

ISSN 2545-6563

myf

REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

11

MAGISTRADOS
Y FUNCIONARIOS

NOTICIAS • DOSSIER • ENTREVISTA • JUSTICIA Y GÉNERO • POR LOS FUEROS • SECRETARIOS

Dossier
**DERECHO
AMBIENTAL**

Año 12. N° 11





**COLEGIOS DE
MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE**

Delegación Norte Santa Fe

(Circunscripción Judicial N° 1)

25 de Mayo 1855, Planta Baja.

(0342) 458 0035

CP 3000, Ciudad de Santa Fe

Delegación Sur Rosario

(Circunscripción Judicial N° 2)

Balcarce 1551

(0341) 440 3081 - 449 2333

CP 2000, Rosario

Consejo Regional Venado Tuerto

(Circunscripción Judicial N° 3)

Saavedra 455

(03462) 46 1011

CP 2600, Venado Tuerto

Consejo Regional Vera - Reconquista

(Circunscripción Judicial N° 4)

• Eugenio Alemán 1852

CP 3550, Vera

• San Martín 1060

(03482) 42 5120

CP 3560, Reconquista

Consejo Regional Rafaela

(Circunscripción Judicial N° 5)

Alvear 226

(03492) 42 4172

CP 2300, Rafaela

ISSN 2545-6563

11

Revista del Colegio
de **Magistrados y Funcionarios**
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

myf

Revista del Colegio
de **Magistrados y Funcionarios**
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

STAFF

**Revista del Colegio de Magistrados
y Funcionarios del Poder Judicial
de la Provincia de Santa Fe**

AÑO 12 / N° 11
DICIEMBRE 2022

Editor Responsable

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Coordinación General

Dra. Marcela De Luca

Comité Editorial

Dra. Marcela De Luca
Dr. Roberto Dellamónica

Comisión Editorial

Dr. Roberto Dellamónica
Dr. Cristian Werlen
Dr. Ivan Kvasina
Dra. Viviana Cingolani
Dra. Marcela De Luca
Dra. María José Haquin

Realización fotográfica

Dra. Viviana Cingolani

Correctora

Dra. María Laura Martínez

Dirección Editorial y Diseño Gráfico

Arq. Mg. Claudia Rivarola
Dg. Leandro Gómez

Impresión

Borsellino Impresos

Redacción y Administración

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe
Balcarce 1551- 2000 Rosario | Pcia. de Santa Fe.

**Queda hecho el depósito que previene
la ley 11.723.**

**Registro Nacional de la Propiedad Intelectual
ISSN 2545-6563**

*Prohibida su reproducción parcial o total
sin la autorización escrita extendida
por el Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.*

*Las opiniones de las notas son exclusiva
responsabilidad de los autores y no representan
necesariamente el pensamiento de la Dirección
de la Revista.*

*El nombre «Revista del Colegio de Magistrados
y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia
de Santa Fe» y su logotipo, son marca registrada.*

CONSEJO DIRECTIVO 2022

Presidente

Dr. Gustavo A. Salvador

Vicepresidente

Dr. Roberto Dellamónica

Secretario

Dr. Iván D. Kvasina

Prosecretaria

Dra. María José Haquin

Tesorera

Dra. Patricia Liliana Otegui

Protesorera

Dra. Viviana Marin

Vocales Titulares

Dra. Marcela De Luca

Dr. Marcelo J. Molina

Dra. Lorena Gonzalez

Dr. Mariano Rios

Dr. Juan Ignacio Bazet

Dr. Roberto Prieu Mántaras

Dr. Audilio Gustavo Fabiano

Dra. Ana Laura Gioria

Dra. Celia G. Bornia

Consejo Regional Sur

Dr. Sergio Fenice

Consejo Regional Norte

Dr. Juan Manuel Rodrigo

Consejo Regional Oeste

Dra. Cristina Fortunato

Vocales Suplentes

Dr. Nelson N. Fogliato

Dr. Gonzalo Lopez Quintana

Dra. Bárbara Serrat

Dr. Pablo Mariano Lazzeri

Dra. Julia Elim Collado

Dr. Jorge Leandro Miro

Miembros Titulares del Órgano de Fiscalización

Dra. María C. Rosso

Dr. Fabio Mudry

Miembros Suplentes del Órgano de Fiscalización

Dra. María E. Iribarren

Dra. Rosana Carrara

SUMARIO

EDITORIAL

08

Dr. Gustavo Salvador

Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

10

Dr. Roberto Dellamónica

Vice presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

NOTICIAS

12

**Inauguración de la Casa del Colegio
de Magistrados y Funcionarios**

230

Dr. Ezequiel María Zabale

Algunas consideraciones sobre cyberbullying

240

Dr. Carlos J. G. Garibay

Itinerario de ciertos juicios por accidentes de trabajo sobre Reflexiones a partir de datos objetivos

246

Dra. Romina Scaglia

Hacia una Justicia más humana

252

Dra. Ana Julia Milicic Ameli

El control político a los fiscales: ¿es la mejor opción constitucional?

262

Dra. Alejandra M. R. Algarra

Las notificaciones electrónicas

270

Dr. Adolfo B. J. Prunotto

Derechos del paciente, historia clínica, consentimiento informado

SECRETARIOS

282

Dra. Agustina Filippini

El "plan piloto de oralidad" como cambio de paradigma

292

Dr. Arturo Audano

SISFE: ¿expediente digital? Dilemas y propuestas

304

Dr. Agustín M. Crosio

Reflexiones acerca de la actividad judicial en el nuevo contexto tecnológico. Balance y perspectivas

DOSSIER

DERECHO AMBIENTAL

20

Dr. Horacio L. Allende Rubino
Dr. Mariano H. Novelli

El Acuerdo de Escazú: análisis, concordancias
y relaciones con la normativa ambiental argentina

38

Dr. Cristian O. Werlen

La importancia de la creación de juzgados
con competencia ambiental

50

Dr. Enrique Müller

Los principios ambientales, su aplicación
y su balance.

60

Dr. Néstor A. Cafferatta

Justicia climática

74

Dr. Pablo Lorenzetti

Perspectivas actuales y desafíos futuros en torno
a la noción de consumo sostenible

90

Dr. Fernando M. Gentile Bersano

Tutela penal del ambiente

106

Dr. Antonio Gustavo Gómez

El Derecho Penal Ambiental, los delitos
ambientales y la competencia federal

ENTREVISTA

126

Al Dr. Ricardo Lorenzetti

Entrevistador: Dr. Ariel Ariza

SUMARIO

JUSTICIA Y GÉNERO

132 **Dra. Alicia Ana Galletto**
Violencia de género. El no pago de la cuota
alimentaria como manifestación de violencia
de género económica-patrimonial

144 **Dra. Andrea Mariel Brunetti**
Infancia y Género: Un necesario
enfoque de Derechos Humanos

166 **Dra. María Cecilia Doro**
Reflexiones relacionadas con
el tratamiento del delito penal juvenil

POR LOS FUEROS

176 **Dr. Marcelo C. Quaglia**
Desafíos 4.0: Nuevas realidades que
enfrentamos los operadores jurídicos

196 **Dr. Iván G. Di Chiazza**
Dr. José Ignacio Pastore
Proyecciones para el nuevo modelo
de gestión procesal: Desafíos para los
operadores del sistema

212 **Dra. Viviana E. Marín**
Dr. Pedro Dacunda
El marco de empresas y Derechos Humanos
como pauta interpretativa en las decisiones
judiciales. Breves reflexiones desde la
judicatura con especial referencia al ambiente



myf

Dr. Gustavo Salvador
Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

8

No puedo comenzar esta editorial sin antes reconocer el orgullo que conlleva conducir el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, siendo este un honor y a la vez una gran responsabilidad que se plasma en el fuerte compromiso personal y asociacionista de cada uno de los integrantes del Consejo Directivo en la defensa de los derechos de todos nuestros asociados y asociadas en el desafío permanente de mayores logros para el desempeño y el mejoramiento de la función jurisdiccional.

Quiero manifestar mi reconocimiento a los que año a año hacen posible que se concrete un nuevo número de la revista del Colegio ya que es un espacio de comunicación importante que nos distingue como asociación e implica un esfuerzo permanente de actualización en todos aquellos temas nuevos que surgen y que impactan directamente sobre la labor diaria que los operadores del poder judicial desempeñan.

Esta nueva edición de la revista, cuyo dossier, está dedicado al derecho ambiental y su impacto en la justicia evidencia la constante preocupación por los nuevos fenómenos que van surgiendo y que implican un nuevo desafío para la judicatura y el funcionariado que deben velar por la protección del medio ambiente como un derecho humano cuya violación produce serias consecuencias nocivas tanto para la naturaleza como para la vida cotidiana de toda la sociedad.

Esta temática adquiere hoy en día especial relevancia con el fenómeno que se presenta en nuestra zona como es la quema de los humedales en el río Paraná y que nos afecta directamente. De ahí la necesidad de destacar aquellas acciones colectivas que se llevan a cabo en defensa del medio ambiente exigiendo que se repare el daño individual ocasionado.

Editorial

Dr. Gustavo Salvador

Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

A lo largo del dossier se demuestra la urgencia de crear una justicia especializada sobre derecho ambiental como ya la poseen otras provincias como Misiones, por ejemplo.

Y, conjuntamente se destacan los principios consagrados en la ley general de medio ambiente y la interpretación que el más Alto Tribunal nacional ha realizado de los mismos.

En resumen el desequilibrio y la crisis ambiental de estos tiempos nos concierne a todos y necesita de la construcción de consensos de los poderes políticos y del involucramiento del Poder Judicial y la concientización cultural de la sociedad para tener un mundo más sustentable para las futuras generaciones.

En otro orden quiero destacar que en esta nueva edición de la revista se abordan diferentes temas de interés jurídico de variada naturaleza que son producto de la colaboración de nuestros asociados y asociadas.

También queremos destacar el valioso aporte del sector de los Secretarios que integran nuestro Colegio quienes, en esta oportunidad, analizan la puesta en marcha de la prueba piloto de la oralidad en materia civil y laboral, tanto en los desafíos de su implementación como es su efectividad a la hora de los resultados buscados.

Finalmente quiero hacer una mención muy especial ya que en este

número se destaca como una de las noticias más trascendentes la reinauguración de la Casa del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la zona sur, hecho este de relevancia porque es una forma de llegar a todos nuestros asociados ofreciendo un espacio para desarrollar diferentes actividades como las académicas, culturales y de esparcimiento, como así también para que puedan contar con un lugar de encuentro confortable y cálido, en donde obtengan un servicio gastronómico adecuado para almuerzo o meriendas en los momentos intermedios entre el ejercicio de la función y el esparcimiento.

Por último, quiero agradecer al equipo de trabajo que hace posible una nueva edición de lo que ya constituye una marca registrada de nuestro Colegio y podríamos decir, inédita en el asociacionismo judicial, de la revista del colegio de magistrados y funcionarios, como así también a los que colaboran en la misma con sus artículos y logran que sea posible año a año.

Agradezco el esfuerzo que constituye cada nueva aparición de un número de la revista que implica todo un trabajo de compaginación y organización que demuestran acabadamente la responsabilidad asumidas por la comisión editorial.

Aprovecho esta oportunidad para agradecer a mis compañeros del Consejo Directivo, que me acompañan en esta gestión y que hacen posible que todas estas ideas se conviertan en realidad.



myf

10

Dr. Roberto Dellamónica

Vice presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Consejo de la Magistratura: La necesidad de su institucionalización

Es muy grato para nuestra institución el lanzamiento de esta edición 2022 de la Revista del Colegio que nuclea a la Magistratura y a la Función Judicial de la Provincia de Santa Fe.

Como viene siendo usual en las ediciones de la Revista que año tras año se han publicado, las editoriales se encuentran decididamente marcadas por la coyuntura que en cada momento el Poder Judicial santafesino se encuentra transitando.

En dicho marco, una cuestión de trascendental importancia para este poder del Estado es el mecanismo de selección de magistrados/as y funcionarios/as, que desde hace muchos años nuestro Colegio viene bregando por su institucionalización, es decir, su conformación a través de un cuerpo estable de consejeros que represente a cada uno de los estamentos o instituciones representativas del quehacer jurídico, ya que vale señalar, no es posible imaginar un consejo sin consejeros, tal como desde hace años viene ocurriendo en nuestra Provincia.

En su nacimiento y posterior evolución, el Consejo de la Magistratura fue creado a través del Decreto 2952/1990, el cual como cuerpo estable, se encontraba integrado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Subsecretario de Justicia y Culto, un representante del Gobernador con título de abogado, un representante del Colegio de Magistrados, un representante de la Cámara de Diputados, un representante de la Cámara de Senadores y un representante de Colegio de Abogados de la Circunscripción Judicial donde se debía cubrir la vacante.

Luego, el decreto 2391/2002 incorpora la prueba de oposición, de carácter obligatoria, anónima y escrita, en la que los y las postulantes debían confeccionar una sentencia sobre la base de un planteo de un caso real y concreto, de acuerdo a la naturaleza del cargo para el que se habían presentado.

En el año 2007, con el dictado del decreto 164/2007 se desintegra el Consejo que se encontraba compuesto con miembros permanentes representativos de cada uno de los estamentos, por otro en el que los únicos consejeros estables lo eran el Presidente y el Secretario (Secretario de Justicia y Director Provincial del Consejo de la Magistratura y Jueces Comunes, respectivamente), ya que desaparecen las

Editorial

Dr. Roberto Dellamónica

Vice presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

representaciones fijas del resto de las instituciones. Así, el Consejo pasó a estar compuesto por los mentados Presidente y Secretario, y por un Cuerpo Colegiado de Evaluación Técnica y un Cuerpo Colegiado Entrevistador. El Cuerpo Colegiado de Evaluación Técnica se conformaba a través de listas que debían enviar los Colegios de Abogados, el Colegio de Magistrados y Funcionarios, y las Facultades, de las que se sorteaba un titular y un suplente. En el Cuerpo Colegiado Entrevistador, nuestro Colegio no podía enviar representantes ya que se conformaba con el Presidente del Consejo, y dos miembros procedentes de las Facultades de Derecho. Posteriormente, el decreto 2904/2012 habilitó a que el Cuerpo Entrevistador se conforme en base a las nóminas del Cuerpo de Evaluación Técnica.

Finalmente, el decreto 854/2016 en vigencia, mantuvo como miembros estables a quienes representan al Poder Ejecutivo (presidente y secretario), mientras que el Cuerpo de Evaluación se conforma con un académico, un integrante del Colegio de Magistrados y un representante de los Colegios de Abogados.

En toda esta evolución, claramente puede verse como se pasó de un Consejo de la Magistratura con miembros estables -como usualmente ocurre tanto en la Nación como en las Provincias-, por uno en el que la única representación estable permanece en la órbita del Poder Ejecutivo, ya que la representación del resto de los estamentos es sólo a través del envío de listas de evaluadores.

Asimismo, el procedimiento instaurado a partir del año 2007 presentaba un mecanismo impugnatorio que en muchas ocasiones prolongó extremadamente los tiempos de los concursos. Y en general, existieron demoras excesivas en el desarrollo de aquellos y en la cobertura de vacantes, que colocó a muchos fueros del Poder Judicial en una delicada situación en cuanto a la normal prestación del servicio de Justicia.

A la vez, la reglamentación era sumamente minuciosa en cuanto a la tabulación de los antecedentes objetivos, mientras que la del año 2016, adolece absolutamente de puntuación en lo que hace a los antecedentes de los y las postulantes, dejando gran discrecionalidad al Cuerpo Evaluador. Es decir, se pasó de un sistema que tabulaba antecedentes en forma exhaustiva, a otro en el que tal puntuación ha desaparecido.

Está claro que es necesario un equilibrio.

Los reparos puestos a conformar un Consejo que no se encuentre en manos exclusivas de los poderes ejecutivos han transitado por argumentos de corte constitucional, pero tal como surge de la reseña efectuada, ningún obstáculo existe a que el propio Poder Ejecutivo diseñe un Consejo con representación estable de cada uno de los estamentos, ni tampoco a que en base a acuerdos institucionales, dicho diseño sea establecido por una ley provincial.

En resumen, el Consejo de la Magistratura debe conformarse a través de un Cuerpo en el que se encuentren representados en forma estable cada uno de los estamentos que hacen al quehacer judicial.

Dicho Consejo es quien debe entrevistar a los postulantes, y abordar la delicada tarea de evaluar el perfil del candidato/a que finalmente integre la propuesta que se elevará al Poder Ejecutivo.

El examen técnico de los y las postulantes debe ser llevado adelante por un Cuerpo de Evaluación Técnica -conformado por evaluadores/as enviados por los Colegios de Abogados, Magistrados y Funcionarios, y Facultades-, distinto al Consejo de la Magistratura.

Debe también la reglamentación respectiva establecer una razonable tabulación de antecedentes objetivos, a los fines de atemperar la gran discrecionalidad existente en la actual normativa.

Para concluir, el diseño del mecanismo de selección de magistrados/as y funcionarios/as requiere de una singular prudencia y de una máxima responsabilidad de todos los actores institucionales, ya que la experiencia transitada, claramente nos indica que el Consejo de la Magistratura debe exhibir un moderado equilibrio en las distintas representaciones que lo conforman, acompañado de un procedimiento que garantice la idoneidad, la transparencia, y la cobertura de vacantes judiciales en tiempos razonables.



myf

12

NOTICIAS



Reinauguración de la Casa del Colegio de Magistrados y Funcionarios

Un nuevo espacio físico, moderno y confortable, donde los asociados y las asociadas podrán realizar actividades académicas, culturales y de esparcimiento. También, para disfrutarlo como lugar de sosiego y encuentro entre el ejercicio de la función y las demás actividades personales.



*Dr. Gustavo Salvador
en el discurso inicial
del acto.*

myf

14

*Descubrimiento de placas
de conmemorativas y de
reconocimiento al Colegio de
Magistrados y Funcionarios del Poder
Judicial de la Provincia de Santa Fe.*





Portal de entrada.



La Dra. María del Carmen Álvarez (ex Presidenta del Colegio Magistrados y Funcionarios durante los períodos 2001-2003 y 2009-2011) junto a la Comisión Directiva.



El Dr. Ricardo Netri, el Dr. Roberto Falistocco, el Dr. Rafael Gutiérrez y el Dr. Alberto Bernardini (ex Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios del periodo 1997-1999).



El Dr. Ariel Ariza (ex Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios durante los periodos 2013-2015 y 2017-2019), la Dra. Marcela De Luca, el Dr. Gabriel Somaglia (Secretario de Justicia del Ministerio de Gobierno de la Pcia. de Santa Fe), la Dra. Viviana Cingolani, el Dr. Gustavo Salvador (Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe) y la Dra. Marita Iribarren.



El Dr. Ricardo Netri, la Dra. Laura Cossovich, la Dra. Victoria Casielo y la Dra. Silvia Cicuttto.



El Dr. Ariel Ariza y la Dra. Viviana Cingolani.



Autoridades del gremio judicial con miembros de la Comisión Directiva del Colegio de Magistrados y Funcionarios.



Magistradas y Funcionarias del Poder Judicial.



Magistradas y Funcionarias del Poder Judicial.

A hand is shown from the bottom right, holding a small green plant with several leaves and a small amount of soil. The background is a soft, out-of-focus landscape with green hills and a blue sky. The overall color palette is muted greens and blues.

DOSSIER

DERECHO AMBIENTAL

myf

18

Coordinadores

Dr. Horacio L. **Allende Rubino**

Dr. Cristian O. **Werlen**

La decisión sobre referirnos a la temática de esta fracción del Derecho tiene directa relación con la calidad superlativa del Bien Jurídico Protegido “Ambiente” y el Derecho Humano consecuente, conforme la cláusula constitucional ambiental (artículo 41 de la CN).

El tópico tiene absoluta actualidad, dada la agresión que sufre hoy el ambiente, a nivel global, y por supuesto en nuestro país. En este sentido merece hacer mención a la quema del Humedal del Paraná, que devela las enormes falencias para el control y protección del territorio.

El Dossier recorre, de la mano de los exponentes un derrotero por demás interesante.

Néstor Cafferatta nos habla de la Justicia Ambiental, partiendo de la nueva realidad constituida por los conflictos ambientales, los cuales decantan en acciones colectivas de defensa ambiental, ya sea en pos de lograr efectivas políticas públicas que defiendan al bien jurídico de incidencia colectiva, o acciones de clase donde se busca la reparación del daño ambiental individual. El autor detalla señera jurisprudencia internacional.

Cristian O. Werlen, incursiona en la necesidad de contar con una justicia ambiental especializada, analizando en detalle la ley de creación de un Juzgado con competencia ambiental en la ciudad de Posadas, Provincia de Misiones. Así, analiza la competencia material que correspondería a tales juzgados y la importancia en relación con los procesos colectivos.

Enrique Carlos Müller, nos introduce en los principios del Derecho Ambiental. Luego de referirse a las funciones de los principios jurídicos en general, se adentra en el análisis de los principios consagrados en la ley general del ambiente (25.675), y su aplicación judicial. En ese sentido refiere a las pautas establecidas por la CSJN para ser aplicados por los jueces, y la interpretación que de dichos principios ha realizado el alto Tribunal Nacional.

Pablo Lorenzetti, aborda la especial relación transversal entre Derecho Ambiental y Derecho del Consumidor, ahondando en las reglas que buscan compatibilizar el consumo y la protección del ambiente. Así avanza sobre la noción de consumo sustentable, y a partir de allí en la interacción del principio in dubio pro naturaleza con otros principios relativos al consumo.

Fernando Gentile Bersano nos adentra en la defensa del bien jurídico tutelado desde la perspectiva del Derecho Penal. Así, analiza el quid de la tutela penal ambiental, y la necesidad, para su eficacia, de abordar los aspectos de la técnica legislativa y de la política criminal, para luego referirse a las pautas de la dogmática penal y la caracterización del delito ambiental.

Antonio Gustavo Gómez, también desde la óptica del Derecho penal, aborda la cuestión comenzando con el déficit académico universitario sobre la materia para luego realizar un análisis desde la legislación nacional. Especialmente aborda las soluciones judiciales y el problema interpretativo generado entre las leyes 24.051 y 25.612.

Allende Rubino, Horacio y Novelli, Mariano por su parte, analizan el acuerdo de Escazú, en cuanto pilar de la regulación convencional de los Derechos Humanos de Acceso. Se interrelacionan los estipulados en el acuerdo con la legislación nacional. Así se analizan: el derecho de acceso a la información ambiental; el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales, y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

El Acuerdo de Escazú: análisis, concordancias y relaciones con la normativa ambiental argentina

myf

20



Dr. Horacio L. **Allende Rubino**

Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 6ª Nominación de Rosario. Doctor en Derecho. Magíster en Sistemas Humanos Ambientales. Profesor titular de Derecho Ambiental en la Universidad Nacional de Rosario.



Dr. Mariano H. **Novelli**

Secretario del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 6ª Nominación de Rosario. Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Profesor adjunto de Derecho Ambiental en la Universidad Nacional de Rosario.

I. Introducción

El Acuerdo de Escazú, cuya denominación oficial es Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, fue adoptado el 4 de marzo de 2018 y aprobado por la Argentina mediante ley 27.566 del año 2020¹. Entró en vigor el 22 de abril de 2021 y representa un hito en el decurso de la defensa del ambiente².

Constituye el único instrumento jurídicamente vinculante derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20)³, es el primer tratado sobre cuestiones ambientales de la región y “el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales”⁴.

Tiene su basamento en el Principio 10 de la Declaración de Río⁵. Imbrica, en forma directa y necesaria, la protección ambiental con la democracia y los derechos humanos, entendiendo

–conforme a su preámbulo– que “los derechos de acceso están relacionados entre sí y son interdependientes, por lo que todos y cada uno de ellos se deben promover y aplicar de forma integral y equilibrada”.

En el marco de tal interdependencia, reafirma la axial importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la obligación que tienen los Estados de respetarlos, protegerlos y promoverlos, así como las libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otras condiciones. Es decir que se trata de un instrumento “basado en el desarrollo de obligaciones para los Estados y de derechos para los ciudadanos, que funcionan como mínimos que los ordenamientos nacionales pueden reforzar pero nunca disminuir”⁶.

Reafirma, a su turno, los principios de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 y de la Declaración

de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Entre otros vínculos, se advierte una estrecha conexión con el Principio 11 de esta última, que señala la necesidad de que los Estados cuenten con leyes de protección ambiental eficaces.

El Acuerdo referencia, asimismo, distintos tratados ambientales y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, los cuales constituyen normas jurídicas de evidente interacción⁷; e invoca, reconoce y se funda en la multiculturalidad de América Latina.

II. El Acuerdo de Escazú

II.1. Objetivo

El Acuerdo explicita como objetivo, en su artículo 1, garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades

y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Pretende, pues, que los Estados aseguren de forma eficaz los derechos de acceso en materia ambiental, para tutelar en definitiva el derecho humano a un ambiente sano, declarado así a nivel internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁹ e instituido en la Argentina por el artículo 41 de la Constitución Nacional.

En nuestro país, dentro de la dimensión normativa, la problemática de la información se halla contemplada en la Ley de Presupuestos Mínimos de Libre Acceso a la Información Ambiental (ley 25.831) y en los artículos 16 a 18 de la Ley General del Ambiente –LGA– (ley 25.675). Por su parte, la participación ciudadana y el derecho de toda persona a opinar mediante procedimientos de consulta o en audiencias públicas se encuentran regulados en los artículos 19 a 21 de la indicada LGA, que, en cuanto al acceso a la justicia, refiere en su artículo 30: “El acceso a

la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”⁹.

Cabe destacar que no obstante la legislación referida, se advierte en la Argentina una eficacia relativa de las normas ambientales, restando implementarse acciones que posibiliten una mayor participación de la sociedad civil.

II.2. Definiciones

El artículo 2 precisa el significado y alcance de los términos utilizados en el Acuerdo.

II.2.a Derechos de acceso

Así, determina que los “derechos de acceso” son:

- El derecho de acceso a la información ambiental;
- El derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales, y
- El derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.

El acceso, entonces, implica: a) la toma de conocimiento en relación a la información ambiental; b) la acción de comunicación o postulación en la adopción de decisiones ambientales y c) la posibilidad de ocurrir ante la Justicia frente a los conflictos ambientales.

La minuciosa regulación de los derechos de acceso convierte al Acuerdo en un instrumento coadyuvante para la construcción del Estado Ambiental de Derecho, entendido éste como “el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivas y procesales que incorpora los principios del desarrollo sostenible en el Estado de Derecho”¹⁰.

II.2.b. Información ambiental

El Acuerdo considera “información ambiental” a cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asocia-

dos que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales.

En este sentido, armoniza con el concepto vigente en nuestro derecho, en cuanto el artículo 2º de la Ley de Presupuestos Mínimos de Libre Acceso a la Información Ambiental (ley 25.831) entiende por información ambiental a toda aquella información en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable, en particular: “a) El estado del ambiente o alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectarlos significativamente; b) Las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente”.

II.2.c. Personas o grupos en situación de vulnerabilidad

Las “personas o grupos en situación de vulnerabilidad” son, según el

Acuerdo, aquellas que se encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso en él reconocidos, por las circunstancias o condiciones que se entiendan “en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales”.

II.3. Principios

El artículo 3 enumera los principios que informan el Acuerdo, a saber:

- 1 • Principio de igualdad y principio de no discriminación.
- 2 • Principio de transparencia y principio de rendición de cuentas.
- 3 • Principio de no regresión y principio de progresividad.
- 4 • Principio de buena fe.
- 5 • Principio preventivo.
- 6 • Principio precautorio.
- 7 • Principio de equidad intergeneracional.
- 8 • Principio de máxima publicidad.
- 9 • Principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales.
- 10 • Principio de igualdad soberana de los Estados.

- 11 • Principio pro persona.

Muchos de estos principios se encuentran estatuidos por la Ley General del Ambiente, otros en diversos tratados de Derechos Humanos, o reconocidos por la doctrina.

II.4. Disposiciones generales

El artículo 4 del Acuerdo contiene disposiciones que imponen ciertas obligaciones a los Estados, entre ellas garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el Acuerdo. Ello resulta concordante con la cláusula ambiental del artículo 41 de la Constitución Nacional.

Otra obligación consiste en velar para que los derechos reconocidos en el Acuerdo puedan ser libremente ejercidos. A tal efecto, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias –de naturaleza legislativa, reglamentaria, administrativa u otra– para asegurar la implementación del

Acuerdo y asimismo proporcionar “al público¹¹ información para facilitar la adquisición de conocimiento respecto de los derechos de acceso”, orientarlo y asistirlo –en especial a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad– a fin de favorecer el ejercicio de tales derechos.

Cada Parte debe igualmente garantizar un entorno propicio para el trabajo de las personas, asociaciones, organizaciones o grupos que promuevan la protección del ambiente, proporcionándoles reconocimiento y resguardo.

El Acuerdo incluye también una cláusula que lo determina como piso protectorio¹² y otra que adopta expresamente el principio de interpretación más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso¹³.

II.5. Acceso a la información

El acceso a la información se aborda tanto desde su vertiente de transparencia pasiva como activa y bajo el principio de máxima publicidad¹⁴.

II.5.a. Accesibilidad de la información ambiental (transparencia pasiva)

Determina el Acuerdo en su artículo 5 que cada Parte debe garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia. Detalla luego que el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental comprende:

a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se requiere –lo cual coincide con el contenido del artículo 3° de la ley 25.831¹⁵–.

b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la solicitud.

c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho.

Respecto de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, determina que cada Parte habrá de fa-

cilitarles el acceso a la información “estableciendo procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones”; así como garantizar que dichas personas o grupos vulnerables, incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos, reciban asistencia para efectuar sus peticiones y obtener respuesta.

En párrafo aparte, el Acuerdo trata la cuestión referida a la denegación del acceso a la información ambiental. Dispone que cuando la información solicitada o parte de ella no se entregue al requirente por encuadrar en el régimen de excepciones establecido en la legislación nacional, la autoridad competente deberá comunicar por escrito la denegación, indicando las normas jurídicas y las razones que justifiquen la decisión, y enterar al solicitante de su derecho de impugnarla y recurrirla.

