones Unidas, New York, 2013. UNODC. Comprehensive Study on Cybercrimen.

Para la recopilación de información, la ONUDC elaboró un cuestionario que fue difundido entre los Estados miembros, las organizaciones intergubernamentales y las entidades del sector privado. Además, teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar la representación de las diferentes regiones, se consultó a los representantes del sector privado, incluidos los representantes de los proveedores de servicios de Internet, los usuarios de los servicios y otros actores pertinentes, así como a representantes del mundo académico, de los países tanto desarrollados como en desarrollo.

Entre otros datos importantes que incorpora este estudio integral, se revela que en la mayoría de los países el índice de cibercriminalidad es notablemente más alto que los de los delitos tradicionales, tales como el robo o el hurto común. Mientras estos últimos tienen índices inferiores al 5 %, los delitos informáticos oscilan entre el 10 y el 17 %. Estos números pueden apuntalar con relativa facilidad las afirmaciones sobre el incremento de la delincuencia informática en los últimos años.

No obstante, y aun considerando que los delitos informáticos no reconocen límites de fronteras para su comisión (característica de este tipo de delitos), no se debe caer en la confusión de utilizar estadísticas generales de esta clase de estudios (realizados a nivel mundial) con las situaciones propias que vive cada país en particular.

3. El desafío de la falta de denuncias

En estrecha relación con el desafío anterior, se debe desarrollar la problemática de la propia falta de denuncias realizadas por las víctimas, que genera gran parte de la llamada «cifra negra» de los delitos informáticos.

De acuerdo con el Dr. Germán Aller (2006), la cifra negra es lo más próximo numéricamente a la cantidad real de crímenes cometidos en una sociedad determinada. La relación de tensión existente entre delitos realmente cometidos y los efectivamente tratados por el aparato penal engloba a la mayor cantidad de víctimas que ni siquiera serán atendidas, tratadas ni conocidas por el segmento penal, y a las cuales el Estado no da respuesta alguna. Según Aller, tal proceso «empuja» a las personas a no denunciar los actos ilícitos, a no reconocerse a sí mismas como víctimas y, en consecuencia, a la impunidad que el infractor penal asume, puesto que en el acto desvalorado no vislumbra un referente social acompasado del penal, en tanto a su conducta es delictiva, pero el núcleo social o persona

menoscabada por el delito que se ha cometido no pone en evidencia tal daño y, por ende, tampoco el segmento penal podrá operar en su contra.

Este autor señala que muchas víctimas no denuncian los delitos sufridos porque:

1. No se cree en la Policía ni en la justicia penal.
2. No se acepta la condición de víctima, debido a que implica pérdida de dignidad y falta de solidaridad.
3. No se quiere evidenciar la victimización individual ni colectiva.
4. El aparato penal carece de plataforma adecuada para abordar ni siquiera con un mínimo de éxito la solución del conflicto social base.
5. Se tiene miedo a la venganza o amenazas posteriores por parte del autor del delito.
6. Se quiere olvidar lo ocurrido.
7. Se desconoce que se haya cometido un delito.
8. La víctima se siente total o parcialmente culpable de lo sucedido.
9. Se ignora que puede pedir la intervención del Estado.

A simple vista, se pueden reconocer en el listado de causas realizado por el Dr. Aller, varios aplicables al ámbito del cibercrimen. Puntualmente, se tomarán algunas de ellas para un desarrollo personal sobre dichos aspectos.

a) *Falta de confianza en la Policía o la justicia*: en nuestro país, este aspecto es relevante en la mayoría de los casos, ya que existe un alto porcentaje de la población que tiene falta de confianza en la Justicia. Así lo demuestran desde hace años los estudios del Índice de Confianza en la Justicia¹¹ (ICJ) realizados por Fores, la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, y la Fundación Libertad. A marzo de 2010, los índices de confianza fueron del 50,5 % (en una escala donde 0 expresa el mínimo de confianza y 100 el máximo). El mismo estudio revela, por ejemplo, que en términos de eficiencia la Justicia en Argentina es poco confiable para el 55 % de los encuestados y nada confiable para el 22 % de la población consultada.

11 Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, «Índice de Confianza en la Justicia».

b) *El aparato penal carece de plataforma adecuada para abordar ni siquiera con un mínimo de éxito la solución del conflicto social base:* este punto, si bien tiene estrecha relación con el anterior, reviste sus diferencias. Puntualmente, es menester destacar que en muchos casos de delitos informáticos, para poder realizar una investigación eficaz tendiente a determinar y capturar al autor del mismo, es necesario poseer una infraestructura adecuada. Es decir, se precisa contar con los recursos técnicos necesarios, con personal disponible y capacitado, así como cierta agilidad en cuanto a coordinación y cooperación de distintos entes (relación ISP/Justicia). Estos aspectos en conjunto no suelen encontrarse (salvo excepciones) a lo largo de nuestro país, y aquí radica otra de las grandes problemáticas a ser abordadas.

c) *Se desconoce que se haya cometido un delito:* desde la experiencia en el trabajo privado de consultoría en seguridad informática, se puede afirmar que muchas personas que escriben para consultar por los problemas que han tenido en Internet desconocen totalmente que han sido víctima de un delito informático tipificado en Argentina. Esta falta de conocimiento por parte del promedio de la sociedad sobre la existencia de estos «novedosos» delitos hace que varios casos se pierdan dentro de la gran bolsa de la cifra negra.

Antes de finalizar, se considera oportuno agregar un elemento nuevo, o al menos una causa no considerada por el Dr. Aller que, desde la experiencia, se puede afirmar que es un aspecto decididamente relevante al momento de analizar la falta de denuncias sobre casos vinculados al ciberdelito.

d) *Confidencialidad como requisito:* muchas víctimas de distintos tipos de delitos informáticos deciden voluntariamente no denunciar sus casos, bajo el razonamiento que la posibilidad de difusión pública ocasionaría un daño peor al ya efectivamente sufrido. En este sentido, dentro del ámbito privado de la seguridad informática, una de las principales virtudes que analizará un cliente es precisamente el nivel de profesionalismo en cuanto a la confidencialidad de los casos. Dicha situación encuentra una lógica respuesta considerando que la víctima es consciente que de difundirse públicamente el incidente que ha sufrido (algo potencialmente probable en caso de denuncia ante las autoridades), su imagen, buen nombre, reputación, etc., podrían ser gravemente perjudicadas, superando ampliamente el daño ya recibido por el ataque informático en sí mismo.

A continuación se citan dos ejemplos para facilitar la comprensión de los lectores. Supongamos el caso de una importante empresa dedicada al rubro de la salud (clínica, en este caso), que es víctima de ataques informáticos que logran acceder a sus sistemas y hacerse con todas sus bases de datos, las cuales poseen información sensible sobre la salud de miles de personas de la región. La difusión de dicho incidente podría ocasionar daños irreparables en cuanto a la confianza de los clientes, construida con el trabajo de muchos años. Otro ejemplo puede ser un caso de un profesional reconocido en su ambiente (un periodista, un abogado, un psicólogo) que es víctima de un caso de interceptación de comunicaciones electrónicas (cuentas pinchadas) que hace posible que terceros extraños accedan a todas sus comunicaciones privadas (y eventualmente sean difundidas). Fácilmente puede advertirse que los daños ocasionados por una noticia (que vale destacar que es generalmente buscada atendiendo a la gran recepción que existe en la masa sobre este tipo de casos de problemas «cibernéticos») pueden ocasionar perjuicios irreparables, afectar bienes jurídicos de difícil reconstrucción (como la imagen, honor o reputación de una persona física o jurídica), comparativamente mucho más graves al daño ya sufrido.

4. El desafío de la internacionalización de los delitos informáticos

La internacionalización suele estar presente en la mayoría de los delitos informáticos, por lo que puede ser considerada como un aspecto esencial a tener en cuenta a la hora de trabajar sobre las políticas criminales que deben pensarse desde los Estados.

La internacionalidad como propiedad de los delitos informáticos implica que los mismos no encuentran barreras jurisdiccionales para llevarse a cabo. Es decir que, técnicamente es posible estar conectado a una red en Argentina, pasar por un *router*¹² conectado en Rusia, utilizar una *botnet*¹³ de computadoras en Colombia y finalmente atacar un sistema en Cuba. Por más complejo que pueda parecer en el relato, técnicamente es de relativa facilidad, siempre que se cuente con un mínimo de conocimientos técnicos.

12 Un *router* o enrutador, es un dispositivo que proporciona conectividad a nivel de red.

13 Una *botnet* es una red de computadoras «zombies», es decir que han sido previamente infectadas y que permiten que quien tenga su control, pueda utilizarlas como armas para distintos tipos de ataques.

Estos casos vuelven a poner sobre la mesa de los académicos las clásicas preguntas sobre la legislación aplicable, pero sobre todo evidencian el claro desafío de coordinar distintos ámbitos de colaboración internacional. Con relación a este último aspecto, el Convenio de Cibercriminalidad de Budapest¹⁴ es el instrumento internacional más importante en la materia precisamente porque apunta a tener dentro de los Estados firmantes un mínimo de coordinación en el ámbito penal material y un potente marco de cooperación internacional (procesal penal) para casos de cibercrimen.

Argentina hace ya un tiempo que está en proceso de ingresar a dicho Convenio, pero de momento no es parte, ni existe fecha aproximada para su incorporación. En el importante caso de que sea aceptado, nuestro país tiene tareas pendientes en distintos aspectos que debe cumplimentar para formar parte de dicho grupo, especialmente en materia procesal penal.

Más allá de la ya citada necesidad de cooperación internacional, se considera de relevancia marcar la necesidad de un previo marco de cooperación nacional en Argentina. En la actualidad se pueden observar diferentes realidades en nuestro país, cada una de ellas dependiendo del grado de desarrollo o fortalece económica de cada provincia en particular (a modo de ejemplo, podría mencionarse que las víctimas en Buenos Aires tienen la posibilidad de denuncia ante la División de Delitos Tecnológicos de la Policía Federal Argentina o ante el Área Especial de Investigaciones Telemáticas de la Policía Metropolitana, opciones que no existen en la mayoría de las otras provincias de nuestro país).

Como consecuencia de la heterogeneidad de situaciones hacia el interior de Argentina, se propone considerar la necesidad de generación de una «Red Nacional de Cooperación en materia de Delitos Informáticos» para que aquellas provincias (como, por ejemplo, Santa Fe) que aún no tienen una estructura armada en la materia puedan acceder a los avances y experiencias de otras con mayor desarrollo en el área (tales como Buenos Aires y Córdoba), así como poseer canales ágiles de cooperación para los casos que requieran colaboración interjurisdiccional.

4.1. El desafío de la coordinación penal en Latinoamérica

Conforme a un reciente estudio de derecho comparado sobre delitos informáticos en Latinoamérica (Temperini, Delitos informáticos...), puede

14 Council of Europe. «Convenio de Cibercriminalidad de Budapest». Budapest, 23 de noviembre de 2001.

afirmarse que los más sancionados como tales a nivel latinoamericano son, por un lado, los delitos más clásicos (atentadoS contra la integridad de los datos y acceso ilícito) y, por otro, el delito relacionado a la pornografía infantil como contenido (difusión, comercialización, etc.), atendiendo a la importancia que representa la integridad de los menores como bien jurídico protegido.

Basados en este mismo estudio, se demuestra que los países latinoamericanos presentan un marcado cuadro de falta de homogeneización en el ámbito sustantivo de la normativa penal aplicable a los delitos informáticos. Entre los principales factores para ello, se da el hecho de que dichos Estados han optado por diversas posturas político-criminales respecto de sus formas de regular, lo que como resultado una amplia gama de marcos penales.

Algunos de los países que formaron parte del estudio han optado por la sanción de leyes especiales, donde en los casos más destacados (caso de República Dominicana) incorporan conceptos propios, principios, parte penal material, parte procesal penal, e incluso a través de las mismas normas se han generado los organismos dedicados a su investigación y persecución. Otros tantos países (la mayoría) han optado por modificaciones parciales a sus Códigos Penales vigentes, adaptando las figuras penales clásicas a fin de que sea posible su aplicación en los delitos informáticos.

La falta de armonización a nivel regional observada en el estudio reconoce diferencias en dos niveles. En el primero de ellos se observan diferencias entre los países sobre los criterios políticos para la consideración sobre si tal acción lesiva debe ser o no sancionada como delito penal. En un segundo nivel, dentro de aquellos países que han dado respuesta positiva al primer nivel, se advierten diferencias en cuanto a los elementos y criterios penales considerados como necesarios para la configuración de un tipo penal en particular.

5. El desafío del Hacking as a Service (HaaS)

Según un estudio realizado por la empresa de seguridad informática McAfee¹⁵ sobre las predicciones en materia de riesgos informáticos, el futuro está marcado por la aparición de una nueva gama de servicios: Hacking as a Service (HaaS). La proliferación de vulnerabilidades en los sistemas, combinada con un incremento de usuarios de escasos cono-

15 McAfee Labs, «Threats Predictions», 2013.

cimientos técnicos que se suman a la nueva generación de redes como Facebook, Twitter, Whatsapp, Line, entre otros, generan en el mercado negro de la informática un servicio destinado a satisfacer la necesidad de muchas personas que navegan la red en busca de «*hackers* privados» que les ofrecen la posibilidad de acceder a las cuentas de correo de sus parejas, ex parejas, jefes, empresas, etcétera.

Si bien la mayoría de los servicios que pueden ser encontrados en Internet para el usuario tradicional (búsquedas en Google) suele ser una estafa, también es posible encontrar otra gama de servicios más «profesionales», de personas de todas partes del mundo que, con ciertos conocimientos técnicos, encuentran en la delincuencia informática una manera de hacer dinero fácil a distancia. Dentro de la Deep Web¹⁶ es factible encontrar una variedad de *crackers*¹⁷ dispuestos a llevar a cabo una gran cantidad de delitos por la suma adecuada de dinero.

Según un estudio realizado por otra empresa de seguridad, Panda Security,¹⁸ las mafias de ciberdelincuentes que operan en Internet están muy organizadas, tanto desde el punto de vista de visión estratégica como desde la operativa, logística y despliegue de sus operaciones. Además, no sólo pueden parecer verdaderas compañías sino que son organizaciones multinacionales, ya que operan a lo largo y ancho del planeta.

De este último informe, se ha extraído una clasificación publicada por el FBI acerca de las diferentes «profesiones» del mundo de los cibercriminales, en un intento por tipificar las figuras más comunes que podemos encontrar en el proceso mafioso de generar dinero mediante el robo, la extorsión y el fraude a través de Internet.

De acuerdo con el FBI, las organizaciones cibercriminales funcionan como empresas, cuentan con expertos para cada tipo de trabajo y ocupación. A diferencia de una organización empresarial, estos cibercriminales trabajan sin horarios, sin vacaciones y sin fines de semana. Entre las especializaciones más comunes que tipifica el FBI están las siguientes:

1. Programadores. Desarrollan los *exploits* y el *malware* que se utiliza para cometer los cibercrímenes.

16 Deep Web es una importante parte de Internet cuyos contenidos no son indexables, por lo tanto no es posible acceder a través de buscadores clásicos.

17 A fin de distinguir técnicamente los hackers (sentido positivo), los crackers son aquellas personas que utilizan sus conocimientos para realizar daños informáticos de distintos tipos.

18 Panda Security, «El mercado negro del Cibercrimen», 2010.

2. Distribuidores. Recopilan y venden los datos robados, actuando como intermediarios.
3. Técnicos expertos. Mantienen la infraestructura de la «compañía» criminal, incluyendo servidores, tecnologías de cifrado, bases de datos, etc.
4. *Hackers*. Buscan aplicaciones *exploits* y vulnerabilidades en sistemas y redes.
5. Defraudadores. Crean técnicas de ingeniería social y despliegan diferentes ataques de *phishing* o *spam*, entre otros.
6. Proveedores de *hosting*. Ofrecen un entorno seguro para alojar contenido ilícito en servidores y páginas.
7. Vendedores. Controlan las cuentas y los nombres de las víctimas y las proveen a otros criminales mediante un pago.
8. Muleros. Realizan las transferencias bancarias entre cuentas de banco.
9. Blanqueadores. Se ocupan de blanquear los beneficios.
10. Líderes de la organización. Frecuentemente, personas normales sin conocimientos técnicos que crean el equipo y definen los objetivos.

Este estudio¹⁹ indica que las organizaciones cibercriminales se organizan de forma jerárquica, y cada paso diferente de la cadena cuenta no con uno sino con varios especialistas.

Como se observa, existen distintos niveles o grados de profesionalización entre los delincuentes (como en muchos otros delitos) en materia de delitos informáticos. Por lo general, suele pensarse que los delincuentes informáticos actúan de forma aislada, espontánea, independiente, con distintas motivaciones. Sin embargo, el transcurso del tiempo y la experiencia en los delincuentes trae consigo la existencia de redes organizadas dedicadas a la comisión de delitos cada vez más complejos y la problemática está escalando en gravedad debido a la existencia de cada vez mayores redes internacionales dedicadas a este tipo de delitos.

Sobre estas bandas organizadas y relacionados con el delito de la comercialización de pornografía infantil a través de medios informáticos, se pueden citar en Argentina distintos casos de desbaratamientos de complejas redes. En 2013, por ejemplo, a través de la denominada «Operación Oliver»,²⁰ nacida bajo una investigación previa realizada en Londres. A

19 Op. cita 26

20 Secretaría de Comunicación Pública de la Presidencia de la Nación, «La Policía Federal desarticuló una red internacional de pornografía infantil»: <http://prensa.argentina.ar/2013/01/11/37634-la-policia-federal-desarticulo-una-red-internacional-de-pornografia-infantil.php>

través de la misma se realizaron 11 allanamientos en la ciudad de Buenos Aires, 24 en el conurbano bonaerense y 26 en distintas provincias (Salta, Tierra del Fuego, San Juan, Tucumán, Santa Fe, Santa Cruz, Córdoba, Santiago del Estero, Chaco, Entre Ríos y Neuquén), con la imputación de 64 personas involucradas.

6. El desafío de la legislación adecuada

En materia de derecho informático en general, es asumido que el derecho suele llegar bastante más tarde a los hechos que en otras ramas más tradicionales. Ello se debe, en principio, a que el avance de las nuevas tecnologías es más vertiginoso que otros aspectos de nuestra sociedad (familia, laboral, etc.) y genera una dinámica a la que el mundo jurídico no está acostumbrado.

En este contexto, se producen situaciones de propuestas, proyectos o discusiones que pueden durar años y que cuando finalmente son reguladas (bajo alguna postura) por el derecho, dichas regulaciones se encuentran desactualizadas. De allí se debe destacar la vital importancia de una adecuada técnica legislativa al momento de proyectarse algún tipo de normativa que tenga por destino la regulación de las nuevas tecnologías.

Desde el ámbito penal de los delitos informáticos, es necesario considerar que, una vez penalizada cierta actividad, los delincuentes buscan adaptarse a los distintos ambientes, realizan aquello que no estaba previsto o elaboran nuevas técnicas a partir de la creatividad e innovación para terminar ejecutando acciones que aprovechan deficiencias técnicas y legales de la normativa vigente.

Como ejemplo, citamos el caso de la tipificación del *phishing*²¹ en Argentina. El mismo había sido incorporado por el art. 9 de la Ley N° 26388. Es decir, fue incorporado a través del inciso 16 del art. 173, el cual regula los tipos especiales de la estafa del art. 172 (tipo penal básico de estafa).²²

21 Phishing es un término para definir un tipo de abuso informático que se comete mediante el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta.

22 Ley N° 26388 - Artículo 9° — Incorporase como inciso 16 del artículo 173 del Código Penal, el siguiente: Inciso 16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

Recurriendo a la doctrina clásica penal del delito de estafa, para así saber cuando quedará configurado el tipo, citamos la impecable explicación de Edgardo Donna, quien afirma que

es importante aclarar que en la estafa el bien jurídico no es, como podría pensarse, la «buena fe en el tráfico» o la «lealtad en las operaciones» sino el patrimonio. El ardid y engaño previstos en el tipo como formas de comisión constituyen simplemente los medios con los que se produce el daño patrimonial del sujeto pasivo, de modo que el quebrantamiento de la buena fe es el *modus operandi* que va a determinar la lesión jurídica patrimonial, pero no el objeto de la tutela, ni directa ni indirectamente. Si la buena fe fuese el bien jurídico amparado, la consumación del delito debería producirse con la sola realización del engaño, sin necesidad de que ocasione perjuicio patrimonial alguno, solución que resulta inaceptable desde el punto de vista legal (Donna y Fuente, 2000:57).

En conclusión, para que quede configurado el delito de estafa (y por lo tanto el caso especial propuesto en el inc. 16 para el *phishing*), debe existir primero el ardid o engaño y luego un perjuicio patrimonial consecuencia de dicho engaño. De aquí se puede deducir que el *phishing* en realidad no está penalmente tipificado en Argentina, al menos no hasta que en dichas acciones exista un perjuicio patrimonial que permita la aplicación del tipo de estafa, algo que en una gran parte de los casos de *phishing* de cuentas privadas (mails, redes sociales, etc.) nunca sucederá.

Lo que se puede inferir de modo general, dado que la complejidad del tema merece un desarrollo propio que se ha realizado en otras ocasiones (Temperini, 2011), es que en realidad lo que se terminó tipificando a través del citado artículo 173 inc. 16 de la norma argentina es un caso de estafa informática. No obstante, el tipo penal adolece de otros grandes problemas técnicos para su aplicación práctica, por lo que termina siendo aplicado el tipo básico de estafa.

En el caso de intentar tipificar el *phishing*, se debe considerar que el bien jurídico a proteger no es el patrimonio sino la información y, más precisamente, su confidencialidad. El autor de este artículo ha contado con la oportunidad de proponer un Proyecto de Ley para la tipificación de la «Captación Ilegítima de Datos Confidenciales» (*phishing*). El mismo ha sido presentado en el Honorable Senado de la Nación Argentina, bajo el N° de Expediente S-2257/11, a través de la senadora nacional María de los Ángeles Higonet. Dicho proyecto de ley, junto con otro proyecto en el cual también se ha participado de su redacción (destinado a la tipificación

de la Suplantación de Identidad Digital) han sido oportunamente defendidos en la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación.

Más allá del caso puntual del *phishing* en nuestro país, que a los fines del presente trabajo tiene más un efecto ejemplificador que otra cosa, a modo general y de cierre del presente desafío se debe considerar la necesidad de un importante trabajo a nivel legislativo para que, sin caer en la generación de una multiplicidad de tipos penales inútiles para la práctica (con el consecuente problema de la expansión penal), se disponga de una legislación adecuada, técnica y jurídicamente, que realmente sea eficaz para combatir el cibercrimen.

7. Conclusiones

Como se ha podido observar a lo largo del trabajo, el estado de situación actual en materia de cibercrimen presenta variados y complejos desafíos que deben ser seriamente analizados a fin de buscar alternativas para su superación o, al menos, su mitigación.

La falta de estadísticas oficiales en Argentina es un serio problema que debe ser abordado tan pronto como sea posible para que, dentro de un plazo razonable, se pueda contar con un diagnóstico real sobre la situación en el país.

Se destaca además la relación de esta problemática con la inexistencia de organismos o dependencias dedicadas a la recepción de denuncias y asesoramiento de las víctimas de delitos informáticos, independientemente del lugar en que se encuentren (sistema o red pensado sobre un sistema federal).

Argentina debería contar con un Centro de Atención de Respuestas 24x7 (en coincidencia con las recomendaciones internacionales) que cuente con recursos humanos capacitados y los recursos técnicos necesarios para ejecutar las tareas de asesoramiento, recepción de denuncias e investigación y, en los casos que correspondan, ejecutar la derivación de las denuncias con las autoridades locales adecuadas, de acuerdo con el domicilio de la víctima.

El desafío de la falta de denuncias por parte de las víctimas (cifra negra) debe ser abordado a través de la difusión y concientización de la problemática a nivel social, combatiendo las principales causas: falta de confianza en la Policía y en la justicia; el hecho de que el aparato penal carezca de plataforma idónea para abordar ni siquiera con un mínimo de éxito la solución del conflicto social base; el desconocimiento de que se haya cometido un delito.

La necesidad de considerar la «confidencialidad como requisito» en la lista de causas de la cifra negra se hace imprescindible, con el razonamiento y la experiencia de que la difusión pública del incidente informático puede ocasionar a la víctima serios perjuicios (por estar afectados bienes jurídicos de difícil reconstrucción, tales como la imagen, honor o reputación), los cuales en determinados casos pueden ser un daño considerablemente mayor al ya sufrido en el propio delito informático.

El incremento observado sobre la oferta de servicios ilegales ofrecidos en Internet, bajo la modalidad de Hacking as a Service (HaaS), donde es posible encontrar una variada gama de *crackers* dispuestos a realizar distintos tipos de delitos informáticos a cambio del precio adecuado, es una problemática que también debe ser abordada a fin de contener la ramificación de las bandas dedicadas al cibercrimen.

Se requiere considerar la especialización creciente en las bandas organizadas, acentuando la división de tareas en distintos tramos de delitos complejos, donde los niveles de riesgos asumidos por parte de delincuentes corresponden con las correlativas ganancias.

En cuanto al desafío de la coordinación penal, se destaca la necesidad de mejorar los niveles de armonización, coordinación y actualización legislativa en la materia, tanto a nivel nacional como regional (latinoamericano), con la finalidad de mitigar la existencia de «paraísos legales» que favorezcan los asentamientos de bandas dedicadas a la ciberdelincuencia.

A nivel nacional, se deja constancia sobre la heterogeneidad de situaciones hacia el interior de nuestro país, por lo que se propone considerar la necesidad de generación de una «Red Nacional de Cooperación en materia de Delitos Informáticos», con el objeto de que aquellas provincias que aún no tienen una estructura armada en la materia puedan acceder a los avances y experiencias de otras con mayor desarrollo, incentivando así la generación de canales ágiles para los casos nacionales que requieran colaboración interjurisdiccional.

A modo de reflexión final sobre lo trabajado, se concluye que el estado de situación en Argentina con relación a la lucha contra el cibercrimen, presenta variados y diversos desafíos. La sanción de la llamada Ley de Delitos Informáticos debe ser un puntapié inicial y un fin en sí mismo.

La superación o mitigación de estos desafíos involucra aspectos técnicos, jurídicos, socioculturales y políticos que requieren de un abordaje responsable e interdisciplinario por parte del Estado, basado en la previa comprensión y dimensionamiento de la problemática que implica el cibercrimen en Argentina.

Referencias bibliográficas

- ALLER, Germán (2006). Cuestiones Victimológicas de Actualidad: Origen de la Victimología, Seguridad, Cifra Negra, Personalización del Conflicto y Proceso Penal. Revista *ILANUD* N° 27.
- COUNCIL OF EUROPE. *Convenio de Cibercriminalidad de Budapest*. Budapest, 23 de noviembre de 2001. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/tcy/ETS_185_spanish.pdf [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- CYBERCRIME COORDINATION UNIT SWITZERLAND (CYCO). Disponible en: <http://www.cybercrime.admin.ch/content/kobik/en/home/meldeformular.html> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- DIARIO *CLARÍN* (11/06/2013). Hackeamos a cualquiera en cualquier parte del mundo. Disponible en: http://www.clarin.com/mundo/Hackeamos-cualquier-parte-mundo_0_935906490.html [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- DIARIO *CLARÍN* (30/07/2010). La Casa Blanca implora a WikiLeaks que no filtre más documentos sobre la guerra. Disponible en: http://www.clarin.com/mundo/Casa-Blanca-implora-WikiLeaks-documentos_0_307769448.html [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- DIARIO *UNO* (05/08/2013). Hackearon el mail de un santafesino para estafar a sus contactos. Disponible en: <http://www.unosantafe.com.ar/santafe/Hackearon-el-mail-de-un-santafesino-para-estafar-a-sus-contactos-20130805-0018.html> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- DONNA, Edgardo y FUENTE, Esteban Javier (2000). *Aspectos generales del tipo penal de estafa*. Revista de Derecho Penal, N° 2000-2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- FORO DE ESTUDIOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. *Índice de Confianza en la Justicia*. Disponible en: <http://www.foresjusticia.org.ar/investigacion-detalle.asp?IdSeccion=17&IdDocumento=68&Idcategoria=22> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- ICIC. *Guía Práctica para realizar denuncias ante un posible delito informático*. Disponible en: http://www.icic.gob.ar/archivos/instructivo_denuncias.pdf [consultada: 27 de noviembre de 2013].
- INTERNET CRIME COMPLAINT CENTER (IC3). En Estados Unidos fue establecido por una asociación entre el FBI y el NW3C (National White Collar Crime Center). Disponible en: <http://www.ic3.gov> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- MCAFEE LABS (2013). *Threats Predictions*. Disponible en: <http://www.mcafee.com/us/resources/reports/rp-threat-predictions-2013.pdf> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- NACIONES UNIDAS (2013). UNODC. *Comprehensive Study on Cybercrimen*. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/organizedcrime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf consultado: 27 de noviembre de 2013].

- PANDA SECURITY (2010). *El mercado negro del Cibercrimen*. Disponible en: <http://prensa.pandasecurity.com/wp-content/uploads/2011/01/Mercado-Negro-del-Cybercrimen.pdf> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- PANDA SECURITY (2010). *El mercado negro del Cibercrimen*. Disponible en: <http://prensa.pandasecurity.com/wp-content/uploads/2011/01/Mercado-Negro-del-Cybercrimen.pdf> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN. *La Policía Federal desarticuló una red internacional de pornografía infantil*. Disponible en: <http://www.prensa.argentina.ar/2013/01/11/37634-la-policia-federal-desarticulo-una-red-internacional-de-pornografia-infantil.php> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- SYMANTEC (2011). *Norton Cybercrime Report 2011*. Disponible en: http://www.symantec.com/content/en/us/home_homeoffice/html/ncr/ [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- TEMPERINI, Marcelo. *Delitos Informáticos en Latinoamérica: Un estudio de derecho comparado*. 1ra. Parte. Publicado en el 1er. Congreso Nacional de Ingeniería Informática y Sistemas de Información.
- TEMPERINI, Marcelo (2011). Phishing: Tipo penal en Argentina y sus consecuencias. *Segu-Info*. Disponible en: <http://blog.segu-info.com.ar/2011/02/phishing-tipo-penal-en-argentina-y-sus.html#axzz1rdt8VTWf> [consultado: 27 de noviembre de 2013].
- UNIDAD ESTATAL DE DELITOS ELECTRÓNICOS E INFORMÁTICOS. Fiscalía General de Chihuahua, México. Disponible en: http://fiscalia.chihuahua.gob.mx/intro/?page_id=3029 [consultado: 27 de noviembre de 2013].

Marcelo Temperini

Abogado, especializado en Derecho Informático. Codirector de la Fundación EIDerechoInformático.com. Doctorando Conicet en investigación de Delitos Informáticos y Cibercrimen en el Centro de Investigaciones (FCJS–UNL). Prosecretario en la Comisión Derecho Informático y Nuevas Tecnologías del Colegio Público de Abogados de Santa Fe, 1ra. Circunscripción Judicial. Vocal titular y miembro de la Asociación de Derecho

Informático de Argentina (ADIAr). Técnico analista de seguridad y vulnerabilidad de Redes de Información. Socio fundador de AsegurarTe, empresa de Consultoría y Gestión de la Seguridad de la Información. Responsable del Departamento de Investigación y Desarrollo. Colaborador de la iniciativa del Observatorio Iberoamericano de Protección de datos.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Marcelo Temperini

«EL DESAFÍO DE LA LUCHA CONTRA EL CIBERCRIMEN EN ARGENTINA», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 31–51.

3 EL DERECHO DEL AMBIENTE A ESTAR SANO, HACIA UNA CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

Nadia Bernhardt

RESUMEN

En el presente texto se pretende reflexionar sobre algunas de las problemáticas que actualmente rodean al derecho ambiental. Se procede a estudiar las implicancias del reconocimiento de derechos a la naturaleza en diversos ordenamientos jurídicos y su incidencia en la legitimación procesal de la misma para reclamar por los daños sufridos. Luego, se busca poner de resalto como es que dicho reconocimiento de derechos se traduce en el caso concreto, al arribar a diferentes soluciones según que la naturaleza sea sujeto u objeto de derechos. A estos fines se utiliza lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo dictado en la conocida «Causa Mendoza» sobre daño ambiental. Por último, se exponen las posibilidades de reconocimiento de estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico y su operatividad funcional.

PALABRAS CLAVE

daño ambiental, sujeto de derecho, derechos de la naturaleza, legitimación procesal.

ABSTRACT

This paper tries to make a reflection about some current issues related to the Environmental Law. First are studied the implications which the recognition of Nature Rights have in different legal systems and their impact on the procedural legitimacy to claim for its damages. After that, is highlighted how this recognition of rights can be translated on the specific case, leading to different solutions according to the consideration of nature we have: Nature as subject or object of rights. In order to do it, was taken what was established by the Supreme Court of Argentina in its judgement of the case known as «Mendoza» about environmental damage. Finally are expounded the possibilities of recognition of these rights in our legal regime and its functional operation.

KEY WORDS

environmental damage, subject of rights, nature rights, procedural legitimacy.

1. Introducción

Pocas ramas del Derecho han sabido experimentar un desarrollo tan grande en tan poco tiempo como sucedió con el Derecho Ambiental. Este espectacular avance se verifica tanto en los niveles nacionales como en el ámbito internacional.

Ahora bien, es de importancia tener presente que este gran desarrollo normativo no apareció de forma casual. Muy por el contrario, debemos partir de la idea de que el Derecho como tal no es algo que esté dado, sino que es un producto cultural (Flores Mendoza, s/f) y responde —o debería— a las demandas de la sociedad en la que rige. Como se expresó antes, esta rama del Derecho conoció un crecimiento inusitado en casi todas las geografías del planeta. La pregunta es: ¿por qué sociedades tan disímiles se «pusieron de acuerdo» en establecer regulaciones en materia ambiental (de mayor o menor rigor) casi al mismo tiempo?

Una de las grandes razones fue la degradación ambiental que comenzaba a hacerse evidente luego de siglos de capitalismo a gran escala y de una extracción desenfadada de recursos, fruto de la concepción de que los componentes de la naturaleza son inagotables y pueden ser saqueados de acuerdo con las demandas marcadas por la sociedad de consumo, creada con el objetivo de expandir el mercado y colocar la inmensa cantidad de productos industriales.

Pues bien, en principio, los numerosos informes y estudios sobre el estado del ambiente no tuvieron como efecto la sanción de normas protectorias, ese era un tópico que aún no entraba en discusión. De hecho, se confeccionaron reglas nuevas que permitieran administrar la explotación de los recursos disponibles a los fines de que el modo de producción que había generado la crisis ambiental obtuviera un nuevo aliento de vida para seguir manejando la economía a escala global y maximizar beneficios durante un tiempo más. Fue recién en la Conferencia de Estocolmo de 1972 cuando se debatió concretamente sobre el deterioro ambiental a nivel internacional y se llegó a la conclusión de que la contaminación tenía impactos altamente negativos en la salud humana.

La adopción de textos sumamente protectorios y comprometidos con el cuidado del medio ambiente, aunque implica un gran avance al consagrar una protección jurídica, no garantiza la solución. Se afirma fundamentalmente que la protección efectiva del ambiente demanda no tanto respuestas legislativas sino más bien un planteo profundo de nuestra relación con la naturaleza y hacia dónde vamos como sociedad.