Las Partes que no posean en su legislación un régimen de excepciones po-

drán denegar el acceso cuando hacer pública la información: a) pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física; b) afecte negativamente la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa nacional o la protección del ambiente; o c) genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo a la ejecución de la ley, o a la prevención, investigación y persecución de delitos.

El Acuerdo precisa igualmente que en los regímenes de excepciones nacionales se tendrán en cuenta las obligaciones de cada Parte en materia de derechos humanos y se procurará favorecer el acceso a la información. Agrega que las causas de denegación deberán estar previstas por ley con anterioridad al pedido, instituyendo de este modo el principio “nulla negatio sine lege”.

Completa el principio con el criterio de que los motivos para la denegación deberán estar claramente definidos y reglamentados y serán de interpretación restrictiva. Impone asimismo la carga de la prueba en cabeza de la autoridad competente, que tendrá la obligación

de ponderar el interés de retener la información y el beneficio público resultante de permitir el acceso, “sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

También estatuye el principio de imposibilidad de negativa total en caso de exención parcial, al prescribir que cuando la información contenida en un documento no esté completamente exenta conforme a las excepciones contempladas en el Acuerdo, la parte no exenta deberá entregarse al solicitante.

En el derecho interno, la denegación está regulada en el artículo 7° de la ley 25.831, que solo la admite: a) Cuando pudieran afectarse la defensa nacional, la seguridad interior o las relaciones internacionales; b) Cuando la información se encontrara sujeta a consideración de autoridades judiciales, en cualquier estado del proceso, y su divulgación o uso por terceros pudiera causar perjuicio al normal desarrollo del procedimiento; c) Cuando pudiera afectarse el secreto comercial o industrial, o la propiedad intelectual; d) Cuando pudiera afectarse

la confidencialidad de datos personales; e) Cuando la información correspondiera a trabajos de investigación científica, mientras éstos no estuvieran publicados; f) Cuando no pudiera determinarse el objeto de la solicitud por falta de datos suficientes o imprecisión; g) Cuando la información estuviera clasificada como secreta o confidencial por las leyes vigentes y sus respectivas reglamentaciones. Añade la norma que la denegación total o parcial del acceso a la información deberá ser fundada y, en caso de ser formulada por autoridades administrativas, cumplimentar los requisitos de razonabilidad del acto administrativo previstos por las normas de las respectivas jurisdicciones.

El Acuerdo pauta diversas condiciones aplicables para la entrega de la información ambiental:

El formato de la información deberá ser el requerido por el solicitante; únicamente si tal formato no estuviera disponible, podrá suministrarse en otro.

El plazo para responder la solicitud será como máximo de 30 días hábiles

contados desde la fecha de recepción de la misma, o menor si así lo previera la normativa interna. Cuando en circunstancias excepcionales y conforme a la legislación nacional, la autoridad competente necesite más tiempo para responder a la solicitud, podrá extender el plazo por hasta 10 días hábiles, debiendo notificarlo al peticionante con antelación, justificadamente y por escrito. Ante el incumplimiento, el Estado debe garantizar el acceso a la justicia ambiental.

Cuando la autoridad que recibe la solicitud no posea la información requerida, deberá comunicarlo al solicitante con la máxima celeridad posible, indicando –en caso de poderlo determinar– la autoridad que pudiera tenerla, a la cual remitirá la solicitud presentada. Si la información no existe o no ha sido aún generada, ello deberá hacerse saber al interesado en el plazo de 30 días hábiles, prorrogable en la hipótesis mencionada precedentemente.

La entrega de la información ambiental es gratuita, siempre y cuando no se requiera su reproducción o envío.

En estos dos supuestos, los costos deberán ser razonables y darse a conocer por anticipado, pudiendo exceptuarse el pago cuando el solicitante estuviera en situación de vulnerabilidad o circunstancias especiales así lo justificaran.

En el derecho nacional, el artículo 8° de la ley 25.831 dispone –coincidiendo con el término fijado por el Acuerdo, aunque sin admitir prórroga– que la resolución de las solicitudes de información ambiental se llevará a cabo en un plazo máximo de treinta días hábiles a partir de la fecha de presentación. Ante el incumplimiento del plazo o cualquier otra infracción a la ley, el artículo 9° habilita el acceso a una vía judicial directa, de carácter sumarísimo, ante los tribunales competentes. Por su parte, el artículo 3°, último párrafo, dispone que en ningún caso el monto que se establezca para solventar los gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información podrá implicar menoscabo al ejercicio del derecho conferido por la ley.

El Acuerdo impone a cada Parte el

establecimiento o designación de uno o más órganos o instituciones imparciales, autónomos e independientes, con el objeto de promover la transparencia en el acceso a la información ambiental, fiscalizar el cumplimiento de las normas, así como vigilar, evaluar y garantizar el derecho de acceso a la información.

II.5.b. Generación y divulgación de información ambiental (transparencia activa)

El artículo 6 ordena a los Estados asegurar, en la medida de sus recursos, que las autoridades competentes generen, recopilen, pongan a disposición del público y difundan la información ambiental relevante para sus funciones de manera sistemática, proactiva, oportuna, regular, accesible y comprensible; que la actualicen periódicamente y alienten su desagregación y descentralización a nivel subnacional y local, procurando que sea reutilizable y procesable, disponible en formatos accesibles, y que no existan restricciones para su reproducción o uso. Asimismo, les exige contar uno o

más sistemas de información ambiental actualizados, dando un detalle de posibles inclusiones¹⁶.

Señala que cada Parte deberá tomar medidas para establecer un registro de emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo, y de materiales y residuos bajo su jurisdicción, el cual se establecerá progresivamente y se actualizará periódicamente. A fin de facilitar el acceso a personas o grupos en situación de vulnerabilidad, la información ambiental se divulgará en los diversos idiomas usados en cada país y en los formatos alternativos comprensibles para dichos grupos, a través de canales de comunicación adecuados.

En caso de amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente, deberá divulgarse de forma inmediata y por los medios más efectivos toda la información relevante que permita al público tomar medidas para evitar o limitar eventuales daños, desarrollándose un sistema de alerta temprana. Esto constituye un corolario del principio de prevención.

Igualmente, el Acuerdo recomienda la publicación y difusión a intervalos regulares, que no superen los cinco años, de un informe nacional sobre el estado del medio ambiente¹⁷. Propende también a que los Estados realicen evaluaciones independientes de desempeño ambiental para determinar la eficacia, la efectividad y el progreso de sus políticas en la materia y actualicen periódicamente sus sistemas de archivo y gestión documental.

Promueve, a su turno, el acceso a la información ambiental contenida en las concesiones, contratos, convenios o autorizaciones que se hayan otorgado y que involucren el uso de bienes, servicios o recursos públicos, así como a aquella que esté en manos de entidades privadas, en particular la relativa a sus operaciones y los posibles riesgos y efectos en la salud humana y el medio ambiente. Incentiva asimismo la elaboración de informes de sostenibilidad de empresas públicas y privadas, principalmente de grandes empresas, que reflejen su desempeño social y ambiental.

Los consumidores y usuarios, por su parte, deberán contar con información oficial, pertinente y clara sobre las cualidades ambientales de bienes y servicios y sus efectos en la salud, favoreciendo patrones de consumo y producción sostenibles.

En el derecho argentino, a más de la ley especial de Presupuestos Mínimos de Libre Acceso a la Información Ambiental, abordan la problemática de la información los artículos 16, 17 y 18 de la Ley General del Ambiente, que establecen la obligación de las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, de proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a sus actividades, otorgando a todo habitante el derecho de obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada (artículo 16); la obligación del Estado Nacional de desarrollar un sistema integrado de información que administre y evalúe los datos relevantes del ambiente, así como de proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los

parámetros ambientales básicos, a instrumentarse mediante el Consejo Federal de Medio Ambiente (artículo 17); y, finalmente, la obligación de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas, para lo cual el Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación y contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental, económica, social y cultural de todo el territorio nacional (artículo 18).

II.6. Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales

El artículo 7 dispone que se deberá asegurar que el derecho de participación sea abierto e inclusivo, relativo a asuntos ambientales “de interés público, tales como el ordenamiento del territorio y la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas,

normas y reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente”.

A tal efecto, se adoptarán las medidas necesarias para que la participación sea posible desde las etapas iniciales del proceso de toma de decisiones y para que las observaciones sean debidamente consideradas. Igualmente, cada Parte proporcionará al público, de manera clara, oportuna, comprensible y gratuita, la información necesaria para hacer efectivo su derecho, por medio de un procedimiento que contemplará plazos razonables.

La información a los fines de la participación deberá ser brindada por los medios apropiados –incluyendo los escritos, electrónicos u orales y también los métodos tradicionales–, como piso, abarcar los siguientes tópicos: a) el tipo o naturaleza de la decisión ambiental de que se trate y, cuando corresponda, en lenguaje no técnico; b) el responsable del proceso de toma de decisiones y otras autoridades e instituciones involucradas; c) el procedimiento previsto para la par-

ticipación del público, incluidas sus fechas de comienzo y finalización, los mecanismos para ejercerla, y, cuando corresponda, los lugares y fechas de consulta o audiencia pública; y d) las autoridades a las que se pueda requerir mayor información y los procedimientos para solicitarla.

El Acuerdo especifica también que, en los procesos de toma de decisiones ambientales, se hará pública al menos la siguiente información:

la descripción del área de influencia y de las características físicas y técnicas del proyecto o actividad propuestos;

la descripción de los impactos ambientales del proyecto o actividad y, según corresponda, el impacto ambiental acumulativo;

la descripción de las medidas previstas con relación a dichos impactos;

un resumen de los puntos a), b) y c) en lenguaje no técnico y comprensible;

los informes y dictámenes de los organismos involucrados dirigidos a la autoridad pública vinculados al proyecto o actividad;

la descripción de las tecnologías a ser

utilizadas y de los lugares alternativos para realizar el proyecto o actividad sujeto a las evaluaciones, cuando la información esté disponible; las acciones de monitoreo de la implementación y de los resultados de las medidas del estudio de impacto ambiental.

Las autoridades, por su parte, tienen la obligación de tomar debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación previo a la decisión, que luego de adoptada debe difundirse incluyendo sus motivos, fundamentos y el modo en que fueron consideradas las observaciones formuladas. A tal fin, el Acuerdo afirma que “la decisión y sus antecedentes serán públicos y accesibles”, así como que la información divulgada contendrá el procedimiento para ejercer las acciones administrativas y judiciales pertinentes.

En todos los casos, las Partes deberán asegurar las condiciones propicias para que la participación pública en decisiones ambientales se adecue a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de

género del público, promoviendo la valoración del conocimiento local, el diálogo y la interacción de las diferentes visiones y saberes. Al propio tiempo, habrán de esforzarse en: a) identificar y apoyar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación; b) garantizar el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales; c) identificar al público directamente afectado por proyectos y actividades que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, y promover acciones específicas para facilitar su participación.

En nuestro ordenamiento interno, el artículo 19 de la Ley General del Ambiente dispone que toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular y de alcance general, y el artículo 20 señala que las autorida-

des deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. Si bien la instancia es obligatoria, la norma determina que la opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública, deberán fundamentarla y hacerla pública. Finalmente, el artículo 21 agrega que la participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

II.7. Acceso a la justicia en asuntos ambientales

El acceso a la justicia es fundamen-

tal para que las personas puedan efectivamente hacer valer su derecho a estar informados, a participar y a reclamar contra las autoridades públicas y los contaminadores¹⁸. Por ello el artículo 8 del Acuerdo reconoce firmemente tal derecho, que deberá ejercitarse conforme al principio del debido proceso.

En tal entendimiento, impone a los Estados allanar el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, tanto en cuanto refiera al fondo como al procedimiento: a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el dicho bien jurídico protegido.

Para garantizar este derecho, los Estados deberán tener órganos compe-

tentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental e instaurar procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos.

Específicamente en el terreno procesal, el Acuerdo indica que se ha de contar con:

- una legitimación activa amplia en defensa del ambiente;
- la posibilidad de dictar medidas cautelares y provisionales para prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños ambientales;
- medidas para facilitar la producción de la prueba, como la inversión del onus probandi y las cargas probatorias dinámicas;
- mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas, así como de reparación –v. gr. la restitución al statu quo ante, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación–.

Resulta notable la afinidad de las cuestiones antedichas con las previstas en la normativa argentina vigente. En particular, la Ley General del Ambiente estatuye: en su artículo 30, que debe interpretarse integrado con el artículo 43 de la Constitución Nacional, una amplia legitimación activa, dando lugar a las acciones populares de cese y de recomposición del daño¹⁹; en su artículo 32, las facultades instructorias y ordenatorias del juez, que asume un rol proactivo²⁰, pudiendo probar el hecho dañoso y despachar en cualquier estado del proceso medidas de urgencia, incluso de oficio; en su artículo 28, coherentemente derivado de la cláusula ambiental constitucional, la obligación de recomponer y, solo en caso de imposibilidad, la indemnización sustitutiva.

El Acuerdo señala que, para allanar el acceso a la justicia en asuntos ambientales, cada Parte establecerá: a) medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia; b) medios de divulgación de ese derecho y de los procedimientos para hacerlo efectivo;

c) mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas correspondientes; d) la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para ejercer el derecho; y e) dispositivos de apoyo para las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluyendo la asistencia técnica y jurídica gratuita.

Las decisiones judiciales y administrativas adoptadas en asuntos ambientales, así como su fundamentación, deberán ser consignadas por escrito; se promoverán también los métodos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación y la conciliación, entre otros.

II.8. Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales

El artículo 9 prescribe que las Partes garantizarán un entorno propicio para que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin ame-

nazas, restricciones ni inseguridad. Con ese objetivo, tomarán medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger e impulsar todos los derechos de tales defensores, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso.

Adoptarán igualmente acciones apropiadas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el Acuerdo. En este aspecto, no debe soslayarse el incremento en los últimos lustros de los SLAPPs (strategic lawsuits against public participation), procesos para criminalizar a los defensores de los derechos humanos²¹.

II.9. Fortalecimiento de capacidades, implementación y financiamiento

El artículo 10 puntualiza el compro-

miso de los Estados de crear y fortalecer sus capacidades nacionales, sobre la base de sus prioridades y necesidades, a fin de contribuir a la implementación de las disposiciones del Acuerdo. Enumera, en ese sentido, distintas acciones que los países podrán ejecutar²².

La cooperación entre las Partes recibe tratamiento en el artículo 11, que detalla actividades y mecanismos encaminados a profundizarla²³. Ello no obsta que el Acuerdo incentive de igual modo las alianzas con Estados de otras regiones, organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales, académicas y privadas, así como con otros actores sociales relevantes en materia ambiental.

El artículo 12 crea un centro de intercambio de información de carácter virtual y de acceso universal sobre los derechos consagrados en el Acuerdo, que será operado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

La problemática de la implementación del Acuerdo en el ámbito nacio-

nal es abordada por el artículo 13, según el cual cada Parte se compromete a facilitar medios para las actividades que desarrolle a fin de cumplir las obligaciones asumidas.

El artículo 14 formaliza el Fondo de Contribuciones Voluntarias con el objeto de coadyuvar al financiamiento para la implementación del Acuerdo, que se conformará de contribuciones realizadas por los Estados y de recursos provenientes de otras fuentes que serán invitadas a aportar. Su funcionamiento será definido por la Conferencia de las Partes.

II.10. Conferencia de las Partes y Comité de Apoyo

El artículo 15 instituye la Conferencia de las Partes, la cual, entre otras funciones, establecerá por consenso los órganos subsidiarios que considere necesarios y aprobará protocolos y enmiendas al Acuerdo.

En lo atinente a la adopción de decisiones, el artículo 16 precisa que cada Parte tendrá un voto.

El artículo 17 determina que la Secretaría del Acuerdo será ejercida por el Secretario Ejecutivo de la CEPAL y proveerá el soporte administrativo, técnico y operativo.

Finalmente, el artículo 18 crea el Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento del Acuerdo como órgano subsidiario de la Conferencia con el fin de promover la aplicación y apoyar a las Partes en la implementación del Acuerdo, determinándose que tendrá carácter consultivo, transparente, no contencioso, no judicial y no punitivo, para examinar el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo y formular recomendaciones, asegurando una participación significativa del público.

II.11. Solución de controversias

Las controversias en torno a la interpretación o aplicación del Acuerdo, conforme lo refiere el artículo 19, serán resueltas a través de la negociación o de cualquier otro medio de solución que las Partes en el diferendo consideren aceptable. En su defecto, cada Estado podrá indicar que acepta

considerar obligatorio uno o los dos medios de solución siguientes en sus relaciones con cualquier Parte que asuma la misma obligación:

- el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia;
- el arbitraje conforme a los procedimientos que establezca la Conferencia de las Partes.

Aclara la norma que si todos los intervinientes en el conflicto han aceptado ambos medios de solución, la controversia no podrá someterse más que a la Corte Internacional de Justicia, a menos que las Partes acuerden otra cosa.

III. Conclusión

El Acuerdo de Escazú representa un hito histórico que aspira a consolidar la democracia ambiental en América Latina y el Caribe, impulsando un cambio de paradigma en las relaciones entre el Estado y la ciudadanía.

Específicamente en la Argentina, en cuanto resulta ser un Tratado de Derechos Humanos, está destinado a in-

teractuar con el plexo constitucional y convencional. Al propio tiempo, la tríada de *derechos de acceso* que consagra ha de comprenderse integrada y funcionar sistemáticamente con la totalidad de la normativa interna, en especial con la Ley General del Ambiente y la Ley de Libre Acceso a la Información Ambiental.

Este nuevo instrumento regional dirigido a garantizar el acceso a la información y a la justicia así como la participación pública se erige, igualmente, como un pilar del Estado Ambiental de Derecho, procurando robustecer la institucionalidad. Son los actores políticos y jurídicos quienes hogaño enfrentan un excepcional desafío: lograr que los objetivos del Acuerdo se concreten en la realidad, para lo cual deben obrar con una visión solidaria, intergeneracional y comprometida con los derechos humanos. ■

CITAS

¹ El Acuerdo reviste el doble carácter de Ambiental y de Derechos Humanos. Conforme

al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, tiene jerarquía superior a las leyes.

² Los países que lo han ratificado son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guyana, México, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay.

³ Celebrada en Río de Janeiro entre los días 20 y 22 de junio de 2012 y en cuyo seno se suscribió la *Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* –impulsada por Chile, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay–, punto de partida para las negociaciones que dieron como resultado el Acuerdo de Escazú.

⁴ GUTERRES, ANTÓNIO, *Prólogo, en Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, Santiago, Naciones Unidas - CEPAL, 2018, pág. 5.

⁵ “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado

a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

⁶ MÉDICI COLOMBO, GASTÓN, *El Acuerdo Escazú: la implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe*, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 9, N° 1, 2018, pág. 25, <https://doi.org/10.17345/rcda2412>.

⁷ “Recordando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, el Programa 21, el Plan para la Ulterior Ejecución del Programa 21, la Declaración de Barbados y el Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, la Declaración de Mauricio y la Estrategia de Mauricio para la Ejecución Ulterior del Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible de los Pequeños

Estados Insulares en Desarrollo, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y las Modalidades de Acción Acelerada para los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo (Trayectoria de Samoa),

Recordando también que, en el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en 2012, titulado ‘El futuro que queremos’, se reconoce que la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, en los planos nacional e internacional, así como un entorno propicio, son esenciales para el desarrollo sostenible, incluido el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre; se recalca que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible, y se alienta la adopción de medidas a nivel regional, nacional, subnacional y local para promover el acceso a la información ambiental, la participación pública en el proceso de toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, cuando proceda,

considerando la resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015, titulada ‘Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’, por la que se acordó un amplio conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas universales y transformativos, de gran alcance y centrados en las personas, y en donde se estableció el compromiso de lograr el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones –económica, social y ambiental– de forma equilibrada e integrada’.

⁸ Resolución A/RES/76/300 de fecha 28/7/2022, que reconoce el acceso a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano universal.

⁹ A su vez, la LGA enumera los objetivos de la política ambiental nacional en su artículo 2º, siendo los previstos en los incisos c) e i) concordantes con los fines del Acuerdo (“Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión” y “Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma”, respectivamente).

¹⁰ Así lo ha definido la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del

Estado de Derecho en materia ambiental, adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN que se celebró en Río de Janeiro del 26 al 29 de abril de 2016.

¹¹ Entiende el Acuerdo por “público” a una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado Parte (artículo 2).

¹² “Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo limitará o derogará otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impedirá a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a la información ambiental, a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y a la justicia en asuntos ambientales” (artículo 4.7).

¹³ “En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte avanzará en la adopción de la interpretación más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso” (artículo 4.8).

¹⁴ NALEGACH ROMERO, CONSTANCE, Claves

del Acuerdo de Escazú, en DI PANGRACIO, ANA, NORDENSTAHL, SONIA Y TRAMUTOLA, MARÍA JULIA (eds.), *Informe Ambiental 2019*, Buenos Aires, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2019, pág. 276.

¹⁵ “Acceso a la información. El acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo constar en la misma la información requerida y la identificación del o los solicitantes residentes en el país, salvo acuerdos con países u organismos internacionales sobre la base de la reciprocidad. En ningún caso el monto que se establezca para solventar los gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada podrá implicar menoscabo alguno al ejercicio del derecho conferido por esta ley”.

¹⁶ El artículo enumera a modo ejemplificativo: “a) los textos de tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el medio

ambiente; b) los informes sobre el estado del medio ambiente; c) el listado de las entidades públicas con competencia en materia ambiental y, cuando fuera posible, sus respectivas áreas de actuación; d) el listado de zonas contaminadas, por tipo de contaminante y localización; e) información sobre el uso y la conservación de los recursos naturales y servicios ecosistémicos; f) informes, estudios e información científicos, técnicos o tecnológicos en asuntos ambientales elaborados por instituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras; g) fuentes relativas a cambio climático que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales en esta materia; h) información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental, cuando corresponda, y las licencias o permisos ambientales otorgados por las autoridades públicas; i) un listado estimado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización y año; j) información respecto de la imposición de sanciones administrativas en asuntos ambientales”.

¹⁷ Como contenido del informe, el artículo propone: “a) información sobre el estado del medio ambiente y de los recursos naturales, incluidos datos cuantitativos, cuan-

do ello sea posible; b) acciones nacionales para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia ambiental; c) avances en la implementación de los derechos de acceso; y d) convenios de colaboración entre los sectores público, social y privado”. Según expresa Hernández Ordóñez, Sergio Ricardo, Los nuevos derechos de acceso en materia ambiental: el caso del Acuerdo de Escazú, en *Revista Estudios en Derecho a la Información*, N° 9, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-junio de 2020, pág. 120, “la labor de difundir la información pública ambiental no sólo permite socializarla, sino que posibilita la apropiación, escrutinio y valoración de la misma”.

¹⁸ PÁNOVICS, ATTILA, *The Escazú Agreement and the Protection of Environmental Human Rights Defenders*, en *Pécs Journal of International and European Law*, vol. 2021/I, Pécs, University of Pécs - Centre for European Research and Education, 2021, pág. 30, <https://ceere.eu/pjiel/wp-content/uploads/2021/06/pjiel-2021-1-attila-panovics.pdf>

¹⁹ Sobre el carácter *popular* de ambas acciones, puede verse: ALLENDE RUBINO, HORACIO L., *Presupuestos mínimos del derecho procesal ambiental*, en *La Ley. Suplemento de Derecho*

Ambiental, año XII, N° 2, Buenos Aires, La Ley, 23 de septiembre de 2005, pág. 6.

²⁰ NOVELLI, MARIANO H., *Fundamentos del carácter revolucionario del Derecho Ambiental*, en *Sapientia*, año 13, N° 2, Panamá, Órgano Judicial de la República de Panamá, junio 2022, pág. 109. Es inmanente al juez ambiental su rol proactivo, pues ejerce amplios poderes de control sobre la actuación de las partes, impulsa el procedimiento y cuenta con iniciativa probatoria. Es decir que el principio dispositivo cede, lo cual se justifica por la naturaleza del bien lesionado, la necesidad de institucionalizar su defensa y su relación con valores fundamentales como la vida y la salud. Tampoco puede obviarse que el magistrado integra la comunidad que es titular del derecho en liza, circunstancia que relativiza su imparcialidad –mas no su imparcialidad–.

²¹ “Traducido en términos jurídicos y vernáculos, son los juicios que se inician desde el sector empresarial o desde el gobierno de turno para silenciar a los defensores del ambiente y los derechos humanos. En una traducción más literal son ‘bofetadas al demandado por atreverse a hablar’. El origen de estas nuevas experiencias jurídicas de acoso es definido en 1996 por Geor-

ge Pring y Penelope Canan y extensamente desarrollado por Robert Trager y Donna L. Dickerson quienes desde una visión muy estadounidense lo advierten como ‘un abuso impactante de uno de nuestros derechos políticos más básicos: el derecho a presentar una petición’. Básicamente los autores hacen un pormenorizado análisis de distintos juicios de represalia por hacer circular una petición a las autoridades, escribir una carta al correo de lectores de un periódico, informar sobre violaciones de la ley, presentar una queja oficial, presionar apoyando un proyecto de ley o incluso dar un testimonio en una audiencia pública”: GÓMEZ, ANTONIO GUSTAVO, #SLAPP: *Strategic lawsuit against public participation o cómo perseguir a los defensores de los Derechos Humanos y el Ambiente usando el Sistema de Administración de Justicia*, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 22, IJ Editores, abril 2022, cita: IJ-MMDCCCXI-261.

²² Así indica: “a) formar y capacitar en derechos de acceso en asuntos ambientales a autoridades y funcionarios públicos; b) desarrollar y fortalecer programas de sensibilización y creación de capacidades en derecho ambiental y derechos de acceso para el público, funcionarios judiciales y administrativos, instituciones nacionales de derechos

humanos y juristas, entre otros; c) dotar a las instituciones y organismos competentes con equipamiento y recursos adecuados; d) promover la educación, la capacitación y la sensibilización en temas ambientales mediante, entre otros, la inclusión de módulos educativos básicos sobre los derechos de acceso para estudiantes en todos los niveles educacionales; e) contar con medidas específicas para personas o grupos en situación de vulnerabilidad, como la interpretación o traducción en idiomas distintos al oficial, cuando sea necesario; f) reconocer la importancia de las asociaciones, organizaciones o grupos que contribuyan a formar o sensibilizar al público en derechos de acceso; y g) fortalecer las capacidades para recopilar, mantener y evaluar información ambiental”.

²³ En forma no taxativa, se mencionan: “a) diálogos, talleres, intercambio de expertos, asistencia técnica, educación y observatorios; b) desarrollo, intercambio e implementación de materiales y programas educativos, formativos y de sensibilización; c) intercambio de experiencias sobre códigos voluntarios de conducta, guías, buenas prácticas y estándares; y d) comités, consejos y plataformas de actores multisectoriales para abordar prioridades y actividades de cooperación”.

La importancia de la creación de juzgados con competencia ambiental

myf

38



...NICO 1886-1936
...POLDO 1886-1936
...PASQUALE 1837-1937
...SERPE 1888-1938
...CHILLE 1888-1938
...LENTINO 1888-1938
...IOVANNI 1890-1949
...PIOLO 1891-1891
...RO
...G

myf
39

Dr. Cristian O. **Werlen**

Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 1ª Nominación de Santa Fe

Introducción

La Cámara de Representantes de la Provincia de Misiones sancionó el pasado 7 de julio el dictamen de comisión por el que se resuelve crear un juzgado con competencia en materia ambiental. Mientras algunas ciudades sufren el impacto de los incendios por quema de pastizales y la heterogeneidad de conflictos que amenazan los sistemas ecológicos se acentúa en los tiempos actuales, la constitución de tribunales u oficinas (recordamos aquí la prestigiosa OJA creada en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo aporte en la prolifera y vanguardista jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal resulta indiscutible) exhibe la consolidación de una tendencia al funcionamiento de fueros especializados en determinadas materias que así lo demandan. El objeto de estas escasas líneas se orienta a exponer algunos argumentos que emanan de la doctrina y los

estándares jurisprudenciales para el debate que suscitan decisiones de política legislativa como la citada.

I- Aspectos medulares de la legislación misionera

La normativa identificada como IV/97 crea un juzgado con competencia en materia ambiental, con asiento en la ciudad de Posadas y jurisdicción en toda la Provincia. El nuevo tribunal cuenta con dos secretarías letradas y se prevé también la constitución de una fiscalía con competencia en temas ambientales.

El artículo 2 es el que fija la competencia material de aquel Juzgado, al precisar que entiende en:

1) Toda acción derivada del ejercicio de defensa del ambiente, ante cualquier hecho u omisión, ilegal o arbitrario que afecte, lesione, restrinja, altere, amenace o disminuya los re-

ursos naturales, el equilibrio de sus ecosistemas y los bienes o valores colectivos, de manera actual o inminente y sin limitación de cuantía;

2) En los procesos cautelares ambientales;

3) En los juicios ordinarios por reparación o remediación de daño ambiental, incluida la faz resarcitoria privada;

4) En todos los demás procesos judiciales de naturaleza ambiental o regidos por legislación específica vinculada al ambiente.

Esta competencia del juzgado no puede ser delegada y queda excluida la materia penal en cuestiones ambientales.

El artículo 4 contiene una interesante concurrencia de distintas fuentes normativas en lo que refiere a un tema que se encuentra intrínsecamente vinculado a la creación del juzgado: la tipología de litigio que se utilizará. A tal efecto, prescribe que los proce-

sos de conocimientos y cautelares se tramitarán conforme las normas establecidas en la Ley XII - N° 27 Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la provincia de Misiones y en observancia a las reglas de carácter procedimental contenidas en la legislación ambiental local y en las leyes nacionales de presupuestos mínimos ambientales.

Como puede observarse de los diferentes incisos transcritos, la competencia material del juzgado es amplia. A modo de referencia (ampliaremos el comentario a lo largo de este artículo), contempla no sólo la compleja labor de la "reparación o remediación" del daño que involucra al bien ambiental colectivo (plasmando aquí la manda constitucional de la "recomposición"), sino los que afectan la denominada "faz privada", que -interpretamos- refiere al daño individual indirecto que se produce "de rebote" sobre otros derechos fundamentales (la vida, la salud, la propie-

dad de las personas), que incluso podrían afectarse de manera homogénea y habilitar así la posibilidad de ejercer las denominadas "acciones de clases", todo lo cual genera un desafío de organización de la justicia.

Entre las reglas que contiene la legislación provincial encontramos asimismo las que regulan las funciones de la fiscalía ambiental (artículo 3) y aquellas que contemplan acotadas causas de recusación del juez (artículo 5).

La ley cierra con algunas disposiciones complementarias y adecuaciones normativas que lógicamente deben realizarse frente a la modificación de la competencia que prescribe.

II- Breves nociones de la competencia material

La novedad que trae la actividad legislativa misionera es la creación de un

fiero con una competencia material específica: la ambiental.

La doctrina procesalista clásica nos enseña que la primera forma de división de la competencia es la territorial, que se produce cuando el ámbito espacial es demasiado extenso, "la solución más fácil consiste en dividirlo en secciones, colocando un juez en cada una de ellas, el cual ejercerá dentro de su circunscripción respectiva la plenitud de la jurisdicción". Ahora bien, ello no siempre resulta suficiente, ya que la diversidad cada vez mayor de las cuestiones obliga a establecer una nueva división de trabajo, que se funda en la naturaleza del litigio. Así, "se comenzó por separar aquellos que tienen menos analogía, es decir, los civiles de los penales, para atribuirlos a jueces distintos". Más tarde, "el crecimiento de los valores mobiliarios, que al impulsar el comercio desarrolló su propia legislación, dará lugar a un nuevo desdoblamiento

entre las causas civil y comerciales, con la creación de tribunales exclusivos para estos últimos¹. La constitución de nuevos juzgados por la consecuente especialización del derecho sustantivo exhibe posiciones críticas a lo largo de la historia, como aquellas que expuso Bentham ante la excesiva descentralización que se había producido en la Inglaterra del siglo XIX, que provocó una reacción a favor de la "centralización de la justicia" y motivó -incluso- el dictado de la ley del 4 de agosto de 1873 con un proceso de reorganización de todo el Poder Judicial.

Una explicación similar sobre la convergencia de aspectos territoriales y materiales en las pautas de atribución de competencia surge de las enseñanzas del profesor Alvarado Velloso, quien nos explica que "los jueces que ejercen su actividad dentro de un mismo territorio suelen dividir el conocimiento de los diversos asuntos litigiosos de acuerdo con la materia

sobre la cual se fundamenta la respectiva pretensión"². Esa "atribución de competencia material está hecha a base de necesidades contingentes del lugar en un tiempo dado"; por ello, recuerda el distinguido procesalista rosarino que en principio "los asuntos se dividieron en penales y no penales". Aquella simple disgregación acrecentó la posibilidad de otorgar diferentes competencias a los litigios en la medida en que crecieron "las materias jurídicas". Por ello, como nos advierte Podetti en su tratado de la competencia, "no es fácil aislar los elementos de las diversas causas que pueden ser sometidas a la justicia", pero lo que resulta claro es que la "materia" como "elemento objetivo del pleito", posee un estrecho ligamen con "el derecho sustancial o de fondo"³.

El análisis diacrónico de los distintos criterios que se utilizaron para dividir la competencia por materia nos convence de su contingencia, necesaria-

mente vinculada con los conflictos y necesidades de cada sociedad en un tiempo determinado, como también con la dinámica propia del derecho sustantivo. Por lo cual, esta notoria y persistente tendencia a la especialización judicial que se observa resulta coherente con la evolución de la ciencia jurídica, pero también con las demandas sociales, todo lo cual lógicamente impacta sobre las pautas para la fijación de la competencia de los tribunales.

III- Algunas especificidades de la materia ambiental que habilitarían una competencia específica

El paso siguiente impone evaluar si los conflictos ambientales ostentan entidad para justificar estos fueros especiales para tramitarlos y resolverlos. Nos adelantamos a pronunciarnos por una respuesta afirmati-

va. Algunas de las características de la denominada "cuestión ambiental" han provocado una verdadera revolución en nuestra ciencia, que también se impregnó en forma transversal de otras disciplinas no jurídicas. Esta mutación copernicana puede sintetizarse en el reconocimiento de la existencia de un auténtico "paradigma ambiental", que actúa como principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistemática y con los enfoques holísticos⁴. Está cambiando el modo de ver los problemas y las soluciones, una mudanza epistemológica que impacta sobre diferentes áreas del saber y así se comenzó a hablar de filosofía ambiental (antropocentrismo, biocentrismo y el novedoso ecocentrismo que ya ancló en algunas Constituciones, como la de Ecuador) y de economía ecológica.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó en numerosos prece-

dentos la importancia y singularidad que posee el ambiente, al destacar que "cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente -que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua- la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, sino que debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad"⁵. A partir de la inclusión en 1994 de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional (artículo 41), "el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del sistema mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente 25675 debiendo conjugar el territorio ambiental, de

base natural, con el territorio federal, de base cultural o política"⁶.

Los cambios señalados resultan necesarios porque asistimos impávidos a verdaderas catástrofes ocurridas en las últimas décadas, que además nos alertan sobre la complejidad cualitativa y cuantitativa que las mismas ostentan. Entre esos desastres ecológicos vienen a nuestra memoria los derrames de hidrocarburos (Torrrey Canyon, 1967; Amoco-Cádiz, 1978; Exxon-Valdez, 1989), los accidentes nucleares (Chernobyl, 1986), las denominadas "lluvias ácidas" y las "nubes tóxicas" (dioxina en Seveso, 1976; isocianato de metilo en Bhopal, 1984), la gripe aviaria, la crisis de la encefalopatía espongiiforme bovina ('vaca loca'), el fenómeno del calentamiento global (cambio climático), la incertidumbre con los productos transgénicos⁷. Nuestro país cuenta con una extensa lista propia de conflictos con pasturas, empresas mineras, fumiga-

ciones con agroquímicos, quema de pastizales, reclamos por daños generados por campos electromagnéticos producidos por antenas de telefonía celular, entre otras numerosas situaciones que estimamos demandan no sólo tribunales especializados sino un proceso adecuado para encauzar pretensiones preventivas, precautorias y resarcitorias de daños que desbordan el modelo clásico individual contemplado por los códigos del siglo XIX.

IV- La importancia de juzgados especializados para resolver pretensiones vinculadas con los daños ambientales en el marco de procesos colectivos

Unas breves consideraciones de algunas de sus instituciones nucleares nos permite aseverar que la materia ecológica desborda las competencias tradicionales. Así, en lo sustancial se observa la extraordinaria compleji-

dad de la categoría "daño ambiental", que como lo denunciaba el recordado profesor Jorge Mosset Iturraspe nada tiene de "común"⁸. En efecto, se ubica en las antípodas de los perjuicios clásicos que se valoran y cuantifican en los juzgados civiles para fijar indemnizaciones. Su origen causal es difuso, como también resultan inciertas sus consecuencias. Desconoce fronteras, espaciales y temporales. Impacta sobre bienes colectivos y su reconocimiento llegó por vía constitucional⁹, aunque con posterioridad lo definió la Ley General del Ambiente N° 25675¹⁰. Este perjuicio resulta refractario a las notas distintivas del resarcimiento que exige el sistema de responsabilidad civil clásico, ya que no puede catalogarse de cierto, personal ni directo, como lo exige el artículo 1739 del Código Civil y Comercial. Reviste una naturaleza bifronte que queda al desnudo en aquellos desastres ecológicos (como los enunciados) en los que se observa no sólo el deterioro causado

al ambiente sino los paralelos efectos negativos sobre la vida y la salud humana, entre otros derechos fundamentales de las personas que pueden encontrarse afectados.

Asimismo, ante estos intereses amenazados o lesionados se advierte una situación de "crisis" en lo procesal, porque cuando fracasan las medidas preventivas y ocurren los daños ambientales, resulta complejo encontrar el camino eficiente para encauzar las pretensiones de víctimas múltiples o brindar una adecuada tutela al bien colectivo. Así, se observa que algunas pretéritas estructuras procesales no siempre resuelven aquellos extraordinarios conflictos con eficiencia. En consecuencia, uno de los desafíos que el Derecho tiene por delante es descubrir y construir un sistema que permita concentrar en un solo juicio a la pluralidad de reclamos motivados por una causa fáctica común (entre ellas, algunas catástrofes ecológicas como

las mencionadas) de modo que resulten satisfechas las garantías constitucionales como el acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva. Al pensar por un instante en la diversidad de conflictos ambientales que observamos a diario, con una heterogeneidad de intereses en pugna y variedad de herramientas para enfrentarlos con la urgencia que requieren, podremos afirmar que el dictado de leyes como la misionera constituye un aporte esencial para dotar al Derecho ambiental de la reclamada eficiencia.

De allí la importancia de crear estos juzgados ambientales, pero también que en ellos se pueda articular un proceso colectivo adecuado para las causas en las que resultan competentes. Como lo describió la doctrina que analizamos, esta tipología de litigios "tiene pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o

bienes colectivos y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes"¹¹. En definitiva, constituye un "un subsistema apto para resolver conflictos"¹², en una particular especie constituida por aquellos que presentan pluralidad de partes actoras y/o demandadas, pero que además tienen una arista objetiva para destacar: la pretensión debe enfocarse al aspecto común de intereses pluriindividuales o a la tutela del bien colectivo, como el ambiente.

En consecuencia, el interés para el abordaje de los daños ambientales por tribunales especializados no se agota en la tutela del bien colectivo, sino que debería involucrar respuestas jurisdiccionales idóneas para el abordaje de los daños ambientales indirectos que corporizan estos intereses individuales homogéneos, que es la tercera categoría expresamente reconocida por la Corte Nacional en las causas "Halabi"¹³ y "PADEC"¹⁴. En

ellas se destacaron sus notas esenciales: la lesión a derechos individuales enteramente divisible (no hay un bien colectivo comprometido, sino derechos subjetivos particulares) y la existencia de una causa fáctica o jurídica homogénea, que constituye el aspecto común que determina la "razonabilidad" de la realización de un solo proceso colectivo. Como lo sostiene Ricardo Lorenzetti: si un agente contaminante lesiona la vida y la salud de una persona estamos ante un conflicto que se resuelve en un proceso clásico bipolar, pero si los afectados son cien mil habitantes, tenemos un "problema de la organización de la justicia"¹⁵, porque el interés y la legitimación siguen siendo individuales, pero hay homogeneidad objetiva entre todos ellos y son susceptibles de una sola decisión. Se integran así tres nociones fundamentales: daños masivos ambientales, intereses individuales homogéneos y proceso colectivo. A ellas podemos agre-

gar, para dotarlas de la eficacia que se reclama al Derecho ambiental, la creación de fiscalías y tribunales especializados, como la contemplados en la legislación misionera.

En estos tiempos en los que resultan necesarias estos "jueces y cortes verdes"¹⁶, fue precisamente el Alto Tribunal Federal quien se pronunció sobre el papel que deben cumplir los magistrados en los conflictos ambientales, exigiéndoles una "particular energía"¹⁷. Ello es así, porque "en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, y que en un examen cerra-

damente literal de las normas rituales previstas para el clásico proceso adversarial de índole intersubjetivo sería frustratorio de los intereses superiores en juego"¹⁸. Ratificó en otras sentencias que existe una clara "revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador", como se expresó en numerosos fallos¹⁹. Como muestra de la amplitud de esas facultades que poseen los jueces ambientales, la Corte indicó que "pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario al amparo"²⁰ o "bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención"²¹. Ello es así, porque -además- en la mayoría de los casos que involucren daños ambientales el proceso será colectivo, "cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas por esta Corte Suprema de Justicia en el caso "Halabi" de fallos 332:111"²².

Resulta de utilidad recordar algunas declaraciones internacionales que fijaron principios rectores para los procesos por daños ambientales, disponiéndose que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda, para lo cual deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes²³. Asimismo, la Convención sobre acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales celebrada en Aarhus (Dinamarca, 1998) destaca la necesidad que los Estados ofrezcan recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación (art. 9). Pueden advertirse los adjetivos que utilizan estos documentos para referirse a los procesos ambientales, la insistencia en la efectividad y la suficiencia. Los calificativos em-

pleados encuentran un terreno apto para su desarrollo en esos fueros especializados, que cuenten con magistradas y magistrados que tengan la capacidad de utilizar mecanismos idóneos para lograr la satisfacción de los intereses comprometidos.

V- Conclusión: la ardua y valiosa tarea que tendrán por delante los jueces y las juezas ambientalistas de Misiones

El interés de los operadores jurídicos de esta Provincia por la cuestión ambiental no es nuevo, bastaría recordar la fructífera actividad académica que se ha desarrollado en los últimos años en sus aulas universitarias. La sociedad misionera en su conjunto exhibe una notoria preocupación por temas ambientales específicos como los suscitados con la protección de los ecosistemas, la cuestión forestal o la tutela de la flora y fauna silves-

tre, por citar sólo algunos. Los funcionarios que sean designados en los cargos creados por la ley que analizamos se encontrarán con "casos 'complejos' o 'difíciles', de base interdisciplinaria, en los que concurren convergentemente, una multiplicidad de fuentes legales de resolución de conflictos, en un 'estado de tensión' entre principios y valores competitivos", que probablemente demandará la utilización de la metodología del "diálogo de fuentes", como lo propone la destacada doctrina que citamos en una reciente publicación²⁴.

Ocurre que los específicos conflictos en los que resultarán competentes, exigen considerar al "ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados"²⁵. Pero además, la Corte Federal también resalta la necesidad de "considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente"²⁶. Por

ello, se sostuvo que la solución de los conflictos debe estar enfocada en la sustentabilidad futura, esta calificación "cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región. Por esta razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan"²⁷. En toda esta evaluación no debería verse "una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados ... Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos,

y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento"²⁸.

En definitiva, el daño ecológico que constituye una de las principales materias que deberán asumir estos fueros especializados es una construcción novedosa y excepcional. Los perjuicios reseñados no podían siquiera imaginarse (al menos con esta envergadura y variedad) en oportunidad de sancionarse los códigos adjetivos provinciales o la mayoría de las leyes orgánicas que estructuran el Poder Judicial en nuestro país. Está fuera de debate que provocan conflictos policéntricos y que ostentan un origen complejo que usualmente involucra causas plurales, la masividad de sus consecuencias que se traduce en víctimas múltiples, entre otras características especiales que determinan que los perjuicios eco-

lógicos -en sus dos manifestaciones- desborden las estructuras procesales tradicionales y demanden la presencia de juezas y jueces especialistas para resolverlos. Para concluir, tengamos presente que una de las críticas que se le formulan al Derecho ambiental es que padece "raquitismo de eficiencia"²⁹, por lo que a ese último objetivo apunta la creación de juzgados con competencia en la materia ambiental, en cuyo seno se desarrollen los procedimientos adecuados para los conflictos que llegarán a sus estrados. ■

CITAS

¹ ALSINA, HUGO, *"Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial"*, Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 1957, ps. 509/510.

² ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *"Lecciones de derecho procesal civil"*, Fundación para el desarrollo

de las ciencias jurídicas, 2ª reimposición, Rosario, 2022, p. 137.

³ PODETTI, RAMIRO J., *"Derecho Procesal Civil y Comercial I. Tratado de la competencia"*, Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 1973, p. 517.

⁴ LORENZETTI, RICARDO L., *"Teoría del Derecho Ambiental"*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 6 y siguientes.

⁵ CSJN, *"Barrick Exploraciones Argentina S.A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*, fallos 342:917, 4/6/2019.

⁶ CSJN, *"Equística Defensa del Medio Ambiente"*, fallos 343:726, 11/8/2020.

⁷ Para mayor información, pueden consultarse dos obras brillantes vinculadas a catástrofes y desastres: MARTINE REMOND-GOULLLOUD *"El Derecho a destruir"*, 1989; y *"Vientos, terremotos, tsunamis y otras catástrofes naturales"*, editada por Margarita Gascón y específicamente referida a casos latinoamericanos.

⁸ MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsabilidad por daños", T. III, "El acto ilícito", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1998, p. 126.

⁹ Es el único daño expresamente contemplado en la Constitución Nacional (artículo 41 CN).

¹⁰ Artículo 27 LGA : "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

¹¹ LORENZETTI, RICARDO LUIS, "Justicia colectiva", Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, p. 75.

¹² SALGADO, JOSÉ MARÍA, "Tutela individual homogénea", Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 3.

¹³ CSJN, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04", 24/2/2009, con especial referencia al Considerando 12.

¹⁴ CSJN, "PADEC c/Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales", 21/8/2013.

¹⁵ LORENZETTI, RICARDO LUIS, "Daños masivos, acciones de clases y pretensiones de operatividad" en J.A. 2000-II-235.

¹⁶ MÜLLER, ENRIQUE CARLOS, "El perfil del juez ambiental. Sus facultades", en Revista de Derecho de Daños 2011-1, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, p. 175.

¹⁷ CSJN, "Mendoza, Beatriz y Otros c/Estado Nacional y Otros", fallos 326:2316, 20/06/2006.

¹⁸ CSJN, "ASSUPA c/YPF y otros", fallos 331:1910, 29/08/2006.

¹⁹ Entre ellos, CSJN, "Majul, Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y Otros s/acción de amparo ambiental", fallos 342:1203, 11/07/2019.

²⁰ CSJN, "ASSUPA c/YPF", fallos 327:2967.

²¹ CSJN, "Mendoza, Beatriz y Otros c/Estado Nacional y Otros", fallos 326:2316, 20/06/2006.

²² CSJN, "Kersich, Juan Gabriel c/Aguas Bonaerenses S.A. s/amparo", 2/12/2014, fallos 337:1361.

²³ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, Principio 10.

²⁴ CAFFERATTA, NÉSTOR A., "Diálogo de fuentes en el Derecho Ambiental", Rubinzal Culzoni Editores, RC D 173/2022.

²⁵ CSJN, "Mendoza, Beatriz y Otros c/Estado Nacional y Otros", fallos 338:80, 19/02/2015.

²⁶ CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/Santa Fe, Provincia de s/sumarísimo - derivación de aguas", fallos 342:2136, 3/12/2019.

²⁷ CSJN, "La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/uso de aguas", fallos 340:1695, 1º/12/2017.

²⁸ CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/Santa Cruz, Provincia de y otro s/amparo ambiental", fallos 339:515, 26/04/2016.

²⁹ CAFFERATTA, NÉSTOR "El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental", LL 23.02.2007.

Los principios ambientales, su aplicación y su balance.

myf

50



myf

51

Dr. Enrique Müller

*Ex Juez de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil
y Comercial de Santa Fe*

Introducción

Se ha sostenido profusamente y con razón que los principios son reglas que orientan la acción de un ser humano, por lo que resultan principios, la rectitud, la integridad, la honestidad, la dignidad humana, el respetar la vida de los demás, y que con tal norte todos confluyen en contribuir a la idea de servicio entre todos, pues se aplican al ser humano, a la familia, a las organizaciones y al Estado.

Ahora, en el campo jurídico, la plétora de significados con que suele adosarse a la expresión "principios jurídicos", ha sido magníficamente referida por Carrió, al sostener este notable iusfilósofo argentino que la voz "principios jurídicos" se vincula:

- Con las ideas de "parte o ingrediente importante de algo", "propiedad fundamental", "núcleo básico", "característica central".
- Con las ideas de "regla, guía, orientación o indicación general"
- Con las ideas de "fuente generadora", "causa" u "origen".

- Con las ideas de "finalidad", "objetivo", "propósito" o "meta".
- Con las ideas de "premisa", "inalterable punto de partida para el razonamiento", "axioma", "verdad teórica postulada como evidente", "esencia", "propiedad definitoria".
- Con las ideas de "regla práctica de contenido evidente", "verdad ética e incuestionable".
- Con las ideas de "máxima", "aforismo", "Proverbio", "pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.¹

Ahora, si bien estas vinculaciones que enseña Carrió, antes detalladas, no delimitan la entidad ontológica de los principios jurídicos, denotan, en cambio, que funciones pueden los mismos cumplir un sistema jurídico. Indicando con justeza Moro, estamos persuadidos de la importancia que reviste la sana y atinada utilización de las diversas locuciones y acepciones que suelen presentarse al operador jurídico. El progreso y la elevación del or-

be de la juridicidad (tanto en la faz de la elaboración normativa, en lo jurisprudencial y en la doctrina) no puede verse escindido de una precisa utilización de las específicas y técnicas expresiones que reinan en el Derecho. Como sostiene ese gran maestro que es Don Osvaldo Maffia, supone tal faena, lamentablemente subestimada en nuestros días, un elemento de gran relevancia para el perfeccionamiento de la doctrina autoral y judicial.²

En atención a lo dicho, los principios en materia ambiental han tenido una abundante recepción en tratados internacionales, constituciones, leyes nacionales, declaraciones académicas y sentencias judiciales. En su larga historia los principios- nos indican los Lorenzetti- han mostrado dos caracteres que les han dado fortaleza:

- La primera, es su simplicidad o por lo menos la aspiración de tener un conjunto de ideas que guíen el cálculo jurídico.
- La segunda es su jerarquía superior. Cualquiera sea la concepción que se desarrolle acerca de ellos, siempre

se los ha ubicado bien alto; para algunos integran el Derecho Natural, para otros tienen una raíz histórica, para otros son anteriores al ordenamiento jurídico pero se obtienen por generalización de normas y son superiores a ellos. Esta superioridad es la que permite conferirles una función central, de límite, de guía de la actividad infraprincipal.

Fenómeno que ha hecho que se hable de una concepción “principal” del sistema jurídico que es muy evidente en el Derecho Ambiental. El principio, como afirma Alpa es un enunciado normativo general, es decir, no define un supuesto de hecho específico, ya que constituye un mandato para la realización de un valor en su nivel óptimo. Por ello dicen que su contenido es siempre excesivo, expresa demasiado porque es una aspiración (Betti) es por es por eso que hay que medirlos, establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a un contenido, y, se afirma que son mandatos de optimización (Alexy). Su conteni-

do, se establece mediante un juicio de ponderación con otros principios. Ponderar es establecer comparaciones, determinar el peso de cada uno y aplicar el mayor al caso concreto. Por eso, el grado de generalidad no es decisivo para el principio jurídico: lo importante es su aptitud como argumento jurídico.³

Funciones

Vértices desde los cuales cumplen funciones conforme a los autores a los que sigo:

- 1) Integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento.
- 2) Interpretativa: es un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio. Ayuda al intérprete a orientarse en la interpretación correcta, adecuándola a los valores fundamentales.
- 3) Finalística: son orientaciones de una regulación jurídica posible.

4) Delimitadora: Constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores, a las bruscas oscilaciones de las reglas.

En el proceso de la decisión judicial pueden controlar el excesivo activismo judicial, confiriéndole un marco de actuación.

5) Fundante: ofrecen un valor para fundar internamente el ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas.

También afirman que la existencia de pluralidad de fuentes internacionales, nacionales y locales evita el problema de la creación doctrinaria de principios, y al mismo tiempo, presenta la dificultad de su enumeración.

Los principios ambientales

La existencia de pluralidad de fuentes internacionales, nacionales y laborales evita el problema de la creación doctrinaria de principios, y al mismo tiempo, presenta la dificultad de su enumera-

ción. La cantidad puede ser muy abundante si se detallan con distintos nombres que se mencionan en diferentes normas y en este sentido, nos dicen los Lorenzetti, ha sido un gran esfuerzo presentarlos de manera sistemática.⁴

La ley 25-675 en su artículo 4 refiere: La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio de Congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, ésta prevalecerá sobre otra norma que se oponga. Principio de Prevención: 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. Principio Precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible a ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón

para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras. Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. Principio de Responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan. Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprome-

ta las posibilidades de las generaciones presentes y futuras. Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos. Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.

Su aplicación judicial

A los efectos de este pequeño estudio, me detendré en señalar los distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, en estos últimos veinte años, han contribuido, en la empresa de la aplicación de los principios, a la eficacia del derecho ambiental, superando aquél raquitis-

mo de eficiencia, que alguna vez nos decía Cafferatta que era necesario dejar de lado.

No desconozco que de acuerdo con la “tesis de la libertad amplia” la Constitución Nacional no establece la obligatoriedad vertical de los fallos de nuestro máximo tribunal, extremo que tampoco le compete hacerlo a una norma inferior, por lo que no se concibe por ello que las decisiones del cívico tribunal obligue a los tribunales inferiores a resolver los casos de una determinada manera.

Pero lo hago porque si bien no existe esa obligatoriedad, subsiste un deber moral de procedencia, que impone a los jueces no apartarse de los mismos, cuando no se ofrezcan argumentaciones serias y razonables que justifiquen el apartamiento, al no existir por lo dicho como si sucede en el derecho anglosajón, el principio del *stare decisis* vertical. Ello para surtir a su vez el principio procesal de economía de esfuerzo y la seguridad jurídica como pregona Aida Kemelmajer de Carlucci.

Lo solicitado a los jueces

En la empresa de su aplicación por parte de los jueces que tienen que actuar, a estos les solicita, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como custodio de la garantías constitucionales:

- 1) Que consideren el principio indubio *pro natura*, las decisiones deben favorecer la protección y conservación del ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. F. 342:1203.
- 2) Deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales. Fallos: 326: 2316
- 3) En los asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio, y con poderes que excedan la tradicional versión del Juez espectador. Fallos: 331:1910.
- 4) Las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el artículo 32 de la ley 25.675,

deben ser ejercidas con rigurosidad. Fallos: 332: 582.

- 5) Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente, pueden ordenar el curso del proceso, darle trámite ordinario al amparo (Fallos. 327: 2967) o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención (Fallos: 329: 2316; 333:748)
- 6) Buscar utilizar vías procesales expeditas a fin de evitar la frustración de los derechos fundamentales (Fallos: 327:2127; 332: 1394; 337: 1361).
- 7) Con carácter de medidas de urgencia, podrá disponer sin petición de parte medidas precautorias, sin audiencia y con la debida caución (Fallos: 339:142).
- 8) Puede el Tribunal delimitar las pretensiones (Fallos: 326:2316).
- 9) Los derechos de incidencia colectiva ha de ser tomados en serio (Fallos: 342:917).

Los principios ambientales y los fallos de la C.S.J.N.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en torno a los mismos, que la Ley 25.675 ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales destinadas a regir contiendas en las que se discuten la responsabilidad por daño ambiental, y ha consagrado principios aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción a sus actos o previsiones contenidas en la ley.⁵

Que en la moderna concepción de protección del ambiente, en el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la Ley General del Ambiente, la interpretación de la doctrina conforme la cual las resoluciones que se refieren a medidas cautelares no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario en tanto no revisen el carácter de sentencias definitivas, debe efectuarse desde una moderna

concepción de las medidas necesarias para protección del medio ambiente, pues el art.4° de dicha ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. (“Asociación Civil de Protección Ambiental del Río Paraná. 02/07/2020.”).

Que, también esta Corte en “Cruz (fallos: 339:142) ha señalado que en materia ambiental el caso debe ser analizado desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el citado artículo 4° de la Ley General del Ambiente introduce los principios de prevención del daño y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. (F. 340: 1193”).

Que en base al principio del desarrollo sostenible, la Constitución reclama un adecuado balance, en miras a armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscar oposición entre ambos, sino complemen-

tariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (Disidencia de los Jueces Maqueda y Rosatti) (F. 342:1061”).

Que no debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial, cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328: 1146).

Que corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. (Fallos: 339:515)

Que tiene el deber de prevención y que por ello corresponde hacer lugar a la medida cautelar tendiente a que se ordene al Estado Nacional, a las provincias y municipios demandados y a la

Provincia de Buenos Aires a hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales, toda vez que le peligro en la demora surge la necesidad de prevenir y evitar que el daño ambiental colectivo continúe o se agrave la degradación del ambiente (art. 2, 4,5, 27 concordantes de la ley 25.675, y arts. 1710 y 1711, del Código Civil y Comercial de la Nación) en la región del Delta del Paraná (F.343:726).

Principio de no Regresión. En el campo ambiental, si se reconociera una competencia excluyente a los municipios, habría que admitir que también pueden dictar regulaciones lesivas del ambiente, violando el principio de no regresión o los presupuestos mínimos establecidos en la legislación federal, pero no lo pueden hacer porque sus disposiciones deben ser armonizadas con la Ley General del Ambiente (Voto del juez Lorenzetti). (F. 342:1061).

El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo. (F. 333:748).

De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego. (F: 333:748).

Que el principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea "contra legem". (F: 333:748).

El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante si dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a

efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. (F. 332:663).

Que, por su lado, los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad- según lo dispone el artículo 4° de la mencionada norma- imponen que no deban ser mecánicamente trasladadas, ni con consideración meramente superficiales, los principios y reglas propios del derecho patrimonial individual para el examen y subsunción de este tipo de pretensiones que alcanzan al medio ambiente como bien indivisible. (F: 338:80).

Que el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, exige al Juez considerar que todo aquél que cause daño ambiental es responsable de restablecer las cosas al estado anterior a su producción (art. 41 de la Constitución Nacional, Art. 27 L. 24675 y Art. 263 del Código de Minería). (F: 339:142).

Que en virtud de los principios precautorios y de cooperación previstos

en la Ley General del Ambiente, dado el carácter binacional del emprendimiento minero, cabe considerar las decisiones jurisdiccionales adoptadas por el país extranjero que ordena la paralización de su construcción y en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental, corresponde requerir informes sobre el estado de las tareas de Monitoreo y prevención de daños, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la competencia. (Fallos: 338:811).

Que en el caso resulta fundamental importancia EL DERECHO DE ACCESO AL AGUA POBLABLE y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio como sustento de ese derecho. (F: 337:1361)

Que la aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño; debe existir un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que

cualquier actividad podrá causar daños, el problema que ello acarrea es que se puede desnaturalizar la utilización del principio, prestándose a usos que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones (voto del Juez Lorenzetti).

Que, en este contexto, se destaca que por el art. 4 de dicha ley, el principio de congruencia, el principio de prevención, el principio precautorio, y el principio de sustentabilidad, para resaltar algunos de los más relevantes, entre otros, constituye el armazón estructural de la regulación de la especialidad, no debiendo el Juez, perder de vista la aplicación de los mismos, que informan todo el sistema de derecho ambiental, aun en cuestión de competencias.