En algunos países este replanteo de las relaciones humano-naturaleza ya se ha comenzado a desarrollar a partir del reconocimiento de derechos a la naturaleza. Es el caso de Ecuador, que le otorgó derechos a la «Pachamama» en su reforma constitucional de 2008, y Bolivia hizo lo propio en 2010 al sancionar la Ley de la Madre Tierra y en 2012 al dictar la Ley Marco de Derechos de la Madre Tierra y de Desarrollo Integral para Vivir Bien. En estos países se ha pasado de un modelo antropocéntrico, que encontraba al hombre como centro de la legislación y que consideraba a lo demás como «cosas», a un modelo que cree que la propia naturaleza puede ser sujeto de derechos. En materia ambiental este cambio se ve materializado en que, además del derecho humano al medio ambiente sano, existiría el propio derecho de la naturaleza a estar sana.

La primera parte de este artículo trata de realizar un recorrido por los principales interrogantes que se generan a partir del reconocimiento de derechos a la Madre Tierra y que, fundamentalmente, se ubican en torno a su operatividad funcional, esto es, a la posibilidad concreta de que la naturaleza reclame por los daños que pueda sufrir a manos de los humanos.

A estos efectos es que, en la segunda parte de este artículo, se realiza un estudio de caso para poner de resalto las implicancias que tiene en lo concreto el hecho de considerar a la naturaleza como sujeto de derechos o no hacerlo. Se opta por la emblemática «Causa Mendoza», uno de los paladines de lucha en el Derecho Ambiental de nuestro país y se procede a comentar la resolución brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para, posteriormente, considerar qué más podría haber sido sopesado si en nuestro ordenamiento jurídico la naturaleza fuese sujeto y no objeto de derechos.

Por último, se analiza la cuestión de las herramientas procesales que podrían ser útiles a los fines posibilitar el ejercicio de la acción y la intervención de la propia naturaleza como afectada en un proceso judicial.

2. Implicancias del reconocimiento de derechos a la Madre Tierra

Como se ha expresado, en países como Ecuador y Bolivia la naturaleza ha pasado de ser objeto de derecho a sujeto de Derecho. Tal modificación de estatus no es meramente formal, sino que «implica un cambio radical en los conceptos de ambiente, desarrollo y justicia» (Gudynas, s/f:240). Por un lado, significaría un cambio en la visión que tenemos de la naturaleza, y nuestra forma de relacionarnos con ella. Implica entrar en discusión con uno de los pilares del pensamiento occidental que hasta ahora

había sido sacralizado. Nuestra cultura se ha desarrollado sobre la idea de la separación del hombre y la naturaleza; de hecho, más que una separación, es casi un enfrentamiento. La naturaleza ha sido vista como algo que puede ser saqueado y dominado, es ella la que asegura el crecimiento económico, el progreso y el ansiado desarrollo. Esta visión es definida como «una perspectiva que se encierra dentro de unos límites de hierro dados por una valoración en función de la utilidad o beneficio personal» (Gudynas, s/f:254).

La idea de Pachamama, en cambio, plantea una relación totalmente distinta. Exige un tipo de vínculo igualitario con lo natural, ya que los seres humanos nos encontramos inmersos en ella, no separados. Atribuirle derechos a la naturaleza implica reconocer en ella un valor intrínseco, por lo tanto, pasaría a ser un fin y no un medio, sea en su conjunto o en sus elementos constitutivos. Sus derechos y su valor moral son independientes de cualquier beneficio o utilidad para los seres humanos.

Como se expresó, la Constitución ecuatoriana reconoce derechos a la Pachamama, y lo hace de forma indubitable: artículo 7: «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos». Vemos entonces que se dice de forma clara que la naturaleza tiene derecho al respeto y a mantener su propio equilibrio. En los artículos posteriores se exterioriza otra interesante idea puesto que, en caso de que el mandato constitucional de respeto a la naturaleza no fuese cumplido, ella misma tendrá derecho a la restauración.

La conservación de la naturaleza establecida en Ecuador como mandato constitucional, y en Bolivia por vía legal, se presenta como alternativa a la concepción occidental de la conservación conforme a la utilidad o la belleza. La creación de áreas protegidas suele estar destinada a espacios con gran diversidad biológica o belleza particular, pero esa valoración se hace sobre la base de nuestras propias nociones de estética o belleza. Protegemos los espacios como santuarios al crear parques nacionales, y fuera de ellos explotamos sin miramientos. Las especies animales y el ambiente se protegen como derechos humanos, de las generaciones presentes, o en pos del cuidado de las generaciones futuras, pero no porque la naturaleza tenga un valor en sí misma y tenga derecho a estar sana.

Muy a menudo se rechazan los derechos de la naturaleza porque se cree que impondrán un freno al crecimiento económico. Esto es un gran error, porque los derechos de la naturaleza sugieren realizar actividades

económicas pero que sean viables para no destruir ecosistemas ni extinguir especies. Podemos interactuar con la naturaleza respetando sus ritmos, sus capacidades de carga, tasas de reproducción, etcétera.

Los derechos de la tierra imponen simplemente una revisión de nuestra forma de producción y de nuestro comportamiento de consumo. Nos incitan a actuar de forma responsable con la naturaleza que nos rodea, pero de ningún modo requieren hundirnos en la pobreza y en la miseria.

Tampoco implican dejar de lado los derechos humanos y renunciar a ellos en pos del cuidado de la naturaleza. Por el contrario, el derecho humano al medio ambiente sano y el derecho de la naturaleza a estar sana podrían articularse, verse como las dos caras de una misma moneda, reforzarse entre sí para avanzar en una protección real. Articular derechos de la naturaleza y humanos en una noción de «buen vivir» o «vivir bien».¹ Dicha noción recupera cosmovisiones indígenas ancestrales y aparece en los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Bolivia a partir del reconocimiento de derechos a la Madre Tierra.

Ahora bien, una vez reconocidos los derechos a la naturaleza, pueden llegar a plantearse dudas acerca de cómo sería posible que ésta se defendiera o accionara en caso de sufrir un daño. Inmediatamente se advierte que la naturaleza no puede acudir por sí misma a los tribunales, pero no por eso debemos pensar que una vez reconocidos sus derechos éstos no poseerían operatividad. Para ello sería interesante proceder primero a un estudio de caso a partir de la «Causa Mendoza», a los fines de analizar posteriormente cuáles serían las implicancias si la naturaleza también hubiese podido ser considerada como legitimada activa en el proceso.

1 Ley N° 300/2012, Bolivia, Ley Marco de Derechos de la Madre Tierra para el Desarrollo Integral y Vivir Bien, art. 5. 2: «Vivir Bien. Es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo, la modernidad y el desarrollo, nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígenas originarios, y es concebido en el contexto de la interculturalidad, entendido como ámbito cultural, social, económico, ambiental y práctico que permite el encuentro armonioso entre el conjunto de seres y la Madre Tierra. Desde esta perspectiva esta concepción significa vivir en armonía, en complementariedad, en equilibrio afectivo con la naturaleza y las sociedades, en equidad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo».

3. Notas sobre la «Causa Mendoza»

El objetivo de este apartado es poner atención en la emblemática causa del Riachuelo, o «Causa Mendoza», que ha sido uno de los paladines de la lucha contra la contaminación ambiental en nuestro país.

La causa se inició en julio de 2004 cuando un grupo de vecinos, encabezado por Beatriz Mendoza, interpusieron una demanda contra el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas. El objeto de la demanda consistió en la indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo. Con la indemnización solicitada, se buscaba reparar la incapacidad sobreviniente, los gastos por tratamientos médicos, por nueva radicación, daño moral, daño psíquico sufrido por madres, padres e hijos, el daño futuro comprendido por los gastos que habrá que realizar para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo y la pérdida del valor locativo de los inmuebles que habitan, así como el cese de la contaminación y recomposición del daño ambiental colectivo, basándose en la tutela constitucional del derecho al medio ambiente sano establecido en nuestro artículo 41 de la CN y en el artículo 30 de la Ley N° 25675.

El 20 de junio de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con base en el principio de progresividad, intimó a los demandados a que presenten un plan de saneamiento de la cuenca y a las empresas a que informen sobre los recaudos que toman para detener y revertir la contaminación de la zona. Asimismo, se solicitó a los demandados que a través de sus respectivas compañías de seguros crearan un fondo de restauración ambiental para proceder a la reparación, y se requirió el establecimiento de un programa de educación ambiental a los fines de generar en los ciudadanos valores, comportamientos y actitudes que fueran acordes a un ambiente equilibrado y que promuevan la preservación de los recursos naturales y su utilización para el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

El 5 de septiembre se realizó la primera audiencia pública ante la Corte, en la que el gobierno nacional, junto con el gobierno de la provincia de Buenos Aires y el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires presentaron un Plan de Saneamiento del Riachuelo y la creación de un Comité de Cuenca interjurisdiccional. Además, se manifestaron las ONG que actuaban como terceros e hicieron hincapié en cuestiones relacionadas con la forma en que se encararían los diversos planes por parte del Estado, el rol de la Corte, la asistencia sanitaria y la responsabilidad por el daño ambiental.

En febrero de 2007 se llevó a cabo una nueva Audiencia Pública en la que la secretaria de Ambiente, Romina Picolotti, expuso ante la Corte Suprema de Justicia los avances realizados desde la presentación del Plan de Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo seis meses atrás.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió designar peritos independientes nombrados por la Universidad de Buenos Aires para realizar un informe sobre la factibilidad del Plan de Saneamiento del Riachuelo presentado por el Estado nacional en conjunto con el gobierno de la provincia de Buenos Aires y el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Finalmente, el 8 de julio de 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo histórico en la causa por medio del cual se obligó a los tres niveles del Estado a cumplir con la propuesta que ellos mismos habían realizado en la sustanciación del proceso judicial, ya que son responsables de la prevención y recomposición del daño ambiental existente en la cuenca. Actualmente, luego de algunos traspies, este plan de saneamiento se encuentra en curso de cumplimiento.

3.1. Algunas consideraciones del caso

En este emblemático proceso de la lucha por el ambiente sano parecen haberse oído todas las voces, y es un gran avance la instrumentación de las audiencias públicas en la democratización del proceso de discusión sobre derechos colectivos. Han intervenido las personas reclamando por la afectación al derecho a la salud (entre otros) que el ambiente degradado les ha ocasionado. Fueron escuchadas las ONG en reclamo de la protección de los derechos colectivos comprometidos en el litigio. Oportunamente fueron oídas las empresas demandadas y los tres niveles del Estado.

Sin embargo, el principal afectado no sólo no fue oído sino que directamente fue acallado por un ordenamiento jurídico construido sobre bases antropocéntricas, que invisibilizó su consideración moral y, por lo tanto, la posibilidad de proceder a una evaluación del daño que el mismo sufrió a causa de la contaminación.

Es que en un análisis profundo es posible advertir que el río y la cuenca Matanza-Riachuelo son los verdaderos y directos afectados de la contaminación llevada adelante por las industrias que están ubicadas en su ribera. Es el río el que ha visto disminuida la calidad de su agua, desaparecer todo el rastro de la vida que se encontraba alojada en su interior por hallarse enfermo a causa de todas las sustancias tóxicas que se han vertido sobre

él. Es la tierra circundante la que ha sido menoscabada por estas mismas sustancias tóxicas y la basura que se ha desechado sobre ella. Es la atmósfera la que se ha viciado a causa de la interacción con los elementos del ambiente que se han degradado. Es la flora y la fauna del lugar la que ha desaparecido o la que se ha envenenado debido a la acción de las empresas y la inacción del Estado en su protección.

Las personas sin dudas han sufrido daños gravísimos que corresponde indemnizar, pero lo cierto es que son afectadas indirectas. Su daño se ha generado por la interacción con todos los componentes del ecosistema de la cuenca Matanza-Riachuelo que han sido contaminados.

Nuestro Derecho Positivo no contempla los llamados «derechos de la naturaleza», y por lo tanto, no se considera que la misma pueda ser sujeto de derecho. No se establece que las personas tengamos deberes hacia la naturaleza considerada en sí misma, sino solamente porque se entiende que cuidar el ambiente implica beneficiarnos a nosotros mismos y a las generaciones futuras. La naturaleza, por lo tanto, aparece en nuestro derecho, considerada como un medio y no como un fin en sí mismo.

En consecuencia, sólo existe el «derecho humano al medio ambiente sano», pero no «el derecho de la naturaleza a estar sana», al margen de las implicancias peligrosas que su daño pueda traer a las personas que habitan en contacto con ella. De esto surge que la degradación de lo natural sólo es jurídicamente relevante cuando pueda acarrear perjuicios para la vida humana, para la salud, o poner en peligro la posibilidad de que las generaciones futuras se sirvan de sus recursos.

En la propia «Causa Mendoza», la Corte mencionó en su sentencia la presencia de ciertos deberes de cuidado hacia el ambiente que estarían en cabeza de los individuos, y lo hizo en estos términos:

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo.²

2 CSJN, causa «Mendoza Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros», sentencia del 20/06/06, considerando 18, párrafo cuarto.

Sin embargo, es notoria la presencia de la concepción antropocéntrica, pues hace referencia a una serie de deberes indirectos hacia la naturaleza en términos kantianos. No se justifica el deber humano como correlato de un derecho de la naturaleza a ser cuidada y respetada, no se considera que sea moralmente bueno *per se* proceder de esta forma, sino que deberíamos comportarnos de esta manera porque, de lo contrario, nos estaríamos haciendo daño. Este «deber» no hace más que poner de resalto la idea de la consideración moral humana como única posible.

3.2. ¿La cuenca Matanza–Riachuelo podría tener legitimación procesal?³

Como antes se afirmó, el río y los diversos componentes del ambiente son los afectados directos de la acción contaminante del hombre. Al ser damnificados, sería totalmente lógico que pudiesen reclamar su restauración a fin de retornar al estado de salud del que gozaban antes de sufrir la acción contaminante.

En principio, y para una visión jurídica tradicional, resulta casi gracioso pensar la escena. Más extraño aún sería imaginar al río o alguno de sus componentes vivos y no vivos promoviendo una demanda.

Tal vez la imagen más cercana que se podría construir sería a partir del clásico cuento: «Alicia en el País de las Maravillas». Ese lugar descabellado y mágico al que Alicia accedió luego de caer en un pozo para poder perseguir a un conejo blanco vestido con un saco y portando un reloj. Fue allí mismo donde la pequeña presenció un juicio en el cual se trataba el complejo problema de la desaparición de las tartas que habían sido preparadas por la reina. En el transcurso del proceso, en calidad de testigos intervinieron tanto humanos como no humanos, e incluso el jurado estaba compuesto por lagartijas, pájaros y liebres, entre otros animales (Carroll, 2009). Pues bien, aunque sea cierto que en el «País de las Maravillas» podía pasar casi cualquier cosa, no fue allí únicamente donde los no humanos pudieron intervenir en un proceso judicial.

En 1650 se celebró, en la abadía de Santa María de Párraces, en España, el «Proceso a las langostas de Segovia» por la destrucción de las cosechas.

3 La idea para el nombre del apartado es tomada del título del texto: «¿Los Árboles deberían tener legitimación procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales» de Christopher Stone (2009).

En el mismo, los miembros del Tribunal representaban respectivamente a la Virgen María como juez de la causa, a los santos Gregorio Magno, Gregorio Nacianceno y Gregorio Ostiense como fiscales (eran los protectores del campo), un vecino como abogado defensor de las langostas y San Antonio de Padua como notario. El interés de la Iglesia residía en que la plaga impedia a los fieles cosechar, y por lo tanto la Iglesia no percibía el tributo establecido. Luego de ser oídas todas las partes, el Tribunal condenó a las langostas al destierro, emplazándolas a abandonar la comarca en el plazo de tres días bajo apercibimiento de excomunión (Sanz Larocca, 2008).

Este proceso fue celebrado (entre otros tantos de similares características) porque en la Edad Media se encontraba muy difundida la creencia de que los animales tenían responsabilidad moral por sus actos y que podían ser castigados cuando los mismos eran dañinos. Sin embargo, esta idea fue admitida tan sólo en el viejo Derecho Penal.

Se generó entonces un régimen dualista; por un lado, lo no humano podía ser sujeto de Derecho en materia penal, siendo condenado o absuelto. Por el otro, el Derecho Civil tradicional jamás los consideró sujetos de Derecho. Por el contrario, fueron «objetos de Derecho» desde que los códigos modernos ubicaron a los animales entre las cosas, bajo la denominación de semovientes «cosas que pueden moverse por sí mismas» (Kemelmajer de Carlucci, 2009).

Esta arcaica idea fue retrucada por diversos autores que incluso formularon críticas provenientes de la filosofía moral. Una de los planteos más interesantes a estas nociones netamente antropocéntricas del Derecho ha venido de la mano de un jurista norteamericano llamado Christopher Stone. En su obra *¿Los árboles deberían tener legitimación procesal?*, Stone plantea la atribución de derechos legales a los llamados «objetos naturales» que constituyen el medio ambiente. Al comienzo de su exposición realiza una interesante observación: «Según Darwin la historia del desarrollo moral del hombre ha sido una expansión continua del objeto de sus "instintos y simpatías sociales". La historia del derecho sugiere una evolución parecida» (2009).

Para respaldar estas afirmaciones realiza una reconstrucción histórica de diferentes sujetos de Derecho que en su momento fueron considerados como cosas y que resulta impensable e indigno entenderlos de esa manera. Así sucedió con los niños en el Imperio Romano, los prisioneros, los extranjeros, las personas con discapacidad, los indios y, hasta no hace mucho tiempo, con las mujeres. Asimismo, la persona jurídica es un ser incorporeal, inexistente en la realidad y no por eso se le niegan derechos,

incluso, en numerosos países se han delineado los principios de su responsabilidad penal.

Se tiende a pensar que las «cosas» carecen de derechos como algo natural y no como una mera convención legal. Siempre que surge un reclamo en pos de la obtención de derechos a un colectivo que hasta el momento permanecía como objeto de Derecho la propuesta resulta casi cómica. Hasta tanto los derechos no sean otorgados, sólo podremos ver a ese colectivo como una cosa de la que podemos servirnos. Otros autores, como Peter Singer (s/f), se han valido del mismo respaldo para plantear que los animales pueden ser considerados como sujetos de Derecho.

Sin embargo, esta cosificación de todo lo que no sea humano se ha revertido en numerosas legislaciones otorgando derechos a los animales no humanos e incluso (en algunos casos) a la propia Madre Tierra.

El artículo 90 del Código alemán dice: «Los animales no son cosas. Están protegidos por leyes especiales. Las disposiciones acerca de las cosas se les aplicarán de forma análoga siempre y cuando no esté establecido de otro modo». Algo similar regulan los Códigos de Suiza y Austria.

La legislación francesa va un poco más allá al consagrar derechos específicos en cabeza de los animales. El artículo 8 de la ley del 10/7/1976 establece que: «Todo animal tiene derecho a una alimentación, a cuidados y a condiciones ambientales adecuadas»; y el artículo 9 de la misma ley sostiene: «Todo animal, por ser un ser sensible, debe ser colocado por su propietario en condiciones compatibles con los imperativos biológicos de su especie» (Kemelmajer de Carlucci, 2009). Además, hace muy poco se efectuó una modificación en el Código Civil Francés a los fines de considerar jurídicamente a los animales como «seres sensibles», para armonizar su calificación jurídica con el valor que los mismos representan para sus dueños.

Queda claro, entonces, que en diferentes regulaciones se ha abandonado el viejo paradigma cartesiano que entendía a los animales como cosas comparables con un mecanismo de relojería (Descartes, 2006). Este paradigma, en cambio, fue reemplazado por uno nuevo, más acorde a las diversas investigaciones científicas que dictaminaron que los animales son seres sintientes, que poseen diversos niveles de inteligencia y que, por lo tanto, no pueden ser comparables con un objeto inanimado.

4. La operatividad procesal de los derechos de la naturaleza

Anteriormente se habló de aquellas legislaciones en las cuales la naturaleza ha pasado a ser un sujeto de Derecho, pero seguramente aún es difícil imaginar a la Pachamama interponiendo una demanda a fin de conseguir la restauración del daño sufrido a causa de la contaminación.

Antes de contribuir a la construcción de la imagen mental de la escena, sería interesante detenerse en una serie de requisitos que el jurista norteamericano Christopher Stone estableció para que se pueda considerar que se es titular de derechos legales. En primer lugar, la cosa debe poder interponer acciones legales en nombre propio; en segundo lugar, para determinar la compensación judicial debe medirse el daño que se le causa a la cosa en sí misma; y por último, que cualquier compensación se produzca en beneficio de la cosa en sí misma.

Es posible comprobar que en nuestro Derecho local sólo los humanos reunimos esos requisitos. Esto fue lo que hizo posible que en el caso del Riachuelo, donde se sigue un proceso por la responsabilidad a causa de la contaminación ambiental, sólo se ponderan los daños a la salud de las personas, el daño moral, y eventualmente el menoscabo a su derecho al medio ambiente sano.

Nuestro Derecho, de corte antropocéntrico, no permite que el Riachuelo, o el ecosistema en su conjunto, accione para reclamar por la contaminación de la que es víctima. De hecho, el caso recién se visibilizó cuando empezaron a notarse los daños en la salud de las personas; pero el Riachuelo hacía mucho tiempo que estaba sufriendo la degradación de sus aguas, la enfermedad de sus peces y de otras formas de vida, así como la disminución de la tierra y calidad del aire circundante, y sin embargo esos daños recibidos directamente por la naturaleza jamás se ponderaron.

Las indemnizaciones fijadas por los tribunales irán a cubrir los daños de los damnificados humanos, y se propenderá a la restauración del ambiente para que sea saludable para los humanos, pero la naturaleza como tal no recibirá nada que le permita reparar sus propios daños. Este ambiente degradado sólo se verá beneficiado por el plan de restauración que lleva adelante el Estado, hasta el punto en que pueda ser considerado sano para el hombre; o sea, recibirá beneficios de forma indirecta. Por lo tanto, si algún elemento del ecosistema no se evalúa como necesario para el hombre, y se determina que su carencia no provoca la degradación de nuestra propia dignidad humana, probablemente no será incluido en la noción de restauración desde el punto de vista antropocéntrico.

Sin lugar a dudas, las personas afectadas merecen una indemnización, han sufrido un daño y éste debe ser reparado integralmente. Pero es interesante poner de resalto que la propia naturaleza también sufrió un daño y es éste el que no está siendo tomado en cuenta ni reparado de forma directa porque no está jurídicamente contemplado que así sea.

Es plenamente posible atribuirle derechos a la naturaleza y a sus diversos componentes. Lo fundamental es descubrir cuáles serían las formas de hacerlos efectivos. Debería realizarse una indagación para notar cuáles son los cambios que nuestra estructura jurídica requeriría para poder hacerlos exigibles.

Pues bien, en este punto el pensamiento de Stone vuelve a ser de gran ayuda. El autor plantea que los problemas legales de los objetos naturales (como los llama) deberían ser solucionados de la misma manera en la que se han tratado los problemas legales de los denominados incapaces.

La propuesta resulta interesante. Retomando el caso del Riachuelo, en vez de que el cauce mismo concurra a los tribunales a demandar (en caso de haber tenido derechos reconocidos y de poder demandar por derecho propio) podría tener un curador que al percibir que aquél se encuentra amenazado pueda presentar una solicitud para ponerlo bajo tutela.

Este guardián o curador tendría a su cargo determinadas tareas de protección respecto del componente de la naturaleza que se ha colocado bajo su guarda (similares a las que tienen los tutores o curadores con sus pupilos) y debería, por ejemplo, inspeccionar periódicamente para constatar su estado y realizar tareas de protección y vigilancia.

Sin dudas, ahora se plantea un nuevo interrogante: ¿cómo sabría el curador qué es lo que quiere el río, el bosque o el puma? Si bien se descarta desde un primer momento la posibilidad de comunicación verbal entre el elemento de la naturaleza y el curador, eso no quiere decir que no haya ningún tipo de señal. De hecho, las dificultades en la comunicación no serán más grandes que las que puede tener un bebé recién nacido con sus padres o una persona con discapacidad mental para dirigirse a su curador. Es más, las necesidades del bosque se comunicarían con más claridad que la una sociedad comercial que (según sus directores) «desea» liquidarse o repartir dividendos. El bosque se secaría, sus árboles se degradarían y eso sería una señal de que desea que se detenga la contaminación y que le sea reparado el daño generado.

Por lo tanto, una sentencia debería incluir no sólo la consideración de los daños humanos ocasionados por las acciones contaminantes sino también

los daños causados al medio ambiente *per se*. Sería la propia naturaleza quien tendría derecho a ser restaurada. En materia de derechos de la naturaleza es central la idea de «restauración»⁴ y no de indemnización, puesto que sino esto llevaría a una especie de mercantilización de la naturaleza, que no condice con las bases de una cosmovisión que recupera saberes ancestrales y que parte de un profundo vínculo entre hombre y naturaleza.

La determinación acerca de qué es lo que sería necesario para recuperar ese equilibrio indudablemente sería una valoración venida del campo de la ciencia. Por esto es que recobra importancia el diálogo entre el jurista y el científico, pero además, articulando con los conocimientos ancestrales de las comunidades del lugar,⁵ con los saberes locales, a fin de recuperar y fortalecer las diferentes cosmovisiones a partir de una relación de consenso y respeto por la diversidad.

5. Consideraciones finales

Como se ha expresado, la consideración de los daños a la naturaleza en sí misma se da a partir del reconocimiento de la misma como sujeto de derechos. Este acontecimiento no implicaría un freno al crecimiento económico, sino que simplemente marcaría directrices y nuevos límites. La economía podría seguir produciendo, pero deberíamos plantearnos cuáles son los parámetros que marcan nuestra relación con la naturaleza. Dentro de la productividad y de las proyecciones económicas deberían incluirse las valoraciones provenientes de lo que para la naturaleza es saludable o al menos aceptable. En este sentido, resulta útil la definición de «aprovechamiento» brindada por el artículo 5 inc. 6 de la Ley Marco de los Derechos de la Madre Tierra para el Desarrollo Integral y Vivir Bien:

-
- 4 La Ley N° 300/2012, llamada Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, en su artículo 5.10, nos brinda un concepto de restauración: «Es el proceso planificado de modificación intencional de una zona de vida o sistema de vida alterado con el objetivo de restablecer la diversidad de sus componentes, procesos, ciclos, relaciones e interacciones y su dinámica, de manera que se aproximen a las condiciones preexistentes al daño, en un tiempo definido. El sistema resultante debe ser auto sustentable en términos ecológicos, sociales, culturales y económicos».
 - 5 Ley N° 300/2012, artículo 4.17: «El Estado Plurinacional de Bolivia asume la complementariedad entre los saberes tradicionales y las ciencias», Bolivia.

Aprovechamiento: Es la utilización de los productos de los componentes de la Madre Tierra por personas individuales y colectivas para el desarrollo integral, con fines de interés público y/o comercial, autorizados por el Estado plurinacional de Bolivia, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra.⁶

Los derechos de la naturaleza y los derechos humanos no se contraponen, se complementan. Esta complementariedad los refuerza y los posibilita mutuamente.

Seguramente habrá quienes discutan y resistan estos planteos por encontrarlos irracionales y tal vez ridículos. Sin embargo, es necesario reconocerle derechos a la Madre Tierra en nuestro ordenamiento jurídico y en los de todas las geografías del planeta. La cuestión es simple, el hombre no está fuera de este gran ecosistema. Está inmerso en él y se relaciona constantemente. Nosotros interactuamos con la naturaleza y ella interactúa con nosotros a cada segundo. Incluso la salud y el bienestar del hombre no se conciben en un ambiente degradado sino que requieren de una tierra saludable y equilibrada. La tierra tiene un valor intrínseco, preexiste a nosotros, y un derecho (reconocido o no) a su equilibrio y su propio desarrollo.

Este cambio de paradigma necesita, como se sostuvo antes, una mirada distinta que recupere la relación humano-naturaleza, puesto que estamos profundamente conectados. Somos parte de la tierra y ella es parte de nosotros. Esta nueva mirada se hunde en nuestras propias raíces originarias; en palabras del cacique Seattle (2006): «El hombre no tejió la trama de la vida, es apenas una hebra de ella».

6 Ley N° 300/2012.

Referencias bibliográficas

- BERROS, M. V. (diciembre de 2013). El Estatuto Jurídico de la Naturaleza en Debate, (meulen en el mundo del Derecho). *Revista de Derecho Ambiental* N° 36. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CACIQUE SEATTLE (2006). *Carta del Jefe Seattle al Presidente de los Estados Unidos en Cartas por la Tierra*. Buenos Aires.
- CARROLL, L. (2009). Capítulo 11: ¿Quién robó las tartas? En CARROLL, L., *Alicia en el País de las Maravillas*. Buenos Aires: Ediciones Libertador.
- DESCARTES, R. (2006). Quinta parte – Orden de cuestiones en Física. En DESCARTES, R., *El discurso del método*. Barcelona: Ediciones Folio SA.
- FLORES MENDOZA, I. B. (s/f). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en: www.juridicas.unam.mx./publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm
- GUDYNAS, E. (s/f) Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. Disponible en: <http://www.ecologiasocial.com/biblioteca/GudynasDerechosNaturaleza-EnSerio11F.pdf> (p. 240).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2009). La categoría jurídica sujeto/objeto y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios. *Revista de Bioética y Derecho* N° 17. Barcelona. Disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD17_art-kemelmajer.htm
- SANZ LAROCCA, J. C. (2008). Tesis doctoral: *Las respuestas religiosas ante las plagas del campo en la España del siglo XVIII*. UNED.
- SINGER P. (2009). *Liberación animal*. Disponible en: <https://n-1.cc/file/download/307502>
- STONE, C. (2009). ¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales. En *Derecho Ambiental y Justicia Social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Páginas Web

- Biblioteca Virtual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=521
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Biblioteca Jurídica Virtual. <http://www.juridicas.unam.mx./publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm> (consultado el 30 de octubre de 2013).
- Sitio Oficial de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN): http://www.farn.org.ar/participacion/riachuelo/resumen_castellano.html

Nadia Bernhardt

Estudiante de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Integrante del Proyecto de Investigación «Codex humano: normas, tecnologías y programas para el gobierno de lo vivo». Ha participado como asistente y expositora en diversos eventos nacionales e internacionales sobre ambiente y patrimonio cultural.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Nadia Bernhardt

«EL DERECHO DEL AMBIENTE A ESTAR SANO, HACIA UNA CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 52–68.

4 LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL DEL MERCOSUR

Jamile B. Mata Diz

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo analizar cómo se dio el tratamiento normativo y la consecuente aplicación de las normas ambientales en el ámbito del Mercosur, especialmente en lo que se refiere al desarrollo normativo progresivo de los temas ambientales. Se buscó establecer cuáles fueron los principales instrumentos propuestos para incrementar el nivel de integración del medio ambiente, de modo a crear un acervo normativo común a observarse por todos los Estados partes. Se pretende abrir una línea de investigación que pueda fundamentar la necesidad de que el medio ambiente sea destinatario de una mayor protección en el momento mismo de la toma de decisión, en cualquier campo o ámbito de actuación vinculado a la formación del mercado común. Y el objetivo encierra incluso la necesaria creación de normas que establezcan un marco general y común de protección ambiental, intrínsecamente dirigido al fortalecimiento de una política ambiental para el Mercosur.

PALABRAS CLAVE

medioambiente, política sectorial,
normas comunes, Mercosur.

ABSTRACT

This work aims to analyze how the regulatory treatment and consistent application of environmental norms in the area of the Mercosur, especially progressive policy development of environmental issues. We pursued to further establish what the main instruments proposed to increase the level of integration of environment, so as to create a common legal heritage to be observed by all States. To conduct a study on the regulatory treatment of the environment in the process of integration aims to open a line of research that confirms the environment is addressed more protection at the moment of decision making, in any field or scope linked to the formation of the common market. Finally, we should mention that objective still holds the necessary creation of rules to establish a general and common framework for environmental protection, intrinsically aimed at strengthening environmental policy for Mercosur.

KEY WORDS

environment, policies of common market,
common law, Mercosur.

1. Introducción

El Mercado Común del Sur (Mercosur) nació en 1991 tras la firma del Tratado de Asunción por los cuatro países del Cono Sur latinoamericano (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Fue el resultado de un proceso de acercamiento bilateral entre las dos grandes economías de la región iniciado a partir de la segunda mitad de los ochenta, cuando ambos países lograron restablecer la democracia. Como objetivo principal del Mercosur se puede mencionar que el Tratado de Asunción, en su Preámbulo, expone los objetivos del mercado, que son: ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales; aceleración de los procesos de desarrollo económico con justicia social; utilización eficaz de los recursos disponibles; preservación del medio ambiente; incremento de las condiciones fiscales; coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales; entre otros.

Es también en el Preámbulo que podemos encontrar el punto neurálgico que impulsó la formación de un acuerdo multilateral entre esos países de Sudamérica. La consecución de intereses comunes fue incitada por la necesaria identificación de los elementos comunes que resultan de capital importancia cuando se establece un proceso de adopción de decisiones como los determinados por un mercado común. Los intereses comunes vendrían, por lo tanto, a conformar el conjunto de valores que los Estados partes entienden como comunes a ellos, que sobrepasarían los intereses nacionales y lograrían trascender la pluralidad de las distintas actitudes valorativas existentes en cada Estado.

En el Capítulo I del Tratado de Asunción se pueden recoger los propósitos, principios e instrumentos, en tanto que el artículo 1 dispone los objetivos centrales del Mercosur: la libre circulación de bienes, servicios y de los factores productivos, a través, entre otros, de los derechos arancelarios y aduaneros; la fijación de una Tarifa Externa Común y la adopción de una política comercial con relación a países extrazona; la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes, con vistas a asegurar las condiciones adecuadas de competencia y desarrollo entre ellos, y el compromiso de armonizar las legislaciones nacionales en las áreas pertinentes, alcanzando un fortalecimiento del proceso de integración. Para lograr estos objetivos el Tratado instituye los siguientes instrumentos: programa de liberalización comercial; régimen de origen; sistema de solución de controversias; cláusulas de salvaguardia; subgrupos de trabajo y acuerdos sectoriales. Es decir, la asociación interesta-

tal del Cono Sur se caracteriza por la formación de un mercado común mediante el reconocimiento de algunos requisitos tales como los apuntados anteriormente, imprescindibles para lograr tal etapa de la integración.

Actualmente, el momento vivido por el Mercosur es de una unión aduanera imperfecta entre los Estados miembros (Bouzas, 2003), ya que las posiciones arancelarias no están totalmente dispuestas dentro de los límites del arancel externo común debido principalmente al gran número de productos puestos en las «listas de excepciones y de adecuaciones», teniendo tratamiento privilegiado por determinado tiempo, hasta que se entienda que la inclusión de dichos productos en las normas generales del Tratado no traerán perjuicios a los productores de la región. En las listas de excepciones se cuentan productos de terceros países que pagarán, por algún tiempo, los aranceles externos nacionales según la fecha determinada por los instrumentos jurídicos del Cono Sur. En las listas de adecuaciones figuran productos del Mercosur que siguen pagando aranceles externos nacionales, es decir, no utilizan las preferencias arancelarias plenas del área de libre comercio en vigor desde enero de 1995.