Que la Ley General del Ambiente 25.675, establece en su artículo 6° los presupuestos mínimos que el artículo 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (artículos 2°, 4° y 8°). "Ministerio Público Fiscal

de la Nación c/Río Negro, Provincia de y otros s/ amparo y daño ambiental", Corte Suprema de la Nación, 7 de mayo de 2013. Shröder, Juan y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1 de agosto de 2013. (F.336:997).

La sentencia que dejó sin efecto la medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada ante posibles emanaciones de efluentes gaseosos y líquidos vertidos sobre el río Paraná, así como por el enterramiento de residuos peligrosos es arbitraria, si el Tribunal no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, según el cual, cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente. "Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c/ Carboquímica s/ Incidente cautelar. 02/07/2020. (F. 343:519)".

Por último, la propia normativa de referencia establece que la aplicación y la interpretación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios, establecidos en el artículo 4° de la ley 25.675 General del Ambiente, que se deben integrar (artículo 5°), en todas las decisiones de carácter ambiental. “Fernandez, Miguel Angel s/ Infracción ley 24.051, Cuestión de Competencia: 22/08/2019. (F. 342:1327)

Balance y conclusión final

De lo expuesto podemos colegir que los principios, como afirma Rodolfo Vigo, son ese plus del derecho, desde donde podemos explicar, ordenar, justificar las normas, además en esta especial temática son el basamento que permiten otorgar seguridad jurídica y protección legal a las estrategias, como se ha indicado, de conservación y desarrollo sostenible en un ordenamiento jurídico.

Ello porque como bien resalta Cafferatta el derecho ambiental expresa como ningún otro derecho, la necesidad imperiosa del conjugar la defensa de lo social- el ideal de la comunidad- que integra el entorno, ambiente o espacio vital, con la inviolabilidad de la persona, con el objeto de lograr el desarrollo sustentable, en una visión compleja de justicia intra e intergeneracional.

De donde, si cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente, Asociación Argentina de abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ Amparo Ambiental, 26/04/2016 Fallos: 339:515; que la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables, como se desprende de la Declaración de Río 1992 principio 25; tendremos que concluir, a la luz de la labor desarrollada por nuestros tribunales, que vamos por buen camino y lo que en su momento fue una aspiración, poco a poco

se corporiza en una labor judicial que al reconocer la base valorista del derecho ambiental, distingue como afirma Prieur, que como tal contiene una obligación de resultado. ■

CITAS

¹ Carrió, Genero: Notas sobre Derecho y Lenguaje, Pág. 210, 211, 212, 4ta. Edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1985.

² Emilio F. Moro, “Qué hacer con los principios generales del Derecho “Monografías jurídicas”. Editorial Librería Cívica, pag. 22, y su cita 6.

³ Ricardo Luis Lorenzetti- Pablo Lorenzetti. Derecho Ambiental, pag.108/109 y sus citas 1, 2, 3 y 4. Editorial Rubinzal Culzoni.

⁴ Lorenzetti- Lorenzetti, ob. cit. Pág. 116 y su cita 12.

⁵ Asociación Ecológica Social de Peca, Caza y Náutica c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y Perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12 de Agosto de 2008.

Justicia climática

myf

60



myf

61

Dr. Néstor A. **Cafferatta**

Secretario de Juicios Ambientales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Titular de la Cátedra Derechos de los Recursos Naturales, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Profesor y Sub-Director del Posgrado de la Especialización en Derecho Ambiental en la UBA.

Introducción

Los litigios climáticos dominan el escenario de lo nuevo en el derecho ambiental. Se trata de litigios complejos, de tipo colectivos, y de carácter estratégicos.

En general, se trata de demandas colectivas promovidas por entidades ambientalistas, jóvenes –incluso menores de edad–, que cuentan muchas veces con la adhesión de centenares, o miles de personas, que se dicen afectados por la problemática del daño ambiental colectivo o por el riesgo, peligro o amenaza, generada por el cambio climático, a la que vinculan causalmente con la actividad (inactividad u omisión) del Estado Nacional.

Se le imputa entonces, falta de políticas públicas adecuadas para adoptar medidas de prevención, adaptación o mitigación del cambio climático, que lleven necesariamente a la disminución de las emisiones de gases efec-

to invernadero (GEIS). Asimismo, se le reprocha al Estado, sus funcionarios, o agencias gubernamentales, por políticas públicas erráticas o decisiones gubernamentales, que califican de insuficientes, en relación a los niveles de contribución comprometidos (NDC) por el país, fruto del Acuerdo de París, en la lucha contra el cambio climático,

En estos casos, cuando se trata de acciones contra la autoridad pública, las pretensiones apuntan a las típicas demandas colectivas: que se adopten determinadas políticas públicas, protecciónista, o medidas de prevención, evitación, cesación o recomposición del daño ambiental colectivo, que van acompañadas de pedidos de cautelares provisionales, de suspensión o de carácter inhibitoria, junto a fuertes acciones de inconstitucionalidad de las normas que se cuestionan.

Por el contrario, cuando se enfoca la cuestión en la responsabilidad del sector privado, con la actividad de un

grupo de empresas, industrias, una empresa, actividades extractivas o un sector productivo que consideran altamente contaminante del aire, por las emisiones que generan de GEIS, estas acciones incluyen en ocasiones con pretensiones de tipo colectivas (prevención, cesación, recomposición), reclamos indemnizatorios por daño ambiental individual.

Una característica sobresaliente de esta clase de novísimo litigio masivo, estructural, es que en el polo activo de la relación procesal se agrupan jóvenes, algunos menores de edad, que pretenden actuar por su propio derecho, incluso ancianos, comunidades originarias, mujeres, y en casos contra las empresas, Municipios, Estados provinciales, y Nación. Llama la atención también, ver demandas promovidas por ciudadanos o habitantes de otros países, contra empresas de países desarrollados, reprochándole responsabilidad propia, y diferenciada, en

la producción del cambio climático, es decir el componente global de la problemática, tiene un fenómeno judicial, de reciente aparición.

MARKELL-RUHL, en su pionera investigación sobre el rol de los tribunales en la litigación climática en EEUA, consideraron "litigio climático" a cualquier litigio en jurisdicción federal, estatal, tribal o local, de carácter administrativo o judicial, en el cual las presentaciones de las partes o la resoluciones del tribunal, en forma directa y expresa, abordase una cuestión de hecho o derecho relativa a la sustancia o política sobre las causas o impactos del cambio climático".

PNUMA, en el Primer informe del estado de la litigación climática. "Casos presentados en sede administrativa o judicial, y otros organismos de investigación, que plantean cuestiones de derecho o tienen que ver con la ciencia del cambio climático y los esfuerzos de adaptación."

El Informe del PNUMA sobre litigación climática de 2020, identificó seis tendencias en las que podría incluirse la mayoría de los casos: 1) la invocación de "derechos climáticos", la utilización de los derechos humanos a la vida, salud, la vivienda digna, y derechos fundamentales para promover la acción climática; 2) responsabilidad del Estado por insuficiencia de políticas públicas de mitigación, cuestionamientos a la deficiente implementación o falta de ella, de leyes o políticas climáticas; 3) litigación para asegurar la no extracción de nuevos combustibles fósiles y los proyectos dependientes de ellos; 4) atribución de responsabilidad corporativa, individualización de daños; 5) incumplimiento medidas de mitigación y adaptación climática. Acciones que persiguen la compensación de daños ambientales a la persona y la propiedad (daño ambiental individual) por actividad de las demandadas que no se adaptan al cambio climático, cuestionamiento de fallas en la adapta-

ción e impactos de la adaptación; 6) información fraudulenta o engañosa, etiquetas de productos o mercancías catalogadas falsamente como "verdes", "bio" o "eco", o ecológicas, que no son sustentables (huella del carbono) difusión de información sobre riesgos financieros relativos al cambio climático y cuestionamiento a conductas de GREEN WASHING.

Hay un incremento notable de los litigios climáticos. En 2017, Naciones Unidas estimaba que había unos 844 litigios climáticos en 24 países, la mayoría en EEUA, en 2020, la cifra trepó a 1550 litigios climáticos en 38 países (para ampliar: ver la muy valiosa tesis doctoral 2021, del doctor Gastón MEDICI-COLOMBO, ¡YOU CANNOT BE SERIOUS!, Crisis climática, autorización de proyectos carbono-intensivos y su control constitucional, Universitat Rovira i Virigli),

En ese sentido, calificada doctrina se ha preguntado si ¿puede el Acuerdo

de París tener un papel relevante en el litigio interno sobre el cambio climático (C. VOIGHT).

Gonzalo SOZZO, en un notable artículo, “Luchar por el clima: las lecciones globales de la litigación climática para el espacio local”, en la tradicional “Revista de Derecho Ambiental” N° 65, p. 20, Abeledo-Perrot, entiende que los litigios climáticos son un reflejo de un fenómeno de “localización” de una problemática global. Que las contribuciones nacionales asumidas por la COP 21, llevan a diluir un principio básico, en materia de cambio climático, de obligaciones comunes pero diferenciadas, y acelera la localización de la problemática. En definitiva, señala en su trabajo, las obligaciones de los Estados de adaptación y mitigación surgen botton up y, en consecuencia se han nacionalizado, lo que significa en el plano de los procesos de globalización que se trata de globalismo que se localiza. El efecto de localización es producto de que el Acuerdo de París

estableció la contribución prevista y determinada a nivel nacional.

La litigación por el cambio climático, enseña Gonzalo SOZZO, es un fenómeno global, porque existe un modelo para luchar por el derecho a un clima estable para las generaciones futuras que se expande globalmente, centralmente a través de la recepción de este modelo las organizaciones no gubernamentales.

Otros aspectos notables de estos juicios, es que asoma con fuerza, la protección de las “generaciones futuras” (de la equidad intergeneracional en la distribución de las cargas del esfuerzo compartido en reducir las emisiones de gases).

Jurisprudencia a nivel mundial

Lo que es sumamente relevante, la respuesta de los tribunales a este tipo de demandas.

Hay fallos relevantes del Tribunal Federal Constitucional de Alemania – del 29/04/2021, en la causa Becksen, Neubauer y otros, del Consejo de Estado de Francia, en el caso Municipio de Grande Synthe y otros, del 01/07/2021, y definitivo del 31/03/2022, del Tribunal Administrativo de París, del 03/02/2021, en el “caso del Siglo”, de la Corte Suprema de Justicia de los Países Bajos, del 20/12/2019, en el caso ampliamente conocido Urgenda; de la Corte de Gales del Sur (Australia), del 08/02/2019, en el caso Valle Glouster Ltd. V. Ministerio de Planificación, de la Corte Suprema de Justicia de Nueva Zelanda, Susan Thomson, de 2017; de la Corte de Irlanda, del 31/07/20, iniciada por los Amigos de la Tierra v. Irlanda, por el Plan de Mitigación de 2017, Bélgica, promovido por la Asociación Klimatzaak c/ Estado Federal y tres regiones, de junio 2021, de EEUA que desde el caso Massachusetts v. USA de 1999, encabeza el número de litigios ambientales en todo el mundo, el fa-

moso caso Juliana, iniciado en 2016, por ante la corte Federal del Distrito de Oregon, con la pretensión de reducir las emisiones de CO₂ a 350 partes por millón, en el que por primera vez se habla de un derecho al sistema climático estable, capaz de sostener la vida humana, como un derecho humano constitucional, y se aplica la teoría de la PUBLIC TRUST DOCTRINE, la idea del deber fiduciario (como guardián público del medio ambiente, del Tribunal Constitucional de Austria, del 30/09/2020, de Colombia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación civil, del 5 de abril de 2018, en relación a la deforestación de la Amazonia Colombiana, siguen el mismo derrotero jurisprudencia ambiental de México, Corte Suprema de Justicia, del 14/11/2019, amparo en revisión 317/2016, en relación a la Laguna del Carpintero de Tampico, Brasil, en relación a una acción de inconstitucionalidad por omisión, en un fallo del STJ del 05/06/2020, promovido por Partidos Políticos contra el Estado Fede-

ral, por la efectiva implementación del Fondo por la Amazonia, de Perú, Álvarez et al v. Perú, de diciembre de 2019, en relación a la deforestación.

“NEUBAUER, et al. V. Germany”, en esta paradigmática sentencia, el caso se promueve por un grupo de jóvenes alemanes, que interpusieron en febrero de 2020 una acción de inconstitucionalidad de la Ley de Cambio Climático alemana (LCC), argumentando que sus objetivos de mitigación serían insuficientes para combatir la crisis climática.

En el marco de esta causa, caratulada “NEUBAUER, et al. V. Germany”, Tribunal Constitucional (TC) de Alemania dictó una notable sentencia el 24/03/2021, publicada el 29/04/2021, que declaró la inconstitucionalidad parcial de la ley del gobierno de coalición encabezado por Ángela MERKEL, de lucha contra el cambio climático (LCC), del 12/12/2019, esta ley había impuesto

para 2030 en relación a los niveles de 1990, una reducción del 55% de las emisiones de gases efecto invernadero (GEIS), que se proyectaba implementar mediante el establecimiento de trayectorias de reducción anual y de emisiones permitidas por sector para igual período. La razón que llevó al (TC) de Alemania, para invalidar parcialmente esta norma, estriba en el hecho que la ley en cuestión, no determinó el ajuste en la trayectoria de reducción después de 2030.

Es decir, considera que “no es aceptable permitir que determinada generación agote la mayor parte del presupuesto residual de CO₂ con sólo reducciones relativamente moderadas de las emisiones, si tal enfoque supone una carga aplastante para las generaciones posteriores y que éstas se enfrenten a una gran pérdida de libertad”.

La referencia al principio de equidad intergeneracional se advierte en el fallo, cuando alude a la protección de

libertades de las generaciones futuras, a través del principio de justicia intergeneracional, y a la aplicación del principio precautorio y principio de proporcionalidad en el establecimiento de cuotas de reducción, en el esfuerzo compartido (este concepto nos pertenece), el deber de cooperación internacional, y en el que textualmente entienden es “el deber de proteger el ambiente, que va de la mano con el imperativo de cuidar los fundamentos naturales de la vida de manera que puedan ser legados a las generaciones futuras en un estado que les deje otra opción que la austeridad radical si desean seguir preservando estos fundamentos.”

Es interesante ver como el Tribunal combina las ideas clásicas o derechos básicos de primera generación, de las libertades, de la propiedad, con los derechos de las futuras generaciones, todo ello englobado en el derecho fundamental a la protección contra el cambio climático, y cómo

fundamenta además, este deber de protección, que incluye el deber de proteger la vida, la integridad y la salud humana de los riesgos climáticos, –incluso de las generaciones futuras–, impuesto al Estado, por el artículo 20a de la Ley Fundamental, que establece la responsabilidad del Estado para con las generaciones futuras en el desarrollo de la legislación.

El fallo, dice Pedro CISTERNA, en una interesante publicación de la revista electrónica “Litigación Ambiental y Climática”, Vol. 1-Nº 2, de mayo 2021, bajo el título “Ambición y equidad intergeneracional: Un comentario al reciente fallo del Tribunal Alemán en Neubauer, et al. V. Germany”, argumenta que los actuales objetivos de la Ley de Cambio Climático crean riesgos desproporcionados de interferencia con futuras libertades fundamentales.

Benoit DELOOZ, comentando este fallo, dice que se concluye entonces que dejar al poder reglamentario la tarea

de fijar en 2025 los volúmenes ulteriores de emisiones de gas de efecto invernadero GEI viola el principio de reserva legal en la materia. En cualquier caso, afirma, “se requiere que el legislador defina la cantidad de volúmenes de emisiones anuales que se fijarán para los períodos posteriores a 2030, o que imponga requisitos más precisos para la determinación concreta de estos volúmenes por parte del poder reglamentario”.

El TC establece el pilar de la protección de las generaciones futuras, bajo el cual justifica la violación de los derechos humanos de las generaciones futuras, en el argumento que “existe una violación a los derechos fundamentales (de los reclamantes) porque, como resultado de la cantidad de reducción de emisiones que la LCC alemana permite para el período presente (hasta 2030, de acuerdo al art. 3 de la LCC), puede existir una alta carga de reducción de emisiones para períodos posteriores (post 2030)”.

Todo esto pensando en llegar a la neutralidad de carbono para 2050.

También irrumpe de la mano de los litigios climáticos, algunos conceptos novedosos, como por ejemplo, el reconocimiento en algunos casos, del carácter de sujeto de derecho, de la naturaleza (La Amazonia colombiana, en la sentencia STC 4360-2018, de abril 5 de 2018, CSJ Salas de Casación Civil, o del Río Atrato, más recientemente, los páramos de Colombia), o la consideración especial para los menores de edad, el reconocimiento de derechos diferenciados de las comunidades originarias o indígenas por su especial relación con la naturales o con algunos de sus componentes sagrados.

La sentencia STC 4360-2018 de abril 5 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, es una de las más relevantes.

En febrero de 2018 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, re-

chazó la acción tutela interpuesta por 25 jóvenes de entre 7 y 25 años diversas en contra del Gobierno de Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, y las Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés, por el aumento de la deforestación en la Amazonía, lo que vulneraba su derecho a gozar de un ambiente sano, el derecho a la vida y la salud.

Los demandantes vivían en ciudades consideradas de mayor riesgo por el cambio climático, tenían una esperanza de vida de 78 años en promedio (75 años para los hombres y 80 años para las mujeres) y esperaban desarrollar su vida adulta entre 2041 y 2070 y su vejez desde 20171. Para esa fecha, argumentaron que la temperatura promedio en Colombia aumentaría 1,6°C-2,14°C, respectivamente, de acuerdo con los escenarios de cambio climá-

tico actuales. Por otra parte, recordaron que el Gobierno se había comprometido a reducir la deforestación y la emisión de GEIs, ya disminuir la tasa de deforestación a cero en la Amazonia colombiana para 2020. La tasa de deforestación del 44% de la Amazonia colombiana, así como la falta de medidas adecuadas para hacer frente a esta situación, alteraba sus condiciones de vida, la salud y el ambiente, tanto para las generaciones presentes como las futuras.

La Corte de Justicia de Colombia por vía recursiva, revocó la sentencia que rechazó la tutela de derechos fundamentales, individuales y colectivos, y entendiendo que el Estado no había enfrentado eficientemente la deforestación en la Amazonia y había incumplido sus compromisos., ordenó medidas adicionales.

Instruyó a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y al Ministerio

de Agricultura y Desarrollo Rural para que formule un plan de acción que contrarreste la tasa de deforestación en la Amazonía, y asimismo construya un pacto intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano (PI-VAC); a los municipios para que actualicen los planes de ordenamiento territorial y que contemplen un plan de acción de reducción cero de la deforestación; a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía y otros, para que elaboren un plan de acción que solucione los problemas de deforestación. Finalmente, a todos los demandados para que incrementen acciones para mitigar la deforestación.

El Tribunal en el fallo dijo que “los reseñados factores, generan directamente la deforestación de la Amazonía, provocando a corto, mediano y largo plazo, un perjuicio inminente y grave para los niños, adolescentes y adultos que acuden a esta acción, y en general, a todos los habitantes del

territorio nacional, tanto para las generaciones presentes como las futuras, pues desboca incontroladamente la emisión de dióxido de carbono (CO₂) hacia la atmósfera, produciendo el efecto invernadero. La anterior realidad, contrastada con los principios jurídicos ambientales de (i) precaución; (ii) equidad intergeneracional; y (iii) solidaridad, advierte las siguientes conclusiones:

En relación con el principio de precaución: “relativo al primero de los anotados principios no cabe duda que existe peligro de daño, por cuanto, según el IDEAM, el aumento de las emisiones GEI, provocado con la deforestación de la selva amazónica generaría un incremento de la temperatura en Colombia”. “Respecto de la irreversibilidad del daño, y la certeza científica, componentes adicionales del principio de precaución, los mismos resultan evidentes, por cuanto el GEI liberado a raíz de la deforestación, constituye un 36% del sector forestal,

erigiéndose en un factor de liberación incontrolada de CO₂”.

Asimismo, menciona refiere al criterio de equidad intergeneracional, cuya transgresión es obvia, en tanto que el pronóstico de incremento de la temperatura para el año 2041, será de 1,6, y en 2071 hasta de 2,14, siendo las futuras generaciones, entre ellos, los infantes que interponen esta salvaguarda, las que serán directamente afectadas, a menos que las presentes, reduzcan a cero la tasa de deforestación.

En punto al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, dijo que “la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Invoca numerosas disposiciones de la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde” de Colombia, –que afirman la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de inter-

dependencia con los seres humanos y el Estado–, se deriva la conclusión que en “aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al Río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, “sujeto de derechos”, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran”.

Por último, reflejo del neo-constitucionalismo, de la doctrina alemana del *drittwirkung*, del diálogo de fuentes, del juicio de ponderación, del ascenso de los principios y valores jurídicos, del giro ecológico del derecho ambiental (SOZZO), del Derecho Privado Constitucional, la existencia de lo que Gustavo ZAGREBLESKY, entre otros, denominan “jurisprudencia de principios y valores”, y la aplicación directa como fuente de derecho, de normas del derecho internacional, de los derechos humanos o de derecho transnacional.

Por ejemplo, los fallos URGENDA, de los Países Bajos (Holanda) se fundan en los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El caso Grande-Synthe en Francia se basa en la estrategia de bajas emisiones de carbono como aplicación de los acuerdos de París (para ampliar ver la obra colectiva *Litigios Climáticos y justicia: luces y sombras*, bajo la dirección de Marta TORRE-SCHAUB-Blanca SORO MATEO, y la coordinación de Santiago ÁLVAREZ CARREÑO, Laborium ediciones, 2020, en especial el muy buen trabajo de la profesora Marta TORRE-SCHAUN, p. 141, bajo título “Nuevos desarrollos de los litigios climáticos: tendencias, oportunidades y obstáculos”).

El caso URGENDA

Por último, una breve reseña del caso URGENDA FOUNDATION V THE STATE OF THE NETHERLANDS (MINISTRY OF INFRASTRUCTURE AND THE ENVI-

RONMENT), Sentencia del Tribunal de La Haya (Rechtbank Den Haag), Holanda-Países Bajos, de 24 de junio de 2015, DISTRICT COURT OF THE HAGUE (C/09/00456689)¹.

FUNDACIÓN URGENDA una entidad ambientalista nacional, junto con 900 ciudadanos holandeses, demandaron al gobierno holandés por considerar que no estaba llevando a cabo los esfuerzos suficientes para combatir el cambio climático.

URGENDA, en su demanda, sostuvo que la actuación del Estado holandés de no reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEIs) necesarias para alcanzar los objetivos establecidos en los instrumentos internacionales, en particular el Protocolo de KYOTO, es ilegal, por numerosas razones.

El Tribunal de La Haya ordenó al estado holandés limitar las emisiones de GEI (gases efecto invernadero) a

un 25% por debajo de los niveles de 1990 para 2020, encontrando que el compromiso existente del gobierno de reducir las emisiones es insuficiente para cumplir con la contribución justa del estado al objetivo de las Naciones Unidas (ONU) de mantener los aumentos de temperatura global en dos grados Celsius de condiciones preindustriales.

El tribunal se refirió a los Objetivos de reducción de emisiones de la UE; y a los principios en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos; sostuvo que en el caso, se infringen principios de Derecho internacional ambiental como lo son entre otros, el principio de no causar daños ambientales ("no harm" principle), principio de precaución y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. El principio de no causar daños ambientales transfronterizos (*sic uteretur ut alienum non laedas*), consagra la obligación general de todo esta-

do de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas más allá de los límites de su jurisdicción nacional.

Finalmente, previsto como principio 15 de la Declaración de la Asamblea Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro 1992, especial significación tiene el principio de precaución, en virtud del cual: "cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". El Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, se encuentra en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (art. 3).

Agrega, la referencia a la doctrina

de la negligencia peligrosa; el principio de equidad intergeneracional, y el principio de sostenibilidad incorporado en la Convención Marco sobre el Cambio Climático; y el principio de un alto nivel de protección, y el principio de prevención incorporado en la política climática europea.

Concluye que el estado tiene el deber de tomar medidas de mitigación del cambio climático debido a la "gravedad de las consecuencias del cambio climático y el gran riesgo de que se produzca el cambio climático", y aunque no especificó cómo el gobierno debería cumplir el mandato de reducción, ofreció varias sugerencias, incluido el comercio de emisiones o medidas impositivas.

Asimismo, el Tribunal destaca una serie de consecuencias desastrosas derivadas del cambio climático.

El calentamiento de la atmósfera, dijo la Corte, "está provocando el de-

retimiento de los glaciares, lo que puede resultar un aumento del nivel del mar, lo que a su vez significará la desaparición de algunos Estados insulares. Por otra parte, provocará temporales huracanados con mayor frecuencia. El efecto invernadero será responsable de la expansión del desierto (la sequía)”. “Estos fenómenos con temperaturas extremas, afectarán gravemente a las personas, que verán incrementadas enfermedades y mortandad por causa del excesivo calor o frío, más una alimentación insuficiente o escasa y poco variada”.

También recordó lo alarmante de la situación.

“El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) afirma que si se produce un incremento de la temperatura global en 2°C, pueden entrañar riesgos muy severos para los seres humanos y para el planeta, y de manera irreversible”.

“Por esta razón, según el IPCC es necesario que los países desarrollados, entre los que se encuentra Holanda, reduzcan sus emisiones entre un 25-40% respecto de niveles de 1990. Sin embargo, los esfuerzos de reducción de los gases de efecto invernadero realizados por Holanda supondrían, en el mejor de los casos, una reducción para el 2020 del 17% respecto de los niveles de emisión de 1990, lo que es claramente insuficiente. El Tribunal concluye que es urgente implementar medidas de mitigación del cambio climático”.

El tribunal adopta como argumento fundamental para condenar al Estado Nacional el no haber atendido suficientemente a su deber de protección (duty of care) respecto de las personas y el medio ambiente, en virtud de la legislación holandesa.

En sentencia se cita el principio del desarrollo. En este sentido, afirmó que esta asociación no defiende só-

lo el derecho de la población actual sino también de las futuras generaciones de tener unos recursos naturales y un medio ambiente sano y seguro (par. 4.8).

Por otra parte, el deber de protección del Estado (duty of care), se encuentra contenido en la Constitución holandesa, pero de forma más clara y precisa en el Código Civil holandés.

El Tribunal holandés encuentra de gran utilidad tanto la normativa europea como la internacional en materia de cambio climático, así como la jurisprudencia del TEDH como parámetros interpretativos para establecer los estándares de exigencia del deber de protección, el margen de apreciación o grado de discrecionalidad con el que cuenta el Estado holandés, así como el mínimo de protección que ha de garantizar (pars.4.46 y ss.).

Por ello es que atendiendo a la seriedad del problema, al que antes se ha

hecho mención, el Estado debe cumplir con su deber de protección mediante la adopción de actuaciones prontas y contundentes en materia de mitigación o reducción de gases de efecto invernadero.

Afirma que el Estado holandés es responsable de controlar efectivamente los niveles de emisión y no puede escurirse en argumentos que apelan al coste de las actuaciones tendentes a la reducción pues, como ya se ha dicho, porque no actuar o dilatar en el tiempo las actuaciones necesarias, resultará más costoso (pars. 4.67 y ss.).

Frente a la excusa de que todavía no existen las evidencias científicas que vinculen la actuación humana con el calentamiento global, el Tribunal invoca el referido principio de precaución, presente en los acuerdos internacionales de cambio climático (pars. 4.67 y 4.76).

En opinión del Tribunal holandés,

cualquier reducción de emisiones contribuye a la prevención del peligro del cambio climático (pars. 4.79 y ss.). Es más, la mayor o menor contribución de Holanda al cambio climático no altera, en opinión del Tribunal, la existencia del deber de protección (par. 4.79).

Según el Tribunal, para determinar si Estado está haciendo lo suficiente para mitigar el calentamiento global dependerá de si el Estado se ha comportado de forma negligente, para lo que hay que determinar el margen de apreciación del que dispone para cumplir con el deber de protección. En este sentido, el Tribunal también advierte que con esta sentencia no pretende entrar en el ámbito de la política y que su examen se limita a tratar de ofrecer una protección jurídica. Por este motivo, ha de respetarse el margen de apreciación que pueda tener el Estado para llevar a cabo las reducciones pertinentes.

No obstante, el Estado no cuenta con un margen ilimitado, sino que ha de cumplir con un mínimo.

Es que atendiendo al IPCC, a los acuerdos de cambio climático y al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, dicho margen ha de encontrarse necesariamente dentro de un arco del 25-40%, siendo el 25% lo mínimo exigible. Sin embargo, siendo la previsión de reducción de gases de efecto invernadero de Holanda para el 2020 tan solo del 17%, la actuación del Estado rebasa su margen de apreciación.

Para el Tribunal, en definitiva, existe un vínculo de causalidad suficiente entre las emisiones de gases de efecto invernadero holandesas y los efectos que está produciendo y producirá el cambio climático (par. 4.90), afirmando que el Estado ha actuado negligentemente al no hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo de reducción de, al menos, el 25%.

Colofón

Se concluye que en este contexto, que frente a la crisis climática, una vez más, como ocurriera en la década del 70-80, en los primeros años de formación del derecho ambiental, con los “pretos del asalto” de Italia, o los primeros fallos en defensa de los intereses difusos ambientales, se advierte un esfuerzo homérico de la justicia, de flexibilización de los tradicionales instrumentos rituales del “proceso adversarial clásico”, de base bipolar, frente a los procesos policéntricos de esta clase, y de los institutos del derecho procesal constitucional, del derecho constitucional, civil, administrativo, penal, internacional, de los recursos naturales, para dar cabida a los “litigios climáticos”, cuando resulta necesario y urgente implementar por los poderes legislativos, y ejecutivos, políticas públicas, evitar o mitigar, recomponer o adaptar, situaciones de ame-

nazas o daño ambiental, que sirvan efectivamente, para la defensa del medio ambiente, en riesgo por este cambio climático, de efectos catastróficos, en el planeta y para la humanidad.

Por ello, la importancia de recurrir a todos los institutos de derecho, tanto del derecho público como privado, para dar respuesta urgente, de tutela efectiva, frente a una cuestión angustiante, que es el desafío más grande que enfrenta la comunidad mundial, a largo plazo.

Michel BACHELET, estando en funciones como Alta Comisionada de los Derechos Humanos de la ONU, tiene dicho de manera gráfica y elocuente, que la problemática del cambio climático, es una cuestión de derechos humanos.

Pero al mismo tiempo, desde otro enfoque, constituye una amenaza constante para el equilibrio ecoló-

gico de la naturaleza (cuestión ecológica pura), porque impacta de manera severa sobre el funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas, poniendo en “jaque mate” los sensibles límites planetarios entre otros aspectos, de calidad ambiental, del suelo, produciendo por falta de lluvias, desertificación y sequía, o por el contrario, inundaciones, de recursos hídricos (agua), como lo es por ejemplo los glaciares, de los bosques, humedales, y la pérdida de la biodiversidad. El problema es global ecológico, y depende de la reacción de la humanidad para lograr las metas de reducción del cambio climático, serán las consecuencias en los próximos años. ■

CITAS

¹ LORENZETTI, RICARDO - LORENZETTI, PABLO, *Derecho Ambiental*, Rubinzal Culzoni. 2018.

Perspectivas actuales y desafíos futuros en torno a la noción de consumo sostenible



myf

75

Dr. Pablo **Lorenzetti**

Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela

Introducción.

Las relaciones entre las actividades productivas y de consumo -por un lado- y la preservación del ambiente y los bienes comunes -por otro- son innumerables y se manifiestan en el campo social, en el económico y también en el jurídico.

En lo que hace a nuestra disciplina, la temática ha sido extensa y profundamente estudiada por la doctrina desde diferentes ópticas¹.

Los preocupantes eventos y catástrofes ambientales que se siguen produciendo con una mayor o menor cercanía temporal a la redacción de este trabajo nos han generado la inquietud de volver sobre la temática del consumo y la producción sostenibles a los efectos de revisarla conforme determinadas reglas, principios y valores que emanan de los paradigmas actuales.

Aportamos entonces a continuación algunas ideas sobre las relaciones e hi-

pótesis de conflicto entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental.

Luego abordaremos ciertos caracteres de la noción de consumo sustentable y, de modo particular, exploraremos algunos de sus efectos: los relativos a la información y publicidad -por un lado- y los referentes a la función ambiental de los contratos de consumo -por el otro-.

Reglas de compatibilización entre derechos del consumidor y tutela del ambiente.

Las normas del Código Civil y Comercial más estudiadas por la doctrina ambientalista han sido las contenidas en los artículos 14, 240 y 241².

Estos dispositivos ostentan una gran relevancia para el derecho privado constitucionalizado argentino ya que redundan en una modificación copernicana en la interpretación y resolución de conflictos jurídicos.

Se le asigna de este modo una trascendencia central a los bienes comunes, sujetando el ejercicio de todos los derechos fundamentales a la observancia y tutela de lo colectivo.

Por lo tanto, rige una regla de precedencia de los derechos fundamentales ambientales por sobre los individuales, en aquellos casos en que tales prerrogativas entren en conflicto.

Pensemos que el Código Civil y Comercial regula una grandísima cantidad de relaciones y situaciones jurídicas: desde el comienzo hasta la finalización de la existencia de la persona humana, pasando por sus derechos personalísimos, sus vínculos familiares, su actividad contractual y comercial, las relaciones de consumo, los derechos reales y hasta las reglas de derecho internacional privado.

Todo ello -conforme los artículos 14, 240 y 241- debe ajustarse a los parámetros emanados de la sostenibili-

lidad y de la preservación de los bienes colectivos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado esta postura, sosteniendo que “Existe una prelación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos”.

“Varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales”³.

Se destaca a través de la normativa y del precedente citados el carácter expansivo e invasivo del Derecho Ambiental, que en el caso argentino se halla también expresamente positivizado en los artículos 41 de la Constitución Nacional y 3, 4, 5 y concordantes de la Ley General del Ambiente N° 25.675.

Por su parte, y al ratificar la constitucionalidad de la ley de glaciares⁴, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha expresado acerca de la armonización entre derechos fundamentales que ordenan las previsiones contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Se lee en la sentencia que “Frente a las previsiones de la Ley de Glaciares que apuntan a proteger derechos de incidencia colectiva -y de un carácter especialmente novedoso-, los jueces deben ponderar que las personas físicas y jurídicas pueden ciertamente ser titulares de derechos subjetivos que integran el concepto constitucional de propiedad, amparados en los términos y con la extensión que les reconoce el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de este Tribunal.

Mas también deben considerar que ese derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (artículos 14 y 240 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) para asegurar

que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (artículos 1°, 2° y 4° de la Ley General del Ambiente 25.675). Todo ello en consideración de los objetivos generales de bien común, como aquel que la comunidad internacional ha trazado para garantizar “modalidades de consumo y producción sostenibles” en la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015”.

Es importante la última parte de esta cita para nuestro trabajo debido a que relaciona de modo directo la compatibilización entre derechos regulada por el Código Civil y Comercial con las nociones de consumo y producción sostenibles.

El número 12 de los Objetivos del Desarrollo Sostenible que cita la Corte persigue desarrollar más y mejores actividades con menos recursos. Se trata de crear ganancias netas de las actividades económicas mediante la reducción de la utilización de los re-

cursos, la degradación y la contaminación, logrando al mismo tiempo una mejor calidad de vida.

Promueve igualmente la adopción de un enfoque sistémico y la cooperación entre los participantes de la cadena de suministro, desde el productor hasta el consumidor final; intentando asimismo sensibilizar a los consumidores mediante la educación sobre los modos de vida sostenibles, facilitándoles información adecuada a través del etiquetado y las normas de uso, entre otros.

El objetivo no persigue consumir menos de lo necesario y someter así a las clases o a los países más débiles sino, por el contrario, trabajar fuertemente en el modo en que las sociedades consumen y producen, introduciendo la variable ambiental en tales procesos.

Se deriva de esta postura una idea que podría resultar llamativa en el campo del Derecho de las Relaciones

de Consumo, cual es el de la posibilidad de asignarle ya no solo derechos sino también obligaciones y deberes a los consumidores y usuarios.

Si bien el microsistema regulatorio de las relaciones de consumo coloca su atención en otorgar derechos y beneficios a los consumidores con el objeto de disminuir las desigualdades estructurales en las cuales los coloca el mercado frente a los proveedores de bienes y servicios; emerge a la par de esta racionalidad el ambiente concebido como un ente vulnerable que reclama también a todos los ciudadanos acciones de conservación y tutela.

Ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación el doble carácter de derecho y deber que ostenta la preservación del bien colectivo, exponiendo que “La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flo-

ra y la 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”⁵.

En este marco de análisis, luce sumamente interesante y procedente la introducción del principio precautorio dentro del microsistema regulatorio de las relaciones de consumo que formula el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (en adelante “ALDC”) presentado por ante el Congreso de la Nación en diciembre de 2018 en el marco del Programa “Justicia 2020”⁶. Dispone el documento en su artículo 5.9 que “El Estado y los proveedores deben actuar precautoriamente en las situaciones de controversia científica probada, y en general, frente a la incertidumbre científica fundada respecto de la existencia de una amenaza derivada de un bien o servicio, adoptando las medidas eficaces para evitar el daño a los consumidores”.

La racionalidad precautoria en nuestro ordenamiento jurídico excede el campo estrictamente ambiental e impacta en un sinnúmero de situaciones en las cuales ostenta un rol significativo la controversia científica.

En el Derecho de las Relaciones del Consumo, este principio marcará su impronta en una gran variedad de hipótesis: ampliación de las fronteras del deber de seguridad; evaluación de riesgo sinérgico, de largo plazo, contextual; valoración del "riesgo social aceptable" a la hora de la toma de decisiones políticas sobre ambiente, seguridad y salud de los consumidores; inversión de la carga de la prueba; reinterpretación de los presupuestos de la responsabilidad civil y sus eximentes; entre otros⁷.

En definitiva, la compatibilización entre los derechos vinculados a la producción y al consumo con las prerrogativas tuitivas de los bienes comunes conduce indefectiblemente a la noción de consumo sostenible.

El principio de acceso al consumo sostenible – In dubio pro consumidor versus in dubio pro natura.

El artículo 1094 del Código Civil y Comercial establece que "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable".

A su vez, el artículo 5.5 del ALDC reafirma esta noción en los siguientes términos:

"Principio de consumo sustentable. El sistema de protección del consumidor, de conformidad con el Derecho Internacional Ambiental y las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, impulsa la protección ambiental y en particular el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favo-

rece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje".

La noción de consumo sustentable cumple con la misma premisa constitucional del desarrollo sostenible: permitir la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

Supone, por un lado, una producción sostenible y, por el otro, un consumidor educado e informado respecto al bien o servicio que utiliza y el impacto que la generación y desecho del mismo produce en el medio ambiente.

En este contexto, el consumo sostenible se presenta como una expresión de la función ambiental en el ejercicio de los derechos fundamentales ya que -al fin y al cabo- el acto de consumir no deja de configurar el ejercicio de un derecho individual que, como tal, debe

también observar los parámetros tuitivos que emergen del Estado de Derecho Ambiental.

El camino hacia el desarrollo sostenible no es sólo exigible a las empresas o a los Estados Nacionales, sino que su tránsito deberá también ser recorrido de manera responsable por cada una de las personas humanas al desarrollar a diario su rol de consumidores.

Por lo tanto, a la hora de aplicar e interpretar las normas que regulan las relaciones consumeriles se debe dar protección al derecho individual de acceso al consumo, teniendo en cuenta que el mismo se encuentra limitado por la protección del medioambiente y del resto de los bienes comunes.

De este modo, a la par de las directrices que ordenan resolver las controversias interpretativas de la manera más favorables al consumidor, rigen aquellas otras que disponen obrar "in dubio pro natura".

Frente a un hipotético conflicto entre ambos principios, por imperio de lo normado por los artículos 14, 240 y 1094 del Código Civil y Comercial debería prevalecer aquella solución que tutele en mejor y mayor medida los bienes colectivos ambientales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó este principio sosteniendo que "los jueces deben considerar el principio in dubio pro natura que establece que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN,

reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016)"⁸.

Esta construcción jurídica expone a los operadores del campo legal a nuevos problemas a resolver en el marco de la teoría de la argumentación.

Hasta el momento, las reglas tendientes a favorecer a los sujetos más débiles de las relaciones jurídicas fueron interpretadas y aplicadas sin ningún tipo de dudas y de modo razonable.

Es así que en cualquier hipótesis de conflicto se impone resolver "in dubio pro débilis", "in dubio pro trabajador" o "in dubio pro consumidor", según el caso de que se trate.

Sin embargo, emerge a partir del concepto de consumo sustentable este nuevo mecanismo de interpretación y aplicación normativa: "in dubio pro naturaleza".

Es cierto que esta premisa contribuirá generalmente a definir problemas

que enfrentan a los bienes comunes con actividades o proyectos promovidos por personas físicas y jurídicas contaminantes.

Pero también operará el “in dubio pro natura” en supuestos en los cuales la colisión o la “competencia” entre derechos se evidencie frente a otros sujetos que el ordenamiento jurídico considera igualmente vulnerables.

Esta circunstancia, reiteramos, es sumamente novedosa e indicará ponderar en cada hipótesis concreta los derechos de ambos sujetos que el ordenamiento jurídico considera “débiles”; intentando satisfacerlos en la mayor medida posible y sin aniquilar unos por sobre otros.

Detectamos entonces una variada protección que emana del consumo sostenible: los propios consumidores individual o colectivamente afectados de rebote por daños al medioambiente, los expuestos a la relación de consumo, las generaciones futuras y, por supuesto, los bienes colectivos en sí mismos.

Esto último nos conduce al cambio paradigmático en el cual está inmerso nuestro sistema jurídico: el tránsito desde una concepción antropocéntrica hacia una sistémica o geocéntrica.

Tal circunstancia ha sido claramente explicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver un conflicto interprovincial motivado en el desvío de un río⁹.

Se lee en la sentencia que “La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino

los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal, como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario”.

Emanan de este paradigma dos conceptos que son muy característicos también del Derecho del Consumo: la vulnerabilidad e hipervulnerabilidad.

Desde la óptica medioambiental -inclusive asignando algunos precedentes el carácter de sujeto de derecho a ciertos micro bienes- se considera al ambiente como un ente vulnerable al cual se le debe dispensar una protección especial.

Es este el motivo basilar que sustenta toda la normativa microsistémica protectoria de los bienes comunes y también el fundamento de la con-

cepción ecocéntrica o sistémica que pregonamos.

El paradigma del desarrollo y del consumo sostenibles que hasta aquí exploramos produce innumerables consecuencias concretas en las reglas, valores, principios e instrumentos jurídicos que regula nuestro ordenamiento. Analizaremos dos de ellas en los títulos que siguen.

Promoción del consumo sostenible a través de información y publicidad

Los medios de comunicación masiva crean necesidades en las personas y tienden a incentivar el consumo desmedido.

Se ha advertido que “el consumismo nos dice que para ser felices hemos de consumir tantos productos y servicios como sea posible. Si sentimos que nos falta algo o que algo no va bien del todo, entonces probablemen-

te necesitemos comprar un producto (un automóvil, nuevos vestidos, comida ecológica) o un servicio (llevar una casa, terapia relacional, clases de yoga). Cada anuncio de televisión es otra pequeña leyenda acerca de cómo consumir determinado producto o servicio hará nuestra vida mejor”¹⁰.

Las regulaciones jurídicas en este punto deben fomentar la responsabilidad socioambiental de las empresas para que, a través de la información y de la publicidad que suministran, generen que los consumidores se interesen en que los productos que adquieren no deterioren el ambiente en sus procesos de elaboración, comercialización y disposición final.

En base a los requisitos relativos a la información y seguridad de los bienes y servicios que se comercializan establecidos por los arts. 1100, 1101 y cc del Código Civil y Comercial y 4, 5 y cc de la ley 24.240, se promueve colocar al alcance del consumidor datos que pueden ser relevantes a la

hora de decidir de modo ecológicamente amigable.

Para el caso en que se obre en sentido contrario a estas previsiones, podrá exigirse compulsivamente la información respectiva y también tildar de abusiva a toda aquella publicidad que tienda a generar patrones insostenibles de consumo.

En lo relativo a los deberes a cargo del Estado, el ALDC establece en su artículo 10.2 que “La información debida comprende la información ambiental de concesiones, contratos, autorizaciones previas que hayan sido otorgadas por el Estado nacional, las provincias o municipios y comunas, así como la información sobre la cualidad ambiental de los bienes y servicios, sus efectos en la salud humana, promoviendo de esta manera patrones de producción y consumo sustentables”.

De modo similar, el ALDC demanda de los sujetos de carácter privado en su artículo 12 que “En el decurso de la

relación de consumo los proveedores están obligados a suministrar al consumidor información clara, precisa, completa, veraz y comprensible respecto de las características esenciales de los bienes y servicios que ofertan o proveen, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante en razón de su naturaleza y particularidades. Esta obligación comprende todas las informaciones sobre riesgos, incertidumbres y cuestiones ambientales establecidas en el artículo 11 en tanto fueren pertinentes”.

Se ha sostenido que la información ambiental dirigida a los consumidores debería contener, a título enunciativo, “a) datos sobre el cumplimiento de normas ambientales, b) los procedimientos de fabricación, c) la cantidad de recursos naturales y energías empleados, la fuente de tales recursos, si las mismas son renovables o han sido reciclados, d) el impacto en la salud y en el medio ambiente, e) el costo de recursos que tiene la utilización regular del producto, y finalmente f)

sus modos de disposición pos consumo, que incluyen la posibilidad de reciclado o de neutralización cuando lo primero no sea viable, en particular en el caso de determinados productos potencialmente perjudiciales para el medio y la salud”¹¹.

Claro está que no basta con colocar a disposición del usuario o consumidor todos estos datos sino que también se demanda del Estado y de los proveedores privados la instrumentación de mecanismos de concientización dirigidos a la efectiva incorporación de tales conceptos y a la introducción de patrones sostenibles de consumo.

Ello así, por cuanto los incentivos para adoptar este tipo de conductas que en ocasiones demandan razonamientos de carácter altruista son usualmente escasos y poco percibidos por los particulares.

Los procesos de decisión individual que desarrollamos diariamente al introducirnos en cualquier tipo de re-

lación de consumo están más ligados a lo instintivo que a lo racional y, por ello, seleccionamos usualmente aquello que nos otorga un beneficio más palpable, inmediato y conveniente en términos económicos.

Estos parámetros no suelen ir de la mano con la preservación del ambiente en gran cantidad de hipótesis.

Resultará entonces un derivado de los principios de responsabilidad socioambiental empresaria el hecho de que los proveedores asistan al consumidor en la internalización de la información ambiental disponible en el mercado, persiguiendo incluso evitar que incurran en errores relativos a ciertas etiquetas o parámetros ecológicos que pueden no ser tales¹².

Será trascendente alertar al consumidor no solo de las grandes catástrofes o perjuicios genéricos que su conducta pueda ocasionar dentro de varios años o en zonas alejadas de su residencia.

Por el contrario, suelen ser más eficaces en términos de fomento de conductas responsables aquellas menciones ligadas a las dificultades concretas y cercanas que puedan sufrir las personas en sus bienes y en su entorno más cercano.

Un problema importante derivado de los vínculos de consumo que puede ser afrontado mediante un adecuado sistema de información ambiental es el de la obsolescencia programada.

Los bienes rápidamente se vuelven obsoletos y a veces es el mismo productor el que fija su vida útil¹³. La obsolescencia también es provocada por las modas y por la presión que siente el consumidor de adquirir “lo último”, sin importar que lo que ya tenga en su poder esté en perfecto estado.

Se ha sostenido con acierto en este punto que “Un deber que tiende de manera directa a evitar la obsolescencia anticipada de bienes que aún tienen vida útil, o admiten reparación

o reciclado, es el que se impone a los proveedores de asegurar la provisión de repuestos y de servicio técnico. Esta obligación, como garantía, viene impuesta por el art. 12 de la ley 24.240, y exige ahora ser resignificado desde la óptica de la sustentabilidad ambiental de los bienes”¹⁴.

En lo que hace a la publicidad, la noción del consumo sostenible ostentará una doble función: por un lado, incentivará la introducción de contenidos “ecológicos” en los mensajes que por cualquier medio se destinen a los consumidores, mientras que por otro lado derivará en la ilicitud de cualquier tipo de aviso que directa o indirectamente resulte nocivo para los bienes comunes.

En términos similares a los consagrados por el artículo 37 inciso 2 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño, el artículo 45 del ALDC dispone que “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1101 inciso c) del Código Civil y Comercial, se consideran abusi-

vas aquellas publicidades que atenten contra el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, la identidad de género y las que afecten de cualquier modo los bienes ambientales o culturales”.

En la misma sintonía, el artículo 81 inciso i) de la ley 26.522 de servicios de comunicación audiovisual establece que “Los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes”.

En conclusión, ratificamos que los contenidos de la información y de la publicidad que se suministra a los consumidores y usuarios debe incluir contenidos ambientales y promover el consumo sostenible.

Función ambiental de los contratos de consumo

Hemos propiciado en otros trabajos el reconocimiento en nuestro derecho positivo de la función ambiental del contrato¹⁵.

Ampliamos aquí mencionando que en el plano teórico el concepto de función ambiental opera como basamento de sustanciales categorías jurídicas en la materia tales como los bienes comunes, las generaciones futuras como sujetos protegidos, los principios de Derecho Ambiental, los instrumentos de gestión, determinadas reglas de los procesos administrativos y judiciales, entre otros¹⁶.

Respetando por supuesto los márgenes de autorregulación, se pretende mediante estos mecanismos alcanzar la tutela de todo aquello que resulta en principio externo o ajeno al pacto y que tiene que ver con la dimensión colectiva o común de los bienes, priorizando la directriz constitucional de la solida-

ridad social e intergeneracional¹⁷.

En lo que hace a nuestro ordenamiento jurídico, recordamos lo señalado en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial argentinos, según el cual la función del contrato no es solo social, sino que existe otro aspecto más nuevo que es la función “ambiental”; la cual es transversal a todos los contratos porque se aplica tanto a las empresas como a los consumidores y permite al juez moderar la colisión entre el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, como el ambiente.

Por lo tanto, en el derecho argentino se acepta la noción de “función socioambiental” de los contratos -aunque no se ha positivizado una fórmula expresa-, entendiendo que resulta suficiente para englobar estas ideas con los institutos de la buena fe y la prohibición de ejercicio abusivo de los derechos.

Así, en todo acuerdo de partes que pueda afectar derechos fundamen-

tales protegidos por normativa imperativa o de orden público deberán tenerse presente las limitaciones previstas por el ordenamiento jurídico; lo cual desplaza a la autonomía privada como única fuente creadora de derecho contractual¹⁸.

En el ámbito de las relaciones de consumo, la función ambiental permite a la autoridad administrativa o al poder judicial -a pedido de parte o de oficio- revisar e intervenir en aquellos contratos mediante los cuales directa o indirectamente se lesionen bienes ambientales, a los fines de integrar, modificar o suprimir cláusulas y adaptar el negocio a las exigencias del principio de sustentabilidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en este punto que “Es legítima la declaración de nulidad de una cláusula contractual cuando se demuestre con evidencia clara y concreta que ésta se opone al ordenamiento ambiental que es de orden público, pero no cabe hacerlo res-

pecto de una intención que indica que un acto puede o no llevarse a cabo”¹⁹.

Es relevante el campo de actuación de la función ambiental en este punto porque generalmente las razones por las cuales no se introduce la variable colectiva en los pactos responden a cuestiones de índole económica. Es menos costoso contaminar que adoptar mecanismos de tutela inhibitoria.

La función ambiental posee entonces una gran aplicación práctica, por ejemplo, en contratos de financiamiento de obras de gran envergadura, de construcción de fábricas, de investigación, de diseño de productos y nuevas tecnologías, contratos sobre bienes culturales o del patrimonio histórico y también, por supuesto, en contratos de consumo²⁰.

En relación a las conductas positivas que se reclaman a los contratantes (en el caso de las relaciones de consumo estos deberes estarán generalmente en cabeza de los proveedores de bienes y

servicios), se trata de medidas específicas a incluir en los pactos en relación a prevenir, precaver, recomponer y reparar cualquier forma de degradación del ambiente que pueda generarse a través del ejercicio de la autonomía privada. Se tratará en estos casos de típicos deberes de prestación²¹.

Esto presupone una toma de conciencia por parte de los contratantes en razón de que la materialización de este tipo de cláusulas tenderá a reducir su responsabilidad administrativa, civil o penal por la posible generación de daños a los bienes colectivos y, por consiguiente, a la sociedad toda.

En el campo del derecho del consumo, la función ambiental del contrato resultará también un parámetro sumamente útil a los efectos de determinar la abusividad de ciertas cláusulas incompatibles con la preservación de los bienes comunes.

El ALDC, en su artículo 47 inciso 8, califica como abusivas a aquellas

cláusulas contractuales que “Infrinjan o posibiliten la violación de reglas y principios que protegen la identidad de género, o los bienes ambientales o culturales”.

En virtud entonces de este orden público ambiental, y en ejercicio de las prerrogativas que les otorga tanto la normativa sistémica contenida en el Código Civil y Comercial como la microsistémica de la ley 24.240, los jueces cuentan con amplias facultades para testear -aún de oficio- la “sostenibilidad” de cualquier tipo de cláusula que se inserte en un contrato de consumo y que resulte susceptible de afectar a los bienes comunes.

Es que “en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribucio-

nes del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador”²².

En definitiva, enfatizamos que la función socioambiental es un parámetro fundamental a aplicar por los tribunales a la hora de resolver casos de gran relevancia²³.

Colofón

Culminamos estas breves ideas ratificando que la compleja realidad socioambiental que enfrenta nuestro planeta reclama a los operadores del campo legal la profundización de mecanismos eficaces para lograr la sostenibilidad global.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la región han avanzado enormemente en la consolidación de las reglas del Estado de Derecho Ambiental y del paradigma ecocéntrico.

Ello generó soluciones concretas para

casos de notable trascendencia social, económica, cultural y ambiental.

También se han sancionado textos legales de indudable impacto para la sofisticación de los razonamientos y argumentos que imponen los conflictos actuales.

Los principios, valores y reglas que emanan de los artículos 14, 240, 241 y 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación hubieran sido impensados hace varios años y en forma previa al impulso generado tanto por la doctrina como la jurisprudencia que hemos estudiado.

No es conveniente afrontar estas temáticas presuponiendo que la protección de los consumidores es excluyente de la tutela del ambiente o viceversa. Por el contrario, usualmente los individuos cuentan con mayores posibilidades de desarrollar sus derechos y sus proyectos de vida dentro de entornos menos contaminados y ecológicamente amigables.

Es que “a lo largo de las últimas décadas hemos alterado el equilibrio ecológico de nuestro planeta de tantas formas nuevas que parece probable que tenga consecuencias nefastas. Hay muchas pruebas que indican que estamos destruyendo los cimientos de la prosperidad humana en una orgía de consumo temerario”²⁴.

Entonces, difícilmente las generaciones que nos sucederán hallarán un Planeta apto para habitar si es que no logramos ajustar nuestras pautas y patrones de consumo a los designios de la naturaleza y de la sostenibilidad. ■

CITAS

¹ Hemos reflexionado acerca de estos tópicos en los siguientes trabajos: - “Consumo y Ambiente. Diálogos microsistémicos”. Publicado en: RD Amb 39, 9. - “Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial

de la Nación”. Publicado en: SJA 2015/09/30-3; JA 2015-III. - “Derecho Ambiental”. En coautoría con LORENZETTI, RICARDO LUIS. Edit. Rubinzal – Culzoni, 2018. Pág. 197 a 205.

² No formularemos aquí un estudio pormenorizado de estas reglas y principios, debido a que lo hemos realizado en otros trabajos, a los cuales remitimos. Entre otros: “El paradigma ambiental según el Código Civil y Comercial”. En coautoría con NÉSTOR CAFFERATTA. Publicado en LORENZETTI, RICARDO LUIS -DIRECTOR- LORENZETTI, PABLO Y PONTORIERO, PAULA -Coordinadores-. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Actualización doctrinal y jurisprudencial”. Tomo XII – A. Pág. 219 a 240. Edit. Rubinzal – Culzoni, 2018.

³ Opinión Consultiva 23/2017 sobre Medioambiente y Derechos Humanos. 15/11/2017.

⁴ CSJN. “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”. 4/06/2019. Cita Online: AR/JUR/14911/2019.

⁵ CSJN. “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado

Nacional y otros”. 20/06/2006. Cita Online: AR/JUR/1945/2006. Cita Fallos Corte: 329:2316.

⁶ Texto completo y fundamentos disponibles en Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 901
Cita Online: AR/DOC/677/2019.

⁷ BESTANI, ADRIANA. “Prevención de riesgos y precaución en el Anteproyecto de Reforma de Ley de Defensa del Consumidor”. Publicado en: Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 193. Cita Online: AR/DOC/603/2019.

⁸ CSJN. “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”. 11/07/2019.

⁹ CSJN. “Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”. 01/12/2017. Cita Online: AR/JUR/84781/2017.

¹⁰ HARARI, YUVAL NOAH. “De animales a dioses. Breve historia de la humanidad”. Decimoséptima edición. Pág. 135. Edit. Debate, 2019.

¹¹ MURILLO, JUAN CARLOS BAUTISTA. “Susten-

tabilidad ambiental y consumo”. Publicado en: RDAMB 53, 16/03/2018, 73 Cita Online: AR/DOC/2857/2018.

¹² Ver el ejemplo comentado por LORENA GONZALEZ RODRÍGUEZ y PAMELA TOLOZA relativo al papel reciclado en la página 6 (versión online) de su trabajo titulado “Principio de consumo sustentable: implicancias en relación con el deber de información y herramientas para su eficacia”. Publicado en: Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 161.

¹³ Se han suscitado acciones judiciales, por ejemplo, en relación a impresoras que están programadas para un número limitado de copias o celulares cuya batería tiene una vida útil de algunos años, entre otras.

¹⁴ HERNÁNDEZ, CARLOS A. - FRUSTAGLI, SANDRA A. “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo”. Publicado en: SJA 20/09/2017, 20/09/2017, 117 - RDAMB 55, 28/09/2018, 57. Cita Online: AR/DOC/4063/2017.

¹⁵ LORENZETTI, RICARDO LUIS – LORENZE-

TTI, PABLO. “Derecho Ambiental”. Edit. Rubinzal – Culzoni, 2018. Pág. 179 a 205. En el mismo sentido, entre otros: - STIGLITZ, RUBÉN. “El orden público de coordinación. Función ambiental”. Comentario a los artículos 959 y 960 del Código Civil y Comercial publicado en LORENZETTI, RICARDO LUIS -DIRECTOR- DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO Y LORENZETTI, PABLO -COORDINADORES-. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Edit. Rubinzal – Culzoni, 2014. Tomo V, pág. 541. - HERNÁNDEZ, CARLOS A. - FRUSTAGLI, SANDRA A. “Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo”. Publicado en: SJA 20/09/2017, 20/09/2017, 117 - RDamb 55, 28/09/2018, 57. Cita Online: AR/DOC/4063/2017. - VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *Principios Generales del Título Preliminar del nuevo Código*. Publicado en: La Ley 03/05/2016, 1.

¹⁶ BENJAMIN, ANTONIO HERMAN. “O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental”. Publicado en “Direito, água e vida: law, water and the web of life”. v. 1, [s.d.], p. 335-366.

¹⁷ VASCONCELLOS GOMES, DANIELA. “Funcão

Social do Contrato e da Empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo”. Publicado en: Editora Unijuí, año 4, n. 7, 2006.

¹⁸ El conflicto entre autonomía privada y orden público en la regulación de contratos paritarios es resuelto por el artículo 963 del Código Civil y Comercial Argentino en los siguientes términos: “Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”.

¹⁹ CSJN. “Schröder, Juan c. INVAPS.E. y E.N.”. 04/05/2010. Cita Online: AR/JUR/11015/2010. Cita Fallos Corte: 333:570.

²⁰ LORENZETTI, RICARDO LUIS. “Tratado de los Contratos. Parte General”. Tercera Edición Ampliada y Actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación. Edit. Rubinzal, 2018, Pág. 134.