Después de la crisis del año 2001, que convulsionó a todos los países de la región, si tomamos en cuenta la elección de nuevos gobiernos que revalorizan el tema de la integración de una manera muy fuerte en Argentina, Brasil y Uruguay, el Mercosur vuelve a tener un lugar importante en la agenda de la política exterior y se convierte en el principal proyecto de política exterior de nuestros países. Los procesos de integración no han permitido superar situaciones gravísimas, que hacen que al día de hoy nuestra región sea la más desigual del planeta. Los numerosos cambios políticos experimentados por los países han resultado en una región fracturada; no obstante, en la actualidad la ascensión de gobiernos con una visión de la integración más comprensiva, con nueva impronta política de la integración, es la que ha hecho que hoy se esté visualizando el problema de la cohesión social como factor que debe estar integrado a la agenda interna de los países, sin dejar de lado, por supuesto, la agenda convencional del Mercosur.

Pero esa otra agenda convencional tiene que estar confrontada con las agendas internas, y el gran desafío de estos gobiernos es justamente cómo compatibilizarlas, la agenda para la globalización y la agenda para el desarrollo. Con la primera, tenemos que referirnos a la participación de los entes subnacionales y al desarrollo regional, con las implicaciones económicas, sociales y ambientales que este desarrollo supone.

Los componentes de esta nueva agenda para el desarrollo pasan por varios ejes principales: primero, una sensible mejora de la institucionalidad, ya que el Mercosur presenta graves deficiencias institucionales para un proceso que pretende llegar a un mercado común, aunque debemos destacar las importantes modificaciones realizadas en los últimos años, como la creación del Tribunal Permanente de Revisión, la transformación de la Comisión Parlamentaria Conjunta en un Parlamento del Mercosur, la creación de un Fondo de Convergencia (FOCEM); segundo, la creación de un sistema normativo común que presente las necesarias características de un ordenamiento supranacional; tercero, la determinación manifiesta de armonizar o al menos coordinar las políticas sectoriales, entre ellas, la política medioambiental. En síntesis, se trata de establecer un rumbo para el proceso de integración mercosureño de manera de alcanzar el objetivo final fijado en el Tratado de Asunción, es decir, lograr el mercado común entre los cuatro países signatarios.

Asimismo, se debe de mencionar que la integración regional supone la creación de determinadas instituciones y normas necesarias para el desarrollo del proceso integrador. En dicho sentido, y a título de explicación teórica, cuando se trata de integración interestatal, hay que destacar la importancia del proceso comunitario europeo como una referencia (no modelo) de la adopción de mecanismos de integración reforzada en un espacio continental. La relevancia de la UE radica en la especial formación de un sistema institucional supranacional, de aspecto totalmente novedoso, cuando lo comparamos con los sistemas de división de poderes existentes en el escenario contemporáneo. La creación de pilares basados en el respeto a los Estados miembros, la asignación de principios-guías y, principalmente, la elaboración de un rol de instituciones y de normas jurídicas comunitarias es un hecho de magnitud tal que no se puede menospreciar los éxitos de la fundación de la UE y, como tal, nos parece incuestionable que puede servir como elemento de análisis y proyección para otros procesos de integración como lo es el Mercosur.

No obstante, y a partir de dicho análisis, selección y comparación, no queremos decir que los presupuestos y axiomas europeos comunes puedan ser copiados, *ipsis literis*, a la construcción mercosureña, hasta porque, y nos reiteramos en este punto, las distinciones entre ambas regiones son bastante conocidas y, por esto, no deben ser ignoradas.

Las principales características que distinguen la UE de los demás procesos de integración es justamente la creación de un orden institucional, jurídico e incluso político, que se conecta con el orden nacional y en algu-

nas circunstancias hasta se sobrepone a aquéllos. La fórmula de la supranacionalidad fue sin duda la nota fundamental para que se pudiese llegar a la etapa actual de integración en la Europa Unida (Mata Diz, 1999).

Podemos decir, de manera breve, que la UE asentó las bases del derecho comunitario al tiempo en que innovó en la conformación de un tipo de asociación que siempre aspiraba ir más allá del meramente económico. También el Mercosur al vincularse a la opción de un mercado común, muestra un interés por profundizar las relaciones entre los socios, lo que conlleva a un grado mayor de integración. Pero hasta el momento no ha logrado avanzar debidamente hasta la finalidad última. Huelga decir que, desde una perspectiva histórica, la construcción de la UE obedeció a imperativos distintos de aquellos presentados por el Mercosur, puesto que se trató de una construcción institucional y normativa volcada a consolidar la paz y la seguridad en la región.

En tanto, se debe de resaltar que el objetivo del presente trabajo es analizar las principales normas en materia medioambientales que fueron adoptados o que todavía están en proceso de negociación, de forma a dar a conocer al lector cuáles son los principales instrumentos normativos medioambientales en el Mercosur, sin adentrarse en los aspectos relativos al sistema europeo.

2. El tratamiento normativo de la cuestión medioambiental en el Mercosur

En el Mercosur, el Tratado fundacional de Asunción (TA), específicamente en el Preámbulo, ha hecho una referencia expresa cuando se afirma que el objeto básico del Tratado debe alcanzarse recurriendo al

más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

La ausencia de una norma reguladora o principiológica en el articulado del Tratado sobre el medioambiente podría ser justificada por los entonces objetivos y estrategias asumidos en ocasión de la firma del TA. En ese momento no se había determinado un sistema institucional y normativo

que pudiese ofrecer un marco competencial y jurídico para el desarrollo de normas, más allá de las cuestiones meramente comerciales. En dicho contexto, no podríamos hablar de normas medioambientales ya que faltaba la competencia necesaria a compartirse por las instituciones mercosureñas.

Asimismo, si hacemos memoria de los problemas derivados por cuestiones ambientales entre los países partes del Cono Sur y sus vecinos, podemos entender la necesidad de establecer normas jurídicas que determinen, al menos, los lineamientos generales para una futura política ambiental común. Así se podrían solucionar los actuales problemas medioambientales de los países, de modo individual o común. No es demasiado recordar que cuando se construyó Itaipú se originó un conflicto que fue solucionado siete años después de la firma inicial del acuerdo entre Brasil y Paraguay (Tussie, 2000).

Sin embargo, y a pesar de la ausencia de dispositivo sobre desarrollo sostenible en el TA, fueron creados instrumentos y órganos relacionados con la materia medioambiental. Los primeros pasos en lo concerniente al medio ambiente resultaron en la Decisión CMC N° 1/926 que encomendó medidas para distintos Subgrupos de Trabajo (SGT). Así, para el Subgrupo de Política Agrícola fueron asignadas las siguientes tareas: el relevamiento de la legislación y política, la elaboración de una propuesta y un documento final respecto de la sostenibilidad de los recursos naturales y la protección ambiental en el sector agropecuario; para el de Política Energética: la identificación de asimetrías, el análisis de propuestas de armonización y su remisión al Grupo Mercado en lo relativo a la legislación y marco ambiental del sector energético; para el de Política Industrial y Tecnológica: la armonización de la legislación nacional y subnacional.

La Resolución GMC N° 22/92, a su vez, creó la Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA) —posteriormente derogada por la Decisión CMC N° 20/95— con el cometido de analizar las normativas vigentes en los cuatro países y efectuar recomendaciones al GMC sobre las acciones a tomar para cumplir con el objetivo de la preservación ambiental en las diferentes áreas de trabajo. La Resolución GMC N° 62/93 instruyó a la REMA sobre la confección de un cronograma de eliminación de restricciones no arancelarias, las que se identificaron en la Decisión CMC N° 3/94; mientras en la Resolución GMC N° 10/94 se aprobaron las «Directrices Básicas en Materia Ambiental», que contenía aspectos importantes para asegurar un tratamiento al menos coordinado sobre los temas medioambientales. En 1995, la 1ª Reunión de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur que aprobó la Declaración de Taranco resaltó la importancia de: a) armonizar

los procedimientos concernientes a actividades pasibles de causar impactos ambientales en ecosistemas compartidos, b) incentivar una posición común del Mercosur en los foros internacionales de medio ambiente, en especial en la implementación de la Agenda XXI (Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas), c) los estudios de impacto ambiental vinculados a la hidrovía Paraguay-Paraná.¹

Gradualmente, en el Mercosur fue formándose la convicción de la necesidad de fortalecer el marco institucional para el tratamiento de la temática del medio ambiente, lo que se tradujo en la transformación de la Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA) en un Subgrupo específico de Trabajo (SGT 6 – Medio ambiente).

Como consecuencia de los impactos medioambientales sobre los países de la región y la necesidad de adecuar las políticas nacionales a los retos de la región, los signatarios del Mercosur firmaron en 2001, en Asunción, el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, que representó un avance singular en favor de una reglamentación común sobre el medio ambiente en la región. Este acuerdo ya se encuentra debidamente incorporado por Argentina (Ley N° 25841 del 26/11/03), Brasil (Decreto N° 5208 del 20/09/04), Paraguay (Ley N° 2068/03 del 28/01/03) y Uruguay (Ley N° 17712 del 19/12/2003).

Con relación a la responsabilidad medioambiental propiamente dicha, no hay en el Mercosur una legislación específica para el tema, no obstante, las normas que componen el acervo medioambiental del Mercosur puedan utilizarse como fundamento para la protección del medioambiente en el espacio integrado. Eso se da porque la protección del medioambiente, como elemento vinculado a la consideración del mismo como patrimonio común de la humanidad y bien de dominio público, encierra un deber de cuidado, vigilancia y garantía que puede imputarse a todos y cada uno de forma individual.

2.1. Acuerdo Marco Sobre Medioambiente

No se puede negar la importancia del Acuerdo para la protección y garantía del medioambiente en la subregión. En su texto se reafirma, por una parte, la importancia de dotar al Mercosur de un marco jurídico que facilite la efectiva protección del medio ambiente y el uso sostenible de

1 Transcribimos casi literalmente a Silva Gilli (2004:2 y ss.).

los recursos naturales de los Estados partes, además de señalar la relevancia de adoptar políticas, procesos productivos y servicios no degradantes del medio ambiente. Por otra parte, establece el compromiso de los Estados de cooperar en el cumplimiento de los acuerdos internacionales que contemplen materia ambiental de los cuales sean partes. Igualmente —nos interesa subrayar fundamentalmente—, dispone que las controversias que surgieran entre los Estados partes respecto de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contempladas en el Acuerdo «serán resueltas por medio del Sistema de Solución de Controversias vigente en el Mercosur».

El Acuerdo determina en el artículo 1 que los Estados partes aplicaron los principios dispuestos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 que, recordemos, se refieren al principio de precaución, al desarrollo sostenible, a la internalización de los costos ambientales junto con el uso de instrumentos económicos, entre otros. En la opinión de Farinella:

En esta enunciación por demás abundante, dos grandes campos pueden reconocerse a primera vista: aquellos principios con algún tipo de reconocimiento normativo en niveles de importancia (internacionales, regionales o domésticos) y aquellos principios respecto de los cuales aún se trabaja en cuanto a la afirmación de obligaciones concretas asumidas por los Estados (2004:2).

En el artículo 4 se indica el «Objeto» del mencionado Acuerdo, que es «el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales».

A partir de los principios mencionados, se explicita que los objetivos de política y el consecuente sistema normativo deberán orientarse a:

a) Promoción de la protección del medio ambiente y del aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

Trata del reconocimiento de las asimetrías sin perder de vista las necesidades y particularidades ambientales presentes en cada uno de los Estados partes, lo que resulta en la incorporación de criterios más flexibles dirigidos a los países de menor desarrollo relativo.

b) Incorporación del componente ambiental en las políticas sectoriales e inclusión de las consideraciones ambientales en la toma de decisio-

nes que se adopten en el ámbito del Mercosur para el fortalecimiento de la integración.

A tal efecto, se reconoce la importancia de la transversalidad del tema medioambiental con las demás políticas sectoriales. Las cuestiones ambientales en el Mercosur no pueden ser abordadas exclusivamente desde la perspectiva de las consideraciones comerciales concibiéndolas como problemas solamente vinculados a acceso a los mercados. El proceso de integración debe constituir un ámbito de discusión de los problemas que afectan el ambiente para lograr una mejor calidad de vida en la región

Al analizar la transversalidad, se debe poner de relieve compatibilidad entre la adopción de las normas relativas a las políticas sectoriales que, en el caso del Mercosur, tienden a regulación eminentemente económica pero también alcanzan elementos relacionados con la política social, industrial, agrícola, etc., con las cuestiones ambientales relevantes para la región. Se pueden citar como ejemplos los biomas ya catalogados en el documento elaborado por GEOMercosur (2008), así como otros elementos que involucren la necesidad de elaborar un marco macrojurídico que posibilite la inclusión de la temática ambiental en el procedimiento de toma de decisiones de los órganos del Mercosur, que servirá, una vez incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales, como una directriz para la formulación de sistemas ambientales más protectivos y vinculados a las políticas sectoriales regionales y nacionales.

c) Promoción del desarrollo sustentable por medio del apoyo recíproco entre los sectores ambientales y económicos, evitando la adopción de medidas que restrinjan o distorsionen, de manera arbitraria o injustificada, la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito del Mercosur.

El diálogo entre las dos materias —comercio y medioambiente— se coloca bastante precario, en el sentido de que la armonización de la cuestión parece distante, y concretizar un denominador común para el tema, capaz de armonizar los intereses de ambos lados, promoviendo un concilio entre protección ambiental y desarrollo, no ha manifestado ser labor de las más gratas. En el caso del Mercosur, tal enfrentamiento se hace bastante claro, especialmente cuando se examinan los laudos emanados de los órganos de solución de controversias de la región (Tribunal Arbitral Ad hoc y Tribunal Permanente de Revisión).² En dichos laudos es posible observar que es débil la normativa mercosureña en términos de protección ambiental, quizás no por la ausencia manifiesta de valerosas ini-

2 Sobre los laudos arbitrales, se recomienda la lectura de Diz; Monteiro (2007:1–20).

ciativas en ese sentido (recuérdese el proyecto de Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre el medio ambiente, que preveía la adopción del Principio de la precaución, lo cual fue retirado del texto cuando de su reformulación), sino por la actuación de poderosas fuerzas de resistencia, que no entrevén la posibilidad de conjugar protección ambiental y desarrollo económico.

d) Tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales.

La ineludible tarea de establecer mecanismos para un enfoque integral e integrado de las fuentes de los problemas ambientales es elemento de primer orden, toda vez que, si no se conocen cuáles son los problemas reales que pueden incidir sobre los recursos naturales, no se podrán adoptar mecanismos aptos para reducir o exterminar los daños o riesgos de daños al medioambiente. Conforme será analizado posteriormente, hace falta un ejercicio continuado de reflexión, de modo de posibilitar la detección de los retos comunes a afrontarse por los partícipes del proceso integrador.

e) Promoción de una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales.

En ese punto, no se puede dejar de mencionar que el derecho de participación posee triple acepción: i) derecho a la información; derecho a participación en el proceso de toma de decisiones; y iii) derecho del acceso a la justicia. Así, para garantizar la efectiva participación se debe atentar para esos tres componentes del Derecho *in comento*. También se debe resaltar que el derecho a la participación consta de varios acuerdos, tratados, protocolos, etc., en materia ambiental.³

f) Fomento a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión.

Se estimula la creación de un substrato de normas dirigidas al sector productivo, lo que se expresó en la adopción de normas específicos para la reforzar la complementariedad entre medioambiente y producción/consumo, como, por ejemplo, la Decisión CMC N^o 14/06, que será analizada posteriormente.

En aras de concretar los principios expuesto en el Acuerdo de 2001, se firma el Protocolo en materia de cooperación y asistencia ante Emergencias Ambientales por la Decisión del CMC N^o 14/2004, que analizaremos

3 A título de ejemplo se puede citar: Declaración Rio 1992: principios 10, 20, 21 y 22; Convención sobre Cambio Climático: art. 4, n. 1, letra «i»; Convención de la Biodiversidad: art. 14, n. 1, letra «a»; Convención sobre Desertificación: art. 3^o, letras «a» y «c»; Protocolo de Kioto: art. 6^o, n. 3, entre otros.

a continuación. Pero a pesar de explicitar de manera clara los principios a seguir por parte de los signatarios y de determinar medidas concretas para la protección del medio ambiente, ni el Acuerdo Marco ni el Protocolo de 2004 establecen sanciones o determinaciones coactivas en caso de incumplimiento de los objetivos y principios. Como bien manifiesta Guido Soares al analizar la naturaleza jurídica del Acuerdo Marco:

Se trata de un *umbrella treaty*, muy vago, que establece en 10 artículos y un Anexo (Áreas temáticas) intenciones de los Estados partes de constituir una cooperación en materia ambiental, sin disponer, no obstante, sobre los mecanismos apropiados para el perfeccionamiento de dichas intenciones (2004:437).

En caso de conflicto, el artículo¹¹ determina que deberán ser sometidos al sistema de solución de controversias existente en el Mercosur, es decir, los problemas planteados por la aplicación del Acuerdo Marco serán llevados al Tribunal Arbitral *Ad Hoc* o al Tribunal Arbitral Permanente.⁴

Tras analizar los principales aspectos del Acuerdo Marco, no podríamos dejar de realizar algunos comentarios sobre la efectividad del mismo. La ausencia de normas no puede conllevar a la negación de la importancia del Acuerdo aunque, sin duda, debilita la observancia de los dispositivos por parte de los signatarios. ¿Cómo se debe enmarcar el Acuerdo Marco en el conjunto del sistema normativo mercosureño? ¿Debe el Acuerdo ser considerado un mero protocolo de intenciones, sin ir más allá de un *gentlemen's treaty*? Así, al poner de relieve solamente medidas dirigidas a la coordinación y la cooperación, realmente no crea un sistema efectivo para la adopción de un acervo normativo que estipule instrumentos sancionadores, obligatorios o vinculantes. No obstante, en nuestro entendimiento, el Acuerdo supone un avance expresivo al fijar principios de conducta por parte de los Estados de la región. No es demasiado recordar que en materia ambiental muchos dispositivos tienen una naturaleza «adjudicataria de conducta» al establecer precepto sin sanción correspondiente. El principio de precaución puede ser considerado, en alguna medida, como un valor ambiental que no se expresa por medidas coactivas pero que es llevado en consideración por muchos ordenamientos jurídicos, incluso por la propia Unión Europea.

4 Sobre el sistema de solución de controversias en el Mercosur vide Diz (2010:179–210).

2.2. Protocolo de Cooperación y Asistencia en cuestión de desastres o emergencias ambientales del Mercosur

Este instrumento, adoptado en el ámbito del proceso de integración del Cono Sur, fue creado a partir de la adopción de una agenda institucional ambiental para la región, cuyo marco jurídico se da a partir del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del (también llamado de Acuerdo de Florianópolis) firmado en marzo de 2001. Posteriormente, en 2004 (Decisión CMC N° 14/04), se adoptó un Protocolo en cuestión de desastres o emergencias ambientales cuyo objetivo principal es promover la cooperación mutua ante emergencias ambientales en el territorio de cualquiera de los Estados partes que, por sus características, puedan provocar daños al medioambiente y a las respectivas poblaciones.

El Protocolo posee once artículos y un anexo que establecen el objetivo, alcance, procedimientos y sistema de informaciones, como elementos que contribuyan para llevar a cabo acciones destinadas a armonizar los procedimientos, especialmente en casos de emergencias ambientales efectivas o potenciales, debiendo la cooperación manifestarse a través de varios mecanismos, tales como intercambio previo de informaciones sobre situaciones que requieran medidas comunes de prevención, mitigación, alerta, respuesta, reconstrucción y recuperación también en relación a las tecnologías aplicables, reducción de riesgos, elaboración de planes, programas y proyectos de contingencia para actuación conjunta, creación de un banco de especialistas, utilización conjunta de recursos y de personal, apoyo técnico y logístico, capacitación de recursos humanos, entre otros.

El artículo 4° del Protocolo trata específicamente del procedimiento de notificación de emergencias ambientales, determinando que tal sea hecho por medio de los Puntos Focales de cada Estado parte. La preocupación es que el Estado en el cual ocurra una emergencia produzca un informe final que contemple los detalles de lo sucedido y las recomendaciones consistentes en cuestión de prevención. El artículo 5° define el procedimiento de asistencia y establece los límites de actuación de los equipos en territorio de otros Estados.

En el artículo 7° se prevén las medidas sobre la facilitación de la entrada de misiones de evaluación o asistencia, así como de materiales y equipamientos que fueran utilizados; mientras el artículo 8° determina que los gastos originarios de las misiones de asistencia serán de responsabilidad del Estado que solicite, permitiéndose, sin embargo, otra posibilidad de negociación que las partes decidan adoptar. El artículo 9° dispone acerca

del intercambio de informaciones y de experiencias, sin lo cual la cooperación que se propone podrá quedar inocua.

A pesar de ser un Protocolo amplio y con disposiciones bastante genéricas, no se puede negar que es un instrumento que representa un esfuerzo importante de los Estados partes para la creación de reglas que impliquen organizar y delimitar procedimientos específicos en caso de emergencias ambientales, devenidas incluso de impactos transfronterizos, toda vez que la «permeabilidad» de los territorios del Mercosur, por el importante conjunto de biomas, espacios protegidos y áreas de innegable relevancia ambiental existentes en los Estados partes y asociados, demanda una solución rápida y efectiva en caso de amenaza u ocurrencia de daños a regiones ambientalmente determinantes para la integración de los Estados.

3. Otros instrumentos normativos comunes relativos al medioambiente

Tanto el Acuerdo Marco como el Protocolo de Emergencias pueden considerarse como instrumentos del derecho originario del Mercosur al establecer las disposiciones generales que deben observarse por los Estados signatarios. Ahora bien, juntamente con dichos instrumentos se deben analizar las demás normas, documentos y programas que se han venido gestando durante la construcción y desarrollo del proceso integrador. De tal forma, se hace imprescindible investigar algunas de las normas relativas a la temática ambiental, especialmente las que tratan de la cuestión de los residuos y la responsabilidad posconsumo, de la producción y consumo sostenibles, y los documentos relativos a la biodiversidad y a la lucha contra la desertificación y la sequía. Se debe mencionar que hay una profusión de normas que, en mayor o menor grado, de forma directa o indirecta, regulan áreas de especial interés para la protección medioambiental. Nuestra elección se basa en las prioridades establecidas en los últimos cinco años por los órganos decisorios del Mercosur responsables por la temática del medioambiente, y por eso nos dedicaremos enseguida al estudio de las normas a estas prioridades vinculadas.

3.1. Acuerdo sobre Política de Gestión Ambiental de Residuos Especiales de Generación Universal y Responsabilidad Post-Consumo

Este instrumento fue presentado en la I Reunión Extraordinaria de los Ministros de Medio Ambiente, que tuvo lugar en Brasil en marzo de 2006, y expresa en su preámbulo: «La necesidad de avanzar en la implementación del Acuerdo Marco de Medio Ambiente del Mercosur, a través del desarrollo de acuerdos sectoriales sobre las áreas temáticas previstas en su Anexo». La importancia de este anteproyecto (que todavía está en proceso de negociación y aprobación por los órganos decisorios) reside aún en la referencia a los dispositivos del Acuerdo Marco de 2001, al mencionar de manera explícita el artículo 5, que trata justamente de la posibilidad de adoptar políticas comunes para la protección del medioambiente, en un marco normativo armonizado o coordinado a aplicarse entre los Estados partes.

Como objetivos específicos, desglosados en el artículo 2, se enumeran diez cuestiones principales correspondientes a la necesidad de fijar un marco común de gestión ambiental de los residuos. Dichos enunciados van desde el requerimiento de adoptar padrones de producción y consumo sostenibles hasta la promoción de investigación y desarrollo, a saber:

1. Promover la incorporación de patrones de producción y consumo sustentables a efectos de minimizar la cantidad y peligrosidad de los residuos generados.
2. Adoptar dentro de la subregión políticas y estratégicas que garanticen una gestión adecuada y racional de residuos a fin de proteger la salud humana y el ambiente.
3. Armonizar criterios técnicos y normativos respecto de la gestión ambiental de los residuos.
4. Desalentar el ingreso a la región de residuos y productos de terceros países que impliquen un problema ambiental, mediante el desarrollo de criterios comunes de prevención y detección de tráfico ilícito promoviendo la cooperación entre los Estados partes.
5. Fortalecer las capacidades nacionales en materia de gestión ambiental de residuos y su control.
6. Fomentar y facilitar el acceso a la información y la participación pública en materia de gestión ambiental de residuos.

7. Prevenir los efectos en la salud producidos por la exposición a los residuos, atendiendo prioritariamente a los sectores de la población más vulnerables.

8. Disponer de condiciones adecuadas y necesarias de financiamiento, en el marco de los canales existentes en el Mercosur y de los que provengan de otros organismos internacionales para la implementación efectiva de la Política Mercosur de Gestión Ambiental de Residuos Especiales de Generación Universal y Responsabilidad Post-Consumo.

9. Promover programas de investigación y desarrollo de capacidades en materia de tecnologías limpias, aprovechamiento y tratamiento de residuos.

10. Fortalecer los ámbitos de participación existentes en el Mercosur y de los Estados partes a fin de establecer pautas de gestión ambiental en el marco de responsabilidad posconsumo de los residuos especiales de generación universal.

En cuanto al ámbito de aplicación, se determina la creación de criterios comunes para la gestión de los residuos constantes en el Anexo I, así considerados:

- aceites usados vegetales y minerales domésticos, de la gastronomía, y de pequeños generadores;
- baterías y pilas;
- electro-electrónicos;
- envases de biocidas y biocidas fuera de especificación;
- luminarias (lámparas de mercurio y tubos fluorescentes), termómetros, manómetros y otros equipos de generación masiva con mercurio;
- neumáticos usados;
- telefonía celular.

En el caso de los neumáticos usados, según el Acta del SGT-6 N° 04/11 correspondiente a la LVI Reunión Ordinaria (noviembre 2011), las delegaciones de Argentina, Brasil y Uruguay acordaron retirar del anexo del proyecto de acuerdo la mención a dichos productos, es decir, los neumáticos usados no estarán incluidos en el rol del Anexo I relativo a los productos considerados como residuos especiales de generación universal a efectos del Acuerdo.

Aún, según el artículo 4, será considerado como residuo especial de generación universal todo aquel que se encuentre incluido en el Anexo I siempre que su generación se efectuó de manera masiva o universal y que por sus consecuencias ambientales, características de peligrosidad,

riesgo o potencial efecto nocivo para el ambiente, requiera de una gestión ambientalmente adecuada y diferenciada de otros residuos. Es decir, residuos que por su naturaleza y composición implican en la creación de un sistema exclusivo y específico para su descarte. La peligrosidad y el riesgo, potencial o efectivo, se vinculan por lo tanto a la consideración de que dichos residuos puedan representar un especial y negativo impacto sobre el medioambiente al afectar de forma más incisiva el medioambiente por los componentes, las propiedades físico-químicas o por la facilidad de penetración en los suelos, ríos, mares, etc. Como ejemplo, se puede citar el caso de las pilas, aparentemente un producto inofensivo pero que puede causar daños ambientales graves al ser descartada de forma incorrecta por contener mercurio, zinc, manganeso, cadmio, etcétera.

Al determinar que dichos productos sean objeto de una gestión de descarte específico lo que se busca es justamente evitar que éstos puedan generar un impacto negativo y efectos nocivos irreparables para el medioambiente.

El Acuerdo que comentamos enumera los principios en los cuales se basarán las estrategias de gestión, y que serán utilizados como mecanismos para la implementación e interpretación de las cláusulas del mismo. El listado de principios dispuestos en el artículo 5 busca, por ende, establecer cuáles principios son determinantes para la puesta en marcha de la gestión ambiental de los residuos especiales y de la responsabilidad posconsumo.

Los principios considerados por el Acuerdo son:

a) Principio de Prevención: se encuentra establecido en la Declaración Río/92 puede definirse a partir de la necesidad de analizar

las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir. (...) La visión totalizadora, global, integral, que impone. Y, en definitiva, el fin que persigue: prevenir efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir (Cafferata, 1996:26).

Segundo el propio texto del Acuerdo, la finalidad de la aplicación del principio se refiere al tratamiento, en forma prioritaria e integrada, de las causas y fuentes de los problemas ambientales a fin de prevenir la producción del daño y los consiguientes efectos negativos sobre el ambiente; coadunándose tal disposición con los objetivos especificados en el Acuerdo Marco de 2001 anteriormente estudiado.

b) Principio de Cooperación: representa el reconocimiento del deber de cooperación, que por su vez deberá entenderse según su doble acepción: i) en el sentido de no realizar actividades que resulten en daños ambientales para además de las fronteras nacionales; ii) en la utilización de mecanismos que busquen prevenir la ocurrencia de daños ambientales fuera de sus fronteras. Se puede considerar también la cooperación en el marco de la existencia del principio de buena vecindad que comprende no sólo aspectos ambientales sino también relativos al mantenimiento de relaciones de amistad y solidaridad entre los pueblos. Conforme a Soto:

El principio de buena vecindad coloca en los estados la responsabilidad de no dañar el medio ambiente. El principio de cooperación internacional también confía a los estados la obligación de prohibir actividades dentro del territorio del estado contrarias a los derechos de otros estados y que podrían dañar a otros estados y a sus habitantes. Esto se considera una aplicación de la máxima latina *sic utere tuo ut alienum non laedas* (usa tus bienes de manera que no causes daño a los bienes ajenos) (1996:190).

De tal modo, se insta a los Estados partes a promover la adopción de políticas coordinadas con la participación de la sociedad civil, con el objetivo de alcanzar un desarrollo sustentable en la subregión.

c) Principio de Participación y Acceso a la Información: se buscará promover espacios de participación para la sociedad civil vinculados con el tratamiento de cuestiones ambientales, garantizando así mecanismos adecuados de acceso a la información sobre el medio ambiente por parte de toda comunidad. El principio de la participación conlleva, conforme a lo comentado anteriormente, el acceso a la información, los derechos de participación en la toma de decisiones por parte de los ciudadanos y el acceso a la justicia. Como ejemplo del tratamiento internacional sobre el tema de la información y consiguiente participación, se puede citar la Convención sobre Acceso a la Información Ambiental y Participación Pública en las Decisiones Ambientales o Convención de Aarhus (2001), importante instrumento internacional que regula justamente los elementos imprescindibles para la participación ciudadana en las decisiones de carácter medioambiental.

d) Principio Precautorio: puede invocarse el principio de precaución cuando se hayan detectado los efectos potencialmente peligrosos de un fenómeno, de un producto o de un procedimiento mediante una eva-

luación científica y objetiva que, por su parte, no permite determinar el riesgo con certeza suficiente. Así, el recurso al principio está incluido en el ámbito general del análisis de riesgos (que abarca, además de la determinación del riesgo, la gestión y la comunicación del mismo), y más en particular la gestión del riesgo vinculada a la toma de decisiones. En general, se subraya que el principio de precaución sólo puede invocarse en la hipótesis de un riesgo potencial y que en ningún caso puede justificar una toma de decisión arbitraria. El recurso al principio de precaución sólo está justificado cuando se cumplen las tres condiciones previas, a saber: identificación de los efectos potencialmente negativos, evaluación de los datos científicos disponibles y determinación del grado de incertidumbre científica. Según Sadeller:

Apesar de sujeito a várias interpretações e acordar mais de 12 definições diferentes em tratados e declarações internacionais, o princípio da precaução está rapidamente se tornando um princípio fundamental de Direito Ambiental Internacional. Desde a Conferência do Rio, em 1992, tem sido adotado na maioria dos tratados bilaterais e multilaterais relativos à proteção ambiental. Desde então, o princípio tem sido endossado por outros instrumentos a respeito da poluição do ar, gerenciamento de resíduos perigosos e energia. Quanto à biodiversidade, o princípio foi, por exemplo, explicitamente endossado em 1994 pela CITES e em vários dos tratados sobre a conservação de espécies migratórias, estabelecidos sob a Convenção sobre as Espécies Migratórias (2009:63).

El artículo 6^o expresa que serán adoptados instrumentos para la gestión ambiental⁵ que consisten en doce puntos que van desde la elaboración de un plan de gestión ambiental de residuos y de un inventario de residuos, hasta la creación de mecanismos que incluyan la cooperación y asistencia técnica y la utilización de instrumentos económicos y financieros. El análisis del mencionado artículo señala que se buscará un tratamiento integral del tema al involucrar variopintas materias, enfatiza por lo tanto la necesi-

5 1. Plan de Gestión ambiental de Residuos; 2. Inventarios de Residuos; 3. Sistema de almacenamiento, devolución y retorno posconsumo; 4. Normas técnicas y legislaciones; 5. Autorizaciones ambientales, de control y de fiscalización; 6. Investigación científica y tecnológica; 7. Educación ambiental y capacitación; 8. Sistema de Información Ambiental del Mercosur (SIAM); 9. Ecoeficiencia y producción limpia; 10. Cooperación y asistencia técnica; 11. Acuerdos voluntarios; 12. Instrumentos económicos y financieros.

dad de transversalidad de la política medioambiental, e incorpora la temática en la toma de decisiones de los órganos del Mercosur.

A tal efecto, la creación de un plan de gestión de residuos podrá englobar los aspectos descritos en el artículo 6 como instrumentos de política ambiental, debiéndose adoptar las medidas consideradas como prioritarias para dar efectividad a los objetivos del Acuerdo. En dicho contexto, se pone de relieve la fijación de normas técnicas y legislaciones complementarias o modificatorias del Acuerdo buscando precisamente delimitar un acervo normativo para el tratamiento de residuos, estipular la responsabilidad y consiguientes sanciones para los productores, comerciantes e incluso consumidores, etcétera.

Se cita además el Sistema de Información Ambiental del Mercosur (SIAM), grupo creado en 2004 en el marco del Subgrupo de Trabajo 6 – Medioambiente (SGT-6), que tiene por objetivo principal difundir, publicar y registrar información del Mercosur y los Estados partes (legislación, promoción de la gestión ambiental, instituciones, información bibliográfica, etc.). No obstante, se debe mencionar que hasta la presente fecha, el SIAM todavía no ha logrado crear un banco de datos actualizado y con las informaciones necesarias para fomentar el debate sobre la protección del medioambiente en la región.

Disposición de las más importantes dentro del clausulado del Acuerdo es el artículo 7, que trata de la definición de responsabilidad posconsumo, considerada como

la asignación de la carga de la gestión ambiental del residuo extendida al fabricante/importador de los supuestos previstos en el Anexo I, conforme se determine para cada caso en particular, sin perjuicio del cumplimiento de otras regulaciones específicas existentes para la gestión de residuos, y que implica la asunción de las obligaciones del artículo 8.

Al remitirse al artículo 8 el Acuerdo determina, de forma perentoria, la responsabilidad de los participantes de la cadena productiva de los residuos especiales y de generación masiva, lo que puede analizarse del siguiente modo:

- Responsabilidad *ex ante*: supone determinar la responsabilidad de los productores en relación al uso y recolecta de los productos, de forma a garantizar la reutilización, el reciclaje y la recuperación o, cuando no fuera posible,

que la eliminación se dé de manera adecuada y sin riesgos para el medioambiente, visando disminuir el impacto sobre las fuentes ambientales.

- Responsabilidad *ex post*: implica asegurar la creación y difusión de sistemas específicos de recolección ante los consumidores, «orientando a estos últimos respecto de la debida segregación y del sistema de retorno del producto usado o del residuo al sujeto que corresponda».

Como se advierte, se busca implementar un sistema integrado que incluya desde el origen del producto hasta su eliminación, fijando la correspondiente responsabilidad de cada uno de los sujetos partícipes (directa o indirectamente) en la cadena productiva. Se adoptan los supuestos necesarios para la futura creación de una Responsabilidad Extendida del Productor (REP), que puede definirse como «la ampliación de las responsabilidades de los productores, a la etapa de posconsumo en el ciclo de vida de sus productos». Este concepto se basa en la premisa de que la responsabilidad de implicaciones legales de las empresas en relación con el impacto al ambiente no acaba con la venta de sus productos. Significa que el productor no sólo se encarga del nacimiento del producto sino también de la reutilización, reciclaje o recuperación del mismo o, cuando no fuera posible, de su eliminación, lo que puede traducirse en «del origen a la muerte» del producto.

En tanto, el artículo 9 tiene como objetivo determinar cuáles son las conductas que debe observar cada uno de los sujetos, especificando como obligado directo al productor y/o fabricante/importador y como actores involucrados o sujetos indirectos a los:

1. Comerciantes/distribuidores, que deben adoptar pautas para la recepción de productos posconsumo, estimulando el correcto descarte de los productos y el respectivo (re)envío a los productores, fabricantes, importadores.

2. Comunidad en general, que debe contar con pautas de separación, devolución y disposición de residuos, estableciéndose aun sistemas de información, difusión de las prácticas, controles de los métodos de descarte, etcétera.

3. Medios de comunicación e instituciones educativas, que deben informar y difundir los planes de gestión ambiental, y crear también medidas para la educación ambiental en cuanto a los residuos.

4. Gobiernos locales, que deben adoptar sistemas y planes de recolección, gestión y tratamiento de residuos según la normativa nacional y mercosureña.

5. Estados, con la puesta en marcha de los planes y medidas de gestión de residuos. En dicho contexto, se fijan las siguientes medidas que deben observar los Estados respecto de la política de residuos y su correlación con la protección ambiental:

a) Sistema jerarquizado basado en la prevención y minimización de los residuos; aprovechamiento y reciclado y tratamiento realizado en condiciones seguras para el ambiente y la salud. Vale manifestar, en dicho punto, que se establece una jerarquía de actuación en materia de residuos, que consta de tres niveles (Lozano, 2007): i) en primer lugar, la prevención o la reducción en origen de la producción de residuos; ii) en segundo lugar, la reutilización, el reciclaje y otras formas de recuperación y, iii) en tercer lugar, la eliminación, cuando se considere imposible realizar cualesquiera de las acciones anteriores.

b) Medidas para fomentar la internalización de los costos y para evitar el abandono, vertido, eliminación y quema incontrolada de residuos especiales de generación universal. Dichas medidas deberán contemplarse en los planes y medidas de gestión, incluyendo asimismo sanciones en caso de incumplimiento, lo que posibilitará a los Estados velar por la aplicación de acciones dirigidas al correcto descarte de los residuos considerados como especiales de generación universal, y evitar riesgos a la salud, al medioambiente y, consecuentemente, a las personas.

c) Reconocimiento de las asimetrías mediante la aplicación de los principios de la gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

El Acuerdo prevé, en el Título VI, un Plan de Acción donde se establecen siete puntos que serán objeto de lineamientos específicos para lograr un tratamiento diferenciado de los residuos especiales de generación masiva. Dichos lineamientos se refieren a:

a) Diagnóstico del Estado de Situación nacional y subregional: se trata de adoptar un marco general a partir de las informaciones ministradas por los Estados partes mediante un diagnóstico y mapeo de la situación actual y de la legislación existente sobre la materia. Según el texto, dicho diagnóstico permitirá identificar problemáticas propias y comunes y establecer la línea de base para los planes de acción proyectados.

b) Desarrollo y armonización de normativa Mercosur: en este punto se estipulan tres elementos importantes para la gestión ambiental de los residuos especiales, a saber: adopción de criterios comunes, con lo cual se deberán determinar, por ejemplo, definiciones conjuntas sobre residuos, responsabilidad, etc.; adopción de normas y directrices sobre la consti-

tución de determinados productos aunque se refiera a parámetros mínimos de observancia, y adopción de guías técnicas relativas a la gestión integrada que se vinculen a la reducción en la generación de residuos y el correspondiente aprovechamiento.

c) Desarrollo de tecnologías limpias: se insta a los Estados a fomentar programas de cooperación en materia de tecnologías limpias, lo que permitirá la adopción de criterios y normas comunes. En dicho contexto, se debe poner de relieve el estudio realizado por Bezchinsky y Chidiak (2009),⁶ donde se resalta la importancia del Mercosur como «área de energía renovable».

d) Mecanismos financieros: se trata de buscar financiación para la puesta en marcha de programas, planes y proyectos de gestión ambiental junto a los distintos organismos internacionales —públicos y privados— regionales y hasta nacionales. No se puede dejar de mencionar, a tal efecto, la posibilidad de utilización del Fondo de Convergencia Estructural creado en 2005 para atenuar las asimetrías y auxiliar a los socios del bloque con menor desarrollo económico para beneficio de todos los participantes del proceso de integración.⁷

e) Desarrollo de planes de difusión en materia de gestión ambiental de residuos especiales de generación universal y responsabilidad post consumo: se propone —bajo una doble vertiente— la difusión y capacitación en materia ambiental. De ese modo, se deberá buscar: i) la articulación entre las acciones públicas y privadas de difusión y capacitación ambiental con los programas y planes adoptados por los gobiernos nacionales en el marco de las políticas internas relativas al medioambiente; ii) la sinergia de las instancias gubernamentales con las organizaciones de la sociedad civil; iii) la creación de instancias específicas en el ámbito del sistema institucional del Mercosur dirigidas al fortalecimiento de la capacitación relativa a los residuos especiales de generación universal y responsabilidad posconsumo.

6 «Deben pensarse las iniciativas de integración regional como áreas potenciales de difusión de tecnologías más limpias o aun como "áreas de energía renovable". Esto podría aplicarse al Mercosur pero requiere repensar cuestiones de infraestructura (redes flexibles) y la incorporación de tecnologías adecuadas a tal fin» Bezchinsky; Chidiak (2009:24).

7 La Decisión Mercosur/CMC/Dec. N° 18/05, que dispone sobre la Integración y funcionamiento del Fondo para la Convergencia Estructural y fortalecimiento de la Estructura Institucional del Mercosur (FOCEM), determina que la creación de este Fondo se destina a financiar los siguientes programas: i) promover la convergencia estructural; ii) desarrollar la competitividad; iii) promover la cohesión social, en particular de las economías menores y regiones menos desarrolladas, y apoyar el funcionamiento de la estructura institucional y el fortalecimiento del proceso de integración.

g) Fortalecimiento de mecanismos comunes de detección del tráfico ilícito: se hace mención a la Convención de Basilea, instrumento internacional ratificado e incorporado por los cuatro Estados partes para fomentar el establecimiento de mecanismos coordinados de detección del tráfico ilícito. También se menciona la necesidad de articulación con el Grupo Especializado de Trabajo «Ilícitos Ambientales» creado en el ámbito de la Reunión de Ministros del Interior del Mercosur.

Se dispone en el Acuerdo que, en caso de controversias, será accionado el sistema de solución de controversias del Mercosur, creado en el marco del Protocolo de Ouro Preto (1994) y actualmente regulado por el Protocolo de Olivos (2004) y normas complementarias.

Finalmente, con relación a la aprobación y correspondiente ratificación e incorporación del Acuerdo por los Estados Partes, se debe mencionar que en el Acta N° 3/10 del GMC (LXXXI Reunión Ordinaria) se instruyó al SGT-6 que realizase esfuerzos para la revisión del Acuerdo en aras de lograr su aprobación, con lo cual, y según el Acta N° 03/11 del SGT-6 (LV Reunión Ordinaria, septiembre 2011), las delegaciones se comprometieron a hacer las gestiones internas en aras de sobrepasar las dificultades en la aprobación del instrumento por parte de los órganos decisorios del Mercosur. Como resultado de las negociaciones, los neumáticos usados fueron retirados del listado de residuos constantes del Anexo I del Acuerdo, como ya comentamos.

3.2. Directrices de Gestión Ambiental y Producción más Limpia

Creadas en el marco del Programa Foros de Competitividad de las Cadenas Productivas del Mercosur (Decisión CMC N° 23/02), las Directrices fueron incorporadas al Anexo de la Decisión CMC N° 14/06 y deberán observarse por los participantes del Programa relativo a las cadenas productivas. Las Directrices tuvieron como origen la Declaración de Principios sobre Producción Limpia aprobada por los ministros y secretarios del ambiente del Mercosur en la reunión ordinaria de 2003. Estos principios eran más «ambiciosos» que las Directrices adoptadas en la Decisión de 2006 —aunque tampoco representaban actos con fuerza vinculante y de cumplimiento obligatorio para los Estados— y fueron así estipulados:⁸

8 Transcribimos a GEOMERCOSUL (2008:119).

- Principio 1 (Prevención): promover la Producción Limpia como estrategia que permita prevenir los efectos negativos que las actividades productivas puedan producir sobre el ambiente de los Estados partes.

- Principio 2 (Progresividad): promover la Producción Limpia como estrategia que permita al sector productivo alcanzar los objetivos ambientales y de desarrollo sustentable en forma gradual en el Mercosur.

- Principio 3 (Congruencia): desarrollar marcos institucionales y legales coordinados de manera de alentar la implementación de políticas de Producción Limpia para promover la competitividad y la mejora del desempeño ambiental de las actividades productivas en el Mercosur.

- Principio 4 (Solidaridad): consolidar y fortalecer la colaboración entre los Estados partes para que las políticas de Producción Limpia sean inclusivas y promuevan la distribución de los beneficios derivados del desarrollo entre los sectores más vulnerables.

- Principio 5 (Cooperación): lograr apoyos mutuos mediante la articulación y coordinación entre los organismos gubernamentales, los privados, del trabajo y de la sociedad civil, interesados en las cuestiones relacionadas con la competitividad y el medio ambiente en el Mercosur.

- Principio 6 (Promoción): crear mecanismos e instrumentos económicos, financieros y voluntarios que faciliten e incentiven la competitividad y la mejora continua del desempeño ambiental de las actividades productivas en el Mercosur.

- Principio 7 (Información): divulgar intensamente en los Estados partes el conocimiento y la información sobre la complementariedad entre competitividad y producción limpia, destacando los beneficios económicos y ambientales que se derivan de éstos.

Las Directrices que constan como Anexo a la Decisión de 2006 pueden analizarse de la siguiente manera:

a) Métodos para lograr mayor ecoeficiencia: mediante la utilización de técnicas, prácticas y acciones dirigidas al aumento de la productividad, sin resultar en aumento de los residuos, al tiempo que se adoptan mecanismos para el gerenciamiento ecológico de los procesos productivos.

b) Sistemas integrados de gestión ambiental: que involucren aspectos como la calidad ambiental, la salud, la incorporación de la contabilidad ambiental y la creación de indicadores ambientales

c) Cooperación: promover el intercambio de tecnologías en la región, además de establecer formas de cooperación (técnica, normativa, financiera) entre los Estados partes y asociados.

d) Reconocimiento mutuo: se insta a los Estados facilitar los procedimientos para el reconocimiento mutuo de los procesos productivos, con lo cual se evitarán las barreras no tarifarias y se incrementará el comercio intrarregional.

Las Directrices son plenamente compatibles con los objetivos del Acuerdo Marco y de las demás normas e instrumentos comunes relativos al medioambiente. Conforme analizaremos, las directrices y los principios sirven como «punta de lanza» para la conformación de nuevas iniciativas atinentes a la interrelación producción y medioambiente, generando un nuevo espacio de reflexión y resultando en la adopción de la política de producción y consumo sostenibles que será detallada seguidamente.

3.3. Política de promoción y cooperación en producción y consumo sostenibles en el Mercosur

Adoptada en el marco de la Decisión CMC N° 26/07, la creación de directrices generales para una política de promoción y cooperación en producción y consumo sostenibles tiene como referencia directa el Acuerdo Marco sobre Medio ambiente, una vez que en los objetivos del mismo se encuentra fijada la cuestión de la promoción del desarrollo sostenible, ya comentada, además de referirse al tema también en el Anexo (que contiene las áreas temáticas).

En los «Considerandos», se hace mención a los principios y compromisos adoptados por los Estados partes del Mercosur, especialmente la Agenda 21, el Plan de Acción de Johannesburgo (2002) y la Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sostenible, todos ellos instrumentos internacionales que tienen por objetivo la compaginación entre procesos productivos y medioambiente. Igualmente, se pone de relieve la importancia de concretizar y efectivizar los principios dispuestos en la Declaración de Principios de Producción más Limpia para el Mercosur de octubre de 2003, ya comentada en líneas anteriores, como la de establecer nuevos parámetros de producción sostenibles para el Programa de competitividad respecto de las cadenas productivas.

Los fundamentos para la creación de la política de producción y consumo sostenibles pueden extraerse de las consideraciones encontradas en el texto vinculadas a la necesidad de facilitar la generación de empleo, la reducción de la pobreza y la inclusión social en los Estados partes. Es decir, la temática medioambiental debe inmiscuirse en las demás políticas

sectoriales, de naturaleza social, que están desarrollándose en el ámbito del proceso integrador, lo que implica la adopción progresiva, aunque fragmentaria, de la transversalidad.

Los componentes a observarse para la implantación de la política de producción y consumo sostenibles están detallados en el Anexo a la Decisión CMC N° 26/07, donde se establecen las definiciones utilizadas para la interpretación de la supracitada norma. El artículo 2 del Anexo dispone sobre el objeto entendido a partir de la necesidad de promover una mejor eficiencia en los procesos productivos juntamente con la mejora en la protección medioambiental, asegurando a la vez el aumento de la competitividad.

En cuanto al alcance, se establece la orientación hacia prácticas de producción y consumo ambientalmente equilibradas, con particular mención a las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMEs). De especial relevancia es la alusión a los niveles gubernamentales, laborales y de la sociedad civil, lo que demuestra la aplicación integral de las políticas a todos los sectores involucrados en los procesos productivos, de forma directa o indirecta.

El artículo 4 hace expresa referencia a la observancia de los principios ambientales dispuestos en los instrumentos internacionales ratificados por los Estados partes y a aquellos fijados en el Acuerdo Marco. En dicho contexto, se debe mencionar a los principios constantes de la Declaración Rio/92, que son considerados actualmente como verdaderas cajas de resonancia que reverberan por todos los ámbitos del Derecho Ambiental Internacional.

Los criterios que deben observarse para el debido cumplimiento de la política *in comento* corresponden a prácticas, métodos y acciones dirigidos a promover y garantizar una mejora en la eficiencia de los procesos productivos, al tiempo en que se estimulan nuevas tecnologías que añadan valor medioambiental, buscando compatibilizar la producción y consumo con medidas protectivas de los recursos ambientales. Como ejemplo, se determina la sustitución de materiales por otros menos contaminantes en procura de reducir la generación de los residuos.

La política de producción y consumo sostenibles deberá guiarse por los lineamientos estratégicos dispuestos en el artículo 6, que se refieren a cuestiones desde la imbricación entre procesos productivos y medioambiente hasta la adopción de mecanismos que promuevan la innovación y el diseño ecológico, la educación ecoambiental y la cooperación e intercambio de experiencias entre los Estados.

En el Apéndice I —adjunto a la Decisión de 2007— se enumeran los instrumentos para la implantación de la política de producción y consumo sostenibles. Dicha enumeración, según la propia norma, debe considerarse

como no taxativa y no supone jerarquía entre los respectivos componentes. Una cuestión interesante es que entre los instrumentos se señala la necesidad de promover una interrelación entre las esferas públicas y privadas, de forma de estimular la competitividad. Asimismo, se prevé, en carácter abstracto, la adopción de sistema de premios y reconocimiento a empresas que cumplan con los padrones de producción y consumo sostenibles, aunque no haya previsión todavía sobre cuáles serían dichos padrones.

Como se advierte, tanto la Decisión CMC N° 14/06 como la Decisión CMC N° 26/07 no implican la adopción de un acervo normativo vinculante, sino que representan sendas disposiciones generales, amplias y abstractas vinculadas a los procesos productivos y a la protección del medioambiente. Ambas las decisiones no han generado más que algunos programas de cooperación junto a organismos internacionales, sin resultar en acciones efectivas para la estandarización de los procesos productivos en busca del incremento eficaz de las condiciones medioambientales.

Y no podemos dejar de mencionar las demás normas emanadas del Grupo Mercado Común (GMC) que han supuesto una considerable cantidad de actos jurídicos tendientes a fijar medidas específicas para determinados sectores ambientales, como es el caso de la Mercosur/GMC/Res. N° 78/00, que instituye un Código de Conducta para la importación y liberación de agentes exóticos de control biológico; Mercosur/GMC/Res. N° 34/01, que dispone sobre los criterios de administración sanitaria de desechos líquidos y aguas servidas en puertos, aeropuertos, terminales y puntos de frontera en la región; Mercosur/GMC/Res. N° 23/05, que concreta el Acuerdo sobre el proyecto producción sustentable/competitividad y medio ambiente, entre otras.⁹

4. Estrategias relevantes en materia medioambiental

Dentro de la perspectiva de creación de una política sectorial volcada en el medioambiente, fueron adoptados algunos documentos importantes —denominados Estrategia— que, si bien no contemplan acciones concretas y medidas obligatorias para los Estados, representan un acer-

9 La Secretaría del Mercosur realizó una excelente labor al publicar un compendio de las normas ambientales aplicadas en el Cono Sur, que puede ser consultado en Medio Ambiente en el Mercosur, Relevamiento N° 001/06, febrero de 2006, disponible en: <http://www.mercosur.int/msweb/SM/es/Publicaciones/Medio%20Ambiente%20en%20el%20Mercosur.pdf> (consultado el 22/04/06).

camiento a temas de especial significado para la conformación de una agenda medioambiental integrada. Estos documentos fueron formulados en momentos distintos, pero se enmarcan en la discusión general sobre cómo implementar prácticas, mecanismos, programas, etc., que fomenten la protección del medioambiente, sin olvidar la naturaleza típicamente intergubernamental del proceso mercosureño.

4.1. Estrategia Biodiversidad

Esta Estrategia tiene origen en el anteproyecto de Acuerdo de los Ministros de Medio Ambiente del Mercosur sobre Lineamientos para una Estrategia Mercosur acerca de la Conservación y Manejo Sostenible de la Biodiversidad, firmado en noviembre de 2005. En verdad, no representa un acuerdo en el sentido jurídico propiamente dicho, sino que apunta hacia la creación de una plataforma de discusión relativa al tema de la biodiversidad. A tal efecto, se adoptan lineamientos generales de modo de conformar un plan de acciones dirigidas a futuras regulaciones comunes sobre el tema.

Según el artículo 2, los lineamientos generales entendidos como los puntos claves para la puesta en marcha de mecanismos vinculados a la biodiversidad son:

- a) Conservación de la biodiversidad.
- b) Uso sostenible de los componentes de la biodiversidad.
- c) Evaluación, prevención y mitigación de impactos sobre la biodiversidad.
- d) Acceso a los recursos genéticos, conocimiento tradicional asociado y participación en los beneficios.
- e) Educación, sensibilización pública, socialización y divulgación en biodiversidad.

Se prevé la creación de planes y programas que serán adoptados en etapas conforme a lo decidido por los ministros del Medio Ambiente, y como áreas prioritarias se han establecido los siguientes ejes temáticos: i) áreas protegidas transfronterizas terrestres y acuáticas y corredores biológicos asociados a áreas protegidas; ii) creación de un SIAM para la biodiversidad; iii) gestión de la biodiversidad acuática continental y marina; iv) especies

exóticas invasoras; v) comercio legal y tráfico ilegal de especies silvestres entre los Estados partes, en particular en áreas de frontera, etcétera.

La región mercosureña representa una gran concentración de diversidad ecológica, según un estudio publicado por GEOMercosur (2008). Allí se han detectado ecorregiones trascendentales que engloban áreas de importancia mundial para la conservación de la biodiversidad. No obstante, hasta el momento no se han adoptado mecanismos específicos y obligatorios que impliquen una política común volcada en los temas de la biodiversidad.

Como espacios naturales de especial relevancia para la integración se pueden mencionar aquellos que se conectan con territorios de dos o más Estados, o aquellos que, a pesar de ser eminentemente «nacionales», tienen impacto significativo en la diversidad ecológica regional, tales como: Cuenca del Plata (subcuencas de los ríos Paraná, Paraguay y Uruguay); reservas ambientales transfronterizas, como la del parque de las Cataratas del río Iguazú, el Acuífero Guaraní, los ecosistemas de Pantanal y el Gran Chaco; Bosques de Alto Paraná, Mata Atlántica, Cerrado, etcétera.

Citando una vez más a GEOMercosur (2008:149) al comentar la estrategia de biodiversidad:

La cuestión clave frente a este mandato, se refiere a cómo establecer regulaciones y limitaciones sobre el uso de los recursos naturales frente a las demandas de aprovechamiento o extracción. Esta tensión se expresa en que varias estrategias de uso de los recursos son claramente insustentables, por ello, la aplicación de esos objetivos requiere una redefinición de muchos proyectos de desarrollo. En consecuencia, sería positivo que los países de la región avanzaran en negociar principios compartidos sobre el uso responsable y sostenido de los recursos naturales, especialmente los renovables.

4.2. Estrategia Mercosur de Lucha contra la Desertificación, la Degradación de la Tierra y los Efectos de la Sequía

Esta estrategia surgió en la Reunión de Ministros de Medio Ambiente en 2005, y en junio de 2007 se presentó el documento que contiene los principios, mandatos, instrucciones, acciones y metas dirigidas a la desertificación, la degradación del suelo y el combate a la sequía. Vale recordar que la adopción de la estrategia coincide con la creación del Grupo *Ad hoc* de Lucha contra la Desertificación y la Sequía (incluido en la estruc-

tura de la Reunión de Ministros del Medio Ambiente) que fuera creado en noviembre del 2005 durante la IV Reunión de Ministros de Medio Ambiente del Mercosur con el objetivo, precisamente, de formular esta Estrategia.

El marco normativo de la Estrategia se basa en la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y los Efectos de la Sequía – CDL (1996) y por lo tanto los compromisos asumidos por los Estados partes y asociados se refieren al cumplimiento de las disposiciones de la citada Convención. Además se crean compromisos adicionales, específicos para la región, relativos a la necesidad de integrar los temas de la desertificación, la degradación de la tierra y la sequía en las demás políticas sectoriales del proceso integrador, generando un espacio común e integrado para la puesta en marcha de acciones orientadas al manejo sostenible y la consecuente mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, destinatarios finales del proceso de integración.

Por un lado, como objetivo principal de la Estrategia se menciona la necesidad de promover

el desarrollo sostenible de los Estados partes y asociados del Mercosur a través, tanto de la lucha contra la desertificación, la degradación de la tierra y los efectos de la sequía, así como contribuir al logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio y los objetivos de otras estrategias relacionadas y de interés para los Estados Parte y Asociados, específicamente las estrategias de reducción de la pobreza y de seguridad alimentaria.

Por otro, se establecen cuatro objetivos específicos y prioritarios vinculados al manejo sostenible de la tierra, el fortalecimiento institucional, gestión del conocimiento y comercio de productos generados por las zonas afectadas por la desertificación y/o sequías.

La Estrategia adopta aun un plan de implementación y una agenda de trabajo para el Grupo *Ad hoc* que contemplan acciones diversas mediante lineamientos mínimos destinados a definir una estructura de adopción y puesta en marcha para la primera fase de implantación de los objetivos constantes del documento. Estos lineamientos sirven como guías para la generación de nuevos temas que serían incluidos en la segunda fase. Sin embargo, hasta el presente prácticamente no se han adoptado normas específicas y obligatorias para concretizar dichos lineamientos y objetivos; aunque el Grupo *Ad hoc* continúe trabajando en los temas abordados por la Estrategia, no ha habido resultados precisos y notorios que presen-

ten efectivos reflejos en las decisiones y sobre las políticas nacionales de los Estados.

Como Anexo a la Estrategia se incluyen la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y los Efectos de la Sequía y el proyecto de decisión relativo al Acuerdo sobre Estrategia Mercosur de Lucha contra la Desertificación y Sequía, que todavía no ha sido aprobado por los órganos decisorios del Mercosur y por lo tanto no tiene carácter vinculante para los Estados.

5. Conclusiones

La temática ambiental, como elemento relacionado con los derechos fundamentales reconocidos incluso con carácter internacional, merece tratamiento específico en la formulación de políticas sectoriales en procesos de integración. A tal efecto, se requiere un análisis integral de las decisiones tomadas por los órganos decisorios, en el sentido de lograr la transversalidad de las medidas ambientales en todas las áreas abarcadas por el proceso integrador interestatal. La existencia de directrices fundamentales para la protección ambiental debe de estar, necesariamente, vinculada a la formulación de una política ambiental común a observar por todos los partícipes del proceso de integración.

Aunque se pueden apuntar algunas iniciativas comunes que conlleven a la creación de principios y elementos compartidos por todos los Estados partes —tales como: el reconocimiento de la prevención en materia ambiental; la concretización de medidas dirigidas a la responsabilidad posconsumo; la puesta en marcha de estrategias vinculadas a temas importantes de la agenda ambiental, caso de la biodiversidad— todavía, y a pesar de la significativa cantidad de normas reguladoras de temas medioambientales, no ha se logrado generar un espacio normativo común que establezca disposiciones efectivas y vinculantes para los Estados partes. Las normas existentes, conforme a lo analizado, tienen un contenido amplio, general y de carácter meramente recomendatorio. Hace falta adoptar medidas comunes que impliquen responsabilidad en cuanto a la práctica de acciones dañosas al medioambiente, especialmente cuando se trata de riesgos o daños transfronterizos.

La armonización de las normas internas, en aras de crear una convergencia legislativa, representa un primer paso hacia la conformación de un sistema común dirigido específicamente a la protección ambiental. Obvia-

mente, no supone crear normas por la mera «constatación» de su existencia, pues es notorio que el Mercosur, como asociación intergubernamental, no posee las instituciones necesarias para la puesta en marcha de un sistema normativo equivalente al sistema europeo, y ni se trata de copiarlo, tal y como hemos manifestado. Ahora bien, habría que pensar en una solución que diera margen a la armonización de las normas ya existentes.

En dicho sentido, las reflexiones de los órganos decisorios del Mercosur podrían centrarse, en un primer momento, en plantear los siguientes supuestos:

1. ¿Qué está haciendo cada país en materia de protección ambiental en las diferentes áreas?
2. ¿Cuáles son las limitaciones/necesidades de cada área dentro de temática ambiental?
3. ¿En qué medida se pretende incrementar el grado de protección adoptado por cada país —de forma integrada— en la legislación común?
4. ¿Cuáles son las barreras a la incorporación de instrumentos internacionales y cómo evitarlas?
5. ¿Cómo se podría incorporar la temática ambiental en las discusiones y decisiones de las demás políticas sectoriales (transversalidad)?
6. ¿Hay posibilidad de crear un sistema de responsabilidad ambiental común pero diferenciada?

Una vez analizados y solventados dichos planteamientos, se podría determinar la necesidad de adoptar o no una normativa común de cumplimiento obligatorio y vinculante para los Estados. Las decisiones sobre el tema deben contar indudablemente con la participación de todos los actores involucrados: Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales y ciudadanos, en un intento por plasmar y congregar a los destinatarios del proceso integrador en una conducta democrática y transparente.

Así es que se hace necesaria la formulación de un instrumento jurídico capaz de insertar dentro de la normativa disposiciones para una protección más efectiva del medio ambiente, orientando todo un ordenamiento que se encuentra sujeto a fuerzas políticas que deberían interesarse por el tema medioambiental. Crear una «ética ecocéntrica» para el Mercosur y sus Estados partes es legitimarlo a actuar en el contexto internacional de forma más incisiva respecto de reclamar la preservación de su inmenso patrimonio biológico, resguardándolo, al mismo tiempo, de prácticas externas claramente contrarias a la protección ambiental.

Referencias bibliográficas

- BEZCHINSKY, G. y CHIDIAC, M. (noviembre de 2009). *Tecnologías para enfrentar el cambio climático: oportunidades y desafíos para la cooperación regional*. Seminario Cambio Climático, Comercio y cooperación en América Latina. Red-Mercosur/BID: Rio de Janeiro.
- BOUZAS, R. (2003). Quatro falácias sobre o Mercosul. *Rev. Brasileira de Comércio Exterior*, N. 77. Brasília: FUNCEX.
- CAFFERATTA, N. (1996). Principios de Derecho Ambiental. *Revista de Jurisprudencia Argentina II*, fascículo 11. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DIZ, J. B. M. (1999). Análise comparativa entre o Mercosul e a União Européia. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais* 5. Belo Horizonte.
- DIZ, J. B. M. (2010). O acesso à justiça pelos cidadãos nos processos de integração regionais: o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e da Comunidade Andina de Nações. In SALIBA, A. T.; ALMEIDA, G.A. (Orgs.), *Direitos Fundamentais: sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes.
- DIZ, J. B. M.; MONTEIRO, T. S. (2007). La vieja dicotomía Libre Comercio X Medioambiente: análisis de los laudos arbitrales del Mercosur o de cómo se decide un tema candente. *Revista del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales* 3. Rosario: UNR.
- FARINELLA, F. (2004). *El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur*. Primer Congreso Internacional del Mercosur. Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, 15 a 17 de abril. Disponible en <http://www.colproba.org.ar/mercosur/16.asp> (Consultado el 12/03/05).
- GEOMercosur (2008). *Integración, comercio y ambiente en el Mercosur*. Costa Rica: PNUMA/CLAES.
- LOZANO, R. S. (2007). *El régimen jurídico de los residuos de envases*. Madrid: Dykinson.
- SADELEER, N. de (2009). Comentários sobre o status no Direito Internacional de três princípios ambientais. In VARELLA, M. D.; BARROS-PLATIAU, A. F., *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: UNITAR/UNICEUB/UNB.
- SILVA, R. G. (2004). Medio Ambiente en el Mercosur. *Serie Grandes Eventos – Meio Ambiente I*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União.
- SOARES, G. F. S. (2003). *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2da. ed.
- SOTO, M. V. (1996). Principios generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente. *ILSA. Revista Académica de Derecho Internacional y Comparado* 3.
- TUSSIE, D. y VÁZQUEZ, P. (marzo de 2000). Comercio y problemas ambientales en el contexto del Mercosur. In ARRAYA, M. (Ed.), *Comercio y Ambiente: Temas para avanzar el diálogo*. OEA, Unidad de Comercio. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/tunit/books/medamb%5Fs.doc> (consultado el 04/02/05).

Jamile B. Mata Diz

Profesora de la Facultad de Derecho
de la Universidade Federal de Minas Gerais.

Profesora de la Universidade de Itaúna–

MG. Doctora en Derecho Comunitario

Universidad de Alcalá, España. Máster

en Instituciones y Políticas de la UE–Madrid.

Asesora jurídica de la Secretaría

del Mercosur (2008–2009).

E–mail: jmatadiz@yahoo.com.br

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Jamile B. Mata Diz

«LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL DEL MERCOSUR», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 69–102.

5 PARA MUESTRA BASTA UN BOTÓN (O DOS): UNA APROXIMACIÓN A LOS MARCOS CONCEPTUALES DE CTS DESDE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Gonzalo Bailo
y otros

RESUMEN

A partir del análisis de la obra de Sheila Jasanoff, en este artículo se pretende exponer dos marcos conceptuales que pueden servir como insumo para trabajos de investigación relativos a temáticas vinculadas al gobierno de los riesgos científicos y tecnológicos y el rol de los expertos.

En primer lugar, se analiza la noción de co-producción. La misma da cuenta de la interrelación entre ciencia y política a la hora de la construcción del conocimiento, como también en la toma de decisiones. En segundo lugar, se aborda la controversia que genera la inclusión de expertos en los procesos judiciales y la confiabilidad de la prueba por éstos aportada.

Este preliminar examen procura poner en contacto la investigación jurídica con los conceptos trabajados desde los estudios CTS.

ABSTRACT

This article aims to display two conceptual frameworks from the work of Sheila Jasanoff, which might be useful as legal research tools related to the scientific and technology risks government, and the experts' role.

First, we analyze the idiom of co-production. This notion accounts for the relationship between science and politics in the knowledge-making and decision-making processes.

Second, we address some controversies around experts' participation in litigation, and expert evidence trustworthiness.

PALABRAS CLAVE

coproducción, expertos, CTS, Jasanoff.

KEY WORDS

co-production, experts, STS, Jasanoff.

1. Una invitación a explorar el campo CTS

Este trabajo es una propuesta de exploración de marcos conceptuales que pueden servir como insumo para trabajos de investigación que transitan por temáticas vinculadas al gobierno de los riesgos científicos y tecnológicos y el rol de los expertos en ese gobierno.¹ En esa búsqueda, exploramos algunas obras centrales del campo de estudios de Ciencia, Tecnología y Sociedad (CTS).²

Particularmente, indagamos la bibliografía de Sheila Jasanoff, reconocida autora que hace décadas viene trabajando casos y teorías para comprender las relaciones entre Derecho, ciencia y política.

En esta contribución, pretendemos sintetizar sistemáticamente algunos conceptos de la vasta literatura de la autora,³ entre los que seleccionamos dos grandes ejes:

1. La «coproducción» de la ciencia y la política, que brinda algunas claves para pensar cómo se relaciona la construcción del conocimiento con la toma de decisiones políticas y la constitución de los Estados; de qué manera los Estados modernos llegan a conocer y ser capaces de desplegar ese conocimiento con fines públicos y cómo funcionan el conocimiento y las tecnologías basadas en conocimiento para promover o impedir la expresión de valores democráticos.

-
1. Este trabajo sistematiza reflexiones generadas en el espacio de un Taller de Lectura del Centro de Investigaciones (que se enmarca en las actividades del PI CAI+D 2011: «Hacia la construcción de una regulación agroalimentaria. Perspectivas local, internacional y global», Res. CS 205/13, dirigido por el Dr. Javier Toniollo). El taller se planteó como un espacio de relectura y análisis crítico de ciertos trabajos del campo CTS a la luz de su relación con problemáticas complejas del Derecho contemporáneo que estamos estudiando.
 2. En este trabajo utilizaremos la sigla CTS —Ciencia, Tecnología y Sociedad— prefiriéndola a otras siglas como ESCT —Estudios Sociales de la Ciencia y Tecnología— o su equivalente en inglés STS —Science and Technology Studies—. Entre muchos otros, se pueden encontrar explicaciones del campo CTS en Kreimer (1999); Albornoz; Kreimer; Glavich (1996); Jasanoff (2012:435–441).
 3. Su obra puede ser periodizada en tres etapas: la primera hasta el año 1989, dedicada a temáticas relacionadas a riesgos ambientales y regulación de las actividades riesgosas (entre otras: Jasanoff (1986); Brickman, Jasanoff and Ilgen (1985). La segunda etapa reúne un conjunto de problemáticas relativas a la regulación administrativa y judicial de la ciencia (Jasanoff (1997; 1994). Finalmente, en la última década se ha ocupado de los problemas atinentes a la regulación y democratización de la tecnología (Jasanoff (2008).

2. El rol de los expertos en la justicia: abriendo el análisis acerca de cómo son autorizados los puntos de vista de determinados «testigos» particulares para adoptar y justificar decisiones judiciales.