²¹ MIRAGEM, BRUNO. “O artigo 1.220 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente”. En: Cuadernos do Programa de Pos – Graduação em Direito – PPGDir. / UFRGS, Reflexões Jurídicas sobre Meio Ambiente. Edicao Especial, Vol. III, n. VI, Maio 2005, Pág. 31.

²² CSJN. “Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo”. 02/03/2016. Cita Online: AR/JUR/1534/2016. Cita Fallos Corte: 339:201.

²³ A modo de ejemplo: a) STJ. Recurso Especial N. 1.109.778-SC (2008/0282805-2). Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrente: Sergio Motta. Recorrido: União. Fecha: 10.11.2009. b) STJ. Recurso Especial N. 1.168.632-SP (2008/0265726-7). Relator: Ministro Luiz Fux. Recorrente: Alberto Clemente Castrucci e outro. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Fecha: 17.06.2010.

²⁴ HARARI, YUVAL NOAH. “De animales a dioses. Breve historia de la humanidad”. Decimoséptima edición. Pág. 415. Edit. Debate, 2019.

Tutela penal del ambiente

myf

90



myf

91

Fernando M. **Gentile Bersano**

Juez de Cámara en lo Penal de Santa Fe, doctorado en derecho, especialista en derecho penal y en la enseñanza de la educación superior, docente de grado (UCSE), posgrado (UCSE y UCSF) y doctorado (UCSF).

Introducción

La postura que pregona la necesidad de intervención del Derecho penal en el ámbito ambiental se encuentra plenamente justificada siendo ampliamente mayoritaria en la doctrina tanto nacional como comparada¹.

En este sentido, en virtud de la entidad de los valores ambientales y la desaprocesión humana hacia los mismos los ordenamientos constitucionales de Brasil, Ecuador, Paraguay y España incluyeron expresos mandatos de punibilidad.

Por su parte, numerosos países legislaron delitos relativos al ambiente² por ej.: España y Alemania (ordenamientos de los cuales provienen la mayor parte de nuestros aportes doctrinarios) y en nuestro continente: EE.UU., Canadá, México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Puerto Rico, Panamá, Venezuela, Ecuador Colombia, Perú, Brasil, Paraguay, Chile y Uruguay.

Crítica a la opción de tutelar penalmente el ambiente

La opción de proteger penalmente el ambiente no está exenta de críticas. Una de las más importantes radica en la escasa eficacia revelada al repasar la cantidad de procesos penales que culminaron en condena³.

En mi opinión, las dificultades en la operatividad de los sistemas de protección penal del ambiente obedecen, en gran medida, a un defectuoso proceso de elaboración⁴.

Esta situación deriva de la enorme complejidad presentada por la materia a legislar. El desafío radica en elaborar un verdadero sistema integrado por normas que funcionen armónica y eficazmente, y para ello se requiere que cada precepto sea correcto desde el punto de vista técnico. Para lograr dicho objetivo deben ser ponderados diversos aspectos de política criminal, técnica legislativa y dogmática penal.

Cabe destacar que similares dificultades técnicas se presentan en el ámbito del derecho penal internacional para tipificar el delito de ecocidio. En efecto, el Primer Informe del Pa-

nel de Expertos independientes sobre la definición de ecocidio convocado por la Fundación Stop Ecocidio revela la necesidad de dirimir: el concepto de ambiente (algunos expertos consideraron necesario abandonar una concepción antropocéntrica), la posible autonomía del delito (claramente resuelta de modo positivo por el panel), la posibilidad de sancionar a las empresas (no alcanzadas por el derecho penal internacional del Estatuto de Roma) y el elemento subjetivo de la figura (al que caracterizaron como problemático inclinándose por una figura intencional)⁵.

Analicemos algunos de los tópicos que deben ser afrontados por el legislador nacional.

Aspectos de técnica legislativa

La legislación ambiental argentina revela defectos de técnica legislativa. Uno de ellos se vincula con la recopilación de la información.

En este aspecto, resulta imperativo

analizar la regulación provincial en materia penal ambiental ya que existen sistemas, como el de la provincia de Santa Fe, que se encuentran funcionando. El estudio de las causas judiciales tramitadas permite determinar las ventajas y desventajas de haber escogido determinada opción técnica⁶.

Sin embargo, no se advierte que los proyectos de reforma del Código Penal hayan realizado dicha labor, lo que genera el riesgo de reiterar soluciones que han sido insatisfactorias.

Aspectos de política criminal

El sistema penal nacional no contiene normas penales que tutelén de modo directo e integral el ambiente. En efecto, algunas disposiciones penales del ordenamiento nacional protegen parcialmente el ambiente salvaguardando algunos de los elementos que lo integran v.gr.: leyes n° 14.346, 24.421, 25.743 y 26.331.

En tanto que, otros preceptos lo tutelán de modo indirecto v.gr.: ley n°

24.051 y las disposiciones del Código Penal -ej. art. 200 y ss.-, que salvaguardan la salud pública.

Estas normas constituyen un plexo desarticulado integrado por disposiciones que obedecen a diferentes visiones no conformando un verdadero sistema de protección. Destaco que algunas de estas normas fueron elaboradas con antelación a la última reforma constitucional motivo por el cual no tuvieron en cuenta los estándares delineados por la cláusula constitucional -y tampoco la ley general del ambiente-. En definitiva, la realidad social y ambiental en la que deben operar estas normas sufrieron profundas mutaciones desencadenando la ineficacia de las mismas.

El legislador nacional es consciente de esta situación y por ello, con la intención de adecuar la normativa a las directrices constitucionales sancionó la ley n° 25.612. Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional observo el régimen penal contenido en la misma. Motivo por el cual las disposiciones

penales de la ley derogada conservan vigencia. De éste modo se conformó una ley de corte ambiental cuyo régimen penal tutela la salud pública. Configurando un sistema con porciones de leyes que responden a concepciones y finalidades disímiles y opuestas.

Este breve paneo revela que la política criminal ambiental de nuestro país resulta deficitaria.

Pautas dogmáticas

El bien jurídico

La primera decisión técnico-penal que debe adoptarse en el proceso de creación de un sistema de tutela penal ambiental consiste en precisar el bien jurídico.

Para cumplir dicho objetivo, partiendo de las bases constitucionales deben delinearse los contornos del bien al que se brindará protección. A efectos de ajustarse a las directrices constitucionales el ambiente de-

be ser tutelado penalmente en un antropocentrismo moderado, teniendo en cuenta las necesidades del hombre sin descuidar el ambiente en sí mismo y ser comprensivo del entorno natural y cultural.

Si bien la legislación nacional carece de disposiciones que tutelén de modo directo e integral el ambiente, algunas legislaciones provinciales lo protegen penalmente otorgando diferentes matices al bien jurídico⁷.

La ecología como bien tutelado

Algunos cuerpos normativos provinciales epigrafían el sector en el que emplazan las ilicitudes ambientales “contra la ecología”.

La ecología no posee aptitud para erigirse en bien jurídico, pues la misma es una ciencia no resultando factible dispensar protección penal a un saber científico⁸.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la concepción constitucional de

ambiente es amplia no resulta posible restringir la salvaguarda penal al entorno natural. Por esta razón, la ecología no posee aptitud para ser el bien tutelado debido a que dicho saber tiene por objeto de estudio una parte del ambiente.

A pesar de lo antedicho, la propuesta de reforma del Código de Faltas de la provincia de Santa Fe del 2007 proponía reemplazar el epígrafe “contra el equilibrio ecológico” por “contra la ecología”⁹.

El equilibrio ecológico o estabilidad de los ecosistemas

Especial consideración merece la posibilidad de instaurar como bien el equilibrio ecológico o la estabilidad de los ecosistemas.

La legislación contravencional de Salta protege el ecosistema en el Título IX. En tanto que la pcia. de San Juan en el título XI regula “contravenciones contra el uso indebido del agua potable, flora, fauna, arbola-

do público y equilibrio ecológico”, en tanto que la legislación santafesina denomina el capítulo II del título VIII del Código de Convivencia “contra el equilibrio ecológico” sancionando en el art. 137 los “atentados contra los ecosistemas” relativos a la generación de peligro concreto para el equilibrio ecológico.

El proyecto de reforma del Código Penal del año 2006 se inclinaba por la consagración de éste bien jurídico lo cual fue ponderado de manera negativa por los proyectos de las comisiones presididas por Zaffaroni y Borinsky argumentando la generación de impunidad¹⁰.

La apreciación contenida en los últimos proyectos de reforma es correcta. La exigencia típica en orden a un resultado -sea este de lesión o peligro- que recaiga sobre la estabilidad de un ecosistema o el equilibrio ecológico genera la necesidad de realizar complejas pruebas para acreditar el recaudo del tipo objetivo. Un tipo que requiera la afección de un ecosistema demandará la necesidad

de determinar cuál es el ecosistema afectado y, una vez individualizado el mismo, caracterizarlo (por ej.: cuáles son sus componentes, conocer la cantidad de especímenes, la influencia o rol que el mismo desempeña en el ecosistema, etc.), lo cual demuestra las dificultades probatorias que deberán ser sorteadas. Así por ej. en caso de mortandad de especímenes de fauna demandará análisis de orden cuantitativo y cualitativo para determinar la incidencia del hecho en el equilibrio del ecosistema.

La legislación santafesina tipifica el “atentado contra los ecosistemas” que requiere la generación de peligro concreto para el equilibrio ecológico (art. 137). Los estudios que realice permiten demostrar que ninguna de las sentencias que han sido objeto de mi investigación fundamentan este extremo realizando una invocación abstracta de los extremos que integran el tipo objetivo.

Los procesos judiciales analizados revelan que los funcionarios a cargo de las investigaciones son plena-

mente conscientes de las dificultades probatorias que genera dicha norma. Esta situación se infiere de las atribuciones delictivas ya que en ningún caso han imputado dicha figura de modo exclusivo haciéndolo en forma conjunta con otros ilícitos ambientales o de otra índole como el desarrollo de una actividad sin contar con la pertinente habilitación.

El cincuenta por ciento de los casos en que dicha contravención fue imputada culminaron en absoluciones en orden al tipo analizado. En tanto que el veinte por ciento de las resoluciones condenatorias fueron anuladas o revocadas, algunas de ellas, precisamente, por ausencia de actividad probatoria destinada a acreditar la afección del ecosistema. Es decir que, solo el treinta por ciento de las condenas por esta ilicitud adquirieron firmeza.

A pesar de la firmeza de algunos precedentes el análisis de los procesos demuestra que en ninguno de ellos se explica cuál es el ecosistema menoscabado ni de qué modo fue afectado el equilibrio ecológico del mismo¹¹.

Asimismo, se revela que en una sola de las resoluciones que adquirieron firmeza se desplegó actividad tendiente a acreditar la lesión del ecosistema. Sin embargo, en éste caso, se ensaya una explicación abstracta determinando el rol de la especie afectada en un ecosistema sin referencia alguna al caso concreto.

En definitiva, esta breve reseña permite corroborar la idea de que la estabilidad del ecosistema o el equilibrio ecológico no son los bienes jurídicos que deben ser tutelados penalmente. Cabe aclarar que refiero a la idoneidad para constituirse en bien jurídico principal, protegido por la figura básica, lo que no significa que no puedan crearse preceptos que tengan en cuenta dicho menoscabo para tipificar figuras agravadas tal como lo hace el “proyecto Borinsky”.

El medio ambiente como bien jurídico

Es frecuente que las legislaciones utilicen la expresión medio ambiente co-

mo epígrafe de las normas que protegen el ambiente.

El empleo de dicha expresión es incorrecto desde el punto de vista terminológico por resultar tautológica¹², a pesar de lo cual, su utilización se ha generalizado y aceptado. Sin embargo, la cuestión analizada no constituye un purismo lingüístico revistiendo importancia técnica. En efecto, dicha expresión no es congruente con el sentido asignado constitucionalmente al vocablo ambiente. El término “medio” puede interpretarse como “mitad”, por lo que el empleo de este vocablo puede generar problemas en orden al alcance asignado al interés¹³. Por lo que, teniendo en cuenta que existen concepciones que no concuerdan con la visión amplia acogida por la Constitución, lo correcto es emplear el vocablo ambiente¹⁴ y, si se desea realizar una referencia a alguna de las partes que lo integran, puede aditarse los términos, natural, cultural, social, humano, etc..

La imprecisión lingüística se refleja

en la normativa. Efectivamente, algunos ordenamientos locales protegen el entorno natural en un sector normativo reservando otro título diferente para el entorno cultural.

Es el caso de las provincias de Corrientes (la expresión “medio ambiente” preside el capítulo octavo del título II destinando el título III a la tutela del patrimonio cultural); Córdoba (que sanciona acciones “contra la fauna” y “obras de arte y patrimonio histórico” en diferentes títulos) y San Juan (el título XI protege la fauna y las bellezas naturales en tanto que en otro título sanciona los actos de crueldad y maltrato animal).

Similar observación puede formularse al ordenamiento de la pcia. de Mendoza que sanciona en el título VI de su Código de Faltas las contravenciones “contra el medio ambiente y la salud de los animales”. Además, algunos ordenamientos provinciales diferencian la protección de la fauna doméstica y silvestre- la cual, además, reviste autonomía en relación al ambiente¹⁵.

De modo que, en estos casos, la utilización del término “medio ambiente” se ajusta al contenido del sector del Digesto ya que el mismo protege parcialmente el ambiente.

La identificación del ambiente con el entorno natural diferenciándolo del cultural, no se ajusta a la concepción constitucional. Situación que constituye una elocuente muestra de las consecuencias generadas por no reparar en la cuestión terminológica.

Por otra parte, el emplazamiento de las normas constituye una importante pauta interpretativa. Considero que las normas penales ambientales deben plasmarse en el texto del Código, en un lugar apropiado a la entidad del bien tutelado, deben ser agrupadas en un único sector del cuerpo normativo (preferentemente en un título) y luego, de ser necesario, subdividir dicha sección (en capítulos) asignando a la misma la tutela de cada elemento del mismo sin perder de vista la entidad jurídica que los aglutina.

Esta cuestión es importante ya que la cláusula constitucional plasma una concepción ambiental conglobante, motivo por el cual disociar los intereses ambientales ubicando a los mismos en diversos sectores del cuerpo normativo implica no tener en cuenta que, conforme la concepción constitucional, los diferentes sectores de protección estructurados atentan contra un mismo bien jurídico.

En conclusión, el bien jurídico tutelado debe ser el ambiente pudiendo estructurarse diferentes capítulos destinados a salvaguardar diferentes aspectos del mismo como el patrimonio natural y cultural, con sus respectivas subdivisiones.

Modalidad de ofensa del bien jurídico

Otro de los tópicos que necesariamente debe afrontarse es la elección de la modalidad de detrimento del bien jurídico¹⁶.

Se sostiene la inconveniencia de es-

tructurarlo un sistema de protección penal basado en delitos de resultado¹⁷.

Un sistema de protección estructurado sobre la base de esta modalidad típica presenta inconvenientes: se intervendría cuando el ambiente fue afectado en su materialidad. En segundo lugar, la exigencia de un resultado obliga a sortear los inconvenientes para la acreditación de la incidencia de la conducta del agente.

En éste sentido, debe ponderarse que los resultados ambientales suelen desencadenarse como consecuencia causal de acciones y efectos acumulados y concurrentes generando la necesidad de producir pruebas científicas destinadas a determinar los efectos de dichas combinaciones. Tampoco debe soslayarse que los efectos nocivos pueden transgredir las fronteras políticas de los diferentes estamentos generando dificultades de orden procesal.

Por estas, entre otras, razones la doctrina especializada considera inconveniente utilizar esta modalidad típica.

Delito ambiental como delito de peligro

La doctrina concluye que los delitos ambientales deben estructurarse como tipos de peligro¹⁸. La discusión se plantea en torno a si debe recurrirse a la modalidad de peligro concreto o abstracto.

Estas modalidades técnicas se diferencian de los delitos de lesión ya que no demandan la generación de un menoscabo material del bien jurídico. El delito de peligro concreto demanda que el bien haya sido expuesto a una situación riesgosa. De modo que en el proceso judicial debe acreditarse dicha puesta en peligro. Por esta razón, los delitos de peligro concreto presentan similitudes con los de lesión. Siendo el riesgo un estadio previo a la lesión el procedimiento de acreditación de ambos es similar. Consecuentemente, puede afirmarse que los delitos de peligro concreto son de resultado, si bien el efecto nocivo reviste una intensidad menor que en los delitos de lesión¹⁹.

Por su parte, los ilícitos de peligro abstracto son aquellos en los cuales la conducta se tipifica por considerarse peligrosa sin que sea necesario que la misma haya generado un riesgo en el caso concreto. En éste caso, el riesgo no integra el tipo objetivo y consecuentemente, la acreditación de la tipicidad de la conducta no requerirá la prueba de la puesta en peligro efectivo del bien jurídico ya que el riesgo se presume.

Como se advertirá esta modalidad técnica allana la labor procesal. Sin embargo, los delitos de peligro abstracto así entendidos generan serios problemas dogmáticos.

En efecto, podrían afectar la legalidad sustancial en caso de que la determinación del precepto no sea correctamente integrada, podrían alterar la función de última ratio del derecho penal al limitarse el injusto penal a resguardar el cumplimiento de la normativa extrapenal. Asimismo, podrían resquebrajar la unidad del ordenamiento en caso de generar confusión entre los injustos administrativos y penal²⁰.

Ocurre que en materia ambiental la intervención del sistema penal resulta accesoria por lo que la conducta lesiva del ambiente suele estar prevista por la normativa extrapenal a la que suelen remitir los ilícitos ambientales.

Por esta razón, el crear un tipo de peligro abstracto que sancione la realización de una conducta que se presume peligrosa para el bien jurídico puede generar confusión entre el injusto penal y administrativo.

El delito ambiental como un tipo de idoneidad

La dicotomía planteada en términos de peligro comprobable versus peligro presunto, nos enfrenta a un complejo problema técnico. En caso de exigir la acreditación del riesgo se crea un tipo penal de difícil comprobación en el proceso. En tanto que si se recurre a los delitos de peligro abstracto el injusto se transformaría en una mera desobediencia normativa²¹ sancionando conductas en razón del riesgo hipotético que no necesariamente es real.

Tradicionalmente, el concepto de peligro se contrapone al de lesión, el peligro aparece como un estadio previo a la lesión. Una profundización del estudio de esta problemática condujo a concluir que el concepto de peligro debe obtenerse en contraposición al de peligrosidad.

El peligro es un estado que surge de las circunstancias en las que se encuentra un determinado bien. De modo que el peligro se demuestra constatando que el bien jurídico ingresó a dicho estado. En tanto que la peligrosidad es una cualidad de la acción en virtud de la cual la misma produce la posibilidad de lesión del bien jurídico.

De este modo se concluye que existen delitos de idoneidad, aptitud o peligro hipotético en los que se tipifica una acción con potencialidad creadora de riesgo. Estas ilicitudes tipifican conductas que normal o habitualmente poseen idoneidad para desencadenar un riesgo para el interés salvaguardado; es decir, debido a que, analizada desde el punto de vista ex ante, la conducta es consi-

derada peligrosa. Sin embargo, en el caso concreto puede no haber sido generadora de riesgo y entonces la conducta no será típica²².

Esta distinción permite dotar de contenido a la antijuridicidad penal en razón de que el tipo contiene un plus punitivo fundado en la gravedad de la conducta permitiendo diferenciarlo del injusto administrativo. Ésta circunstancia permite eludir las objeciones formuladas a los delitos de peligro abstracto tradicionalmente acuñados.

Los delitos de idoneidad presentan evidentes ventajas en relación a los de peligro concreto en lo que respecta a la prueba del peligro. También tienen ventajas en relación a los de peligro abstracto pues posibilitan distinguir el injusto penal del administrativo. En efecto, en caso de que el delito de peligro abstracto sancione una conducta que implique una desobediencia a la norma administrativa puede generarse inconvenientes generando un sistema de vinculación en el cual el derecho penal se encuentre absoluta-

mente subordinado al sistema extrapenal. Además, los delitos de peligro hipotético permiten evitar sancionar conductas que normalmente resultan idóneas para afectar el interés protegido pero que en el caso concreto fueron inocuas.

Indudablemente, el ambiente debe ser salvaguardado mediante la creación de delitos de peligro y de entre las formas de peligro los delitos de aptitud resultan los más adecuados.

Al respecto se explica: "...en el caso de contaminación acústica, la calificación del artículo 325 como delito de peligro concreto nos obligaría a probar que la emisión de ruidos por encima de lo permitido por la normativa administrativa ha estado a punto realmente de lesionar la salud de alguna persona...con las dificultades de prueba que conlleva... nótese que si alguna o varias persona se han encontrado sometidas a los ruidos- pero por ejemplo, por su constitución física, por su capacidad de abstracción de los ruidos o por su fortaleza psíquica, no se ha

estado a punto de causarles una lesión...entonces deberíamos concluir en la inexistencia de peligro concreto"²³. Si se trata de un delito de peligro hipotético resulta suficiente demostrar que el nivel de decibeles emitidos resulta apto para poner en peligro la salud de cualquier persona colocada en el lugar de la víctima.

Por los motivos expuestos concluyo que la tutela del ambiente debe prestarse especial atención a la categoría de peligro abstracto-concreto o de idoneidad, la cual no conculca garantía alguna toda vez que en el proceso podrá demostrarse la idoneidad de la conducta típicamente peligrosa para afectar el bien jurídico protegido en el caso concreto.

Los proyectos de reforma del Código penal

Los proyectos de reforma del Código Penal del 2004, 2012 y 2017 estructuran el sistema de tutela ambiental a partir de figuras de lesión y peligro concreto reservando para la faz admi-

nistrativa las de peligro abstracto por entender que son meras infracciones de deberes.

Cabe destacar que la “comisión Borinsky” evidencia que tuvieron en cuenta la existencia de delitos de peligro hipotético pero luego, sin dar razones, estructuraron delitos de peligro concreto y lesión, es decir ilícitos de resultado.

Esta decisión técnica tiene la ventaja de permitir diferenciar claramente los injustos administrativo y penal ambiental. En efecto, como consecuencia de exigir un plus fundado en la gravedad de la afección materializada en un resultado, es de esperar que, en caso de que el injusto administrativo haya sido correctamente estructurado, no se presenten problemas para diferenciar las ilicitudes y, por ende, las garantías y principios antes referenciados no se verían afectados.

Sin embargo, esta decisión técnica implica desoír la opinión de la doctrina mayoritaria fundada en la nece-

sidad de articular la intervención del sistema penal con el administrativo.

Además, se omitió compulsar las soluciones adoptadas en el derecho comparado por ej. en España el tipo básico del delito ecológico contenido en el art. 325 del Código Penal adoptó una estructura de delito de idoneidad.

Considero que el delito básico no debe ser de resultado, reservando dicha estructura para las figuras calificadas.

Evidentemente el recurrir a delitos de resultado facilita la labor legislativa pues se eluden las vinculaciones con el derecho administrativo, tarea que como se comprenderá resulta sumamente compleja pues requiere la armonización de los múltiples ordenamientos derivados de la organización federal de nuestro país.

Sin embargo, no debemos engañarnos, de este modo simplemente se difiere el abordaje del problema. En efecto, el legislador provincial de-

berá tipificar penalmente conductas lesivas del ambiente sin embargo, ya no podrá recurrir al resultado como criterio diferenciador entre las ilicitudes de los diferentes sectores normativos por haber sido empleado por la normativa nacional. Esta situación colocará al legislador local en la necesidad de vincular las ilicitudes penales y extrapenales.

En definitiva, estructurando el sistema de protección mediante delitos de resultado simplemente se transfiere el problema al ámbito local.

Como explicara, el artículo 137 de la legislación contravencional de la provincia de Santa Fe sanciona a quien atentare contra un ecosistema generando peligro concreto para el equilibrio ecológico. En el presente reseñé los resultados obtenidos en los procesos judiciales los cuales obedecen no sólo al haber escogido como bien tutelado el equilibrio ecológico sino porque, además, se estructuro el tipo como un injusto de peligro concreto, agravando la ya inata complejidad probatoria.

Relación entre el injusto administrativo y penal

Otro de los problemas técnicos que debe afrontarse al diseñar un ilícito penal ambiental obedece a que, numerosos aspectos del ámbito ecológico se encuentran regulados por el Derecho administrativo.

La preexistencia de la regulación extrapenal coloca al legislador penal frente a uno de los problemas centrales y más arduos en lo que respecta a la técnica legislativa en materia penal ambiental.

Las opciones con las que cuenta son: a) articular ambos sectores lo cual puede lograr: 1) creando un derecho penal absolutamente dependiente del extrapenal o 2) estructurar un sistema penal relativamente vinculado con el derecho administrativo; b) por otra parte, se puede desvincular los sectores²⁴.

Los tres últimos proyectos de reforma de la ley sustancial se estructuran sobre un modelo de derecho pe-

nal independiente o desvinculado del administrativo. Esto se debe a que diseñan la protección sobre la base de delitos de peligro concreto y de lesión. Este modelo tiene como ventaja que permite eludir los problemas técnicos destinados a vincular estos diferentes sectores del ordenamiento. Sin embargo, la dificultad técnica se traslada al ámbito provincial y genera el riesgo de establecer un derecho penal simbólico.

La vinculación con la normativa extrapenal resulta ineludible ya que la misma contiene minuciosas regulaciones referidas a las sustancias contaminantes y los baremos permitidos. Por otra parte, la autoridad administrativa suele otorgar autorizaciones para realizar actos desaprensivos contra el ambiente de modo controlado (tal es el caso de la causa “canal norte” de la ciudad de Rafaela) por lo que carece de sentido elaborar una norma penal en base a criterios puramente dogmáticos. Esta última apreciación denota que la norma penal no puede ser ideada en base a criterios puramente penales debiendo trabajarse en con-

junto con especialista en derecho ambiental y administrativo. Este es uno de los mayores desafíos para la dogmática penal tradicionalmente acostumbrada a construir su conocimiento de modo autónomo.

Personas responsables

Otro de los temas neurálgicos es el modelo de responsabilidad en orden a la autoría y participación.

En este aspecto puede optarse por un sistema dual consagrando la responsabilidad de los entes corporativos o restringir la imputación a personas físicas. Además, ambos modelos pueden ser combinados con la actuación en lugar de otro, lo que demanda como presupuesto establecer tipos especiales como en el caso de la ley 24.051. Esta última opción facilita la imputación de personas individuales que realicen actos en interés o beneficio de la empresa o empresario independientemente de la vinculación existente entre los distintos sujetos.

Palabras finales

Legislar en materia penal ambiental representa un enorme desafío en el cual deben ser evaluados numerosos aspectos de técnica legislativa, política criminal y dogmáticos.

Las particularidades del bien jurídico, las dificultades para acreditar la relación causal, la existencia de principios plasmados en la normativa extrapenal que el legislador penal no puede desconocer, la necesidad de vincular los tipos delictuales con los preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico, el rol auxiliar desempeñado por el derecho penal y la consecuente primacía del derecho administrativo, la complementariedad de la legislación nacional con la provincial son sólo algunos rasgos que contribuyen a la complejidad de la tarea legislativa.

Es por ello que la creación de la normativa penal ambiental no puede ser abordada con el cometido de cumplir con un mandato meramente formal de punibilidad, ya sea que se lo infiera implícitamente del texto

constitucional o de otra circunstancia como la importancia de los valores ambientales.

Evidentemente, si analizamos el tema desde una visión sesgada de la dogmática penal la labor legislativa se simplifica al crear un sistema penal absolutamente autónomo, eludiendo abordar algunos de los complejos problemas técnicos. El tipificar un injusto penal de magnitud permitirá diseñar figuras sin relación con la normativa extrapenal simplificando el proceso legislativo. Sin embargo, el ímpetu por eludir la complejidad seguramente, generará la desvinculación de dichas normas con el sistema ambiental engendrando un derecho penal simbólico debido a la escasa posibilidad de éxito del mismo en la lucha contra la delincuencia ambiental.

Además, dicha desarticulación nos colocará en una situación muy delicada, pues seguramente, generará problemas de inseguridad jurídica, dificultades interpretativas, dudas acerca de la validez normativa, originando un sistema que no protege adecuada-

mente el ambiente y puede afectar las actividades productivas.

El desafío radica en elaborar un sistema que funcione armónicamente, con eficacia, y ello requiere que sea correcto desde el punto de vista técnico. Resulta vital comprender que el aspecto técnico excede la dogmática penal resultando imprescindible articular la protección penal con el sistema de tutela ambiental para lo cual cada norma proyectada debe ser sometida a un profundo test de operatividad dentro del sistema ambiental.

Como se advertirá, se trata de dos modos muy disímiles de encarar la tarea en orden al esfuerzo que demanda.

Lo expuesto revela que la elaboración de un sistema penal de protección ambiental es, sin dudas, la más compleja que ha enfrentado el derecho penal pero el abordar los aspectos conflictivos de modo adecuado determinará que la normativa resultante posea mayor calidad técnica incrementando las posibilidades de otorgar real y efectiva protección al ambiente. ■

CITAS

¹ En este sentido: DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO, *Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente*, en. Problemas derivados de la delincuencia medioambiental, Estudios de Derecho Judicial, n°52, Madrid, Centro de documentación judicial del Consejo Gral. del Poder Judicial, 2004, 135; BARREIRO, JORGE, El bien jurídicamente protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995, en: Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, Granada, Comares, 2005, 47; LIBSTER, MAURICIO, *Delitos Ecológicos*, Bs. As., Depalma, 2000, 176; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho Penal y Protección del medio ambiente*, Madrid, Colex, 1992, 79; SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, 214.; URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Madrid, La Ley, 2001, 49.

² En el ámbito de la Comunidad Económica Europea fueron establecidas normas mínimas comunes para tipificar el delito ambiental mediante la Directiva 2008/99/CE,

existiendo una propuesta de la Comisión para intensificar la vía penal de protección del ambiente (directiva del 15/12/2021).