2. Dos nuevos lentes para enfocar los problemas jurídicos

2.1. El enfoque coproduccionista

En el análisis de muchos fenómenos históricos, las ciencias sociales parecen retraerse en una conspiración de silencio. Por su parte, el reconocimiento y la aceptación de estos fenómenos de interacción entre personas, ideas, instituciones y objetos materiales, desafían muchas de las categorías básicas del pensamiento social (como las de estructura y agencia, naturaleza y cultura, ciencia y política, Estado y sociedad). Jasanoff entiende que los discursos dominantes de la economía, sociología y ciencia política carecen de vocabulario para dar sentido al «desorden», a procesos irregulares a través de los cuales la producción de la ciencia y la tecnología se «enredan» con las normas sociales y las jerarquías. En estos casos, el abordaje simultáneo de los órdenes sociales y naturales como producidos conjuntamente otorga una nueva e interesante herramienta explicativa.

La noción de «coproducción» del conocimiento pretende recuperar gran parte de las investigaciones y reflexiones de este campo y elaborar una síntesis que pueda superar las objeciones y críticas a las que estaba sujeto. La «coproducción», más que una teoría acabada, es presentada como un modismo, «una manera de interpretar y dar cuenta de fenómenos complejos de forma tal de evitar las delaciones estratégicas y las omisiones de la mayoría de las aproximaciones en ciencias sociales».⁴

La dinámica de la política y el poder no pueden disociarse del cambio científico y tecnológico. Los significados de conceptos clásicos como ciudadanía, responsabilidad cívica, solidaridad internacional, grupos de interés, lo público y lo privado son repensados en el juego constante que plantean —como agentes políticos— la ciencia y la tecnología. Generar un

4 Excepto que se indique lo contrario, todas las citas en el texto de este artículo fueron traducidas por los autores del mismo Jasanoff (2004:3). Sin reclamar consistencia ni poder predictivo, el concepto de coproducción se elaboró para aportar a dos tareas. Por un lado, la puesta en diálogo de los CTS con campos vecinos acerca de las conexiones entre conocimiento, cultura y poder. Por el otro, la formación de «puentes» entre las distintas divisiones disciplinarias dentro de los propios CTS.

discurso capaz de comprender el rol de la ciencia y la tecnología, implica convivir con problemas de sentido, de valores y de poder, a la par de reconocer que los recursos materiales y culturales que bosquejan nuevos fenómenos, generalmente preceden a los objetos «descubiertos» en sí mismos.

La coproducción, en esencia, implica variedad. Aunque desde los escritos fundacionales de Thomas Kuhn (2011) todos los investigadores sociales parecen coincidir en que el conocimiento científico es construido socialmente, la madurez de los CTS produjo un viraje hacia la profundidad y complejidad que «lo social» trasunta como objeto de estudio. Jasanoff considera que el resultado más importante de este proceso es haber reconocido que la coproducción de lo natural y lo social debe ser discutida con un lenguaje que no otorgue primacía a ninguno de estos órdenes.

Como punto de partida en su construcción de nuevas categorías conceptuales, Jasanoff identifica dentro de los CTS dos grandes corrientes vinculadas con la idea de «coproducción»: la constitutiva y la interaccionista.⁵

La «constitutiva» se enfoca en la construcción de nuevas culturas tecnocientíficas, los modos por los cuales la estabilidad es creada y mantenida, particularmente para fenómenos emergentes, ya sean los emplazamientos donde se construye conocimiento (laboratorios, hospitales, procedimientos legales, etc.) o nuevos objetos tecnocientíficos (ADN, tabla periódica de elementos, etc.). El principal exponente de esta corriente es Bruno Latour. Según Jasanoff, el investigador francés considera que el —ingenuo— mundo moderno occidental ha logrado instalar un mecanismo de clasificación de redes híbridas que separan nuestra existencia material y cognitiva en dos mundos aparentemente autónomos: la naturaleza y la cultura. Latour es uno de los «creadores» de la denominada Teoría del Actor Red —TAR—. ⁶ El concepto de red evoca una asociación de elementos heterogéneos (sociales, naturales, tecnológicos, científicos, políticos, económicos, etc.) entre los cuales no pueden establecerse jerarquías en cuanto a su capacidad explicativa de la conformación de la red: «un actor-red es, simultáneamente, un actor cuya actividad consiste en entrelazar elementos heterogéneos y una red que es capaz de redefinir y transformar aquello de lo que está hecha» (Callon, 1998:156).⁷

5 Identifica al primer grupo de teorías (constitutivas) con la teoría social, y al segundo (interaccionales) con la filosofía política. Jasanoff (2004).

6 Otros contribuyentes fundacionales a esta teoría fueron M. Callon, Woolgar y Law. Para una recopilación de su obra, vid. Latour (2008).

7 A diferencia de los sociólogos tradicionales, y radicalizando el principio de simetría de Bloor (1976), los precursores de la TAR proponen otra forma de aprender sobre la sociedad, siguiendo a los innovadores en sus investigaciones.

No obstante reconocer los aportes de la TAR, Jasanoff entiende que a la hora de confrontar con algunas de las grandes inquietudes políticas, ésta tiende a distanciarse. Ello conlleva un considerable costo en el tratamiento de los valores y la capacidad de acción humana, a merced del lugar que ocupa lo material y lo no humano en dicho enfoque.

La segunda gran tradición de la que parte el enfoque coproductorista (la «interaccionista») reconoce la articulación entre ciencia y política. Se centra en resolver problemas de «desorden» dentro de culturas establecidas. Presupone que ni la ciencia ni la sociedad parten de cero sino que operan siempre sobre un orden preexistente en el cual las personas saben qué cuenta como naturaleza y qué como sociedad o cultura. Sin embargo, continuamente aparecen conflictos de límites acerca de dónde comienza y dónde termina cada uno. El aporte más importante de este enfoque reside en el estudio de la influencia del conocimiento en el poder: éste puede ser visto reinscribiéndose continuamente en las instituciones, las comunidades, las prácticas, los reclamos y los productos de la ciencia y la tecnología; incluyendo nuestras concepciones sobre el cuerpo humano y la naturaleza humana.⁸

Jasanoff considera que la coproducción, debido a sus pretensiones interdisciplinarias, permite articular perspectivas y conocimientos provenientes de la antropología, la historia, el derecho, la política, los estudios culturales y la teoría social.

Para llevar a cabo tal tarea, el enfoque «coproductorista» utiliza, a modo de núcleo epistémico, cuatro categorías teóricas, a saber: instituciones, identidades, discursos y representaciones. A continuación, ilustraremos cada una de estas categorías con investigaciones de casos concretos.

2.1.1. Instituciones

Las instituciones juegan un rol crucial en la explicación «coproductorista» del mundo: «como repositorios estables de conocimiento y poder, las instituciones ofrecen instrumentos acabados para poner las cosas en su lugar en tiempos de incerteza y desorden» (Jasanoff, 2004:40). Funcio-

8 En este sentido, no puede desconocerse el fundamental aporte de Michel Foucault en el análisis entre conocimiento y poder. Su trabajo ha gravitado notablemente en los estudios de CTS que trabajan con nociones como clasificación, estandarización y el ejercicio de poder por instituciones que tienen la capacidad de disciplinar a las personas, cuerpos, mentes y formas de vida.

nan como vehículos que acreditan la validez de nuevo conocimiento o la aceptación de nuevas reglas de comportamiento.

La autora propone como ejemplos, entre otros, los sistemas legales y los laboratorios de investigación. Las instituciones, a través de rutinas administrativas estables, permiten diseñar respuestas para problemas novedosos, ensayando repertorios, optando por formas de experticia y procesos de investigación, por métodos que aseguren credibilidad y por mecanismos para ventilar y gestionar el disenso. En cuestiones normativas, las instituciones son requeridas para interpretar evidencia, sancionar leyes, estandarizar métodos, diseminar conocimiento o ratificar nuevas identidades.

El aporte reside en un análisis que toma en cuenta la dimensión experta y su relación con la política y el derecho en el diseño y funcionamiento de las instituciones. Reconoce, asimismo, que éstas otorgan criterios para decidir en contextos de crisis.⁹

Esta categoría permite, por ejemplo, poner en evidencia la insuficiencia del enfoque internacionalista para el análisis de las instituciones globales (Miller, en Jasanoff, 2004:46-66). En «Climate science and the making of a global political order», Miller revela que los Estados-nación soberanos ya no pueden ser percibidos como una organización adecuada para la gobernanza global. Las nuevas instituciones globales (de forma contraria a las internacionales) deben ser creadas para afrontar nuevas clases de problemas (como por ejemplo la degradación ambiental). Como los perfiles de estas nuevas instituciones aún no están definidos, es necesario revisar el significado y alcance de ciertas categorías políticas convencionales como la soberanía, el Estado, la identidad cívica y la ciencia.

El autor, para exponer al Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC) como agente y producto de la coproducción, describe dos etapas. En la primera examina la manera en que el panel «globalizó la atmósfera» construyendo un discurso que encuadró al cambio climático como riesgo para el medio ambiente global. En la segunda explica cómo esta institución, para reforzar su propia autoridad, articuló un nuevo modelo de ciencia y política. El IPCC ofreció un modelo de política global en el cual los expertos, como agentes políticamente neutros, se les otorgó un poder significativo para resolver problemas globales.

9 En este tratamiento integral del papel de las instituciones reside el punto de contacto entre los nuevos enfoques institucionalistas de la sociología y la teoría política y el trabajo coproductivista de los estudios sociales de la ciencia y la tecnología.

La historia del IPCC demuestra, a juicio del autor, que las nuevas construcciones del orden natural y social son fuertemente interdependientes. Aunque el IPCC pretendió mostrar al cambio climático como un fenómeno global (a partir de un discurso experto), la credibilidad de esa posición dependió, en definitiva, de la habilidad del propio panel para erigirse como una institución legítima de cooperación global.

No obstante ello, la incorporación del asesoramiento científico en el entramado regulatorio es todavía problemática. Durante muchos años las democracias occidentales consideraron que la ciencia debía orientar la regulación pública y mantenerse separada de la política. Con el tiempo, este modelo asumió formas diversas. Todavía hoy, instituciones como el IPCC se preguntan quiénes son los expertos, qué cuenta como evidencia, y quiénes son los responsables en la toma de decisiones.

2.1.2. Identidad

La identidad —ya sea en clave individual o colectiva—, como categoría del análisis social posestructuralista, es afín al enfoque coproductorista porque funciona como un recurso que permite restablecer sentido allí donde sólo hay «desorden».

En «Coproducting CITES and the African elephant», Charis Thompson examina la coproducción desde el punto de vista de regímenes ambientales internacionales (en Jasanoff, 2004:67–86). La autora muestra cómo el cambio producido en el status del elefante africano que se convirtió en una especie «gestionable», no se debió a un contexto específico, sino que se generó con el surgimiento de una identidad panafricana que respaldó prácticas de gestión multisituadas.

Thompson describe la transición en el status de los elefantes africanos que pasaron de ser una especie universal, que era considerada en suficiente peligro de extinción como para necesitar protección de todo tipo de extracción o aprovechamiento, a una segunda fase, en la que se diferencian especies regionales que necesitan protección, pero respecto de las cuales es posible una regulación sustentable de su aprovechamiento en ciertos lugares. Es decir, se transita de un discurso que concibe al elefante como especie en peligro de extinción que hay que proteger en forma absoluta, a un discurso en que se lo concibe como un recurso que puede protegerse sin prohibir el comercio sustentable de marfil. Así, originariamente forzadas a aceptar un discurso científico de absoluta protección, las nacio-

nes africanas fueron habilitadas, a través de sucesivas rondas de negociación internacional, a exponer su visión de que los elefantes podían ser cazados y, a la vez, protegidos en un régimen de desarrollo sustentable.

Para que ello ocurra el tratado global que regula el comercio de las especies que son consideradas amenazadas o en peligro (CITES) también tuvo que cambiar. En la décima Conferencia de las partes en junio de 1997 fue modificado el status de los elefantes africanos. En la misma se optó por pasar del primer apéndice (que implica una prohibición absoluta de comercialización) al segundo (que permite su aprovechamiento bajo ciertas condiciones) algunas poblaciones de elefantes del sur de África.¹⁰ Esta modificación se debió al reclamo de expertos en el manejo de la vida salvaje del sur de África, que sostenían que la prohibición de una extracción sustentable y comercio de marfil era, no solo innecesaria, sino totalmente perjudicial para la conservación de la biodiversidad en la región donde varias poblaciones de elefantes eran vistas como abundantes.

La razón por la cual los elefantes se encontraban ubicados en el primer apéndice radicaba en la preocupación por su supervivencia. Esta decisión fue fruto del estudio de D. Hamilton, un experto que vivía en el este de África. La misma fue rápidamente cuestionada por Parker, otro experto, exponente de la posición del sur de África, argumentando que la utilización sustentable de los elefantes era un modo de gestionarlos y pagar por su conservación. No se trataba de una puja entre dos filosofías opuestas: «uso sustentable» versus «preservacionismo», sino que reflejaba diferentes circunstancias propias de distintas poblaciones de elefantes.

La cuestión de la conservación de los elefantes africanos de acuerdo con CITES, da cuenta de cómo la identidad de la especie y los discursos científicos en torno a ella cambiaron juntos y determinaron una transición importante en aquella. Ello condujo a un cambio en el paradigma dominante de la conservación de la biodiversidad: se transitó de la protección de especies universales a una diferenciación de la responsabilidad global de especies autóctonas.

10 Dicha convención cuenta con tres apéndices donde se enumeran las especies amenazadas o en peligro de extinción. Si una especie se encuentra enumerada en el primer apéndice no se permite ningún tráfico comercial ni respecto de la especie ni del espécimen derivado de ella. Las especies enumeradas en el segundo apéndice, en cambio, pueden ser comercializadas de manera regulada por aquellos que obtengan permisos que dependen de las consideraciones sobre conservación como de la sustentabilidad. La enumeración en el tercer apéndice, por su parte, ordena a los Estados una cooperación internacional a los fines de restringir el comercio de especies locales en peligro.

2.1.3. Discursos

La resolución de problemas de orden, adopta frecuentemente la forma de nuevos lenguajes —o la modificación de los viejos— para hallar palabras que permitan describir los nuevos fenómenos, dar explicaciones, persuadir audiencias escépticas, conectar conocimientos a prácticas, etc. «Estas estrategias involucran la apropiación y adaptación de discursos existentes (legales, médicos o éticos, por ejemplo) para cubrir las nuevas necesidades» (Jasanoff, 2004:40). Las opciones discursivas, por otra parte, son un elemento importante que apuntala nuevas estructuras de autoridad científica en la vida de las instituciones. En ese proceso, el conocimiento científico carga con modelos tácitos de naturaleza, sociedad, cultura y humanidad, que en un tiempo determinado, trasuntan un orden social dado.

En el esquema teórico de la coproducción las opciones discursivas destacan el rol del lenguaje como un elemento de suma trascendencia por cuya vía son construidas nuevas estructuras de autoridad científica, dando cuerpo a nuevas institucionalidades. Este ha sido el caso de la historia de la idea de «desarrollo» en el Reino Unido en el siglo XIX (Wayne; Waterton, 2004).

El artículo de Storey advierte la relación entre aspectos científicos y tecnológicos y la ideología imperialista en el caso de la creación de un Departamento Imperial de Agricultura para las colonias británicas, a través del cual se pretendía elaborar políticas de desarrollo. Esto en gran medida generó nuevos lenguajes y resignificó con sus prácticas la idea misma de desarrollo.

Los orígenes del término «desarrollo» pueden ser rastreados en un sinnúmero de fenómenos, vinculados muchos de ellos tanto al diseño de instituciones como al trazado de políticas científicas desde éstas mismas. Las diversas acepciones de este término han ido mutando de conformidad con su filiación a diversas corrientes ideológicas. No obstante ello el uso específico de la palabra en el sentido de construcción económica y social de países desaventajados reconoce su origen en el «Nuevo Imperialismo» del siglo XIX. Desde entonces, las políticas de desarrollo, incluso en los aspectos científicos y tecnológicos, han sido relacionadas sin más a una ideología imperialista. Así ocurrió para el caso del Imperio Británico en relación al programa de desarrollo científico y tecnológico que proyectaban para las colonias británicas del Caribe. Analizar las políticas de desarrollo para comprender la historia del término en cuanto componente discursivo del

proceso de coproducción, requiere con anterioridad atender a las discusiones acerca de la fundación del Departamento Imperial de Agricultura para las colonias británicas. Esto así en función de la íntima vinculación entre la historia del diseño institucional y el surgimiento de las políticas de desarrollo, y de estas dos con el darwinismo social y el paternalismo colonial.

La primera etapa de las políticas de desarrollo británicas, obedecía a una racionalidad fuertemente imperialista, imbuida por quienes pretendían expandir un esquema de agricultura científica en los enclaves de ultramar. Ulteriormente, con el cambio de siglo, el nuevo departamento imperial de agricultura proyectado para las colonias británicas sirvió de base para que éstas crearan nuevas instituciones de investigación y políticas de desarrollo estatales. Reparar en dicho proceso de creación, como así también en la producción de las políticas científicas para las colonias, permite advertir que el Departamento Imperial (que encarnó en sus inicios una lógica imperialista) coadyuvó progresivamente a sostener patrones de interdependencia y de poder científico entre Gran Bretaña y sus colonias. No obstante ello, el trayecto del diseño de estas instituciones osciló entre una racionalidad imperialista-intervencionista y una racionalidad liberal extrema (*laissez-faire*).

Aunque durante mucho tiempo fue indiscutida la premisa conforme la cual el desarrollo de los países del tercer mundo sería alcanzado a través de la transferencia neutral de ciencia y tecnología, actualmente ha sido problematizado desde las corrientes críticas de las teorías del desarrollo. Con todo, la historia del Departamento Imperial de Agricultura revela la plasticidad del elemento discursivo para la creación de instituciones como así también para la adopción de políticas.

En tal sentido, y tal como lo señala Jasanoff la formación de nuevas instituciones es un momento propicio para observar la «coproducción». Aquí Storey, pretende mostrar cómo las necesidades locales de las colonias británicas fueron traducidas en instituciones imperiales a través de una combinación de discurso y práctica. Considera en primer término cómo las necesidades locales de las Colonias Británicas se cristalizaron en la crisis del azúcar a finales del siglo XIX, una crisis que fue simultáneamente natural y política. Luego, el autor examina los caminos o maneras a través de las cuales el Gobierno Británico condujo la crisis, creando a la vez nuevas conexiones y vínculos más próximos a las colonias. Al hacer esto, Gran Bretaña institucionalizó un nuevo discurso de intervención, llamado «desarrollo», como así también las prácticas a él asociadas.

La voz «desarrollo» implicó una nueva manera de pensar la responsabilidad social del Imperio, diferente del enfoque del *laissez-faire* que lo precedió, al tiempo que permitió que el conocimiento británico fuese de mayor accesibilidad para los isleños. El resultado de este largo proceso fue la creación de un nuevo Departamento Imperial de Agricultura para las colonias británicas, cuyas prácticas devinieron tan completamente normalizadas y naturalizadas que los investigadores y operadores de las políticas de desarrollo desconocieron el proceso de su producción, y su filiación con un movimiento ideológico proveniente de una política colonial previa.

2.1.4. Representaciones

El último núcleo trata de identificar los medios humanos y materiales por los cuales las representaciones científicas se producen y se hacen inteligibles en distintas comunidades.

Jasanoff reconoce que la naturaleza de la representación ha sido una preocupación central de los estudios CTS desde sus inicios. Mucho ha sido producido sobre la identificación de los medios —tanto humanos como materiales— por los cuales las representaciones científicas se producen y se hacen inteligibles, sin embargo la autora considera necesario explicitar sus implicancias políticas.

En las cuestiones ambientales, se observa claramente la emergencia simultánea de nuevo conocimiento, representaciones, instituciones e identidades. La Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA)¹¹ fue creada a mediados de los años 80, cuando los objetivos de unificación política europea estaban en su apogeo (Wayne; Waterton, 2004). A la misma se le atribuyó la responsabilidad de proveer información «objetiva, confiable y comparable» para la Comisión Europea, el Parlamento, los Estados miembros, otros actores políticos y el público en general. La Agencia tenía la misión de armonizar metodologías de medición y asegurar que los datos recabados fuesen comparables en el plano europeo.¹² Un cierto modelo

11 La AEMA es una de las tantas Agencias formalmente independientes que fueron creadas por la Comisión Europea para cumplir con los objetivos de los Tratados. «Su labor es ofrecer información sólida e independiente sobre el medio ambiente. Es la fuente principal de información para los responsables del desarrollo, la aprobación, la ejecución y la evaluación de las políticas medioambientales, y también para el gran público» (de <http://www.eea.europa.eu/es/about-us> acceso 18/11/2013).

12 La fundación de la Agencia se apoyaba en el hecho de que la información científica ambiental en

epistémico (acerca de cómo moldear y desarrollar conocimiento sobre el ambiente) subyacía a la demanda de información «objetiva, confiable y comparable», el cual se correspondía a su vez con un modelo político tácito sobre los agentes de producción de tal conocimiento, su control de calidad y uso. Se esperaba que la Agencia se circunscribiera a la producción de información, sin inmiscuirse en el terreno político, celosamente guardado por la Comisión.

Si bien la Agencia fue creada para imaginar y proyectar una visión de Europa unificada, en el desarrollo de su actividad se enfrentó con la imposibilidad de construir un conocimiento con tales características, y debió hallar la forma de legitimarse, a pesar de no cumplir su objetivo inicial.

En este debate, dos modos contradictorios de construcción de conocimiento se pusieron en juego. El primero —impulsado desde la Comisión— era aliado de una Europa emergente como un *superestado* centralizado, con todos los requerimientos de estandarización y armonización. Este modelo se caracteriza por su positivismo, universalismo, y por asumir una estructura legalista formal de autoridad. Esta versión pertenece a un paradigma moderno altamente rígido y perdurable, en el cual prevalecen ideas deterministas de una linealidad que va desde la construcción de conocimiento objetivo a políticas racionales.

El segundo modo de construcción de conocimiento sobre el ambiente, propiciado por la propia Agencia, implica una visión mucho más exploratoria y efervescente de lo que podría ser posible o deseable en la naciente Europa. La vieja confianza en un conocimiento científico formal y la posibilidad de armonización se quiebran frente a las incertezas y contingencias del proceso de producción de conocimiento. Los principales destinatarios de la información no son ya los *policy makers*, sino la sociedad civil, los grupos ambientalistas, entre otros. Mientras que el primer modelo determinista refuerza (y es reforzado por) un modelo centralista de orden político europeo, este modelo alternativo reconoce la indeterminación del conocimiento, inspira una comunidad política más abierta y otra visión de Europa, más compleja y heterogénea. Una visión en la cual existen diferentes culturas, prácticas y diversos modos de conocimiento.

Europa era despareja e inconsistente, lo que imposibilitaba la comparación, y por ende, la planificación e implementación de políticas comunitarias. Esta Agencia, así como otras tantas de la Unión, se basaban en la convicción de que para alcanzar los objetivos de los Tratados la promoción de una Europa unificada era necesario multiplicar las instituciones y actividades comunitarias independientes.

El dilema de la Agencia radicaba en que la imposibilidad de construcción de información homogénea, objetiva y con parámetros uniformes (que permitiesen comparar la situación del medio ambiente en toda Europa), ponía en cuestión la identidad europea como un todo. Valientemente, la AEMA reconoció que las incertezas y riesgos ambientales contemporáneos demandan nuevas formas de deliberación y aproximación crítica a los procesos políticos centralizados y oficialmente sancionados existentes en el aparato institucional europeo. Sin embargo, en honor a una Europa imaginada, la Agencia no pudo dejar completamente de lado las viejas asunciones acerca de una ciencia universal y una racionalidad experta, modelos epistémicos que servían de apoyo al proyecto político de una Europa unificada. Es cultural y políticamente esencial para la Agencia mantener ese primer modelo en juego, porque revela asunciones y prácticas que colectivamente constituyen lo que es hoy la Unión Europea.

La experiencia de la Agencia muestra cómo, con la emergencia de alternativas desorganizadas y controvertidas, pueden cuestionarse las representaciones del Estado moderno racionalizado.

2.5. El ojo del juez, el ojo del poder

A partir del mediático caso de O. J. Simpson, Jasanoff hace referencia al problema general de la autoridad de la ciencia en la sala de juicio, a través de un examen acerca de qué hace que la evidencia de ADN sea convincente para los legos (1998:713-740).

En el juicio se muestra cómo, a pesar de que la evidencia de sangre presentada jugó un rol crucial, tanto verbal como visualmente, fue sin embargo recibida con escepticismo por el jurado en el juicio criminal. Jasanoff argumenta que para lograr que la evidencia científica tenga peso no sólo las inscripciones mostradas al jurado sino el ojo que las muestra debe aparecer como autorizado. De allí que la sala de juicio se exhibe como un teatro en el que las cosas son narradas a la vez que presentadas de manera tal de imponer credibilidad. En este sentido, la visualización, no menos que la verbalización, es una de las técnicas a través de la cual la evidencia científica logra credibilidad y de esa manera gana, para propósitos de toma de decisiones legales, el status de un hecho. Sin embargo, los procesos para crear o desacreditar evidencia visual han recibido poca atención en los análisis jurídicos. Para la mayoría de los operadores jurídicos el lenguaje sigue siendo el medio primario de traducción entre la realidad y su

representación en el litigio. Los hechos de la ciencia son transportados dentro de las mentes de los jueces y los jurados a través del lenguaje estratégicamente desplegado.

Jasanoff postula que la verdad en la sala de juicio sólo es establecida cuando la audiencia designada cree lo que le es dado a conocer por la representación ofrecida. Ahora bien, mientras el despliegue de evidencia entre comunidades científicas puede ajustarse a reglas establecidas de representación (gráficas y lingüísticas), los abogados y sus testigos expertos se desempeñan ante audiencias que no han sido entrenadas para ver la realidad de manera similar¹³. Puede ocurrir que la imagen o inscripción presentada sea tan directa e inequívoca que la historia que cuenta sea aceptada sin mayores obstáculos, como es el caso de una radiografía que muestra tijeras de cirugía descuidadamente abandonadas en el cuerpo de un paciente. Ahora bien, en términos generales, los intercambios en el proceso respecto de la confiabilidad de la evidencia de ADN (sobre todo en los primeros casos en que este tipo de prueba se aportó como evidencia), están lejos de dar por sentado las relaciones entre lo expuesto por los expertos y la recepción por los observadores legos.

Uno de los problemas que presentan las inscripciones científicas para la visión no especializada es la existencia de «artefactos» complejos (tales como microbios, cadenas de ADN, nanotubos de carbono, etc.) que sólo pueden ser visualizados con la ayuda de instrumentos como microscopios electrónicos que confieren el monopolio de la visión a aquellos que saben cómo usarlos. Manejar estos instrumentos requiere de habilidades y recursos. Extender el monopolio ganado hacia el exterior de la actividad científica requiere más recursos aún.

Jasanoff cuestiona la premisa (que la comunidad legal ha sostenido por mucho tiempo) que postula que la delimitación entre lo que es considerado científicamente confiable y no confiable es establecida en gran parte fuera de la competencia del derecho y puede ser importada, sin problemas, dentro de procedimientos legales. Las reglas que gobiernan la admisibilidad de la evidencia científica asumen que la demarcación entre experticia genuina y espuria está allí para que los jueces la descubran. Según esta visión, los jueces son entendidos como «guardabarreras» porque tienen el poder de dejar entrar el testimonio confiable y cerrar la compuerta

13 Si bien la autora analiza un caso del sistema de juicio por jurado, entendemos que a los fines del análisis de la prueba científica, una situación análoga atraviesan los jueces (expertos en Derecho pero legos en materia científica) en nuestro sistema.

ante la mera pretensión. De esta manera, introducen su propio entendimiento sobre los métodos de la ciencia al privilegiar algunos puntos de vista expertos por encima de otros, creando jerarquías entre clases de expertos potencialmente creíbles. Incluso pueden excluir algunos expertos o señalar los suyos propios para proporcionar resultados científicos que gocen de mayor neutralidad.

Asimismo, Jasanoff considera que se requieren ciertas restricciones en la deconstrucción de la visión experta y entiende que la estandarización ofrece a los laboratorios de pruebas y a las instituciones de aplicación de la ley un atractivo camino de salida para los dilemas que se plantean en la sala de juicio. Una vez que las técnicas de visualización están estandarizadas, la violación del estándar puede ser condenada en términos normativos, igualmente persuasivos para expertos y legos. Los estándares pueden ser vistos como un dispositivo de traducción que hace accesibles los juicios expertos sobre prácticas técnicas para las audiencias de legos.

La habilidad institucional de los tribunales radica en su capacidad para entregar soluciones obligatorias que son aceptadas como correctas, tanto en términos epistemológicos como morales. Una finalidad de este tipo resultaría difícil de alcanzar en una democracia sin reglas, donde la visión del lego fuera libre en todos los sentidos para desafiar la visión experta profesional y cuestionar su testimonio respecto de aquellas cosas que son invisibles para el ojo no entrenado.

Un proceso judicial no es simplemente una búsqueda de la verdad sino más precisamente una contienda de credibilidad entre dos relatos en pugna acerca de la misma realidad. En consecuencia, se requieren ciertas restricciones en la deconstrucción de la visión experta, ciertos límites respecto del escepticismo y la desconfianza sin los cuales la resolución de disputas en una sociedad se tornaría inmanejable.

Jasanoff postula que trazar líneas de demarcación entre credibilidad y no credibilidad, en las ofertas de los expertos, no es un simple asunto de seguir o aplicar reglas. La experticia, al contrario de lo que el derecho doctrinariamente presupone, es constituida o reconstituida en cierto grado dentro del marco de cada proceso. El ojo del juez aparece como el ojo del poder, cuya autoridad necesita ser aceptada, en función de los intereses sociales, pero no de manera acrítica.

En la designación de algunos testigos legitimados como expertos y la distinción entre diversas formas de testimonios, los jueces inevitablemente imponen su propio entendimiento acerca de qué visión del mundo se considera autorizada o genuinamente científica y cuál no. De esa manera limi-

tan el rango de flexibilidad de la interpretación disponible para el cuestionamiento lego.

Lo que una sociedad democrática debería desear cultivar es un ejercicio de poder judicial profundamente consciente de su rol en construir experticia, en lugar de irreflexivamente ratificar las buenas o malas pretensiones de una visión privilegiada. Si la manera en que los jueces ven el mundo modela la forma en que otros deben verlo dentro del proceso, entonces la visión judicial debería ser entrenada para reconocer y criticar su propio poder de constreñir las percepciones sociales de la verdad.

3. Un final abierto

La investigación jurídica puede nutrirse de nuevos marcos conceptuales que permitan dar cuenta de la complejidad del funcionamiento de los sistemas jurídicos actuales. Parte de esta complejidad proviene de la interacción de los mismos con la ciencia y la tecnología. Los marcos conceptuales presentados en este trabajo tienen en común la articulación entre ciencia, tecnología, política y derecho. Ello permite visualizar de forma novedosa las relaciones entre los mismos, tanto que la visión que se propone es ecuaníme en el análisis de cada uno de ellos.

En este sentido, la «coproducción» del conocimiento permite evaluar en un pie de igualdad la producción del conocimiento científico y la regulación del mismo, como las decisiones políticas que se toman en consecuencia, apelando a la faz regulatoria del derecho. Por su parte, el enfoque de la actuación de los expertos como de la evidencia científica en el proceso judicial es útil para abordar las problemáticas de la relación entre ciencia y derecho en este ámbito tan caro a las investigaciones jurídicas.

Jasanoff logra demostrar que hay suficiente desarrollo en el campo de los CTS como para extraer ideas sobre la coproducción del orden natural y social. Ello no obsta a la necesidad de contar con un enfoque capaz de articular ambas tradiciones de estudio. La agenda coproduccionista remarca la necesidad de contar con recursos propios que permitan pensar sistemáticamente los procesos por los que los seres humanos otorgan sentido a universos en que la ciencia y la tecnología se inscriben como mixturas permanentes.

Para Jasanoff, las identidades, las instituciones, los discursos y las representaciones creadas por la ciencia y la tecnología pueden ser sostenidos políticamente para: a) auxiliar a las sociedades a instalar nuevos cono-

cimientos y capacidades tecnológicas sin dismantelar la legitimidad de los acuerdos sociales existentes, y b) proporcionar, simbólicamente, marcadores indirectos que ante la amenaza de la incertidumbre y la disrupción, validen ciertas dispensas ya conocidas.

La relación entre los expertos y la evidencia científica y los procesos judiciales ha sido poco estudiada en el ámbito jurídico. En este sentido, las representaciones de la ciencia dentro del proceso judicial no han recibido mayor atención por los juristas, a pesar de la importancia de las mismas en la argumentación legal. El análisis de los procesos para crear o desacreditar evidencia en forma visual dan cuenta de nuevas formas de integración de la ciencia al proceso judicial, notablemente vinculada con las nuevas tecnologías y las nuevas formas de comunicación.

La necesaria mediación de expertos en la traducción del lenguaje científico a los legos (entre ellos el propio juez) y el rol que los propios jueces juegan en la legitimización de la evidencia científica como confiable, permite un nuevo enfoque sobre el rol del juez, y las competencias del mismo, que aún queda por ser descubierto en nuestro ámbito. Tanto la regulación de la prueba judicial como las posibilidades de «excepcionar» la misma son repensadas desde este marco conceptual y merecen ser discutidas a la luz de los complejos casos que actualmente se presentan ante los estrados.

Evidentemente existen «modos institucionalizados de conocer las cosas» dentro de la ciencia, y que también son propios de la tecnología. Éstos han sido socializados por los actores expertos y reproducidos en un contexto diferente, el jurídico-político. A través de las instituciones se solidificó la forma de interpretar la evidencia y se estandarizaron los métodos analíticos, todo lo cual se plasmaba en el contenido de las leyes.

Entender las ciencias, por lo tanto, requiere atender a estos procesos que Jasanoff llama «coproducción», que organizan un espacio social de refuerzo mutuo: de la ciencia como productora de resultados y evidencia para la construcción de formas sociojurídicas de control, y de la eficacia del mismo. Pero también requiere dar cuenta de las posibilidades de actuación del público lego y de los jueces, ante prácticas científicas cada vez más especializadas que reflejan procesos sociales complejos que deben ser captados por el sistema jurídico.

Referencias bibliográficas

- ALBORNOZ, M.; KREIMER, P.; GLAVICH; E. (1996). *Ciencia y Sociedad en América Latina*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- BLOOR, M. (1976). *Knowledge and Social Imagery*. Chicago: The University of Chicago Press.
- BRICKMAN, R.; JASANOFF, S.; ILGEN, T. (1985). *Controlling Chemicals: The Politics of Regulation in Europe and the United States*. Cornell University Press.
- CALLON, M. (1998). El Proceso de Construcción de La Sociedad. El Estudio de La Tecnología Como Herramienta Del Análisis Sociológico. En *Sociología Simétrica. Ensayos sobre Ciencia, Tecnología y Sociedad*. Edited by Domenech and Tirado. Barcelona: Gedisa.
- JASANOFF, S. (1986). *Risk Management and Political Culture: A Comparative Study of Science in the Policy Context*. Russell Sage Foundation.
- JASANOFF, S. (1994). *The Fifth Branch: Science Advisers As Policymakers*. Harvard University Press.
- JASANOFF, S. (1997). *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*. Harvard University Press.
- JASANOFF, S. (1998). The Eye of Everyman: Witnessing DNA in the Simpson Trial. *Social Studies of Science* 28, N° 5/6: 713-740.
- JASANOFF, S. (2004). *States of Knowledge: The CoProduction of Science and the Social Order*. Taylor & Francis.
- JASANOFF, S. (2008). *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States*. Princeton University Press.
- JASANOFF, S. (2012). Genealogies of STS. *Social Studies of Science* 42: 435-441.
- KREIMER, P. (1999). *De Probetas, Computadoras y Ratonas: La Construcción de una Mirada Sociológica Sobre la Ciencia*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- KUHN, T. (2011). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica.
- LATOUR, B. (2008). *Reensamblar lo social: Una introducción a la teoría del actor-red*. Buenos Aires: Manantial.
- MILLER, C. (2004). Climate Science and the Making of a Global Political Order. In *States of Knowledge: The Co-Production of Science and the Social Order*. Edited by Sheila Jasanoff. Taylor & Francis.
- THOMPSON, C. (2004). Co-Producing CITES and the African Elephant. In *States of Knowledge: The Co-Production of Science and the Social Order*. Edited by Sheila Jasanoff. Taylor & Francis.
- WYNNE, B.; WATERTON, C. (2004). Knowledge and Political Order in the European Environment Agency. In *States of Knowledge: The Co-Production of Science and the Social Order*. Edited by Sheila Jasanoff. Taylor & Francis.

Gonzalo Bailo

Cientibecario Convocatoria 2013
(FCJS–UNL).

Norma Elizabeth Levrاند

Abogada, Especialista en Derecho Laboral,
Becaria Doctoral de CONICET.

Florencia Bartolini

Cientibecaria Convocatoria 2013
(FCJS–UNL).

María Eugenia Marichal

Abogada, Mg. en Ciencia, Tecnología y
Sociedad. Docente de FCJS y FICH de UNL.
Becaria Doctoral de CONICET.

Carolina Filippon

Abogada, estudiante de la Especialización
en Derecho Ambiental y Protección del
Patrimonio Cultural.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Gonzalo Bailo y otros

«PARA MUESTRA BASTA UN BOTÓN (O DOS): UNA APROXIMACIÓN A LOS MARCOS
CONCEPTUALES DE CTS DESDE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA», en *Papeles del Centro
de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación
semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 103–121.

6 EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN EN PROCESOS CON EXTRANJEROS, Y EL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS

Marisa Alzamendi

RESUMEN

Luego de la sanción de la nueva Ley de Migraciones N° 25871 y de su Decreto reglamentario N° 616/2010, se plasmó en una norma de Derecho Interno la política migratoria sostenida por la República Argentina ante Naciones Unidas.

Dentro de los múltiples derechos de los que gozan los extranjeros en nuestro país se encuentra el «derecho a la jurisdicción», que no sólo contempla el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. Esto implica que en el procedimiento administrativo migratorio nos encontramos con el principio de la tutela administrativa efectiva, con el efecto suspensivo del acto administrativo migratorio, la amplitud del control judicial simultáneo y posterior al accionar de la Administración, así como con una ampliación en la vía recursiva en sede administrativa y judicial. En tanto, agotada la vía administrativa, en sede judicial, las particularidades que presenta el proceso contencioso migratorio adquieren un nuevo cariz por la temática de los derechos en juego.

ABSTRACT

After the enactment of the new Immigration Act No. 25.871 and its implementing Decree No. 616/2010, it is contained in a rule of law migration policy held by the Republic of Argentina to the United Nations. Among the many rights enjoyed by foreigners in our country, it is found the «right to jurisdiction», which not only provides with access to the administrative court. This implies that in the administrative procedure migration we find the principle of effective administrative supervision, with a suspense effect of immigration administrative act, and the scope of judicial review after simultaneous actions of the administration. As well as this, there is an extension of the remedy in the administrative and judicial base. Additionally, exhausting the administrative remedies in court, the peculiarities of the contentious immigration acquired a new complexion on the subject of the rights at stake.

PALABRAS CLAVE

derecho a la jurisdicción · derecho humano a migrar (*lus migrandi*) · procedimiento administrativo migratorio · tutela administrativa efectiva · tutela judicial efectiva

KEY WORDS

right to jurisdiction · human right to migrate · immigration administrative · procedure · effective management care · effective judicial protection

1. Introducción

Luego de la sanción de la nueva Ley de Migraciones N° 25871, ocurrida el 17 de diciembre 2003, y publicada en el Boletín Oficial el 21 de enero de 2004, y de su Decreto reglamentario N° 616/2010, publicado en Boletín Oficial el 6 de mayo 2010, se plasmó en una norma de Derecho Interno la política migratoria sostenida por la República Argentina ante Naciones Unidas, que revela una nueva mirada, respetuosa de los derechos humanos, y garantizadora de su cumplimiento, respecto del fenómeno migratorio.

Dentro de los múltiples derechos de los que gozan los extranjeros en nuestro país, por mandato constitucional y legal, y por el solo hecho de ser personas se encuentra el denominado «derecho a la jurisdicción», que no únicamente contempla en acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, sino que es mucho más amplio.

Esto implica que en el denominado procedimiento administrativo migratorio, de peculiares características, nos encontramos además con el principio de la tutela administrativa efectiva. Y que, luego de agotada la vía administrativa, al llegar a la sede judicial, las particularidades que presenta el proceso contencioso migratorio adquieren también un nuevo cariz por la temática de los derechos en juego.

El desarrollo de ambos temas constituye el objeto del presente trabajo.

2. El Derecho Administrativo en el marco de los derechos humanos

El contencioso-administrativo en su configuración actual, señala García de Enterría, no es una instancia garantizadora plena de los derechos de los particulares con relación a la Administración. Su historia es la de un lento proceso frustrado y frustrante, resultado de la lucha por el derecho, cuyo contrincante es el poder. Entre los logros que han supuesto la judicialización y la lucha contra las inmunidades de la Administración figura el principio de igualdad de armas entre el Estado y los particulares, que repugna los privilegios indebidos que ostenta el Fisco, resabio de la superioridad del soberano frente al súbdito.

La consagración amplia por parte de la Corte Interamericana de la garantía del debido proceso en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales produce el ensanchamiento del derecho de acceso irrestricto a la justicia por parte del administrado y del justiciable (González Campaña, 2003).

En un fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2003, el Tribunal Internacional analiza la compatibilidad de las dilaciones exorbitantes de los juicios y la imposición al vencido de tasas, honorarios y costas excesivas, con el Pacto de San José de Costa Rica.¹

En los últimos años, el campo temático tratado por la Corte Interamericana se ha ampliado notablemente, incorporando otro asunto relativo al tema, como es la revocación de la nacionalidad por parte de la autoridad migratoria sin la sustanciación de un procedimiento administrativo en que el que se respeten las garantías del debido proceso.

Desde 2001, la Corte Interamericana consolidó una doctrina que establece que en todo procedimiento civil, laboral, administrativo, fiscal o de otro tipo, deben respetarse no sólo las garantías enumeradas en el párrafo primero del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también todas las mencionadas en el párrafo segundo, limitadas tradicionalmente a los procesos penales.²

La aplicación de la jurisprudencia internacional en el ordenamiento jurídico interno argentino está llamada a producir la mutación de numerosas reglas de procedimiento administrativo, que en la práctica la contradicen. El Estado deberá adaptar su legislación procesal para conceder al administrado el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa (art. 8.2.c, CADH); reconocer el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor de su elección, o que el mismo sea proporcionado en forma gratuita por aquél, si no nombrase a uno dentro del plazo establecido por la ley (art. 8.2. letras d) y e) de la CADH) y el derecho a interrogar testigos y a obtener la comparecencia de los testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos (art. 8.2. f), CADH).

Pero donde mayores connotaciones traerá aparejado el criterio de la Corte de San José es en la aplicación a los procedimientos administrativos, civiles y fiscales del derecho de la parte a no ser obligada a declarar contra sí misma, v. gr. en una declaración jurada tributaria (art. 8.2. g, CADH); a gozar de la presunción de inocencia, v. gr. en una absolución de posiciones en sede civil (art. 8.2, CADH) y a recurrir ante los organismo superiores toda sentencia o resolución contraria a sus intereses (art. 8.2. h, CADH).

El acceso efectivo a la justicia —entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra natu-

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), 2002/11/28, Caso Cantos.

2 Corte IDH, Tribunal Constitucional, Baena Ricardo y otros, cit. párr. 125; e Ivcher Bronstein c/Perú, cit., párr. 103. Esta postura ya había sido anticipada por la Corte diez años antes en Excepciones al agotamiento de los recursos internos, Opinión Consultiva OC-11/90, Serie A:Nº 11, párr. 28.

raleza, de ejercer sus derechos y solucionar sus conflictos por medio del Estado— no tendría sentido si no se proporcionasen los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos plenamente.

Juan Méndez (2000:15) afirma que en el campo de la administración de justicia es en donde se define la vigencia de los derechos fundamentales de las personas en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real al interior de las comunidades humanas.

Este fallo contiene referencias exactas en ese aspecto, como también relativas a otro problema cuando se quiere acceder a la justicia, como es el costo del proceso.

Según la Corte Interamericana, configuran una discriminación por motivos económicos, incompatible con el art. 1.1. de la Convención Americana, tanto la falta de provisión de asistencia letrada gratuita necesaria para ejercer la defensa de los derechos, como la prestación de ésta, pero no de los costos que sean necesarios para que el proceso sea debido, en los términos del art. 8 de aquélla.

Ha sido también que la presencia de condiciones de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia, obliga al Estado a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Por ello, concluyó que «si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podrá decir que quienes se encuentren en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia».³

2.1. Procedimiento administrativo

2.1.2. Concepto

Para clarificar los conceptos me parece muy útil tomar el denominado «Concepto Restringido» por el profesor Armando Canosa (2008). Dice éste prestigioso administrativista que: «Se identifica la palabra "procedimiento" con la función o actividad administrativa».

3 Corte IDH, «El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso», Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A: N° 16, párr. 116.

Todos los autores parten de la noción del mismo como la declaración de voluntad del órgano administrativo, que tiene por objeto la formación de la voluntad administrativa, la que se materializa a través del dictado de actos administrativos, según Canosa también está conformada ésta última por los mecanismos de control de la juridicidad y de la oportunidad de éstos (Cassagne, 2006:663).

Se destaca por su carácter formal, pudiendo afirmarse que es el cauce formal de la función administrativa.

El procedimiento administrativo está constituido por una serie concatenada de actos, que representan el camino que debe transitarse para llegar al dictado del acto administrativo definitivo.

El acto administrativo definitivo en tanto y en cuanto el procedimiento administrativo permite articular mecanismos de control, puede dar inicio a un procedimiento administrativo de impugnación de dicho acto. Los recursos administrativos constituyen los medios para impugnar dichos actos.

A su vez, el procedimiento es el modo normal con que se ejerce la función administrativa, por el cual el poder se transforma en acto.

3. Particularidades del procedimiento administrativo migratorio

Conforme lo expusiera Santiago Carrillo (2007:35), la Ley N° 25871 introduce disposiciones que pueden apuntalar el cumplimiento del debido proceso adjetivo en materia migratoria.

En efecto, si bien el análisis del procedimiento recursivo establecido en la ley demuestra que en lo sustancial es el mismo que el previsto en el Decreto N° 1752/72, reglamentario del Dec.-Ley N° 19549, presenta ciertas diferencias que lo ponen en las antípodas del procedimiento general por tres motivos fundamentales: i) los recursos administrativos y la demanda de impugnación tienen efecto suspensivo de los actos dictados por la Dirección Nacional de Migraciones; ii) la ley establece en esta materia la posibilidad de revisión de los actos administrativos aun en supuestos en que se haya vencido el plazo de caducidad para deducir su impugnación judicial y iii) la ejecución de los actos administrativos requiere siempre la intervención del órgano judicial.

Conforme lo dispone el art. 74 de la ley, este procedimiento se aplica al control, tanto en sede administrativa como en sede judicial de las siguientes actuaciones: a) cuando se le niega a un extranjero su admisión o el mantenimiento de su permanencia en el país; b) cuando se cancela la auto-

rización para residir de un extranjero, sea esta permanente, temporaria o transitoria, todas categorías que están explicitadas en la ley; c) cuando a un extranjero se lo conmine a hacer abandono del país o se disponga su expulsión del país y d) cuando se trate de las multas que puede aplicar la Dirección Nacional de Migraciones o cauciones que en determinado momento exige para otorgar derechos a particulares extranjeros.

En materia migratoria a tenor del art. 82 de la Ley N° 25871 establece que «la interposición de recursos, administrativos o judiciales, en los casos previstos en el artículo 74, suspender la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme» debido al rango de los derechos que se encuentran en juego en esta materia.

Esta disposición legal en tanto establece el efecto suspensivo, constituye un medio idóneo para cumplir con el alto estándar protectorio que establecen la Constitución Nacional y los tratados internacionales con relación a los extranjeros, ya que asegura —en términos generales— la revisión de los actos administrativos, ya sea dentro de la esfera propia de la Dirección Nacional de Migraciones o bien ante el Poder Judicial, con anterioridad a su ejecución.

Otra particularidad que encuentra su fundamento en principios tuitivos de la persona humana migrante, se encuentra en la posibilidad de *revisión de los actos administrativos aún en supuestos en que se haya vencido el plazo de caducidad para deducir su impugnación judicial*. Si bien es cierto que la Ley N° 25871 establece un procedimiento administrativo recursivo y vías de impugnación judicial sujetas a plazos que se presentan como perentorios, lo cierto es que su vencimiento no obsta la revisión judicial.

En efecto, el art. 90 prevé la posibilidad de rever los actos administrativos firmes cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida.⁴ El acto que resuelve dicho recurso está sujeto a la revisión judicial en los términos del art. 84.

Por otro lado, el art. 61 dispone que, al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, atendiendo a las condiciones personales y sociales que fija la ley, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio

4 Los parámetros utilizados por la norma aparecen evidentemente no ser tan estrictos como los previstos en el art. 22 del Dec.-Ley N° 19549 donde se regula el recurso de revisión para el procedimiento general.

que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el juez o tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión.

Pero más aún, el art. 7º dispone: «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 aquella». Es claro que, si la ley requiere del juez una resolución fundada no podrá sostenerse válidamente que debe limitarse a ejecutar lo decidido, sino que, previamente, debe revisar el procedimiento que concluyó con el acto de expulsión que se encuentra «firme.» Dicha revisión debe efectuarse con los mismos parámetros que los establecidos por la ley al momento de prever su intervención a través del recurso establecido en el art. 84, es decir, control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto que se pretende ejecutar. Este control es sumamente amplio, lo que evidencia la protección hacia los derechos humanos de los migrantes, presente a lo largo de toda la norma, y el rol destinado al poder judicial como garante del cumplimiento de los mismos.

Reafirma esta posición la propia redacción del art. 7º que además dispone que

producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo 48 horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria.

Toda esta actividad será controlada por el juez o tribunal que ya viene interviniendo en el pedido de emisión de la orden de retención se dejará sin efectos jurídicos a la decisión administrativa que se encontraba «firme» antes de la intervención judicial.

Tal como afirma Gordillo (2004:1123), la intervención judicial es muy incisiva, pues los actos administrativos de expulsión no son ejecutivos ni ejecutorios, sino que están sujetos a su previa y obligatoria revisión judi-

cial. Aun estando firme y consentido el acto de expulsión, la detención cautelar del inmigrante irregular sólo se puede realizar por decisión judicial.

En todo lo no previsto por la Nueva Ley de Migraciones y su decreto, se aplicarán los preceptos y la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y su reglamentación, lo cual es sumamente valioso, ya que permite extrapolar todos los principios, derechos y garantías, que ya han sido ampliamente desarrollados por la doctrina y aplicados por la jurisprudencia.

3.1. El control jurisdiccional de los actos del Estado

No pueden admitirse facultades ilimitadamente discrecionales ni que se vulneren impunemente las garantías y derechos consagrados en la Constitución. Todo acto, que emane de una facultad reglamentada o discrecional, debe estar de acuerdo con lo que la ley, en sentido lato, establece o manda. Toda norma jurídica tiene una virtud: su justicia (Luqui,...:132-397).

Se ha dicho que «bajo la Constitución Nacional todos los actos del Poder Ejecutivo que afecten derechos de los habitantes serán, en principio, judicialmente revisables». Salvo excepciones, como los actos puramente institucionales, los actos de gobierno son revisables judicialmente cuando la discrecionalidad es ejercida de un modo lesivo de garantías constitucionales (Lorenzetti, 1997:9).

El Tribunal administrativo no es juez natural porque no se le exige lo que es imprescindible para un juez natural, que es el «control judicial suficiente» conforme con la denominada «teoría de la subsanación» (ver una reseña en Bosch, 1996).

4. El derecho a la doble instancia judicial en procesos de expulsión de extranjeros

La CSJN ha dicho expresamente en el fallo «Ojeda Hernández, Luis Alberto s/causa n 2739/12» O.113. XLVIII que

si se parte de la premisa que la Ley 25871 contempla dos ámbitos nítidamente diferenciados de actuación del Poder Judicial, con respecto al procedimiento que se desarrolla en el ámbito de la agencia competente hasta el dictado del acto administrativo final. Por un lado, el imprescindible recurso judicial con-

tra las decisiones sustanciales tomadas por la autoridad interviniente, que contempla en el Artículo 74 de la ley (arts. 79 a 84); por el otro, una actuación judicial con semejanzas al amparo por mora de la administración reglado por la Ley de Procedimiento Administrativo, previsto únicamente para el caso en que la autoridad administrativa no resuelva en los plazos fijados o que se excedan criterios de razonabilidad (art. 85).

Desde esta necesaria distinción, el régimen normativo de que se trata solo prev el criterio de inapelabilidad del fallo de primera instancia –en términos expresos e inequívocos para el supuesto de la resolución que decida un pedido de pronto despacho ante la mora de la administración (art. 85, 1º párrafo, *in fine*). En cambio, el ordenamiento no contiene una norma expresamente restrictiva que impida a la cámara conocer, como natural tribunal de alzada, respecto de las sentencias definitivas dictadas por los jueces de primera instancia que llevan a cabo originariamente el control judicial sobre los actos jurisdiccionales cumplidos por la administración en el marco del citado ordenamiento (art. 84).

Que con esta comprensión, el silencio del legislador en esta clase de procedimientos remite al principio general del Artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y del Artículo 4º de la Ley N° 21628, *según el cual el recurso de apelación por ante la cámara es procedente respecto de las sentencias definitivas de primera instancia*. En efecto, la primera de las mencionadas disposiciones establece como regla la procedencia de dicho recurso respecto de toda resolución judicial que causen gravamen irreparable, y entre ellas se prev típicamente a la sentencia definitiva; y, la segunda, atribuye a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal interviniente una competencia de claro carácter omnicompreensivo respecto de los fallos de los jueces de grado.

En el Fallo citado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que salvo que una norma expresa lo prohíba, rige el principio general del artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en tal caso, la sentencia dictada por el juez de primera instancia es apelable (como cualquier sentencia), por ante la cámara respectiva.

De esta forma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asimilado el recurso directo interpuesto contra las decisiones en materia de migraciones de la Ley 25871 a una acción común en la cual se requiere la nulidad de un acto administrativo (Gallego Fedriani, s/f).

A través del dictado de este reciente fallo, la Corte Nacional ha clarificado conceptos e instancias, a la vez que permite asignarle a la doble instancia judicial un indudable carácter de derecho para los migrantes, inde-

pendientemente de que la Ley de Migraciones 25871 hable del «recurso» como instancia judicial única de revisión, sólo susceptible de recurso extraordinario federal como había interpretado parte de la doctrina nacional (Biotti y Gilardi Madariaga de Negre, 2009). Esta interpretación garantística tutela los derechos fundamentales de los habitantes de nuestro país.

5. El derecho a la jurisdicción y el principio de tutela administrativa efectiva

5.1. Contenidos del derecho a la jurisdicción

Al menos tres derechos pueden reclamar su condición de fundamentales, englobándose en el más amplio derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial: el derecho al proceso –derecho de titularidad general e indiscriminada–; el derecho a una sentencia justa, que da razón a quien la tiene, o ambos litigantes en aquello en que cada cual tenga razón –derecho que poseen ambos contendientes–: y el derecho del justiciable que tiene la razón, sea actor o demandado, a una concreta tutela jurisdiccional. Estos derechos podrían reducirse a dos, si unificamos los dos primeros –por ser de titularidad general– o los dos segundos– porque el derecho a que se da la razón a quien la tiene funda la tutela si se es poseedor del derecho de fondo.

Estos derechos a acceder a los tribunales, a que la judicatura decida con justicia y a que tutele los derechos e intereses de los sujetos jurídicos que litigan con razón, son principios básicos de un Estado de Derecho y piedra de toque del sistema jurídico. En efecto, su negación conduciría a la desprotección del justiciable, y esto, en definitiva, significaría la frustración total o parcial de los fines del Derecho.

A su vez, el derecho a la tutela judicial efectiva es tanto un derecho fundamental en sí mismo, como una garantía de todos los demás derechos e intereses legítimos de la persona reconocidos por las leyes (en igual sentido, Aja Fernández, 1991; Toller, 1999).

5.2. El derecho a la jurisdicción en procesos con extranjeros

Los tres matices del derecho a la jurisdicción gracias al cambio de paradigma que implica la adopción del *ius migrandi*, o el derecho a migrar como un derecho humano esencial, que la República Argentina, garantiza

en condiciones de igualdad y de universalidad, se ven reflejados a lo largo de todo proceso contencioso administrativo que involucre a extranjeros.

No sólo los órganos administrativos están empezando a enterarse de la existencia de normas como la ley de Migraciones, que obliga a escuelas, hospitales, sindicatos y universidades, a actuar como agentes de información y de regularización de la situación jurídica de los migrantes, al estar obligados a brindarles información respecto de la forma de alcanzar el tan anhelado status de regulares, sino también que los procedimientos recursivos en sede administrativa contemplan la posibilidad de un acceso amplio a la jurisdicción contenciosa en condiciones de igualdad al brindar la posibilidad de asistencia jurídica, que debiera ser gratuita, aunque sea brindada por los servicios de Defensoría, o por asociaciones u ONG que luchan por los derechos de los migrantes, y también la asistencia de un intérprete en caso que no comprendan o no hablen castellano.

Por supuesto que esto requiere una formación exhaustiva de los operadores jurídicos, en temas muy específicos, relativos a la situación internacional de los países de los que provienen los migrantes, para no negar a un solicitante de refugio el ingreso al país, obligándolo a volver a un Estado en que pelagra su vida o integridad física, pero ya es un gran avance, que las normas sobre migraciones sean aperturistas, garantistas y respetuosas del estándar mínimo de derechos humanos.

Al menos tres derechos pueden reclamar su condición de fundamentales, englobándose en el más amplio derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial:

*El derecho al proceso —derecho de titularidad general—: en el caso de los migrantes, especialmente los irregulares, éste el derecho que resulta más restringido. Si bien los motivos para ello, obedecen a la ignorancia por parte de los mismos, y de las agencias y órganos administrativos encargados de informarlos, también existe una cuota de responsabilidad que es atribuible a los mismos funcionarios que deberían garantizarles el pleno goce del mismo. Aún hoy existe una idea distorsionada acerca de lo que constituyen, en realidad derechos fundamentales, y muchos empleados de organismo públicos (administrativos y judiciales), consideran que tomarse el tiempo para explicar a un extranjero en qu consiste un procedimiento en particular, o a qu oficina puede acudir para solicitar documentación, es una tarea que no sólo no le corresponde, sino que además es una injusticia y gasto de recursos humanos y materiales, brindar ese tiempo para los no nacionales. Los mitos de que son ladrones de(trabajo, camas en

los hospitales, lugares en escuelas públicas, etc.) aún se mantienen vivos en las mentes de muchas personas.

Lo grave no es sólo que esto provoca indefensión si no también, que esas personas naturalizan esa restricción o negación de dicho derecho, de manera tal que nunca se cuestionan la posibilidad de pedir información a sus superiores o alguna agencia especializada en el tema. Son extranjeros, no nacionales, por ende, no personas y no les corresponde nada. O bien, les corresponde todo: toda clase de insultos, abusos y distintas formas de discriminación.

Este cercenamiento a este primer contenido del derecho a la jurisdicción constituye una violación grave a preceptos constitucionales y legales expresos, as como a una política migratoria asumida con compromiso internacional por el estado argentino, la cual es susceptible de generar incluso responsabilidad internacional.

Además esto impide la gran mayoría de las situaciones, en las que tienen lugares procedimientos administrativos migratorios y procesos contenciosos que involucran a extranjeros, que se cumpla con los otros dos derechos que abarca este amplio derecho fundamental a la jurisdicción.

El derecho a una sentencia justa, que d razón a quien la tiene, o ambos litigantes en aquello en que cada cual tenga razón–derecho que poseen ambos contendientes– es el segundo derecho comprendido en aquel más amplio. Si ha podido acceder a la jurisdicción, este segundo derecho puede ser cercenado por trabas burocráticas, falta de dinero para sostener un recurso, o para accionar en sede judicial.

Y finalmente, el derecho del justiciable que tiene la razón, sea actor o demandado, a una concreta tutela jurisdiccional es el último contenido del derecho a la jurisdicción. Una vez que se han transitado con éxito los caminos administrativos y judiciales, durante años, obteniendo una sentencia condenatoria o declarativa de un derecho subjetivo o interés legítimo, puede ocurrir que no se obtenga la tan anhelada y merecida justicia simplemente porque el condenado no siente que el peso de la ley se aplique a él ante la presencia de un no nacional como ganador del pleito.

Simplemente no se sienten compelidos a ello.

En el caso de los extranjeros, el grado de indefensión y de vulnerabilidad que padecen es muy superior. Muchas veces la falta de comprensión del idioma les impide tomar decisiones e incluso enterarse siquiera de cuál es curso que está tomando el proceso seguido por él, o en su contra. Los funcionarios encargados de detectar la falta de comprensión del idioma castellano no se toman el tiempo de diferenciar entre la necesidad

de un traductor y la de un intérprete. El cual, una vez hallado, debe tener los conocimientos jurídicos necesarios o ser asistido por un abogado para que su propia ignorancia de la legislación no conspire en contra del estado de entendimiento que intenta garantizarle al extranjero. Hay muchas personas que viven en Argentina y hablan funcionalmente castellano, lo cual no quiere decir con conozcan cabalmente cuáles son sus derechos y obligaciones, o que entiendan términos ambiguos u ambivalentes como: actor, proceso, instancia, alzada, de oficio, entre otros.

Todas esas situaciones deben ser no sólo contempladas y atendidas por la normativa pertinente, sino que el control de su cumplimiento debe constituir una prioridad para los sujetos que tienen a su cargo la tutela de otros sujetos.

5.3. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

Si bien el artículo 86 de la Ley N° 25871 regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita en tres supuestos puntuales, se trata de un principio general que debe aplicarse en todo supuesto que pueda afectar un derecho subjetivo o interés tutelado por el derecho de un migrante, en sede administrativa y judicial.

5.4. Derecho a la asistencia lingüística

El ejercicio del «derecho a ser oído» como uno de los contenidos del debido proceso exige como presupuesto el «derecho a hacerse entender», es decir, la comprensión del idioma o lengua que emplean las personas que forman parte de los órganos administrativos que tienen contacto inmediato con un extranjero, para quien el castellano es un idioma extranjero. En el marco de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial esto implica un supuesto de indefensión absoluta, en el que el migrante no puede comprender, y por ende, no puede defenderse. A fin de dar un trato lingüístico igualitario, el art. 9 de la Ley N° 25871 reglamenta el «Derecho a la Información», la cual debe brindarse al migrante en forma gratuita y en un idioma que puedan entender. La reglamentación de este artículo se encuentra en el art. 9, inc c del Decreto N° 616/2010, denominado «Reglamentación de la Ley de Migraciones». Si bien el artículo hace referencia a «facilitar los trámites necesarios para cumplir con su radicación»

se trata de un supuesto que puede extenderse a toda situación en la cual el migrante no comprenda el idioma nacional. La Dirección Nacional de Migraciones está facultada para brindar información, a través de tres alternativas, que el artículo enumera: a) utilización de lenguas de origen, b) asistencia de intérpretes lingüísticos y c) mediadores culturales.

Ambas normas hacen operativo el derecho a la no discriminación lingüística.

En ese mismo sentido, la Defensoría General de la Nación dictó la Resolución N° 1858 en 2008, que crea en el ámbito de la Secretaría General de Política Institucional de ella, la «Comisión del Migrantes» destinada a promover actividades orientadas a la defensa y protección de los derechos de las personas extranjeras que se encuentren en el territorio nacional. Desde éste ámbito se proporcionan servicios de información, derivación y asistencia jurídica en aquellas cuestiones que se diriman ante la Dirección Nacional de Migraciones. A través del dictado de la Resolución N° 569/2011 se amplió la competencia de ésta Comisión estableciendo su intervención, en sede administrativa en tres casos:

a) Detenidos a disposición de la justicia federal en procesos de expulsión (ante las Delegaciones de la Dirección Nacional de Migraciones de todo el país).

b) Detenidos a disposición de la justicia federal que se opongan a una expulsión (sólo respecto de los expedientes administrativos en trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones —delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires—).

c) Detenidos cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un Tribunal Provincial y se opongan a su salida del país (sólo respecto de los expedientes administrativos en trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones —delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires—).

d) En los casos de personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa (sólo respecto de los expedientes administrativos en trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones —delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires—).

6. Conclusión

Este nuevo paradigma en cuanto al fenómeno de la migración, en lugar del problema de la migración, respetuoso de los derechos humanos, ha significado un gran avance en materia de reconocimiento de derecho y

también ha ampliado el espectro de materias tales como el procedimiento administrativo y las características del acto administrativo migratorio, con su efecto suspensivo, as como el control judicial simultáneo y posterior al accionar de la Administración. Y es novedosa en la temática migratoria la gran posibilidad recursiva en sede tanto administrativa como judicial, lo que permite el cumplimiento cabal y efectivo de las obligaciones contraídas por el Estado argentino en materia de derechos humanos, y de los migrantes en particular, frente al resto de la comunidad internacional.

No se trata ya de permitir el acceso a la justicia a quienes pueden litigar; sino de comprender en las normas a aquellos que an no tienen el acceso a esos bienes primordiales. Dotarlos de normas y herramientas suficientes para que no queden excluidos del conjunto, para que no sean marginales.

De tal modo, se suma sin exclusiones y, en todo caso, se aumenta el universo de la integración.

Sería deseable que los cuadros de la Administración y del Poder Judicial contaran con la formación y los recursos humanos y materiales necesarios para poder hacer efectivos en la realidad los notorios avances de los que goza nuestra legislación.

Referencias bibliográficas

- AJA FERNÁNDEZ, E. (1991). Prólogo RUIZ RUIZ, G., *El derecho al juez ordinario en la constitución española*. Madrid: Civitas.
- ARIAS, L. F. (agosto de 2001). La justicia frente a la transformación social. En *Sup. Adm.*, 18.
- BELSITO, C. y CAPORALE, A. (2006). *Tutela judicial efectiva*. Rosario: Nova Tesis.
- BIDART CAMPOS, G. (1964). El derecho a la jurisdicción en Argentina. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*.
- BIDART CAMPOS, G. J. (1969). *Derecho constitucional*, T. II. Buenos Aires: Ediar.
- BIOTI, M. A. y GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, C. (2012). La experiencia judicial en torno a la ley de migraciones. En *Derecho Administrativo: Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica* N° AP/DOC/4645/2012. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CANOSA, A. N. (2008). *Procedimiento administrativo: Recursos y Reclamos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CAPUTI, C.; SALVATELLI, A. (agosto de 2010). Manifestaciones de la Globalización en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el Derecho Administrativo. En *Sup. Adm.*, 146.
- CARRILLO, S. R. (marzo de 2007). El procedimiento migratorio y su control judicial en la Ley 25871. Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales. *LL Suplemento Administrativo*, 35.
- CASSAGNE, J. C. (2006). *Derecho Administrativo*, T 2. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CASSAGNE, J. C. (julio–septiembre de 2009). La justicia administrativa y la ampliación del bloque de legalidad (Los nuevos derechos y la legitimación). En *Revista de Derecho Administrativo*, 69: 687. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CHAUSOVSKY, G. B. (1997). El Estado y la expulsión de los extranjeros. En *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.
- CHAUSOVSKY, G. B. (2003). *Residencia y naturalización*. DJ, 2003–1–715.
- CHAUSOVSKY, G. B. (abril de 2006). Los términos y las categorías en la Ley de Migraciones 25871. Congreso Argentino de Estudios sobre Migraciones Internacionales y Políticas Migratorias y de Asilo, Buenos Aires.
- CHAUSOVSKY, G. B. Foro Universitario del Mercosur (FOMERCO) Panel 1 B «Dinámicas transfronterizas y migraciones». Inédito.
- CHUECA SANCHO, A. G. (noviembre de 2006). Los migrandi y el derecho humano al desarrollo. Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre: Co-desarrollo y migraciones. El papel de la cooperación, realizadas por instituto de Estudios para la Paz. Disponible en: www.universidadabierta.org
- EBRAHIMI, s. s. derecho constitucional a ser oído y la asistencia lingüística a los extranjeros. En Thompson Reuters. *La Ley*: <http://www.dab.com.ar/articulos/5/derecho-constitucional-a-ser-o%C3%ADdo-y-la-asistencia-.aspx>.

- GALLEGO FEDRIANI, P. O. *Apelabilidad de las sentencias cuando el recurso directo se interpone ante la primera instancia. Nueva doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, G. (2003). El acceso a la justicia argentina en la mira de la Corte Interamericana. En *La Ley* 2003–C1.
- GORDILLO, A. (2004). El inmigrante irregular en la Ley 25871. Otra modificación transversal al derecho argentino. En *La Ley* 2004–B: 1123.
- HUTCHINSON, T. (2000). *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada.* Buenos Aires: Astrea.
- LORENZETT, R. (1997). La acción de amparo para la participación de las asociaciones en el control de los servicios públicos. *LL19/02/97*: 9.
- LUQUI, R. E. El examen de razonabilidad de los actos administrativos por el Poder Judicial. *LL*: 132–397.
- MÉNDEZ, J. (2000). El acceso a la justicia, un enfoque desde los Derechos Humanos. En THOMPSON, J. (Coord.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina.* San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- PALACIOS, C. E.; LARA CORREA, E. W. (2006). ¿La libertad de circulación a la espera de una decisión administrativa? O la necesidad de incorporar en el ámbito del derecho administrativo nacional la figura jurídica de la tutela anticipada, con el propósito de solucionar cuestiones urgentes. En *La Ley*, 2006–A: 44.
- PRIETO–CASTRO, L. (1986). *El derecho de tribunales.* Pamplona: Aranzadi.
- SPOTA, A. G. (1994). La ley de inmigración y las garantías constitucionales. En *JA*, 1944–I.
- TOBIÁS, J. W. (2008). Derechos personalísimos y libertad de información. En *La Ley* 2008–A: 620.
- TOLLER, F. M. (octubre de 1999). Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. 3er Tomo de *La prevención judicial de daños derivados de informaciones.*

Marisa Alzamendi

Abogada, mediadora, especialista en Derecho Administrativo. Integrante de la cátedra Derecho de la Extranjería, migrantes y refugiados, de la Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales de la Universidad Nacional del Litoral durante el período 2007–2009. Asesora legal de la Facultad de Humanidades, Artes y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Entre Ríos.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Marisa Alzamendi

«EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN EN PROCESOS CON EXTRANJEROS, Y EL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 122–139.