³ En este sentido, la Comisión del Parlamento Europeo evaluando la Directiva 2008/99 concluyó: “...la Directiva no fue muy efectiva en la práctica.... el número de casos de delincuencia medioambiental investigados y condenados con éxito se había mantenido muy bajo. Además, los niveles de las sanciones impuestas eran demasiado bajos para resultar disuasorios y la cooperación transfronteriza no se llevaba a cabo de manera sistemática”. En igual sentido: MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Tratado de Derecho Ambiental, volumen I*, Trivium, Madrid, 1991, 232 y BARREIRO, 19.

⁴ GENTILE BERSANO, FERNANDO, *Tutela penal ambiental. Lineamientos dogmáticos y técnicos legislativos aplicados al régimen contravencional santafesino*, Rosario, Separatis, 2013.

⁵ Dicho informe propuso crear dicha ilicitud a la que caracteriza del siguiente modo: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ecocidio cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existen grandes probabilidades de que cau-

se daños graves que sean extensos o duraderos al medio ambiente”.

⁶ La legislación santafesina resulta paradigmática por ser la primera en establecer un tipo penal ambiental y por abordar tres temas neurálgicos para la protección penal del ambiente: las relaciones entre los injustos administrativo y penal, la responsabilidad de los administradores y representante de entidades empresariales (a la que actualmente se agregó la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y la imposición de medidas ambientales de índole cautelar en sede penal.

⁷ Desde la óptica penal el ambiente ha sido conceptualizado como: “el ámbito dentro del cual existen y se interrelacionan el hombre, sus creaciones culturales y la naturaleza”, LIBSTER, 195 y “...el medio ambiente no sólo ni identificable la vida humana, la salud pública o individual, la cultura, la riqueza nacional, etc., bienes todos aquellos tradicionales y ya protegidos por el Derecho en general y por el penal de modo específico; el medio ambiente como bien o valor jurídico es precisamente un interés de superior nivel de abstracción y generalidad, formado a partir de

la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales antes descriptos, fundando precisamente la entidad del nuevo bien en la interrelación existente entre ellos, entidad que tiene, por tanto, un carácter de síntesis o sincretismo de dichos bienes, pudiendo formularse gráficamente como un poliedro”, RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Delitos contra el medio ambiente, en Comentarios a la legislación penal, Cobo del Rosal (dir.), Tomo V, vol. 2º*, Madrid, Edersa, 1985, 829/830.

⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JÁMES, *Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales, Medio ambiente & derecho*, Revista electrónica de Derecho ambiental, www.cica.es/aliens/gimadus, n°11,13.

⁹ En el derecho comparado Perú sanciona en su Código Penal los delitos “contra la ecología”.

¹⁰ “A diferencia del proyecto de 2006 y de otros modelos de la legislación comparada, no exige la alteración del equilibrio ambiental o de la integridad ecológica de sistemas naturales, expresiones limitativas del tipo que han ocasionado problemas interpretativos con espacios de grave impunidad”, Anteproyecto “Comisión Zaffaroni” 245.

¹¹ Quizás el escaso importe de la sanción pecuniaria y la posibilidad de cumplir el arresto domiciliario los fines de semana explique la razón por la cual los imputados, a veces jerárquicos de una entidad, prefieren afrontar la sanción penal sin recurrir a la condena.

¹² BESALÚ PARKINSON, AURORA, *Responsabilidad por daño ambiental*, Bs. As., Hammurabi, 2005, 36/37; VALLS, MARIO F., *Derecho Ambiental*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, 1; MARTÍN MATEO, 81.

¹³ La legislación contravencional de Chaco utiliza de modo indistinto los términos ambiente y medio ambiente, por ej. en el art. 99 al referirse a los monumentos naturales señala: “los removiese o los sacare de su medio ambiente natural”, en tanto que en el art. 100 al referirse a los espacios verdes establece el deber de “resarcir al ambiente”.

¹⁴ CANOSA USERA, RAÚL, *Constitución y Medio Ambiente*, Madrid, Dykinson S.L, 2000, 63 y Brañes Ballesteros, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental - Fondo de Cultura Económica, 1994, 18.

¹⁵ La tutela de la fauna es un tema que reviste matices especiales y una complejidad que demanda un profundo análisis técnico. Mediante el cual se dirima el status jurídico de los animales (Recordemos el precedente “Orangutana Sandra” de la Sala II de la Cám. Nac. de Casación Penal) y si la protección asignada mediante los tipos tanto nacionales como provinciales contra actos de crueldad y maltrato resultan adecuados. Además, debe precisarse el bien jurídico tutelado, aún en el caso de que se optase por mantener la protección mediante los tipos de maltrato y crueldad, que claramente no puede ser el sentimiento de piedad tal como se sostuvo tradicionalmente. Además, se advierte falta de coordinación entre las normas nacionales y provinciales en lo relativo a la crueldad y el maltrato animal, aspecto que debería ser revisado corrigiendo las superposiciones existentes e incluso el avance invasor del derecho administrativo local. En el caso de las personas no humanas se considera que los bienes jurídicos serían la preservación de la existencia y la conservación de la especie cfr.: ZAFFARONI, EUGENIO; ALAGIA ALEJANDRO; SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002, 493.

¹⁶ En este aspecto deben ser sopesadas la importancia y características de los valores protegidos, la naturaleza supraindividual de los mismos y la asunción por parte del Estado de funciones de carácter solidario propias de sus nuevos roles. Además, debe valorarse que los efectos lesivos ambientales pueden perdurar afectando incluso a generaciones futuras pudiendo desencadenar graves e impredecibles consecuencias.

¹⁷ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, 94.

¹⁸ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los "delitos de peligro"*, Revista de Derecho penal, T I, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 91; HIRSCH, Hans, *Sistemática y límites de los delitos de peligro*, Revista de Derecho penal, TII, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, 22 y ss.; CEREZO MIR, JOSÉ, *Los delitos de peligro abstracto*, Revista de Derecho penal, T. II, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, 720 y ss.; GOERNER, GUSTAVO, *Los delitos de peligro abstracto y las garantías constitucionales*, Revista de Derecho Penal, TII, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2003, 559/586; LÓPEZ, HERNÁN, *Delito Ambiental, en Reparación ambiental*. Serie servicios públicos n° 4, Bs. As., Ciudad Argentina, 2002, 50 y ss.;

MARCÓ DEL PONT, LUIS, *El rol del Derecho penal en la protección del medio ambiente*, en: El Derecho penal hoy, Bs. As., del Puerto S.R.L., 1995, 57; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, 104.

¹⁹ CEREZO MIR, 720.

²⁰ DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal Parte General*, TIII, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, 503.

²¹ MUÑOZ LORENTE, JOSÉ, *Algunas consideraciones sobre el concepto de peligro, clandestinidad y peligro continuado en los delitos contra el medio ambiente*, Revista de Derecho Penal, TI, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 344.

²² HIRCH, 69 y ss.; CEREZO MIR, 720; ROXIN, TI, 407 y ss.; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, 96 y ss.; DONNA, TIII, 438; MUÑOZ LORENTE, 344; DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Tipificación del riesgo y delitos de resultado*, Revista de Derecho penal, TI, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 142 y ss.; GÓMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN, *El delito ecológico*, en: *Manuales de Derecho Ambiental*, Madrid, Ex Libris, 2006, 55, 81; MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación*, en

Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento español, citado, 117; SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto*, Revista de Derecho Penal, TI, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 119/124 y FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Seguridad colectiva y peligro abstracto*, Revista de Derecho Penal, TI, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 147 y ss..

²³ MUÑOZ LORENTE, 348.

²⁴ DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparadas en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, Cedecs, 1996, 36 y ss.; PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *El derecho fundamental a no padecer el bis in ídem y las sanciones en protección del medio ambiente*, en Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, citado, 74 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Problemas generados por la dualidad sancionadora administrativa y penal en el ámbito de la protección del medio ambiente*, en Problemas derivados de la delincuencia medioambiental, citado, 48 y ss.

El Derecho Penal Ambiental, los delitos ambientales y la competencia federal

myf

106



myf

107

Antonio Gustavo **Gómez**

Fiscal General ante la Cámara Federal de Tucumán

I. Una urgencia... la deuda académica

Quienes acceden al Derecho Ambiental sea en las carreras de grado como también en las especializaciones, másteres, doctorados y un largo etcétera, lo hacen desde el derecho civil, administrativo o, a lo sumo, constitucional. Estudiar “Agrario y Minería” como materia imprescindible para recibirnos de abogado marca la impronta que se daba en el siglo pasado al tratamiento del ambiente. ¿Por qué en Argentina el Derecho Penal Ambiental y el Derecho Procesal Ambiental ni siquiera merecen un buen capítulo en las carreras de posgrado? Resulta inexplicable que en el orden internacional se está discutiendo el concepto de ecocidio para incorporarlo en el Tratado de Roma que crea la Corte Penal Internacional¹ –y, solo por dar un ejemplo–, y ni siquiera se menciona en el Plan de Estudio de la Carrera de Especialización en Derecho y Política de los Recursos Naturales y del Ambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires². ¿Hay alguna

respuesta que no contradiga el sentido común para sostener que son necesarios once Observatorios en ese mismo ámbito académico y que ninguno se dirija al Ambiente? Y no por esto puede sostenerse como un absurdo que exista el Observatorio del Lenguaje Claro para reclamar un lugar al Observatorio del Ambiente³. ¿Puede explicarse que el CeDAF⁴ no incluya en ninguna de sus capacitaciones, espacios y proyectos la enseñanza de los tipos penales que de modo directo o indirecto protegen el ambiente en nuestro país? ¿En qué momento la academia perdió el rumbo que necesita nuestra Casa Común? ¿Acaso el financiamiento privado en las universidades públicas como puede ser el que aportan los emprendimientos de la megaminería a cielo abierto impide capacitarnos como abogados sobre los delitos ambientales en referencia a los metales pesados?⁵

Las que anteceden son disparadores emocionales, pero no por ello menos ciertos. Son preguntas que nos permitirán reflexionar, desde un espacio poco habitual para leerlas, sobre la obce-

cada negativa a utilizar las herramientas que nos ofrece el Derecho Penal Ambiental para enfrentar un ecocidio innegable donde sobran los diagnósticos y faltan las herramientas para enfrentarlo. Y quizá ese sea uno de los motivos: estamos obnubilados por los diagnósticos. Es momento de ser más eficaces en las herramientas. Hay muy pocas dudas –a la luz de la pluralidad de síntomas– de que los organismos administrativos internacionales, nacionales, provinciales o municipales han fracasado. Son incontables los ministerios, secretarías y direcciones ambientales que se supone que tienen a cargo el control del cumplimiento de las normas ambientales; como también es la dispersión de normas constitucionales, tratados internacionales, leyes, decretos, resoluciones, etc. Es indudable que el incumplimiento proviene de una interpretación académica casi unánime destacando que nuestra *“Constitución Nacional busca una vía de reparación por sobre la vía de represión, tan exigida mediática y socialmente en nuestros días en los que se pretende usar un derecho penal simbólico en bus-*

ca de soluciones ilusorias que distan de la correcta aplicación de justicia”⁶. Hay una negativa académica y educativa que, como decimos en el inicio, es por la ausencia de penalistas con su visión represora si se quiere.

La enseñanza del Derecho Penal Ambiental y el Derecho Procesal Penal Ambiental autónomo tiene también sus detractores en aquellos que sostienen, en el mejor de los casos, que el delito ambiental sea considerado como la *última ratio* o accesoria a las materias centrales del Derecho Ambiental. En ese sentido, Reátegui Sánchez señala que, aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultará irrelevante penalmente si no se infringen las normas jurídicas de protección del ambiente⁷. Discrepo. La vinculación del derecho penal con el derecho administrativo ambiental no puede ser interpretada como de subordinación, aun cuando se den casos de normas de remisión en blanco como ocurre con los arts. 55 y 56 de la ley 24.051. Y este altercado me trae a la memoria cuando –hace mu-

chos años atrás– ante el fracaso de las normas administrativas que disponían la recaudación de los impuestos y contribuciones sociales, nace –por impulso del mismo Estado– el Derecho Penal Tributario. Hoy es una rama más del derecho donde confluyen dos disciplinas jurídicas: el derecho tributario y el derecho penal. Tienen sus propios principios generales, con una problemática jurídica propia, exclusiva, destacándose sus particularismos dogmáticos, procesales, etc. Y de una rama tan especial se trata que para la aplicación de sus tipos penales se exigen normas procesales propias. De allí también, que como se verá más adelante, no resulta apropiado incluir un capítulo referido al bien jurídico “ambiente” en el Código Penal sino que por el contrario, deberá ser una ley especial.

II. ¿Ley especial o capítulo en el Código Penal?

¿Existen? ¿Están legislados los delitos ambientales en Argentina? La mayoría de los académicos del Dere-

cho Ambiental niegan su existencia. Y la evidencia está en el propio Estado a través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable reunió a un comité de expertos que propuso –sin mucha suerte, por cierto– la incorporación de un capítulo en el Código Penal⁸ con apenas una referencia a la ley 24.051 para proponer su derogación total sin explicar la razón. Y comienza aquí una discusión interesante.

Alguna vez propuse recuperar los viejos libros de Von Savigny como por ejemplo “De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia” con el que enfrentó a Napoleón y su Código. Leerlo créanme, es pensar en el futuro de nuestro Derecho para no dejarnos avasallar por las nuevas reglas que dicta la tecnología. Los códigos, sostenía Savigny, paralizan el desarrollo del derecho al cegar sus fuentes de producción⁹. Aquellas premisas de la Escuela del Derecho Histórica Alemana en los siglos XVIII y XIX cobran hoy una virtualidad que sus defensores no pudieron imaginar¹⁰. La fuente pura del espíritu popular, espontáneo y diverso de hace

dos siglos atrás incorpora hoy la evolución que desemboca en el ecocidio. Por ello encorsetar el desarrollo jurídico en un “corpus” como se intenta desde el Comité de Juristas convocado por el Ministerio de Ambiente, resulta inimaginable y hasta absurdo. Más aún si es que, como se pretende, tiende a regir conductas en un siglo futuro tal como operó el actual –el Código Tejedor–, en el siglo pasado. Los procesos de codificación –en materia penal en especial– retrasa notablemente la sanción de las leyes que en tiempos de la globalización se tornan cada vez más urgentes. La innovación tecnológica en ramas tan disímiles como la medicina y la clonación”; los contratos informales de prestación de servicios –tipo Uber– y la Ley de Contrato de Trabajo; las criptomonedas y el lavado de dinero o el terrorismo –por no señalar los delitos ambientales o la violación sistemática de los derechos humanos– etc., tiene un impacto que, por su velocidad, a duras penas podemos adaptarnos. “Estamos inmersos en un período exponencial de innovación tecnológica”¹¹. Vivimos una “dislocación del derecho”, esto es, todo

el entorno de las conductas humanas está siendo alterada tan rápidamente que todo el mundo siente que no puede seguir el ritmo. Hay una evidente disparidad entre la velocidad del cambio y nuestra capacidad para regular desde el Derecho sistemas de protección social que les permitan a los ciudadanos aprovechar al máximo estas aceleraciones y amortiguar sus peores efectos. ¿Y se pretende codificar con miras a la inmutabilidad que implica ese sistema legislativo? Un ejemplo claro sobre la fuente de convivencia donde aún no se ha legislado puede ser algo tan simple como los vehículos autónomos de nivel 4 o 5, esto es que no requiere conductor¹². Sin duda que la velocidad hoy se impone, pero por el sistema de leyes especiales es posible ir “aggiornando” las conductas en riesgo. El ejemplo más notable son los delitos vinculados a los estupefacientes que tienen una evolución acorde a los usos y costumbres. Evolución donde en una sola ley especial¹³ se fueron incorporando y actualizando no sólo en las distintas tipificaciones sino además en las normas procesales penales que, por lo especifi-

co del tipo requiere pautas acordes. Incluso se incorporan conceptos sociales del tratamiento propio para los adictos.

Para concluir entonces, el uso del Derecho Penal para la protección del medio ambiente es mucho más eficaz que el Derecho Civil o el Administrativo. Así lo afirman los tribunales más importantes de Estados Unidos¹⁴ y la Unión Europea¹⁵. Mas aún, como afirma el Juez Federal Sebastián Casanello en un fallo histórico donde tres Secretarios de Ambiente de la Nación quedan procesados por vulnerar la ley de glaciares, afirma que “La eficacia del proceso penal en general y de este en particular conduce a superar los estadios meramente declarativos, y es que demasiadas declaraciones y pocas concreciones deterioran la imagen del derecho y la confianza presupuestas en el sistema judicial”¹⁶. ¿Qué imagen queda para la sociedad al saber que la derogación inconstitucional de estas normas penales ambientales como las que establece el art. 55 y 56 de la ley 24.051, es impulsada por las más altas autoridades políticas y ambientales de nuestro país? Nada

mejor entonces que concentrar esfuerzos para proyectar una Ley para los Crímenes Ambientales que incluya no sólo los delitos más diversos vinculados al ambiente, sino que además un sistema procesal penal ambiental que complemente los federales y provinciales, tal cual ocurre hoy con la ley 23.737.

III. Los delitos ambientales

Será para otra oportunidad hacer un racconto de Derecho Comparado en lo que hace a los delitos ambientales en el resto de los países. Pero no quiero dejar de mencionar a la Unión Europea –y en especial el Parlamento– que ha liderado los cuerpos legislativos del mundo en cuanto al establecimiento de la jurisdicción universal para los delitos ambientales de gravedad tal que pueden ser comparados con los delitos de lesa humanidad. Es que se obliga a los Estados miembros a modificar sus ordenamientos internos para adecuarlos a los estándares mínimos de la Unión en materia penal ambiental. Se ordena criminalizar las conductas atentatorias

contra el medio ambiente, castigan la participación en delitos medioambientales dolosos, prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este tipo de ilícitos y exigen a los países miembros las sanciones que deben ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias” para castigar estos crímenes.

Aquella resolución 2008/99/CE¹⁷ del Parlamento Europeo y el Consejo de fecha 19 de noviembre de 2008 señala como delitos ambientales a:

- El vertido ilícito de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales al medio ambiente;
- El tratamiento ilícito, incluidos la eliminación, el almacenamiento, el transporte, la exportación o la importación ilícitos de residuos peligrosos (hidrocarburos, aceites usados, lodos de depuradora, metales o residuos eléctricos y electrónicos);
- El traslado ilícito de residuos para la obtención de un beneficio y en cantidad no desdeñable;
- La explotación ilícita de instalaciones

en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales al medio ambiente;

- La fabricación, tratamiento, almacenamiento, utilización, transporte, exportación o importación ilícitos de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales al medio ambiente;
- La posesión, apropiación o comercio ilícitos de especies animales y vegetales protegidas;
- El deterioro ilícito de un hábitat protegido;
- El comercio o la utilización ilícitos de sustancias destructoras del ozono.

III.1. Los delitos ambientales en Argentina

Existe en nuestra legislación sólo un par de normas que tutelan específicamente y puntualmente el ambiente reprimien-

do al que “contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”. Me refiero a los art. 55 (doloso) y 56 (culposo) de la ley 24.051. Al margen, existen otras normas que están destinadas a la protección de bienes jurídicos que, de una u otra forma protegen el ambiente como por ejemplo la ley 14.346 (sobre protección de animales, la ley 22.421 (de Conservación de la Fauna), etc. A su vez, el Código Penal de la Nación, en sus artículos 200, 201, 201 bis, 202 y 203, penaliza a quien contamina las aguas públicas, sustancias alimenticias, etc. Parece razonable entonces, descartar otras conductas cuyo bien jurídico tutelado –al menos formalmente– no es el ambiente. Por ejemplo, el incumplimiento de los deberes por parte del funcionario público (art. 2487249 del Código Penal), o la falsificación de instrumento público o privado y su uso (art. 292, 296 y concordantes). ¿Pero... es así? “...pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido”¹⁸. Defi-

nir al bien jurídico tutelado por la norma penal se ha transformado en un obstáculo al momento de permitir el rol de querellantes a las víctimas. Pero ocurre que son tantas las definiciones que impera la falta de certeza respecto de su contenido. Se trata de un concepto indeterminado que puede prestarse para cualquier cosa. En el marco del Derecho Penal Ambiental más que nunca queda claro que el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan algunos bienes de una determinada forma. En ese sentido el ambiente puede ser vulnerado ilegalmente por ejemplo con un informe de impacto ambiental adulterado que busca obtener una autorización ante el Ministerio de Ambiente. La falsificación en si misma atenta contra la fe pública, pero sin duda que el mayor perjuicio es al ambiente. El “interés vital” vulnerado es el ambiente. “Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico

no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico” nos dice Franz Von Liszt¹⁹. Dicho de otro modo, el “interés vital” no es únicamente el capitulado por el artículo del Código Penal. En tal sentido entonces el bien jurídico no se emparenta con la facultad concreta de una persona de exigir un comportamiento, sino con un interés vital para el desarrollo de los individuos en una sociedad determinada que puede amplificarse e incluso subordinarse. La protección penal a la fe pública se subordina a la protección penal al ambiente.

III.2. Los delitos ambientales y el Calentamiento Global

“El impacto socioeconómico del cambio climático se está acelerando”, según el informe “El estado del clima 2018” de la Organización Meteorológica Mundial. El peligro es nuevamente un concepto que debemos tener en cuenta cuando de tipificación se trata: Delitos de peligro abstracto porque la globalización como fenómeno social de

envergadura mundial es indiscutible. Entre otros efectos que ha generado el antropoceno que nos toca vivir está la globalización y en ese marco debe destacarse la construcción de un sistema financiero omnímodo, es decir, es un sistema que permite que los recursos económicos circulen por una diversidad de circuitos de difícil mensura si se atiende a la existencia de sistemas de carácter formal y otros articulados desde una informalidad direccionada a ocultar el origen del dinero que vehiculiza. Por ello no debe perderse de vista que han aumentado considerablemente los casos de lavado de dinero –previstos por el art. 303 de nuestro Código penal– que tienen como hechos criminosos preexistentes los delitos ambientales o la expoliación ilegal de los recursos naturales. Representan el tercer grupo de delitos más lucrativo del mundo, únicamente sobrepasado por el narcotráfico y el contrabando²⁰.

El grito de “Actuad Ya” de la activista ambiental Greta Thunberg no está referido solamente a la adopción de medidas paliativas para reducir el calen-

tamiento global. Por el contrario, hay un reclamo activo por “Justicia Ambiental” pero nos queda la duda si se incluyen la investigación de crímenes ambientales. En las masivas movilizaciones mundiales del año pasado se denunció que “el 71% de los gases a nivel mundial es emitido por 100 empresas”²¹ pero al parecer ningún fiscal inició las investigaciones correspondientes. La actitud reactiva se corresponde con estándares de un Sistema de Administración de Justicia que no se condice con las políticas ambientales –y entre ella las criminales– actuales. Los fiscales deben actuar en función a la prevención del delito, y claro está, una vez que el hecho delictivo ocurrió aplicar la sanción penal.

La necesaria extensión de las actividades que debería asumir Interpol merece ser destacada ya que por regla general esta organización internacional se enfoca que el tráfico ilegal de fauna, madera y algún caso muy puntual de volcado de residuos peligrosos. Tal por caso el Proyecto Eden que se trata de “una iniciativa de Interpol cuyo fin

es detectar y contrarrestar el comercio y el vertido ilícitos de residuos a nivel internacional, inclusive residuos electrónicos”²². O, también por caso el “Comercio del Carbono” en el marco del Tratado de Kioto pero enfocado desde la criminalidad financiera que negocia nada más que en la Unión Europea 148.000 millones de dólares²³.

IV. Los delitos ambientales de la ley 24.051 y la Competencia Federal

Un extenso debate se instaló a partir de la Instrucción General del Procurador General de la Nación 72/02²⁴ en la cual se instruyó a los Señores Fiscales Federales con actuación en el fuero penal para que “mantengan y promuevan la competencia para conocer en las acciones penales que deriven de la ley 25.612, conforme el capítulo IX de la Ley 24.051 vigente y de acuerdo al Capítulo III, Sección Primera del Código Procesal Penal de la Nación”. En prieta síntesis: la ley 25.612 fue sancionada por el Congreso de la Nación en

el año 2002 para regular la gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios. En oportunidad de tomar intervención, el Poder Ejecutivo haciendo uso de las atribuciones que le confieren el art. 80 de la Constitución Nacional, observó los arts. 51, 52, 53, 54 y 60 primer párrafo de la ley, es decir, no promulgó el nuevo régimen de responsabilidad penal con el que pretendía reemplazarse al de la ley 24.051, manteniendo entonces la vigencia de los art. 55 y ss. de este cuerpo legal.

En la citada Resolución N° 72/02, concluye el Procurador General de aquel entonces que “la ley 25.612, tal como quedó sancionada, al no modificar la vigencia del régimen penal establecido en la ley 24.051, mantiene la competencia para conocer de las acciones penales que se deriven de la aplicación de la ley en la Justicia Federal”.

IV.1. Dictámenes opuestos

Algunos fiscales federales de distinto grado han sostenido la competencia

de la justicia ordinaria contrariando en aquella época –desde mi más modesta interpretación– la mencionada instrucción general. Sostienen un nuevo criterio, el de la “interjurisdiccionalidad”. El primero en hacerlo ha sido el Dr. Luis Gonzales Warcalde, fiscal general ante la Corte Suprema en un dictamen al cual se remite el propio tribunal al momento de fallar en autos “Lubricentro Belgrano”²⁵. Ciertamente es que este caso es de fecha anterior a la instrucción general, pero se mantuvo invariable tal criterio en los casos sucesivos. Allí dijo que “a mi modo de ver, más allá de los materiales secuestrados por hallarse incluidos en la categoría Y – 9 del anexo I de la ley 24.051 podrían considerarse residuos peligrosos en los términos del art. 2 ley 24.051, ... de las demás probanzas agregadas al sumario no surgiría que esos desechos pudieran afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia de Buenos Aires. Por otra parte, es regla que en la interpretación de las leyes debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con

el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional. A partir de estas consideraciones y en función de un análisis armónico de las normas que rigen la cuestión con el art. 41 de la C. N., que atribuye a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente y a las provincias las necesarias para complementarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales, opino que corresponde declarar la competencia de la justicia provincial para entender en esta causa”.

En otro pronunciamiento del fiscal ante la CSJN el Dr. González Warcalde y ya vigente la Instrucción General, esta vez en el caso “Finca El Pongo / Palpalá”²⁶ sostiene entre otras cosas que “... a mi modo de ver el informe de fs. 61 resulta insuficiente para acreditar que los afluentes derivados al Río Grande no contaminan sus aguas ni ponen en peligro el medio ambiente más allá de los límites de la provincia de Jujuy, dado que éste finalmente desemboca en la cuenca del Río Bermejo. En mérito

a lo expuesto, estimo que corresponde al Juzgado Federal de Jujuy proseguir con el trámite de estas actuaciones, sin perjuicio de lo que resulte de la investigación posterior". Como podemos observar, en este caso se pronunció a favor de la competencia federal en razón de que se estaría contaminando a personas o al ambiente de otra jurisdicción, puesto que el río Grande desemboca en la cuenca del río Bermejo y atraviesa varias provincias. Es decir, hizo una aplicación cabal de su "doctrina de la interjurisdiccionalidad".

A favor de esta doctrina también se pronunció en numerosos dictámenes el Sr. Fiscal Federal ante la Cámara Nacional de Casación Penal Dr. Juan Romero Victorica, y traigo a colación el efectuado en el caso "Orellana, Juan Enrique y otro S/ recurso de Casación"²⁷ donde manifiesta "... La incompetencia del tribunal a quo resulta de la conjunción de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia y el derecho de defensa en juicio..." "... En efecto, dicho tribunal ha establecido que si

a cierta altura de la investigación no puede descartarse que las sustancias que pueden considerarse residuos peligrosos en los términos de la ley 24051 y si ellos podrían afectar a las personas o al ambiente más allá de los límites de la provincia donde son generados, en virtud de lo dispuesto por el art. 58 de dicha normativa, es ante la Justicia Federal donde debe sustanciarse la investigación..." "... Merece destacarse que en el requerimiento de elevación a juicio el fiscal sostuvo que "constataron el basural objeto de la investigación la presencia de residuos peligrosos comprendidos dentro del art. 2 de la ley 24.051. Este predio está ubicado en las márgenes del Río Seco, afluente del Río Famaillá, donde por disposición del Sr. Intendente y del Sr. Secretario de Obras y Servicios Públicos, se arrojaban todo tipo de residuos provenientes de la recolección diaria de basura, incluyendo residuos de carácter patológicos, sin que en el lugar se observaran las normas de tratamiento para la disposición final de los residuos lo que causó un peligro concreto en la salud de

la población por la contaminación del suelo, agua y el ambiente de dicha zona" "... En tales condiciones, en atención a que el art. 1 de la ley 24.051 exige que la contaminación provocada por la disposición de los residuos peligrosos tenga efectos interprovinciales para excitar la competencia federal conforme lo previsto en el art. 58 ibídem y que el requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio es el que determina la base fáctica y jurídica del juicio y debe estarse al marco de los hechos allí descriptos para determinar competencia del tribunal que debe conocer, por lo que corresponde que en la presente causa continúe la justicia provincial..." El Fiscal Romero Victorica entendió que la circunstancia de haber establecido en el requerimiento de elevación a juicio la contaminación de estos desechos afecta una "determinada zona" es de competencia de la Justicia Provincial, puesto que no se afectaría a personas o al ambiente de otras jurisdicciones, es decir hace una aplicación de la llamada "doctrina de la interjurisdiccionalidad".

IV.2. Mayor confusión: art. 55 ley 25.612

En más de 20 años de aplicación, se han dado varios en nuestros tribunales que otorgan una interpretación diferente a las normas legales citadas y hacen prevalecer la ley 25.612 por sobre la 24.051 a pesar del veto presidencial. Tal la doctrina que esgrimió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Taller de Chapa y Pintura Autosolutions S/ Infracción a la Ley 24.051"²⁸ "... el criterio de que la justicia competente sea la local ha sido receptada en la nueva ley 25.612, de residuos peligrosos, en su artículo 55. ... la existencia o no de afectación a personas o al ambiente de la jurisdicción, es una conclusión de hecho a la que se ha arribado en virtud de la valoración de las circunstancias comprobadas en la causa, y por lo tanto, le está vedado a este tribunal reexaminar tales extremos...".