7 EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

Alejandra C. Del Río Ayala

RESUMEN

Después de varios siglos de haber sido excluida y olvidada, la víctima reaparece en el escenario de la reflexión penal recuperando, en parte, el protagonismo que alguna vez tuvo. El presente trabajo, luego de hacer un recorrido del rol de la víctima a través de la historia, expone el cambio de mentalidad que se está manifestando actualmente, tanto bajo el perfil del reconocimiento de derechos y facultades a la víctima dentro y fuera del proceso, como desde el punto de vista de su protección contra los efectos de la victimización secundaria. En este marco, se asigna un particular relieve a los estímulos provenientes de todo el marco normativo internacional, a los efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para analizar finalmente la recepción de este nuevo paradigma en el proceso penal santafesino y el acceso a la justicia de las víctimas de delitos.

PALABRAS CLAVE

víctima, derechos, violencia de género, instrumentos internacionales, proceso penal.

ABSTRACT

After several centuries of being excluded and forgotten, the victim returns to play a role in the theory of criminal justice recovering, at least in part, the central role that once belonged to him. This paper, after examining the role of the victim throughout history, exposes the change in attitude that is currently manifesting itself, not only as part of the acknowledgment of the rights and tools the victim has both within and outside of the process, but also from the point of view of the protection of the victim from the effects of secondary victimization. In this framework, particular attention is given to the stimuli originating from the body of international norms – which for the purposes of this paper will be the jurisprudence emanating from the Inter-American Court of Human Rights – with the objective of analyzing the reception this new paradigm in the penal process of the Province of Santa Fe and the recourse to justice of the victims of criminal acts.

KEY WORDS

victim, rights, gender violence, international norms, penal process.

1. Introducción

En el presente trabajo intentaré abordar el tema de la «víctima» desde varias aristas.

La víctima desde siempre ha sido excluida y silenciada, de una forma u otra, por la concepción o política procesal que en un Estado determinado se tiene del proceso en sí.

Luego de varios años de movimientos y cuestionamientos en torno a su participación o, mejor dicho, a su no participación en el proceso penal, la tendencia actual es rever su situación dentro del mismo intentando determinar los límites y alcances del pasaje de la víctima desde el «caso penal» (delito) al «caso judicial» (proceso) correspondiente, tratando de responder cuales son las posibilidades de «hacer» dentro del enjuiciamiento penal, de quien resulta afectado por la comisión de un hecho delictuoso.

Esta nueva mirada o enfoque de la víctima como sujeto con una mayor participación dentro del proceso penal no es una cuestión netamente procesal; se debe, en mayor medida, al reconocimiento que ha adquirido a raíz de todo un movimiento que intenta velar por el cuidado de aquellos sectores más desprotegidos y vulnerados, víctimas incesantes de Estados ausentes en sus políticas de acción.

Por ello, intentaré acercar al lector a una noción de lo que se entiende actualmente por «víctima», su posición en el proceso a lo largo de la historia, el interés actual por dar mayor participación a la misma de la mano de una innumerable cantidad de instrumentos que le reconocen mayores derechos y qué ocurre en la realidad a través del análisis de ciertos fallos internacionales.

Finalmente, veremos de qué forma y en qué medida ha receptado el tema nuestra provincia y qué ocurre en nuestros tribunales.

2. La víctima

Etimológicamente, la palabra proviene del latín *víctima* y designa al animal (en algunos pueblos incluso personas) sacrificado o inmolado en un sacrificio religioso. Con el tiempo, se fue aplicando también a aquellos que sufrían agresiones, torturas, accidentes, incluso enfermedades, evolución que no ocurrió en el español sino en el propio latín.

Históricamente, se ha concebido a la víctima de diversas formas, atendiendo a su peculiar posición ante diversas situaciones, no siempre liga-

das directamente a lo jurídico o a lo penal (guerras, desastres naturales, epidemias, etc.). Sin embargo, en la materia que nos ocupa, vulgar y primariamente, víctima es «aquel que ha sido lesionado o sufre perjuicio o daño por una infracción penal». La realidad víctima aparece, de ordinario, envuelta en diversas terminologías, que pueden considerarse (sino estrictamente iguales) equivalentes; tales, por ejemplo, las usuales voces «agraviado», «perjudicado», «lesionado», «ofendido», etc.

El concepto de víctima, en el ámbito jurídico, es un concepto problemático, ya que encierra innumerables cuestiones que han dado lugar a intensos debates, muchos de los cuales aún no han sido resueltos. Si esta condición es privativa de la persona física o no, cuales son y cuales no las causas de la victimización, si se es víctima sólo de los delitos y actos criminales o, por el contrario, de otros males, accidentes o sucesos de la más variada naturaleza, etc., son algunas de las actuales discusiones que impiden que exista consenso en la doctrina científica sobre la posibilidad de operar con un concepto unitario de víctima. A toda esta disputa científico-académica aún podemos sumarle la controversia «ideológica» y «política» sobre el rol y la función de la víctima.

El concepto originario y restrictivo de víctima nace y se perfila en el seno de la «pareja criminal», es decir, analizando la interacción de los dos miembros del binomio «delincuente-víctima»; por lo que al hablar de víctima nos referimos a la persona natural que experimenta subjetivamente con malestar o dolor una lesión objetiva de bienes jurídicos. Pero esta acepción restrictiva dejaría fuera de toda consideración victimológica una rica y grave gama de comportamientos criminales dirigidos contra personas jurídicas o intereses supraindividuales. Hoy por hoy no puede discutirse que las organizaciones, la sociedad misma, el Estado o la comunidad internacional pueden ser también víctimas de delitos. Ciertos hechos criminales, por su propia naturaleza, lesionan o ponen en peligro bienes e intereses cuyo titular no es la persona física porque trascienden a ésta. Ello no significa que existan delitos sin víctima, sino más bien que en estos campos de la criminalidad, la acepción tradicional de víctima, muy restrictiva, carece de operatividad dado el proceso de despersonalización, anonimato y colectivización de la víctima que se ha producido en los mismos (García-Pablos de Molina, 2009:126-127).

Si bien, como se ha dicho, no existe un concepto aceptado unánimemente sobre lo que se entiende por víctima, si existen definiciones consideradas «universales» por encontrarse en instrumentos internacionales a los cuales han adherido gran cantidad de Estados.

Víctima, para la ONU (1986), es

aquella persona que ha sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida por daño material, o un menoscabo importante en sus derechos), como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito con arreglo a la legislación nacional o del derecho internacional.

En tanto el Consejo de la Unión Europea, en la decisión marco sobre la víctima en el proceso penal del 15 de marzo de 2001, define víctima como «toda persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro».

Finalmente, la regla número 10 contenida en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad establece que víctima es

toda persona que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

3. La víctima a través de la historia

Siguiendo a García-Pablos de Molina, podemos identificar históricamente tres momentos que reflejan el estatus de la víctima dentro del delito: protagonismo, neutralización y redescubrimiento.

Antiguamente, la víctima se caracterizaba por tener un marcado protagonismo, ya que tanto ella como sus familiares directos tomaban la justicia por sus propias manos.

Cuando hablamos de «neutralización de la víctima», nos referimos al nacimiento del propio Estado y del «proceso penal» como instituciones públicas conllevando consigo la disociación de la víctima de su posición natural junto al delincuente. El Estado asume el monopolio absoluto del *ius puniendi* otorgando distintas competencias que asumen las instituciones público-estatales, desplazando cada vez más a la víctima hasta neutralizarla por completo; al intentar establecer un orden y un tipo de justicia igualitaria para todos, se apropia indebidamente del dolor, de la voz y del

desagravio de las víctimas, y se convierte en el amo y señor de todo el proceso penal y penitenciario.

Una experiencia criminológica contrastada, explica que el sistema penal desee neutralizar a la víctima: el temor de que ésta responda al delito con el delito, convirtiéndose en delincuente (víctima justiciera), o que se socialice el interés de la víctima por determinados grupos próximos a la misma en situaciones victimógenas similares. Lo que desencadenaría peligrosas reacciones de venganza en nombre de la inseguridad, de la justicia o de la prevención del delito y una política criminal emocional, pasional, nada recomendable (García-Pablos de Molina, 2009:112).

Ahora bien, en las últimas décadas hemos asistido a un verdadero redescubrimiento del papel que cumplen las víctimas en la comisión de los delitos y se está, poco a poco, privilegiando su participación en el proceso judicial y en la determinación del castigo al victimario. Desde distintas perspectivas, no sólo judiciales, está surgiendo la preocupación por devolver a las víctimas la atención que merecen en el tratamiento del problema delictivo y el rol protagónico que deben cumplir en la comprensión judicial del delito.

Este resurgimiento responde a una pluralidad de circunstancias: en primer lugar, nos encontramos con el aporte de la criminología moderna, de corte sociológico, que desplaza por primera vez el centro de interés de la conducta delictiva a la víctima y al control social. Esto se debió en gran parte al aporte de Von Hentig y Mendelshon (teorías del interaccionismo), quienes demostraron que la víctima no es un sujeto pasivo y estático, sino que interactúa con el autor del hecho. La víctima es capaz de influir en la estructura, en la dinámica y en la prevención del delito. En segundo lugar, al desarrollo en el seno de la Psicología Social de una rica gama de modelos teóricos adecuados para interpretar y explicar los datos aportados por las investigaciones victimológicas que carecían de un oportuno marco de referencia. En tercer lugar, a las aportaciones experimentales de Latané y Darley en la década de los 70 sobre la dinámica de la intervención de los espectadores en las situaciones de emergencia; estudios de psicólogos sociales en torno a comportamientos de asistencia (o de abandono) hacia la víctima del delito capaces de arrojar luz sobre reacciones insolidarias y pasivas de testigos presenciales de algún crimen violento que habían asombrado a la opinión pública. En cuarto lugar, al perfeccionamiento y credibilidad que las encuestas de victimización empezaron a adquirir en la década de los setenta, informando sobre la población efectivamente victimizada, lo que potenciaría considerablemente la fuente

de las mismas: la víctima. Los movimientos feministas, por último, al llamar la atención sobre la violencia específicamente dirigida contra la mujer (victimización sexual, violencia física, etc.), impulsaron numerosas investigaciones teóricas y concretos programas de asistencia a aquélla (García-Pablos de Molina, 2009:113).

Siguiendo a Larrauri,¹ este resurgimiento de las víctimas ha propiciado el asentamiento de una nueva rama de estudio que hoy ya se denomina victimología, desarrollando en particular tres áreas de conocimiento: 1) las encuestas de victimización; 2) la posición de la víctima en el proceso penal; 3) la atención asistencial y económica a la víctima. El estudio de estas áreas (cuyo desarrollo excede ampliamente el objeto del presente) ha repercutido en una serie de desarrollos teóricos y de prácticas no solo penales y procesales sino también en materia de asistencia y prevención en torno a la víctima.

El tema de la vulnerabilidad² de la víctima abre todo un debate en torno a los factores objetivos que determinan la específica vulnerabilidad o riesgo de las personas en quienes concurren, así como el desafío que presentan los índices de victimización a la hora de interpretarlos. Fundamentalmente el tema de la vulnerabilidad tiene un amplio desarrollo en lo que respecta a la victimización psíquica, tanto por la forma en que impacta el delito en la persona, como por la manera en que se implementan medidas de asistencia posterior al hecho.

A raíz de todos estos desarrollos, actualmente no se aborda el problema de la víctima como sujeto abstracto destinatario de un cúmulo de políticas, sino que se despliega una caracterización de la «persona víctima» que pone de manifiesto que el impacto del delito no es uniforme ni susceptible de generalizar, sino que existe una gran cantidad de factores a contemplar a la hora de precisar el daño, la resocialización, la asistencia y reparación y el tratamiento de las víctimas.

Otro punto de análisis es el abordaje por parte de la Política Criminal y su necesidad de redefinir el rol de la víctima y las relaciones recíprocas entre ésta y el sistema legal, el cual debe postular por sobre todas las cosas el respeto hacia la víctima y solidaridad social. Este enfoque lleva también a poner en cabeza de la víctima ciertas responsabilidades como la auto-responsabilización derivada de la conciencia de la propia vulnerabilidad,

1 file:///C:/Users/Javier/Downloads/Dialnet-VictimologiaQuienesSonLasVictimasCualesSusDerechos-2520556.pdf

2 Entendida como el riesgo que corre una persona o colectivo de personas determinadas de convertirse en víctima de ciertos delitos.

así como determinadas obligaciones sobre todo en lo que respecta a la posibilidad de cooperar con el sistema legal.

En tanto, quiero destacar el rol activo en este redescubrimiento de la víctima no solo de los movimientos feministas sino también de otros colectivos de alto riesgo de victimización que han sido visibilizados luego de décadas de silencio y oscuridad y que han servido a toda esta lucha por hacerse escuchar y ser reconocidos como parte legítimamente interesada en las resoluciones, no solo judiciales, sino también de políticas públicas activas y comprometidas. Con ello me refiero a colectivos como los migrantes, los grupos que luchan por el reconocimiento de su identidad (travestis, transexuales, etc.), víctimas de la droga, de las redes de trata de personas, víctimas de terrorismo, víctimas de la violencia de género, etcétera.

El aporte de estos movimientos sociales es verdaderamente significativo ya que repercutió, en primera instancia, en visibilizar otras dinámicas y escenarios de producción del delito más allá del delito común o el delito callejero, lo que derivó en contemplar otro tipo de victimización antes desconocida o ignorada como la víctima doméstica o la víctima de delitos sexuales. En segunda instancia, esto permitió un enfoque distinto a la hora de abordar dos temas claves: el control del delito y la prevención del mismo.

Por último, este redescubrimiento de la víctima no debe ser entendido como una regresión a tiempos pasados, a la venganza privada y a la represalia. Más bien lo que se persigue es una redefinición global del estatus de la víctima y de las relaciones de ésta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, los poderes públicos, la acción política, etc. (García-Pablos de Molina, 2009:115).

4. El rol de la víctima en el proceso penal y los instrumentos internacionales

Para determinar el verdadero alcance que ha adquirido el rol de la víctima dentro del proceso penal y su real acceso a la justicia, debemos considerar dos instrumentos internacionales importantes y característicos.

En primer lugar, el llamado *derecho a la tutela judicial efectiva* (Cafarrata Nores, 2000:43-45) que se encuentra consagrado en los arts. 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Convención establece una obligación en términos generales para los Estados de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección

judicial cuando sus derechos hayan sido violados, y esta protección corresponderá «cualquiera sea el agente» al cual pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular ya que en este caso el Estado habrá incumplido su obligación de evitar que tal vulneración ocurra. Asimismo, la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un recurso efectivo (adecuado y eficaz), sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que debe sustanciarse de acuerdo a las normas del debido proceso y que no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen.

En segundo lugar, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad que resultaron un paso exitoso en la formulación de directrices de carácter general por parte de los poderes legislativos y los sistemas judiciales nacionales.

Es un conjunto de 100 reglas reconocidas por las más importantes redes del sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Fue realizado a partir de los principios recogidos en la «Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano» (Cancún, 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada «Una justicia que protege a los más débiles».

Son además recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

El instrumento contiene reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición.

Luego de definir lo que entiende por «víctima» (regla 10) y en qué circunstancias nos encontramos con víctimas en condiciones de vulnerabilidad (regla 11), en la regla 12 alienta la adopción de medidas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria), como también para evitar el incremento del daño sufrido por la víctima del delito como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (víctima secundaria).

Asimismo busca garantizar la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo de aquellas que corran riesgo de intimidación, represalias o de victimización reiterada; la protección particular de las víctimas que van a prestar testimonio en un proceso judicial; la especial atención en los casos de violencia intrafamiliar así como los casos de puesta en libertad de la persona a quien se atribuye la comisión del delito.

Establece como destinatarios de las reglas, en general, a todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una forma u otra en su funcionamiento.

El Capítulo II, sobre el efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, contiene reglas sobre la efectividad de la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento, información adecuada sobre los derechos que nos asisten, así como de los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia. También apelan a la formación de una cultura cívica jurídica.

A su vez, buscan garantizar la asistencia legal y la defensa de los derechos en el proceso y en todos los órdenes jurisdiccionales, haciendo de ello una tarea interdisciplinaria. Esto se traduce en la posibilidad de contar con asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita para quienes no poseen recursos, así como con la asistencia de intérpretes para los casos de personas que no hablen el idioma oficial, como parte esencial del derecho a ser informado y a comprender; promover la oralidad y agilidad en la tramitación del proceso; la flexibilidad y adaptación de los procedimientos, en la producción de pruebas en que participa la persona en situación de vulnerabilidad para evitar situaciones desfavorables; así como buscar la agilización en la tramitación de las causas y la implementación de mecanismos intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales. La información debe ser total y adecuada, señalando los puntos más importantes, desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación.

La regla 56, que integra el Punto 4, «Disposiciones específicas relativas a la víctima», de la Sección 1° (Información Procesal o Jurisdiccional), del Capítulo III (Celebración de Actos Judiciales), establece que la información debe ser, como mínimo, sobre:

- Posibilidad de obtener la reparación del daño sufrido.
- Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción.
- Curso dado a su denuncia o escrito.
- Fases relevantes del desarrollo del proceso.
- Resoluciones que dicte el órgano judicial.

Además de esto, y de modo general, las reglas apuntan a facilitar la comunicación para la comprensión del acto judicial, la asistencia de personal especializado (psicólogos, traductores, trabajadores sociales, etc.), la comparecencia de las personas en situación de vulnerabilidad en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo, procurando evitar la coincidencia de la víctima con el inculpado del delito, puntualidad en la celebración de los actos judiciales, evitar comparecencias innecesarias, protección de la intimidad cuando la situación lo aconseje y protección especial en el caso de niñas, niños y adolescentes, etcétera.

Si bien las Reglas de Brasilia refieren al acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad y éstas no siempre coinciden con la persona de la víctima de un delito, el instrumento en gran parte alude a esta última y dedica, incluso, partes puntuales a ella; además de hacer extensiva la aplicación de todas las reglas a la víctima de un delito.

Finalmente, debo destacar que, además de los instrumentos citados, que a mi criterio son los más relevantes a los fines de este trabajo, existe una extensa cantidad de convenios, tratados, protocolos, etc., que abordan el tema de la víctima intentando moldear los parámetros fundamentales que deben contenerse en la legislación de un Estado para asegurar el efectivo cumplimiento y ejercicio de los derechos de las mismas.

5. Las víctimas y las sentencias

Como hemos observado, la concepción de la víctima como tal y su situación procesal está íntimamente ligada al reconocimiento y consagración de derechos en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, lo que es receptado por la legislación interna y necesariamente debe ser acompañado por la implementación de políticas públicas que resulten efectivas a tal fin.

He decidido analizar en este punto la situación de grupos tradicionalmente sometidos por su vulnerabilidad a vejaciones no siempre captadas por la norma penal o castigadas en la realidad, haciendo especial referencia a la violencia contra la mujer.

5.2. La recepción judicial de los Tratados Internacionales y los compromisos asumidos. Las sentencias internacionales

Nuestro ordenamiento jurídico consagra los derechos de las mujeres por la ratificación de diversos instrumentos internacionales. Por los mismos se compromete a adoptar las medidas necesarias para prevenir y erradicar la violencia de género, asistir y reparar a sus víctimas, y sancionar a los responsables. No obstante, las prácticas internas muchas veces distan de cumplir con estos compromisos.

Para conocer con exactitud el grado real de compromiso del Estado con el tema que nos ocupa, debemos analizar la recepción por parte de los tribunales de justicia de los principios internacionales de derechos humanos sobre el deber de investigar con debida diligencia los casos de violencia de género. Este análisis es importante no solo en atención al rango constitucional de muchos de los tratados de derechos humanos aplicables, sino también en virtud del valor que la Corte Suprema de Justicia otorga a la jurisprudencia emanada de sus respectivos órganos de aplicación. En esta línea, varios precedentes de nuestro Máximo Tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para el Estado cuando interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³

También debemos tener siempre presente que los discursos y las prácticas judiciales deben ser compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos y, con mayor especialidad, con el principio de no discriminación y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Ello, aún a sabiendas de que las alternativas que puedan postularse simplemente buscan contribuir al avance de la realización del principio de no discriminación, puesto que no constituyen la solución para los conflictos que las mujeres enfrentan a causa de la discriminación y la violencia.⁴

3 Cfr. Corte Sup., 7/7/1992, «Ekmekdjian, Miguel Á. v. Sofovich, Gerardo y otros»; 7/4/1995, «Giroldi, Horacio D. y otro s// recurso de casación», causa 32/93; 26/12/1996, «Monges, Ana-lía M. v. UBA», Res. 2314/95; 22/12/1998, «Acosta, Claudia B. y otros s/ hábeas corpus»; 24/8/2004, «Arancibia Clavel, Enrique L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros», causa 259; 23/12/2004, «Espósito, Miguel Á. s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, Bulacio, Walter D.»; 14/6/2005, «Simón, Julio H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad», causa 17.768.

4 Por el contrario, se considera que el derecho penal no resulta un instrumento idóneo para dar respuesta a las necesidades de las mujeres víctimas de violencia, ya que carece de herramientas y canales para la realización y protección de sus derechos —lo que, además, tampoco es su finalidad—. Véase Bovino (2005:290).

De los sistemas de protección de derechos humanos que abordan los distintos aspectos propios de las investigaciones penales de hechos de violencia emanan estándares que a su vez permiten identificar tres ejes centrales del deber de investigar los hechos de violencia con debida diligencia:

- El deber general de los Estados de investigar los hechos de violencia de género en forma seria y exhaustiva.
- El deber de conducir dichas investigaciones de manera imparcial, libre de tendencias y con apego al principio de no discriminación.
- El deber de conducir las investigaciones respetando en forma adecuada los derechos de las víctimas para minimizar la victimización secundaria.

El alcance del principio de debida diligencia fue abordado por primera vez por la Corte Interamericana en su primera sentencia, el caso «Velásquez Rodríguez»,⁵ como corolario de la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana.

En el caso «Velásquez Rodríguez», la CIDH ha definido los deberes básicos del Estado: la obligación de respetar y la de garantizar los derechos. El deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención parte de reconocer ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público.⁶ Esto conlleva la necesidad de imponer límites a la función pública como consecuencia de que «los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado».⁷ La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana implica el deber del Estado

de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁸

5 Cfr. CIDH, «Velásquez Rodríguez», sent. del 29/7/1998, serie C, N° 4, párr. 166.

6 CIDH, «Velásquez Rodríguez», párr. 165.

7 CIDH, «Velásquez Rodríguez», párr. 165.

8 CIDH, «Velásquez Rodríguez», párr. 166.

Como consecuencia, la CIDH ha considerado que los Estados deben prevenir, investigar, sancionar y reparar todas las violaciones a los derechos humanos.⁹

El desarrollo de la jurisprudencia internacional ha consolidado la idea de que el deber de debida diligencia, tanto en la prevención como en la protección judicial, se relaciona con la necesidad de evitar la impunidad en caso de violaciones a los derechos humanos. Para ello, una adecuada investigación sienta las bases necesarias, por un lado, para cumplir con la obligación de esclarecer los hechos y sancionar a los perpetradores, y por el otro, para prevenir futuras violaciones.¹⁰

La Corte Interamericana también ha advertido que la obligación de investigar se mantiene independientemente de quién sea el agente al cual pueda atribuirse la violación, ya que si se trata de particulares y sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.¹¹

A lo largo de su jurisprudencia, los órganos de aplicación de la Convención Americana han delineado algunos principios básicos sobre como emprender de manera adecuada las investigaciones a graves violaciones a los derechos humanos. Desde su primer precedente, la jurisprudencia interamericana estableció que la investigación debe

emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.¹²

Para el caso de la violencia de género, los estándares de debida diligencia son especialmente importantes. En estos supuestos, los principios internacionales deben ajustarse para dar una respuesta adecuada a las características del fenómeno que se pretende atender. La primera referencia normativa en los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la importancia de responder a la violencia de género de manera dili-

9 CIDH, «Velásquez Rodríguez», párr. 166.

10 CIDH, «Velásquez Rodríguez», párrs. 174 y 176.

11 Cfr. CIDH, «Radiilla Pacheco», sent. del 23/12/2009, serie C, N° 209, párr. 216.

12 CIDH, «Velásquez Rodríguez», párr. 177.

gente se observa en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la cual estipula, en su art. 4° que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir e investigar todo acto de violencia contra las mujeres que sea perpetrado tanto por el Estado como por particulares. En el mismo sentido, la recomendación general 19 del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer sentó las bases para la comprensión de la importancia de evitar la impunidad en estos casos: «los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización»¹³.

Con posterioridad, en las convenciones internacionales sobre la protección de las mujeres contra la violencia, el deber de debida diligencia fue expresamente incorporado como una de las obligaciones del Estado para asegurar el pleno goce de las mujeres de su derecho a una vida libre de violencia. El art. 7° (b) de la Convención de Belém do Pará define:

Los Estados parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Por su parte, los órganos de aplicación de la Convención Americana han comenzado a exigir una respuesta específica que tenga en cuenta la perspectiva de género.¹⁴ Para la comisión Interamericana, la dimensión de género se puede percibir con claridad si se internaliza que la violencia se origina en la discriminación. Tal como ha reconocido la CIDH, en los casos de violencia contra las mujeres, la falta de debida diligencia degenera en su impunidad, «propiciando la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares».¹⁵ Así, se refuerzan las nociones estereotipadas según las cua-

13 Comité CEDAW, recomendación general 19, cit.

14 Cfr. CIDH - RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES, «Informe sobre la situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación», OEA/Ser.L/V/II. 117, Doc. 44 (2003), párr. 154. Cfr. CIDH, «La masacre de las dos erres», sent. del 24/11/2009, serie C, N° 211, párr. 141.

15 CIDH - Relatoría sobre los derechos de las mujeres, «Informe sobre la situación...», cit., párr. 128, citado en CEJIL - The International Reproductive and Sexual HealthLawProgramme, University of

les los delitos de violencia contra las mujeres tienen menos importancia y la violencia en el hogar o la comunidad es un asunto privado.¹⁶

Al igual que en el caso de violaciones generales a los derechos humanos, los estándares de debida diligencia se aplican tanto a la prevención como a la investigación adecuada de los hechos de violencia contra las mujeres, ya que ambos deberes están muy vinculados entre sí. Al respecto, en el caso «María da Penha Maia Fernandes», la CIDH concluyó que

a través de la negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, (...) no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.¹⁷

Esto ha sido recientemente reiterado por la CIDH en los casos «Fernández Ortega»¹⁸ y «Rosendo Cantú».¹⁹ En el caso «Campo Algodonero», la CIDH se ha expedido sobre la relevancia del deber de investigar, esclarecer los hechos y sancionar a los responsables, dado que

la impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia.²⁰

En el caso de «La masacre de las dos erres», la CIDH afirmó que las afectaciones contra la integridad personal, tales como las supuestas torturas y actos de violencia contra las mujeres, exigen una investigación con perspectiva de género, de conformidad con los arts. 8.1 y 25.1, Convención Americana, y las obligaciones específicas dispuestas en los arts. 1°, 6° y

Toronto, Faculty of Law, Amicuscuriae en el caso «Campo Algodonero»: Claudia I. González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura B. Ramos Monárrez en contra de los Estados Unidos Mexicanos.

16 CIDH - Relatoría sobre los derechos de las mujeres, «Informe sobre la situación...», cit., párr. 153.

17 CIDH, «María Da PenhaMaiaFernandes», cit., párr. 56.

18 CIDH, «Fernández Ortega», cit.

19 CIDH, «Rosendo Cantú», cit.

20 CIDH, «Campo Algodonero», cit., párr. 400.

8° de la Convención Interamericana contra la Tortura, y 7.b), Convención Belém do Pará.²¹

Asimismo, en el caso «Campo Algodonero», la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la ineficacia de las investigaciones puede estar provocada por la ausencia de investigación de los patrones sistemáticos en los que se enmarca cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, y ello ocurre, específicamente, en los casos de agresiones a las mujeres cuando son parte de un fenómeno generalizado de violencia de género.²²

La jurisprudencia de los órganos de aplicación de los diversos tratados de derechos humanos ha fijado algunas pautas que señalan de qué modo incluir el enfoque de género en las investigaciones dirigidas a esclarecer los hechos de violencia contra las mujeres.

La actitud que la víctima de un caso de violencia puede adoptar, en el sentido de denunciar o no el delito, o bien desistir de una denuncia que realizó, no debe interpretarse como un cuestionamiento acerca de si el hecho ocurrió o no. Así lo entendió la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al analizar esta práctica en Colombia.²³

En relación con la exhaustividad de la investigación, los principios internacionales indican que, como mínimo, se deben recopilar y analizar todas las pruebas materiales y documentales, y las declaraciones de los testigos, así como también hacer una inspección profunda sobre la escena del crimen,²⁴ y que la investigación no debe centrarse sólo en los dichos de la víctima. En el caso «Campo Algodonero», la Corte criticó la falta de exhaustividad en la investigación por la inadecuada preservación del lugar donde se hallaron los cuerpos, la ausencia de medidas necesarias para que la escena del crimen no fuera contaminada, el procesamiento no exhaustivo de las evidencias recabadas y la falta de diligencias periciales sobre los indicios probatorios.²⁵

Ya que la mayoría de los atentados que sufren las mujeres se produce en el plano de sus vidas privadas (cfr. García Muñoz, 2004), es imprescin-

21 CIDH, «La Masacre de las dos erres», cit., párr. 141.

22 CIDH, «Campo Algodonero», cit., párrs. 366 y 370.

23 CIDH - Relatoría sobre los derechos de las mujeres, «Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivada del conflicto armado en Colombia», OEA/Ser.L/V/II, Doc. 67, 18/10/2006 párr. 216.

24 Cfr. CIDH, «Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas», párr. 47.

25 CIDH, «Campo Algodonero», cit., párr. 299.

dible romper la barrera que separa lo público de lo privado. Esta necesidad ha sido recogida en varios tratados internacionales, tales como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Otros principios internacionales se vinculan con las medidas específicas para atender la violencia de género, entre las que se ha destacado la importancia de la imparcialidad de los operadores,²⁶ así como evitar que el razonamiento utilizado por las autoridades judiciales esté teñido de estereotipos.²⁷ Finalmente, la participación de la víctima adquiere una dimensión propia en los casos de violencia de género, ya que en estos supuestos resulta vital impedir la revictimización.

6. El nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe

A raíz de la sanción de la Ley N° 12734 en el año 2007, se emprende el desafío de reformar la justicia penal en Santa Fe. Se trata de una reforma integral que implica un profundo cambio cultural y que, a diferencia del proceso anterior y entre muchas otras cosas, otorga una amplia participación a la víctima.

Sin embargo, este Nuevo Código Procesal Penal comienza a regir a partir del 10 de febrero de 2014 y es aplicable a todo hecho ocurrido a partir de dicha fecha, con lo cual se mantiene vigente la Ley N° 6740 y sus modificatorias en lo que se denomina «Sistema de Conclusión de Causas» para todo hecho ocurrido hasta el 9 de febrero inclusive.²⁸

Ambos procedimientos reconocen una serie de derechos a la persona víctima en lo referido a: recibir un trato digno y respetuoso, recibir información clara y precisa del proceso, minimizar las molestias que le ocasiona el proceso, protección integral, etc., sin necesidad de patrocinio para hacerlos efectivos, debiendo informársele a la víctima estos derechos;²⁹ trato especial atendiendo a la edad y a la característica de ser víctima de ciertos delitos particulares, como lo son las lesiones y los delitos contra la integridad sexual, que por el bien jurídico que afectan merecen un trata-

26 Véase CIDH, «Raquel Martín de Mejía», Informe 5/96. OEA/SerL/V/II.91, doc. 7 rev., 28/2/1996.

27 Véase CIDH, «Campo Algodonero», cit., párr. 401.

28 Artículo 2 Ley N° 13004.

29 Artículo 108 II Ley N° 6740 y artículos 80, 81 y 82 Ley N° 12734.

miento especial dentro del proceso, previendo la actuación de un equipo interdisciplinario de profesionales especializados en pos del resguardo de la víctima,³⁰ entre otros.

Sin embargo, el trato diferencial de la víctima en uno y otro sistema es notorio no solo en relación a la participación que se le otorga en el procedimiento sino también en lo que refiere al efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos.

Así, podemos observar que mientras en el nuevo sistema la víctima interpreta un rol sumamente activo posicionándose en el centro de la escena, el sistema de conclusión de causas la sigue viendo como un estorbo. El marcado objetivo de este sistema de finalizar tan pronto sea posible, lo ha convertido en una máquina de archivar causas acentuando una tendencia que se viene observando en la justicia penal desde hace años.

Asimismo, pone en cabeza de la víctima la obligación de instar la acción, independientemente de que ésta sea pública o privada, lo que lejos de acercar a la víctima a la justicia, produce en muchos casos el abandono de la causa por distintos motivos: las grandes distancias que separan a las víctimas de los tribunales, no sólo en un sentido geográfico sino también económico; el desconocimiento sobre el proceso y los derechos con que cada uno cuenta; la falta de publicidad que obtuvo esta disposición que se hizo conocer por el diario de mayor circulación de la ciudad, al cual sólo un sector de la población tiene real acceso, entre otros.

Algo que quiero remarcar es el hecho de que el obtener un mejor o peor trato por parte de la justicia penal queda indefectiblemente supeditado a la fecha de la efectiva victimización, con lo cual dos víctimas cuyas causas están tramitando en el mismo período de tiempo pero con fechas de hechos distintas van a ser tratadas de forma diferencial.

De esta forma, todos los derechos con que cuenta la víctima son violados reiteradas veces, desde el acceso a la información hasta el acceso a la justicia; lo que sin dudas empeora si se trata de personas con mayor grado de vulnerabilidad.

La selectividad del sistema opera también en relación a las víctimas. Por lo general, y en gran parte debido al congestionamiento de la justicia penal, las causas que se persiguen penalmente son aquellas consideradas «graves» o que generan cierta conmoción pública. Fuera de esos parámetros, las causas que no terminan con un archivo son aquellas cuyas víctimas cuentan con los medios necesarios para buscar asesoramiento jurí-

30 Artículo 108 III Ley N° 6740.

dico y poder insistir judicialmente. Esto levanta barreras a los sectores más desprotegidos para acceder a la justicia.

También se debe remarcar el hecho de que la voz otorgada y muchas veces exigida a la víctima no es tomada en consideración a la hora de arribar a un decisorio, equiparando su participación a un mero requisito formal para poder avanzar en el proceso. Sumado a ello, nos encontramos con la revictimización que se produce a raíz de las sucesivas intervenciones profesionales respecto a víctimas a lo largo del proceso lo que resulta perjudicial para su salud e integridad psicofísica.

Creo que resulta necesario e impostergable implementar una política encaminada a dar respuestas de carácter inclusivo e integral a las víctimas. Sabemos que el tramitar absolutamente todas las causas es algo imposible teniendo en cuenta los escasos recursos con los que cuenta la justicia para hacer frente a la cantidad, cada vez mayor, de hechos denunciados. Sin embargo, el hecho de seleccionar con criterio de «gravedad» las causas en las que se emplearán los recursos escasos, no implica necesariamente desatender por completo todas las demás.

La articulación con otras instituciones tanto públicas como privadas se ve como algo necesario para poder brindar asistencia a las víctimas y lograr la resolución pacífica de los conflictos.

7. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos visto cómo, luego de mucho tiempo de reclusión en el olvido, la víctima ha logrado emerger con mucha vitalidad.

Esto tiene un fuerte sustento ideológico que se plasma en gran parte de la normativa internacional y nacional en materia de derechos humanos.

Pero este proceso de reconocimiento y visibilización de la víctima en el proceso penal aún no se consagra de la forma esperada, tanto por cuestiones relacionadas a la falta de recursos como de políticas claras por parte del Estado que manifiesten la voluntad de llevar a la práctica aquello plasmado en los instrumentos normativos, y fundamentalmente por no comprender el verdadero alcance de lo que se quiere decir cuando se habla de «incluir a la víctima».

El reclamo constante de instancias de asistencia a la víctima en los tribunales con gente especializada en el trato a víctimas de delitos es uno de los principales problemas que enfrentamos generando en las mismas sensación de desamparo y provocando una fuerte revictimización.

La victimología se presenta en esta instancia como algo necesario para poder abordar aquellos aspectos del proceso que tanto criticamos, debiendo complementarse con la política criminal implementada para que las personas víctimas dejen de ser un dato estadístico, una prueba más o un simple elemento del delito. De hecho, la interacción entre víctima e imputado es una prueba cabal de que una correcta gestión del delito no puede ser abordada solamente desde el delincuente.

Todos los estudios brindados por la victimología, así como la incorporación de normativa que la incluye como un actor decisivo para la resolución pacífica de los conflictos nos llevan a comprender la real dimensión del problema que enfrentamos. Esto se traduce inexorablemente en la comprensión de que no sólo se trata de cuestiones procesales, de crear nuevas normas, o «capacitar» a los operadores judiciales. Conlleva un trabajo mucho más amplio y abarcativo, con un redireccionamiento de las prácticas judiciales que vulneran derechos y que mantienen una lógica y una dinámica propias de un sistema inquisitivo.

Referencias bibliográficas

- BIRGIN, H. (Comp.) (2000). *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos.
- BOVINO, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. En especial, Capítulo III: La participación de la víctima en el proceso penal. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- CAFERATTA NORES, J. (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. En especial, Capítulo II: Derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva. Buenos Aires: CELS, Ediciones del Puerto.
- CASO LNP (2010). *Discriminación por género en el sistema de justicia en casos de violencia sexual*. Rosario: INSGENAR, CLADEM.
- CHIARA DÍAZ y OBLIGADO. *La reparación del daño en el proceso penal*. En especial, Capítulo I: Daño resarcible, víctima y otros sujetos en la relación procesal penal. Rosario: Nova Tesis.
- DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA sobre la Víctima en el Proceso Penal del 15 de marzo de 2001.
- DELLA SIEGA, V. (Comp.) (2011). *Seminario de acceso a la Justicia Reproductiva*. Proyecto «Violencia de género y derechos sexuales y reproductivos: acciones para fortalecer el acceso a la justicia y respeto a los derechos humanos de las mujeres argentinas». Rosario.
- García Muñoz, S. (2004). La obligación de debida diligencia estatal: Una herramienta para la acción por los derechos humanos de las mujeres. Separata *Aiar* N° 1 Amnistía Internacional.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2009). *Tratado de Criminología*, T. I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanc.
- REGLAS DE BRASILIA sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Alejandra C. Del Río Ayala

Abogada. Especialista en Derecho Procesal Penal. Miembro de varios grupos de investigación relacionados con la violencia de género en el marco de la Universidad Nacional del Litoral. Prosecretaria del Juzgado en lo Penal Correccional de la Segunda Nominación.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Alejandra C. Del Río Ayala

«EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 140-161.

8

Vanina Sciolla

SOBRE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO Y LOS POTENCIALES CONFLICTOS NORMATIVOS

RESUMEN

En el ámbito latinoamericano se da un fenómeno de proliferación de regionalismos, de multiplicidad institucional intergubernamental organizada, de fragmentación de la normativa internacional y de superposición de medios de solución pacífica de las controversias, que da lugar a una serie de confusiones y conflictos normativos, superposiciones de fueros y foros, movilizados a su vez por una —no inocente ni casual— coincidencia en los cometidos y objetivos que esos nuevos regionalismos se proponen llevar a cabo.

PALABRAS CLAVE

regionalismos; fragmentación institucional; solución pacífica de las controversias; tratados sucesivos; conflicto normativo.

ABSTRACT

In Latin America there is a phenomenon of proliferation of regionalism, organized intergovernmental institutional multiplicity, fragmentation of international and overlay peaceful settlement of disputes, leading to a series of confusions and conflicts regulatory overlays jurisdictions and forums, mobilized turn a casual and innocent–not–match in the tasks and objectives that these new regionalism is proposing to do.

KEY WORDS

regionalisms; institutional fragmentation; peaceful settlement; successive treated; regulatory conflict.

1. Presentación

La historia de la integración latinoamericana se define por la convivencia de proyectos contrastantes. Así, en la década del 60 fueron la Asociación Latinoamericana del Libre Comercio y el Mercado Común Centroamericano; en la década del 90 la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (Mercosur). Ampliándose en esta primera década del nuevo milenio las disgregaciones, y por qué no, rivalidades existentes, con el surgimiento de la Alianza del Pacífico¹ (AP), la Unión de Naciones Suramericanas (en adelante Unasur), y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños² (Celac).

Esta idea de proyectos contrastantes es lo que también se ha denominado como carácter predominantemente subregional de la integración en el continente, se han privilegiado a lo largo de la historia los procesos de integración parciales, los cuales no han abarcado la totalidad de los países que comparten su espacio, sea por factores geográficos, económicos, políticos y culturales, que han impedido la integración plena de todos los Estados sudamericanos dentro de un solo proceso. Ello a su vez ha incidido en la fragmentación del Derecho y trajo aparejados conflictos entre normas que pueden menoscabar su aplicación efectiva.

Reconocida esta situación y tratando de revertirla, se encuentra el actual esquema de la Unasur, en el cual los gobernantes de los doce países de Sudamérica se reúnen para tratar asuntos de interés común, donde el punto más importante es el cambio de enfoque integracionista en el plazo más corto posible, mediante la concertación de temas clave como: infraestructura, transporte, energía y telecomunicaciones.³ Tenemos así el antecedente de la fundación de un regionalismo alternativo, que plantea las relaciones sur con sur, no sólo por intereses económicos sino también en los aspectos sociales, culturales, políticos, energéticos y ambientales entre otros, para reforzar los lazos de cooperación técnica horizontal (Duarte Llovera, 2014). La reunión de los Estados de América del Sur tiene como basamento fundamental la recuperación de la conciencia regional

1 Acuerdo Marco firmado el 06/07/2012 en la VIII Cumbre de la Alianza del Pacífico integrada por la República de Colombia, República de Chile, Estados Unidos Mexicanos y República del Perú.

2 Si bien la Celac tiene escaso sostén institucional y no cuenta con tratado fundacional, hemos aprendido a través de la historia que lo que comienza como foro de diálogo y cooperación se puede transformar en un esquema de integración prontamente.

3 I Cumbre de Presidentes Sudamericanos en Brasilia, 2010.

que alentó al movimiento independentista,⁴ la reconstrucción del relato de una historia común, la conciencia de pertenecer a una unidad geográfica y cultural, como también el reconocimiento de la cualidad integradora y civilizatoria de las lenguas castellana y portuguesa.

El proceso integracionista de los países sudamericanos que en parte se consolidó el 23 de mayo de 2008 con la aprobación del Tratado Constitutivo de la Unasur es una feliz consecuencia de la amplia libertad de disposición que el Derecho Internacional deja a sus sujetos, la formación de derechos regionales y/o particularismos.

A diferencia de las organizaciones internacionales, que son creadas basadas en la cooperación intergubernamental, en los esquemas de integración tiene preeminencia o tiende a adquirirla la transferencia de competencias de los Estados hacia las instituciones para hacer posible la autonomía de dichas instituciones creadas en la toma de decisiones y en la aplicación del orden jurídico propio de la integración, para alcanzar, en última instancia, como lo demuestra la experiencia europea, la supranacionalidad.

Se pueden señalar como principales características de los esquemas de integración, que resultan esenciales para acercarse a la delimitación de dicho concepto, las siguientes: i) un tratado o acuerdo constitutivo entre dos o más Estados; ii) un objetivo común o conjunto de objetivos comunes; iii) nexo de tipo geográfico, social, cultural, económico y político; iv) transferencia de competencias, v) atraviesa etapas sucesivas para el logro de sus fines, vi) posee flexibilidad para sobrellevar los efectos de los conflictos originados en la dinámica de adaptación y logro de objetivos comunes: respecto de las necesidades de cada Estado, la influencia de las decisiones políticas gubernamentales nacionales en los procesos de integración y la legitimidad (Negro y otros, 2010:36).

El foco de atención del presente trabajo se dirigirá hacia las normas convencionales del Tratado Constitutivo de Unasur con relación a lo dispuesto sobre los modos de solución pacífica de las controversias y su vinculación a lo regulado sobre la misma materia por la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA).

La Unasur se encuentra atravesando una etapa embrionaria en su fase de integración, caracterizada por un compromiso en la periodicidad y participación que denota interés de los Estados en alcanzar los objetivos pro-

4 Declaración del Cusco sobre Comunidad Sudamericanas de Naciones, III Cumbre Presidencial Sudamericana, Cusco, 8 de diciembre de 2008.

puestos. Posee un esquema de integración intergubernamental⁵ con una incipiente acción de espacios comunitarios, con base en el consenso, pues ninguna decisión se puede tomar en contra de la voluntad de un Estado miembro. Alguno podría pensar que esta forma de adoptar decisiones puede bloquear ese proceso, jugar inversamente y, basado en el diálogo, conseguir un eficiente mecanismo de acuerdos incluso en materia de solución de controversias

En este trabajo se pretende analizar un asunto circunscripto que lo que esta regionalización ha provocado, esto es, la expansión del Derecho Internacional, no sólo en el sentido material sino también con la aparición de nuevos sujetos internacionales y la modificación en el proceso de elaboración de las normas internacionales, una de cuyas consecuencias es la fragmentación o sectorialización del ordenamiento jurídico internacional, con el riesgo latente sobre la unidad y eficacia del Derecho Internacional General (Pagliari, 2009).

La idea de que la Unasur es parte de un proceso de integración regional más amplio plantea el interrogante de si estas nuevas normas convencionales se suman a los pactos nacidos de la OEA, es decir, si se encuentran dentro del mismo proceso o se trata de uno nuevo. La última opción parece más acertada al momento de cotejar los amplios y superpuestos objetivos⁶ que se trazan en el marco del proceso Unasur–Celac.

-
- 5 La idea de «esquema de integración regional» se corresponde en forma más correcta con una descripción desde el punto de vista jurídico–institucional, mientras que la expresión «proceso de integración regional» aparece mejor justificada desde un enfoque histórico político, y la idea de «bloque económico regional» es la denominación más utilizada en los medios de comunicación y en el ámbito de las disciplinas vinculadas a la economía y al comercio internacional (Negro y otros, 2010:33).

- 6 El Tratado Constitutivo establece los siguientes objetivos de la Unasur.

Artículo 2: Objetivos: La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

Artículo 3: Objetivos Específicos: La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivos específicos:

- a) el fortalecimiento del diálogo político entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional;
- b) el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región;
- c) la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad y el reconocimiento regional de estudios y títulos;

2. Concurrencia normativa y potencial conflictividad

Una nueva organización regional generalmente significa que ella tendrá, por la creación de su régimen autónomo, un sistema jurídico propio, y

-
- d) la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región;
 - e) el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables;
 - f) la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros;
 - g) la protección de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha contra las causas y los efectos del cambio climático;
 - h) el desarrollo de mecanismos concretos y efectivos para la superación de las asimetrías, logrando así una integración equitativa;
 - i) la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana,
 - j) el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud;
 - k) la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas;
 - l) la cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza;
 - m) la integración industrial y productiva, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas, las cooperativas, las redes y otras formas de organización productiva;
 - n) la definición e implementación de políticas y proyectos comunes o complementarios de investigación, innovación, transferencia y producción tecnológica, con miras a incrementar la capacidad, la sustentabilidad y el desarrollo científico y tecnológico propios;
 - o) la promoción de la diversidad cultural y de las expresiones de la memoria y de los conocimientos y saberes de los pueblos de la región, para el fortalecimiento de sus identidades;
 - p) la participación ciudadana a través de mecanismos de interacción y diálogo entre Unasur y los diversos actores sociales en la formulación de políticas de integración suramericana;
 - q) la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado;
 - r) la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros de Unasur;
 - s) el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa;
 - t) la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y
 - u) la cooperación sectorial como un mecanismo de profundización de la integración suramericana, mediante el intercambio de información, experiencias y capacitación.

puede ocurrir que sus normas sean superpuestas, incoherentes o incompatibles con respecto al Derecho Internacional General, o al regional ya existente. La superposición y proliferación de normas que regulan la misma materia en el ámbito regional deben ser sopesadas bajo la órbita del principio de seguridad jurídica, tratando de mantener un equilibrio lógico dentro del sistema interamericano.

Todos los Estados signatarios de la Unasur han ratificado previamente la Carta de la OEA. Esta afirmación supone que ellos se han comprometido a través del Capítulo V de dicha Carta a la solución pacífica de las controversias que pudieran surgir entre dos o más Estados americanos.

Asimismo, en virtud del artículo 25⁷ de la Carta se establecieron específicamente cuáles son los procedimientos pacíficos, si bien éstos no son *numerus clausus*, es decir, que las partes podrán convenir otro procedimiento que les permita llegar a una solución. Finalmente, el art. 27 prevé un tratado especial que especifique las obligaciones que se establecen.

La circunstancia de que los doce Estados miembros de la Unasur hayan ratificado la Carta de la OEA no se repite en cuanto al Tratado de Bogotá⁸ sobre Medios Pacíficos de Solución de Controversias. Sólo diez Estados de los doce que comprende la Unasur lo han ratificado. Guyana y Suriname no han adherido al Pacto.⁹

Por otra parte, el art. 21 del Tratado Constitutivo de Unasur previó lo referente a la Solución de Diferencias estableciendo que las diferencias que pudieren surgir entre Estados partes respecto de la interpretación o aplicación de las disposiciones del Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas.

Determinó también la disposición que, en caso de no lograr una solución mediante la negociación directa, dichos Estados miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma. Y agregó una última posibilidad en caso de no alcanzarse una solución en esta instancia, que es que se elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores para su consideración en su próxima reunión.

7 Son procedimientos pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las partes.

8 Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, «Pacto de Bogotá», suscripto en Bogotá el 30 de abril de 1948.

9 Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/>

Esta última disposición refiere a una forma de solución pacífica novedosa, a un procedimiento preestablecido en caso de no arribarse a una solución en las negociaciones directas, y ello sin mencionar ni vincular los anteriores acuerdos o pactos suscritos por los Estados en esta materia. Es decir, desde un punto de vista formal, el artículo en cuestión no ha hecho salvedad ni reserva alguna del Capítulo V de la OEA ni del Pacto de Bogotá.

El límite de un Derecho Internacional Regional se encuentra en el respeto de los principios estructurales de la sociedad internacional universal, lo que los autores (Brotons, 2009:64) han llamado los derechos fundamentales internacionales de los miembros, en primer término la soberanía e igualdad de los Estados, y en las normas imperativas (*ius cogens*), que limitan materialmente el comportamiento de éstos.

Expuesto el concepto sobre límites al regionalismo, cabe preguntarse acerca de qué lugar ocupa lo convenido en el marco de la OEA y el Pacto de Bogotá sobre medios pacíficos de solución de controversias cuando la nueva norma convencional regional regula sobre el mismo supuesto.

Surgen los interrogantes, igualmente, de que quizás la nueva norma convencional debió referir o vincular a los medios de solución pacífica ya regulados en el sistema interamericano, y sobre si debió incluirse (o no) un apartado a fin de no menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados, lo cual se plantea conforme lo resuelto por el mismo artículo 24¹⁰ de la Carta en su relación con el ámbito universal.

También puede pensarse —y así lo entiendo— en un sentido superador del actual sistema de soluciones de controversias vigentes en la región, que se caracteriza por la libre elección de foro,¹¹ que la Unasur pretende señalar una tendencia a dejar de lado el antecedente de la *Cláusula Raúl Fernandes* en pos del establecimiento de *la obligatoriedad del foro*, y ello resultaría beneficioso para la armonización y paulatina formación de precedentes obligatorios, en beneficio de una deseada uniformidad y unicidad del Derecho Internacional de América del Sur.

La cuestión de incompatibilidad de normas fue considerada en el art. 30 de la Convención de Viena de 1969 (De la Guardia; Delpech, 1970:300)

10 La Carta de la OEA, en su art. 24, dispone: «Las controversias internacionales entre los Estados Miembros deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica señalados en esta Carta. Esta disposición no se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados Miembros de acuerdo con los artículos 34 y 35 de la Carta de Naciones Unidas».

11 La cláusula de opción de foros está prevista entre otros en: la AP VIII Cumbre del Pacífico, Acuerdo Marco, Artículo 17.4; Mercosur, Protocolo de Olivos, art. 6.

(en adelante CV) bajo el título «Aplicación de Tratados sucesivos concernientes a la misma materia». Expresamente el artículo en cuestión prevé:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y obligaciones de los Estados Partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.
2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.
3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.
4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado:
 - a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;
 - b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.
5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

Se advierte que esta disposición involucra materias tan importantes como responsabilidad, interpretación e incluso modificación o enmiendas a los tratados que se encuentran contemplados en otros artículos de la Convención, lo que constituye un tema corriente como consecuencia de la expansión de la cooperación internacional para atender a las nuevas necesidades surgidas en el seno de la comunidad internacional.

El primer párrafo consagra el Principio de Jerarquía al establecer la primacía de lo dispuesto por el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas con relación a cualquier otro tratado: «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta», ratificando en este sentido que el Derecho Internacio-

nal otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas primacía sobre otras normas.

El segundo párrafo afirma el principio de la *lex prior*, remitiéndose a lo establecido en cada tratado, ya se encuentre subordinado a otro (anterior o posterior), o bien que lo establecido en ese tratado no sea incompatible con lo dispuesto en otro. Este principio tiene dos limitaciones desde el punto de vista del Derecho Internacional General: las normas *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Desde la óptica del Derecho Internacional Particular, surgen además otros condicionamientos vinculados con la jerarquía de las fuentes de donde emanan; tal es el caso especial de las resoluciones de las organizaciones internacionales que, en cuanto a su aplicación, no solamente deberán tener en cuenta el principio general de que la ley posterior es de aplicación prevalente con respecto a la anterior, sino también la jerarquía de la resolución de conformidad al órgano de la organización respectiva de la cual emana (relaciones jerárquicas entre los órganos de esa organización) (Pagliari, 2009).

El párrafo tercero establece que, cuando todas las partes en un tratado anterior sean las mismas que en un tratado posterior, sólo se aplicarán las disposiciones del tratado anterior en cuanto no sean incompatibles con las del tratado posterior. Esta norma es la expresión del Principio de que la «la ley posterior deroga la ley anterior». El apartado a) del párrafo 4 instituye que, en el caso de dos tratados sucesivos en que las partes no sean las mismas, las relaciones entre los Estados partes que lo sean en ambos tratados se regirán por lo dispuesto por el tratado posterior, aplicándose las normas del tratado anterior sólo en el supuesto que no sean incompatibles con el posterior.

También el artículo contempla el supuesto más complejo de las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en sólo uno de ellos. El apartado b) del párrafo 4 determina, en este caso, que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto se regirán por el tratado en el que los Estados sean partes.

De ahí que el art. 30.5 de la CV se ocupa de puntualizar que las reglas aplicables a los tratados sucesivos no prejuzgan «ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas en cuanto a otro Estado en virtud de otro tratado».

Conviene puntualizar que estos embrollos convencionales no siempre son el resultado de un comportamiento de mala fe, sino que a menudo son fruto de la inadvertencia o de una deficiente coordinación administrativa.

En estos casos el punto de partida del órgano de aplicación ha de ser la presunción de que no es propósito de las partes en un tratado violar sus obligaciones respecto de otros sujetos. Pero si la contradicción no puede salvarse, al culpable de la situación no le quedará otra alternativa que renegociar o denunciar uno de los tratados.

3. Fragmentaciones y riesgos en el Derecho Internacional

Se comparte la opinión doctrinaria acerca de que el «regionalismo» aparece como una respuesta a las dificultades que se le presentan a los Estados de encontrar soluciones eficaces en el marco del ordenamiento jurídico universal. Sin embargo, si no se respeta el carácter «complementario» (y en algunos casos, subordinado) de las normas regionales a las generales, y se consideran las normas regionales como autosuficientes, se corre el riesgo cierto de afectar la vigencia del Derecho Internacional General, «produciendo una anarquía completa en el orden jurídico internacional» (González Gálvez, s/f).

El fenómeno de la integración de regionales y subregionales genera un ordenamiento jurídico propio que ingresa al sistema jurídico de los Estados miembros a partir de la entrada en vigor y se impone a sus jurisdicciones como Derecho aplicable, tanto a sus nacionales como a ellos mismos. En el interior de cada Estado coexisten Derecho Comunitario y Derecho Internacional, cada cual con su propia autonomía. La coexistencia de estos esquemas en el sistema interamericano tiene por efecto la proliferación normativa, tanto convencional como de naturaleza derivada de las organizaciones. Esta producción normativa es un factor de dispersión importante y ocasiona lo que algunos internacionalistas han dado en llamar «fragmentación del Derecho Internacional» (Benitez, 2013).

Es indudable que la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios o prácticas incompatibles entre sí o con el Derecho Internacional General, atacando, por lo menos conceptualmente, el valor de la unidad del Derecho Internacional. Pero las amenazas de la unidad del ordenamiento jurídico internacional llevan implícito el reconocimiento de la existencia de esa unidad.

El denominado proceso de fragmentación del Derecho trae aparejados conflictos entre normas que pueden menoscabar la aplicación efectiva del mismo. El surgimiento de nuevas, paralelas y/o superpuestas instituciones conlleva la aparición de normas especiales (regímenes autónomos) y

de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente, y eso crea problemas de coherencia en el Derecho Internacional.¹²

La seguridad jurídica, entendida como axioma fundamental del Derecho Internacional, quizás sea uno de valores más afectados por el proceso de fragmentación, y para preservarlo resulta esencial proteger y respetar las normas fundamentales del Derecho Internacional General, de modo que éste pueda cumplir con sus funciones básicas.

Como se adelantó en la presentación del tema, es ésta solamente una arista, o bien podría decirse una circunstancia, del sistema jurídico interamericano, que abarca un fenómeno mucho más complejo que no está dado solamente por la fragmentación normativa, sino que es acompañado en forma indirecta y creciente de la fragmentación institucional, la que a su vez conlleva una fragmentación de foros en el sistema interamericano previo al acceso a la Corte Internacional de Justicia.

El asunto de la proliferación de tribunales internacionales ha sido analizado ya por prestigiosa doctrina, la que se ha referido a esta circunstancia no siempre negativamente. El profesor R. Brotons (2009:85) ha calificado en forma positiva a la proliferación de tribunales al decir que, tal como se predica de la misma expansión y diversificación del material del Derecho Internacional, es un signo de madurez, al ofrecer vías para la solución definitiva y vinculante de diferencias y/o abrir paso a la persecución de crímenes internacionales, pero es también una nueva dificultad para la unidad y coherencia del sistema jurídico internacional, un riesgo de fragmentación, por la falta de jerarquía formal entre unos y otros tribunales y la posibilidad de decisiones contradictorias.

Se advierte que la aludida fragmentación del Derecho Internacional que experimentan los Estados del continente americano, especialmente reflejada en la instauración de una unión sudamericana, con objetivos similares a los de la OEA, es acompañada por una regulación sucesiva y/o superpuesta de los medios de solución pacífica de las controversias internacionales, lo cual permite el hipotético cuestionamiento acerca de si dos Estados miembros de la Unasur en conflicto internacional y, a la vez, ambos ratificantes del Pacto de Bogotá, podrían solucionar su controversia sólo con acudir a los medios dispuestos por el art. 21 de la Unasur, o si

12 Son claros ejemplos el derecho de los derechos humanos, el penal internacional, el del medio ambiente, el derecho mercantil, ellos tiene normas propias que muchas veces no coinciden con normas de derecho internacional general, o especial de otros regímenes.

alguno de los Estados podría conminar al otro a acudir a los medios pacíficos del Pacto de Bogotá.

Por último, se plantea el interrogante sobre la forma de producir agotamiento de los medios políticos conciliatorios al momento de acudir ante la Corte Internacional de Justicia. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte en el «Caso relativo a las Acciones armadas fronterizas y transfronterizas» entre Nicaragua y Honduras, donde esta última planteó que el art. XXXI del Pacto de Bogotá no puede ser invocado como base para la jurisdicción de la Corte independientemente del art. XXXII, ya que sólo cumpliéndose los mecanismos de éste puede entrar en juego aquél. La Corte, no obstante, expresó que

los artículos XXXI y XXXII proveen dos vías diferentes por las cuales puede alcanzarse el acceso a la Corte. El primero se relaciona con los casos en que puede accederse directamente a la Corte y en segundo con aquellos en que las partes acudieron inicialmente a la conciliación (Jiménez de Arrechaga y otros, 2012:209).

4. Conclusiones mínimas

Como corolario se anticipa que habría, al menos, una doble justificación para que los Estados miembros de Unasur decidiesen solucionar sus controversias internacionales por los medios dispuestos en el art. 21 del Tratado Constitutivo. La primera justificación es normativa, se encuentra en el Derecho Internacional vigente —art. 30 de la CV, 1969— en materia de tratados sucesivos sobre la misma materia y tiene por partes a los mismos Estados miembros; rige el principio de la ley posterior.

La segunda justificación es jurisprudencial, atento a que la Corte Internacional de Justicia ha admitido el acceso a Estados miembros del Pacto de Bogotá prescindiendo de su estricto cumplimiento, es decir, admitiendo una vía directa.

Acerca de esta afirmación surgen algunos interrogantes. Esta elección implica que, en cuanto a la solución de controversias internacionales por los objetivos planteados por Unasur: ¿los Estados signatarios ya no podrían acudir a utilizar los mecanismos previstos en el Pacto de Bogotá? ¿Debió estipularse un vínculo con el sistema de solución pacífica normado por el Capítulo V de la Carta de la OEA? En caso de que esta última respuesta sea en sentido negativo, esta posición reafirmaría la idea de que el proceso

sudamericano tiene la intención de reemplazar al actual sistema interamericano, ya que funcionaría la premisa insalvable de que *dos sistemas jurídicos eficaces no pueden coincidir en todos sus ámbitos de validez*.

Entiendo que la idea de abandonar las cláusulas de opción de foro resultaría beneficiosa para la armonización y paulatina formación de precedentes obligatorios como indicadores de un incipiente Derecho comunitario particular, en pos de una deseada uniformidad y unicidad del Derecho Internacional Regional.

Lejos de arribar a una conclusión de respuestas acabadas, será la práctica ulterior de los Estados sudamericanos la que llene de contenido y determine el alcance que este nuevo régimen de solución pacífica de las controversias internacionales.

Referencias bibliográficas

- BENITEZ, O. C. (2013). Los nuevos procesos y organizaciones en el Sistema Interamericano (Unasur-Celac) y sus implicancias en relación con la OEA. Relato de la Sección Derecho Internacional Público, XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional. En *Anuario AADI*. Rosario.
- BROTONS, R. (2009). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos. 9na. edición.
- DE LA GUARDIA, E.; DELPECH, M. (1970). *El Derecho de los Tratados y de la Convención de Viena*. Buenos Aires: La Ley.
- DUARTE LLOVERA, P. A. (agosto de 2014). La Naturaleza Jurídica de la Neo Integración Regional: Unasur. En *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 2(4).
- GONZÁLEZ GÁLVEZ, S. (s/f). *El futuro del regionalismo en una sociedad heterogénea*. Comité Jurídico Interamericano. Cursos de Derecho Internacional. Vol. 2 (parte 1).
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.; ARBUET VIGNALI, H.; PUCEIRO RIPOLL, R. (2012). *Derecho Internacional Público*, T. III. FCU.
- KLEIN VIEIRA, L. (2011). *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración, Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: Euros Editores.
- NEGRO, S. y otros (2010). *Manual de Derecho de la Integración*. Montevideo: Publicaciones Mercosur.
- PAGLIARI, A. (2009). La Colisión en el tiempo de la normativa aplicable en los procesos de Integración. En *Cuaderno de Derecho Internacional N° IV*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Vanina Sciolla

Abogada, especialista en Derecho Administrativo, doctoranda cohorte 2013. Adscripta en la cátedra Derecho Internacional Público. Premio AADI año 2011 al ensayo inédito «Organización de Naciones Unidas – La Fortaleza Institucional del SXXI». Colaboradora en el Proyecto de Investigación, Programa «Multiplicación de instancias de deslocalización de producción normativa».

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Vanina Sciolla

«SOBRE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO Y LOS POTENCIALES CONFLICTOS NORMATIVOS», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 162–175.

NORMAS DE ESTILO Y MODOS DE PRESENTACIÓN Y PUBLICACIÓN

Los trabajos con pedido de publicación deben observar las siguientes normas de estilo:

1. Sobre la presentación del texto

a) Formato

- *Procesador*: Microsoft Word o RTF para Windows
- *Fuente*: Times New Roman 12
- *Párrafo*: interlineado simple. Justificado. Sangría a partir del segundo párrafo. No habrá sangría en el primer párrafo después de un epígrafe, pero sí a partir de los siguientes. Cada párrafo deberá separarse del siguiente con un espacio.
- *Márgenes*: izquierdo y derecho 3cm. Superior e inferior 2,5 cm.
- *Destacados*: se evitará el uso de la negrita, del subrayado o de la cursiva para resaltar palabras o ideas, y se limitará el uso de la cursiva a las palabras extranjeras que no tengan traducción al castellano.
- *Páginas*: se numerarán al pie y se imprimirán a simple faz.

b) Organización

- *Orden a tener en cuenta en la presentación del trabajo*: título de la publicación en mayúscula, primero en español y seguidamente en inglés, resumen en español, palabras clave en español, resumen en inglés, palabras clave en inglés, texto completo en español, referencias bibliográficas.
- *Títulos*: el título del trabajo se escribirá en mayúscula, sin subrayar y en negrita sobre el margen izquierdo. Establecer jerarquías de títulos y subtítulos con numeración correlativa:

HISTORIA ARGENTINA

1. El contexto nacional

1.1. Historia

1.1.1. De las provincias

Es recomendable que la jerarquía de los subtítulos no supere los 4 niveles.

- *Uso de los epígrafes y subepígrafes, párrafos:* se recomienda no abusar de los párrafos excesivamente largos. La manera de emplear los epígrafes y subepígrafes es la siguiente:

1. Título del epígrafe

No se dejará espacio entre el epígrafe y el párrafo, pero sí se dejará un espacio entre un epígrafe y un subepígrafe.

1.1. Título del subepígrafe

No habrá espacio entre el subepígrafe y el párrafo.

- Incluir al final del artículo un breve curriculum del/de los autor/ autores, que no supere los 400 caracteres con espacios.

c) Citas bibliográficas y notas al pie

- Las notas comprenden aclaraciones o una ampliación del tema que se trata, por lo que no incluirán referencias bibliográficas. y se añadirán al final del texto todas las referencias bibliográficas. Serán en TNR 10, interlineado sencillo y justificado. Se enumerarán correlativamente con numeración arábica, justo después de la palabra sin espacio, siempre detrás del signo de puntuación.

- La bibliografía será en TNR 12, interlineado sencillo, justificado y estará ordenada alfabéticamente, y por orden cronológico si de un mismo autor existe más de una obra (de la más antigua a la más reciente).

Cómo citar un libro¹

APELLIDO(S), Nombre (año). *Título del Libro en Cursiva*. Lugar de edición: Editorial

Cómo citar un artículo de revista²

APELLIDO(S), Nombre (año). «Título artículo entre comillas» en *Nombre de la revista en cursiva*, Vol., n^o, p. o pp.

Cómo citar un capítulo de libro³

APELLIDO(S), Nombre (año). «Título del capítulo entre comillas» en APELLIDOS, Nombre (ed., dir. o coord.), *Título del libro en cursiva*. Lugar de edición: Editorial, p. o pp.

Vínculo Web⁴

Indicar el link completo, la fecha de consulta, y si es posible la institución que lo «edita».

¹ LORENZETTI, Ricardo Luis (2004). *Tratado de los Contratos, Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

² CAFFERATTA, Néstor (2004). «El principio de prevención en el derecho ambiental» en *Revista de Derecho Ambiental*, Vol. 5, n° 2, pp. 9-49.

³ BULL, Hedley (1972). «The theory of international politics» en PORTER, Brian (ed.), *The Aberystwyth Papers. International Politics*. Londres: Oxford University Press.

⁴ www.uam.es/centros/derecho/cpolitica.html [Consultado el 26 de marzo de 2011].

2. Sobre el contenido de los artículos

- Los trabajos deberán tener una extensión máxima de 50 000 caracteres con espacios incluidos.
- Los trabajos deberán ser inéditos y no haber sido enviados, de manera simultánea, a otras revistas o plataformas. Recibirán una valoración ciega, a través de un sistema de referato con el fin de preservar la calidad y el rigor científicos.
- Todos los artículos han de tener un resumen y palabras clave en español e inglés. El resumen tendrá un máximo de 200 palabras, y 5 palabras clave en cada idioma.
- Los cuadros y gráficos deberán estar insertos en el texto en Word. Las imágenes, incluidas también en el texto, deberán estar en archivos independientes en formato .jpg o .gif; todas con una resolución mínima de 300 dpi.
- Esta publicación no se hace responsable por los trabajos no publicados ni se obliga a mantener correspondencia con los autores sobre las decisiones de selección.

3. Anexo

- Se deberán presentar dos copias en versión impresa, tamaño A4. El original deberá estar firmado por el o los autores.
- La copia no incluirá los nombres de los autores.
- Las copias deben ser enviadas por correo postal a «Cándido Pujato 2751, 1er piso (CP3000) Santa Fe, República Argentina» con referencia al Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Se deberá presentar una tercera copia en formato digital (soporte CD o DVD) que podrá enviarse al correo electrónico de la publicación: papelesdelcentro@fcjs.unl.edu.ar
- El original irá acompañado de una hoja adjunta en la que constarán: los datos personales completos del autor o los autores (número de documento, domicilio postal, teléfono y dirección de correo electrónico), un breve *curriculum vitae*, fecha de envío del manuscrito y las aclaraciones que se consideren necesarias para la correcta publicación del trabajo.

Papeles ■
DEL CENTRO
DE INVESTIGACIONES

agosto de 2015

Papeles .16

DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES

- 1. ACERCA DE LA FUNCIÓN DEL DISVALOR DE RESULTADO EN DERECHO PENAL
NICOLÁS CANTARD**
- 2. EL DESAFÍO DE LA LUCHA CONTRA EL CIBERCRIMEN EN ARGENTINA
MARCELO TEMPERINI**
- 3. EL DERECHO DEL AMBIENTE A ESTAR SANO,
HACIA UNA CONSIDERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA
NADIA BERNHARDT**
- 4. LA NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL DEL MERCOSUR
JAMILE B. MATA DIZ**
- 5. PARA MUESTRA BASTA UN BOTÓN (O DOS): UNA APROXIMACIÓN
A LOS MARCOS CONCEPTUALES DE CTS DESDE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA
GONZALO BAILO Y OTROS**
- 6. EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN EN PROCESOS CON EXTRANJEROS,
Y EL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS
MARISA ALZAMENDI**
- 7. EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL ACCESO A LA JUSTICIA
ALEJANDRA C. DEL RÍO AYALA**
- 8. SOBRE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES
EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO Y LOS POTENCIALES CONFLICTOS NORMATIVOS
VANINA SCIOLLA**