Cabe destacar que la intención de los sres. jueces de nuestra Corte Suprema es rescatar la voluntad de senadores y diputados del Congreso de la Nación

al sancionarse la ley 25.612 mas no la que se plasma legislativamente de modo definitivo en atención al veto presidencial que sufre la norma. El nuevo artículo 55 decide que: "será competente para conocer de las acciones que se derivan de la presente ley la justicia ordinaria que corresponda.". Pero esta voluntad –repetimos– fue cercenada parcialmente por el P.E. al vetar las normas penales nuevas y la derogación de la ley 24.051 que se pretendía en el art. 60 de la nueva ley.

El cuadro, en resumidas cuentas, es el siguiente:

- 1) Rige la ley 25.612 en lo que no fue vetado.
- 2) La ley 24.051 en lo que no se contraponga a la ley 25.612 por aquel principio de que la norma posterior deroga a la anterior.
- 3) Rigen especialmente las normas penales de la ley 24.051 y aquellas que resulten necesarias para complementar el tipo penal tales como los concordantes y sus anexos I y II. De allí que al vetarse las disposiciones penales lleva implícito la derogación de las accio-

nes que forzosamente la acompañan. Es un claro principio que a toda norma le subyace una acción por medio de la cual es posible exigir su cumplimiento, pero en este caso específico la norma, el artículo 55 de la ley 25.612 es muy preciso. ". Las acciones que se derivan de la presente ley...". Si no hay acción penal por aplicación del veto a las normas específicas, no hay jurisdicción criminal o correccional dentro del mismo cuerpo legal.

Extinguida en la nueva ley sus disposiciones penales y con ello las acciones de igual carácter, sumado a que están vigentes los artículos de la ley 24.051, nos obliga a volver al texto anterior para resolver el conflicto que origina este comentario. De allí que entendemos la plena vigencia del artículo 58 de la ley 24.051 manteniendo la competencia de la Justicia Federal conforme al régimen anterior. Es que no hay contradicción entre sendos artículos como lo hace decir el fallo de la Corte referenciado ut supra. El 58 de la ley 24.051 hace exclusiva referencia a la acción penal, y el artículo 55 de la ley 25.612

al resto de las acciones que se vinculan a la Gestión de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.

IV.3. Primer argumento para sostener la Competencia Federal: el art. 1 es una norma administrativa

Las primeras interpretaciones jurisprudenciales en torno a la competencia hicieron centro en que el artículo 1 no integra el tipo penal ni hace mención a las normas de procedimiento penal referidas a la competencia federal. En este sentido cabe mencionar el fallo "Wentzel"²⁹, donde la Cámara Federal de San Martín –año 1992– explicó que: "La ley 24.051 es una de aquellas leyes "mixtas" pues contiene disposiciones federales, disposiciones de derecho común, e incluso algunas que se emplean en uno y otro carácter. Por otra parte, detrae de la jurisdicción local el conocimiento de los delitos que describe." "La ley en cuestión contiene un extenso número de artículos destinados a regular la actividad de las

autoridades administrativas federales y obligaciones de los particulares que identifica, cuyo cumplimiento será controlado por aquellas, que abarca la generalidad de su texto, con excepción del capítulo IX "Régimen Penal". Su dictado por el Congreso Nacional sólo pudo hacerse en ejercicio de sus atribuciones contenidas en el art. 67 inc.11 de la CN..." "Las previsiones de los art. 55 y 56 señalan entonces a los residuos peligrosos, para cuya determinación es necesario recurrir a lo que al respecto establece el art.2, pero en modo alguno a las expresiones del art.1 de las que resultan, como se señaló, los límites de la autoridad administrativa federal, límites por otra parte vinculados al reparto de competencias y poderes efectuados en la Constitución Nacional." "Una interpretación diferente afectaría sin fundamento la unidad del derecho común. La ley 24.051 tiene en mira unos y los mismos "residuos" para calificarlos de "peligrosos"; aquellos cuya condición de "peligrosos" es determinada por el art.2, son "los residuos a los que se refiere la presente ley" nombrados en el

art.55, y no dejan de serlo porque a su vez, dentro de ellos, el art.1 establezca distinciones para delimitar la competencia administrativa federal." "Este detrimento operado en el plano judicial no coincide ni interfiere con la delimitación de las competencias entre los poderes nacional y locales".

Esta interpretación de la Cámara Federal de San Martín en el caso "Wentzel" fue avalada y sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁰ donde estableció que "las disposiciones penales de la ley 24.051 no se integran típicamente con las enumeradas en el art.1 de esa ley, la cual en cambio, sí limita las facultades de índole administrativa de la autoridad de aplicación ante las que le corresponden a las provincias y municipios –arts. 59 y 67". Este criterio fue seguido por la CSJN en fallos posteriores³¹.

Es dable admitir que este criterio fue dejado de lado –contradictoriamente– a partir del caso "Lubricentro" antes mencionado sin que medie explicación viable por cuanto se trataron de allí en

más, de simples adhesiones a dictámenes provenientes de la Procuración General de la Nación. Pero el hecho de que se efectúe o transporte un residuo entre provincias, o que exista riesgo de afectación interjurisdiccional –art.1 de la ley 24.051– solo es relevante a los efectos de determinar la autoridad administrativa competente –Nación o Provincias– pero en modo alguno incide en los tipos penales de la ley, ni en la competencia federal de los jueces penales.

IV.4. Segundo argumento: Ubi lex non distingüe...

En contra de toda la teoría expuesta sobre la interjurisdiccionalidad y ya en fechas posteriores al caso Lubricentro existe jurisprudencia de algunas salas de la Cámara Nacional de Casación Penal que señalan la competencia federal de las acciones penales establecidas en la ley 24.051 con diverso fundamento. Traigo a colación las que hacen especial hincapié en que no debemos hacer distinciones cuando la propia ley no distingue:

“Resulta competente la justicia federal para entender en un proceso por infracción a la ley de residuos peligrosos, sin que tenga relevancia la circunstancia de que los efectos del delito se propaguen o no más allá de una única jurisdicción –en el caso, la ciudad de Buenos Aires– pues la sola y expresa disposición contenida en el Art. 58 de la ley 24.051 (Adla, LII-A, 52) que declara la competencia federal, es suficiente para determinar que debe ser esa la justicia que deberá intervenir en el proceso”³².

“Es competente la justicia federal para entender en la causa donde se investiga la infracción a la ley 24.051 de residuos peligrosos (Adla, LII-A, 52) – en el caso, desechos vertidos en la vía pública por un frigorífico– pues el interés federal está dado no sólo por el hecho de que los perjuicios que puedan causar los residuos trasciendan los límites de la Capital Federal, sino porque el legislador ha dado a la ley carácter federal y por ello ha previsto la intervención de los tribunales de excepción para conocer en los casos

que pueden adecuarse a los supuestos previstos en la misma³³.

Podríamos seguir citando fallos similares y coincidentes pero es útil explorar otro de los motivos por los cuales la competencia federal que se sostiene en la instrucción general debe reafirmarse.

IV.5. Tercer argumento: La gravedad del delito

No desconozco que el delito ambiental involucra actores distintos e imputados de condición económica y política distinta al común del resto de los autores penalmente sancionables. De hecho y aun cuando el bien jurídico tutelado sea el mismo –me refiero a la salud pública y dejemos de lado el análisis mencionado más arriba respecto a los bienes jurídicos tutelados– detener, indagar, procesar y condenar a un sujeto como narcotraficante por el hecho de estar parado en una plaza vendiendo marihuana es más sencillo que al propietario de un ingenio azucarero

que envenena el aire con partículas de hollín y el agua de los ríos con la vinaza residual, hasta tornarlo un curso de agua muerto. Y lo curioso es que el daño a la salud pública –si es que se adhiere al concepto de la salud pública humana– en el segundo caso es mucho más grave que en el primero si consideramos el número de los potencialmente afectados. No debe olvidarse que se trata de un delito de peligro.

Es por ello que entre las conclusiones del Taller Binacional “Garantías Judiciales para la protección del medio ambiente”³⁴ se dijo que:

- a) Es fundamental el reconocimiento del derecho humano al ambiente en carácter de derecho subjetivo público de pertenencia colectiva;
- b) Las cuestiones procesales no deben condicionar la efectividad de los derechos sustantivos en materia ambiental
- c) Los conflictos de competencia no deben entorpecer ni demorar el dictado de las medidas cautelares urgentes destinadas a evitar el daño ambiental (en consonancia con los largos conflictos sobre competencia

como los que se provocan al desoírse la Instrucción General comentada) d) Resulta oportuno recordar que en materia ambiental rigen los principios in dubio pro ambiente, pro homine y alterum non laedere.

En sintonía con lo dicho no podemos ignorar que, cuando el Estado criminaliza conductas como las que se tipifican en la ley 24.051, es porque la prevención y la sanción administrativa han fracasado. A título de ejemplo creo que el mismo camino ha recorrido la Ley Penal Tributaria a la que hemos hecho mención ut supra. Por ello se deposita la confianza de combatir estas conductas en los Fiscales y Jueces de Instrucción Penal elevando la apuesta hasta lo máximo posible: competencia federal, dolo eventual y tipificación como delito de peligro, figuras culposas y penas elevadas, remisión a normas penales en blanco, teoría de la responsabilidad mediata.

La respuesta a la gravedad que invoco ha sido mínima tanto en los ámbitos académicos como gubernamen-

tales y se acrecienta con planteos de competencia como los que analizamos. Es cierto que hay fallos dignos de destacar pero son insuficientes, como de la Cámara Federal de San Martín en el caso Klinger³⁵ que dijo “debe rechazarse el planteo sobre la legalidad de vertidos contemplados en la norma administrativa, si al mismo tiempo constituyen conductas punibles por la ley represiva, pues aun cuando en el plexo de normas administrativas se contemple la posibilidad del vertido de tales desechos, con un régimen de sanciones propios de su naturaleza, ello no implica una autorización o disculpa para quien por dicha vía cometa un delito previsto en la ley penal”. Por ello insisto que la gravedad del delito invocado por la ley 24.051 resulta crucial para sostener la competencia federal. Si es cierto que todo el cuerpo normativo debe ser interpretado armónicamente y si nadie duda sobre la competencia federal impuesta por la ley 23.737 en su art. 34, el mismo criterio debe sustentarse al cuestionar el art. 58 de la ley 24.051.

IV.6. Cuarto argumento: sustento constitucional y tratados internacionales

Como ha dicho Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, en el caso Centro Integral Médico Urquiza S.A.³⁶: "Más allá que la ley es expresa en cuanto a la determinación de la competencia, cabe recordar que desde el año 1994, la Constitución Nacional ha incorporado en su art. 41 los derechos ambientales, y en su cuarto párrafo se refiere a la potestad de la Nación de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección. En tal sentido, explica Germán Bidart Campos que "La cláusula tercera del art. 41 es una norma que corresponde a la parte orgánica de la constitución, porque define el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias. Al estado federal le incumbe dictar las "normas de presupuestos mínimos"; y a las provincias las normas "necesarias para complementarlas". Se trata de una categoría especial de competencias concurrentes. En efecto, a) los contenidos mínimos escapan a la competencia provincial, porque

son propios del estado federal; b) las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar lo mínimo. Pero en cuanto a los daños ambientales susceptibles de incriminarse como delitos, es indudable la competencia exclusiva del Congreso por tratarse de materia penal ("Manual de la Constitución reformada", Ediar, t. 2, p. 89/90, 1997). Agrega que "Todo ello demuestra que la reforma ha reconocido, implícitamente, que cuidar al ambiente es responsabilidad prioritaria del poder que tiene jurisdicción sobre él, lo que equivale a asumir la regla de que la jurisdicción es, como principio, local -provincial y municipal- No obstante, el perjuicio al ambiente no suele detenerse localmente, porque es movetizo y transferible más allá del lugar de origen; la interdependencia del ambiente es, entonces, un parámetro que sirve de guía, y que convoca al estado federal a fijar los presupuestos mínimos de protección. Estos rigen tanto para el ámbito local, donde acaso quede circunscripto el perjuicio sin difusión extrajurisdiccional, como más allá de él en el supuesto habitual de que el proambiental no

sea jurisdiccionalmente divisible. Mas no obstante la reserva de las jurisdiccionales provinciales para aplicar las normas ambientales, creemos viable que a) determinados delitos ecológicos puedan revestir la naturaleza de delitos federales (y no de derecho penal común) y, por ende, las respectivas causas judiciales deban tramitar ante tribunales federales; b) fuera del ámbito penal, el estado federal también invista excepcionalmente jurisdicción judicial federal para aplicar y ejecutar alguna políticas y medidas protectoras del ambiente, si acaso la unidad ambiental lo reclame sin lugar a duda." (op. cit. p. 91).

Y sigue diciendo el ilustrado fallo ...Por último, cabe recordar que la Argentina es Parte signataria de la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono -ley 23.724-, del protocolo de Montreal sobre control de las emisiones contaminantes -leyes 23.778, 24.040 y 24.167-, y del Convenio de Basilea -ley 23.922-, luego, para tornar operativos los postulados y obligaciones de tales acuerdos, a través de la punición que contempla la ley 24.051

se protege a todos los componentes del ambiente tal como aquéllos instrumentos imponen. Además, la ley 24.051 fue promulgada para, entre otros objetivos, hacer operativo el compromiso del Estado de tomar medidas internas para reducir al mínimo la generación de desechos. Así, los Anexos I, III y IV del Convenio se reproducen íntegramente como anexos I, II y III en la ley 24.051 (conf. Gasipi, Pablo Luis, "La competencia de los jueces federales para juzgar los delitos contra el ambiente", *El Derecho Penal, doctrina y jurisprudencia*, ED, febrero de 2003, p. 41 y siguientes). Todo tratado internacional incorporado a nuestro derecho interno es una norma de naturaleza federal, cualquiera sea la materia que regule y aunque dicha materia sea dentro de nuestro derecho una materia propia del derecho común o local. Reconocer naturaleza federal a los tratados no es cuestión puramente teórica, porque tiene como efecto práctico el hacer judicialable por tribunales federales toda causa que verse sobre puntos regidos por un tratado y hacer viable el recurso extraordinario ante la Corte para su interpretación".

O dicho de otro modo por su naturaleza federal los acuerdos internacionales quedan sometidos al conocimiento y decisión de la justicia federal, conforme a las reglas de determinación de la competencia federal surgidas de los arts. 116 de la CN y 2 de la ley 48. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la materia jurídica de los tratados internacionales pertenece sin distinción al derecho federal porque ello le permite al Tribunal Máximo conocer de la sentencia que se dicte en el proceso, por medio del recurso extraordinario federal fundado en el inciso 3 del art. 14 de la ley 48. Así, el principio de responsabilidad internacional de la República Argentina en sus relaciones internacionales no resulta vulnerado³⁷.

IV.7. Volviendo a la interjurisdiccionalidad: alguna explicación posible

Este criterio se basa en la conformación del tipo penal: Dice el art. 55 "Será reprimido con las mismas penas esta-

blecidas en el art. 200 del Código Penal el que, utilizando los residuos a los que se refiere la presente ley, envenenare...". Y reza el art. 58. "Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la justicia federal". Está claro entonces que para que exista delito federal los residuos contaminantes deben ser los contemplados en la ley 24.051. Caso contrario cabe el sobreseimiento o la desestimación de la denuncia.

Quienes como los fiscales Gonzalez Warcalde o Romero Victorica piensan en la incompetencia de la justicia federal –no así en el sobreseimiento o la desestimación– dicen que el tipo penal se integra con el art. 1 de la ley 24.051 que dice "La generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella, o cuando, a

criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas”.

Me permito destacar la conjunción disyuntiva “o” que denota alternativa. Es allí donde se insiste que la ley impone la obligación de afectar a las personas o el ambiente más allá de las fronteras de la provincia en que se hubiesen generado. Pero aún en esta interpretación –con la que no coincidí– debemos insistir que la conjunción está porque no se trata de una sola alternativa como lo hacen suponen quienes sostienen el criterio fundado por el caso “Lubricentro”. Son al menos cuatro las alternativas que ofrece el artículo y sin embargo nin-

guna de las otras tres posibilidades es analizada. Más aún, estoy convencido que la última de ellas –“, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación”– está dirigida a la uniformidad que establecen los anexos I y II de la ley 24.051.

Pero sigamos haciendo un esfuerzo para comprender el concepto de interjurisdiccionalidad. Está claro que no se trata de una cuestión de competencia sino de integración del tipo penal. Estamos investigando un delito federal tipificado por una ley que requiere que se afecten al menos dos provincias: una en donde se origina la descarga y otra ajena a ella. Si ello no ocurriese el tipo penal de los art. 55 y 56 de la ley 24.051 no está integrado y sólo cabe el desistimiento o el sobreseimiento –según el estado procesal de la causa–. Pero nunca una declaración de incompetencia ya que por razones obvias los jueces ordinarios no pueden fallar en

los casos en que la ley asigna competencia expresa a la justicia federal.

IV.8. ¿Competencia Federal y el fin del debate?

“La competencia penal federal es privativa e inalterable lo que indica que solo pueden entender los tribunales federales a quienes la Constitución Nacional les ha encomendado las facultades excepcionales y no puede sufrir variaciones después de la comisión del delito, aunque la materia o el contenido del delito sufra modificaciones, o cambie la investidura del sujeto activo o pasivo, o la afectación del territorio que surtía el fuero federal”³⁸. De allí que resulta impropio sostener la competencia ordinaria luego de una supuesta verificación de que los contaminantes no afectan a otras provincias. Más aún hemos expuesto varias razones puntuales y concretas para sostener la competencia federal. Es de esperar un cambio de criterio en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del mismo modo que el caso “Lubricentro” provocó

el primer cambio y siguiendo, esta vez, el criterio rector de varias salas de la Cámara Nacional de Casación Penal.

V. Despedida

Quien ha seguido la lectura hasta aquí merece todo mi respeto porque no podrá negar bajo ninguna circunstancia que es todo un desafío el que aquí propongo. No es habitual que acepte este tipo de invitaciones con los que hoy me honran porque mis treinta años de investigar delitos ambientales como fiscal federal me han tornado escéptico en mi idoneidad para convencer –por mi propia incapacidad– a los colegas lectores como los que tiene esta ilustrada revista. Por ello me he dedicado a dar talleres y conferencias orientados a legos que resultan ser víctimas directas de los crímenes ambientales alentándolos a hacer denuncias por crímenes ambientales y dando alas para participar en nuestro Sistema de Administración de Justicia tratando de revertir el recelo que manifiestan y es por todos conocido. Por

todo ello escribir estas líneas es un reto. Exprofeso no ingresé en el oscuro laberinto de la interpretación de los artículos 55, 56 y concordantes excepto para sostener la competencia federal de los citados tipos penales. Y por cierto, menos en argumentar a favor de los Delitos Ambientales de Lesa Humanidad (DALH) y mucho menos el concepto de ecocidio que se pretende introducir en el Tratado de Roma para que pueda ser juzgado por la Corte Penal Internacional. Me niego absolutamente a semejante despotismo de mi parte. Quizá en otra ocasión. ■

CITAS

¹ El 17 de julio de 1998, en Roma, 160 países decidieron establecer una Corte Penal Internacional permanente para juzgar a los individuos responsables de los más graves delitos que afectan al mundo entero, tales como genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y existe una iniciativa para incorporar el delito de ecocidio como un crimen internacional más.

² http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/carr_esp_recnaturales_plan.php

³ El Observatorio de Lenguaje Claro fue creado en marzo de 2021, por Res. (D) N° 7616/21 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y surge como respuesta al problema que genera la falta de confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia, en parte y apariencia por la dificultad que le significa comprender el lenguaje del derecho. Podemos estar de acuerdo o no con el diagnóstico del descrédito que se sostiene, pero indudablemente es una gran apuesta desde la academia hacia el lego.

⁴ Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

⁵ Solo por dar un ejemplo, la Universidad Nacional de Tucumán ha recibido más de cien millones de dólares como aporte de Minera La Alumbra. El ex rector Juan Cerisola y otros funcionarios irán a juicio por malversación de unos \$340 millones (US\$ 85,5 millones, según la cotización de ese momento).

⁶ RODRÍGUEZ CAMPOS, ELOÍSA, *Régimen pe-*

nal de residuos peligrosos, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pág. 35.

⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES, *La contaminación ambiental como delito en el Código Penal peruano*, en *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*, Lima, Jurista, 2009, pág. 188.

⁸ https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/titulo-ambiental_codigo-penal-argentino.pdf

⁹ Recomiendo leer “La polémica sobre la codificación” donde se rescata las ideas de Friedrich Karl von Savigny. Aquel un jurista alemán, nacido en Fráncfort del Meno el 21 de febrero de 1779 y fallecido en Berlín el 25 de octubre de 1861, fue el fundador de la Escuela Histórica del Derecho alemana que se opuso al proceso de codificación que impuso el Código Napoleónico.

¹⁰ Entre sus partidarios más notables, figuraron juristas tales como Puchta, Jakob y Wilhelm Grimm, Eichhorn, Niebuhr y Windscheid.

¹¹ Chris Anderson escritor especializado en Tecnología, en la revista Foreign Policy del 29 de abril del 2013 y en referencia al impacto de

los smartphones hace seis años atrás.

¹² Pensemos en la relación velocidad de cambio y tiempo: A partir del año 1900 eran necesarios veinte o treinta años para que la tecnología diera un paso lo suficientemente grande para que el Derecho lo regulase. Piensen en la navegación aerocomercial. Pero a partir de los teléfonos smartphones, internet, 5G, la nube, etc. permite cambios de la manera más rápida y barata que dispara la velocidad de cambio a escala global en la que la conducta humana, la civilización humana y por lo tanto el Derecho no se adapta. Por el contrario, busca abroquelarse en estructuras perimidas.

¹³ Ley 23.737.

¹⁴ Waters and Wetlands Reports citado por Vercher Noguera en su obra “*Comentarios al Delito Ecológico. Breve Estudio de Derecho Comparado entre España y los Estados Unidos*” Madrid Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Colección Temas Penales, B, 5, pág. 63 y también informado por Jessup, E.H en su trabajo sobre “*Environmental Crimes and Corporate Liability: The Evolution of the prosecution of Green Crimes by Corpo-*

rate Entities” publicado en *New England Review*, vol 33: 1 pag. 724 cuando relata el impacto del desastre del Exxon Valdez en Alaska en la sociedad y a partir del cual el reclamo ciudadano en el país del norte exigiera un sistema más duro de protección del medio ambiente.

¹⁵ Art. 13 de la Declaración 1600/2002/CEE relativa al Sexto Programa de Acción Ambiental de la Unión Europea y la Resolución 77/28 del Consejo de Europa.

¹⁶ Puede leerse en uno de los últimos párrafos del fallo que luce en la página oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <https://cij.gov.ar/nota-28650-El-juez-Casanello-proces--a-ex-titulares-de-la-Secretar-a-de-Ambiente-por-vulnerar-la-ley-de-glaciares.html>

¹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>

¹⁸ ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal*. Parte general, t. I, trad. y notas de DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, y JAVIER DE VICENTE RAMESAL, Civitas, Madrid, 1997 [obra alemana, München, 1994], p. 54.

¹⁹ VON LISZT, FRANZ, *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintilliano Saldaña, t. II, 4a ed., Reus, Madrid, 1999, p. 6.

²⁰ <https://www.fiiapp.org/los-delitos-medioambientales-se-han-convertido-en-el-tercer-delito-mas-lucrativo-del-mundo/>

²¹ <https://www.pagina12.com.ar/221937-masiva-manifestacion-contra-el-calentamiento-global>

²² Lanzado en 2013, implica a figuras claves como responsables políticos, organismos encargados de la aplicación de la ley y los sectores de la electrónica y de los residuos eléctricos y electrónicos.

<https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-el-medio-ambiente/Delitos-de-contaminacion>

²³ Según la “European Union Emissions Trading Scheme” (EU ETS) y la “Guide to Carbon Trading Crime”

<https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-el-medio-ambiente/Delitos-de-contaminacion>

²⁴ Luego modificada por la PGN 31/2010.

²⁵ JA 2001-III-88; Fallos 323:163.

²⁶ De fecha cuatro de abril del año 2006.

²⁷ Expte. judicial N° 6237 del registro de la Sala IV de la mencionada Cámara.

²⁸ Registro N° 4270 de la CSJN.

²⁹ JA 1993-I- 247.

³⁰ “Competencia N° 868 XXIV” del 19/10/1993.

³¹ “Competencia N° 161 XXVII APESUP exp-te. N° 445/93, del 13/10/94”; “Competencia N° 92 XXXI, Melazo s/denuncia ley 24.051, del 31/10/1995”.

³² Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, Fecha: 06/11/2003, Partes: “Rodríguez Patricia N. y otros s/competencia”.

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII, Fecha: 26/06/2003, Partes: Frigorífico Bark S.A.

³⁴ Realizado en Colonia Suiza, República

Oriental del Uruguay, los días 24 y 25 de abril de 2004 y organizado por Proyecto de Protección Ambiental del Río de la Plata y su Frente Marítimo (FREPLATA), el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la República Argentina y la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

³⁵ Citado por MAURICIO LIBSTER en “*Delitos Ecológicos*” pág. 227, Ed. Depalma.

³⁶ La Ley 2004-A, 783.

³⁷ “...atendiendo al predominio de la cuestión federal, la naturaleza federal de la ley y la circunstancia de reglamentar directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad -art. 16 y cc. de la Ley Fundamental y pactos internacionales incorporados a ella...SUMARIO DE FALLO 11 de Julio de 2006 Id SAIJ: SUA0069111.

³⁸ Nos dice la DRA. SILVIA PALACIO DE CAIERO en su obra “*Competencia Federal*” (fs. 303).

ENTREVISTA

Entrevistador

Dr. Ariel **Ariza**



myf

126



Dr. Ricardo **Lorenzetti**

*Ministro de la Corte Suprema de Justicia
de la Nación Argentina*

myf

127

El lugar creciente que tiene la preservación del medio ambiente dentro de las preocupaciones y prioridades sociales ¿se refleja adecuadamente en las asignaciones presupuestarias para sostener las políticas estatales?

Es muy claro que hay un distanciamiento entre el funcionamiento de las instituciones y las demandas sociales, al menos en los países del mundo occidental. Las instituciones de base electoral tienen incentivos para dar beneficios inmediatos a fin de conformar a sus electorados, y por ello no se resuelven los temas más complejos que implican imponer costos. Por esta razón los problemas no se solucionan, y se trasladan de año en año. Ello explica también que ese tipo de problemas terminan en los poderes judiciales, que no tienen base electoral, y puede imponer costos en función de beneficios futuros. El tema ambiental está hoy en muy presente en los poderes judiciales en muchos países.

En el momento actual de cambio climático ¿cómo observa a nuestro país en el contexto regional de políticas de preservación del medio ambiente?

Considerando el nivel de emisiones global, es claro que Argentina sufre más de lo que contribuye en el calentamiento global. Sin embargo, todos los países tienen que hacer su aporte y a ello se han obligado mediante diversos tratados. También hay que entender que el cambio también es una oportunidad, porque nuestro país

tiene un gran futuro en la nueva economía ambiental.

La nueva economía ambiental puede ser un camino para la solución de la pobreza.

¿Cuáles son a su criterio las perspectivas y temas que la agudización del cambio climático viene instalando en la agenda pública?

El cambio climático está en la agenda de todos los organismos internacionales porque vamos directo al colapso ambiental. Es un nuevo enemigo al que hay que debemos enfrentar todos juntos. La polarización es algo secundario cuando se nos termina el planeta.

¿Cómo se puede lograr una capacitación judicial acorde con las particularidades y necesidades de la materia ambiental?

Argentina tiene un poder judicial muy avanzado en temas ambientales y su jurisprudencia es reconocida a nivel mundial. Tenemos que capacitar en aspectos específicos, sobre todo en el tipo de procesos policéntricos y en las sentencias que miran hacia el futuro; son temas nuevos.

En su reciente obra “El nuevo enemigo” queda reflejada la actual coyuntura del colapso ambiental, ¿cómo definiría las prioridades y fortalezas que corresponden a los sistemas judiciales ante esta catástrofe global?

En nuestro país tenemos muchas leyes, aunque faltan otras sobre temas específicos. El problema central es aplicarlas, y allí es donde los poderes judiciales tienen un rol fundamental. También es un modo de reconciliar a los poderes judiciales con las demandas sociales. Los incendios, la escasez de agua, son buenos ejemplos.

¿Cómo observa la producción de conocimiento jurídico en este presente tan agudo para la materia mediambiental? ¿Se están registrando los cambios y adaptaciones conceptuales para dar las respuestas que necesitan la sociedad?

Creo que se está generando un nuevo paradigma ambiental que comprende todas las disciplinas y en ese aspecto estamos muy avanzados en nuestra región.

¿Qué autores considera que hoy en día marcan la orientación principal como voces autorizadas en materia de Derecho Ambiental?

Creo que es muy importante la doctrina jurídica brasileña, líder a nivel mundial, junto con Argentina.

Existen algunos temas se visualizan como estratégicos en la defensa ambiental como por ejemplo las cuestiones remuneratorias de los profesionales del derecho que intervienen en litigios ambientales ¿es adecuado el régimen tradicional de regulación de honorarios para las cuestiones ambientales?

El tema de los honorarios profesionales es un aspecto de regulación legal que cada provincia decide según sus criterios. Obviamente que es un incentivo para que haya más abogados y abogadas que actúen en el campo ambiental.

En lo referido a la eficacia de los procesos ambientales es frecuente observar las dificultades para afrontar los costos de los dictámenes periciales que suponen conocimientos específicos, complejidad y duración para su producción ¿existen mecanismos u opciones alternativas para obtener el financiamiento de estos elementos tan definitorios para la tarea judicial?

El acceso a la opinión científica es un verdadero problema, por sus costos y por la influencia que reciben por parte de los grandes operadores del sistema. La solución al alcance es la opinión de las Universidades, debidamente controlada, como se hizo en la causa “Riachuelo”.

¿Piensa que para mejor protección del ambiente debería avanzarse hacia la instauración de la responsabilidad ultra objetiva por el daño ambiental de incidencia colectiva? ¿Qué otras reformas legislativas serían convenientes?

Creo que en materia de factores objetivos de responsabilidad tenemos un sistema muy bueno en la ley general del ambiente.



myf

130

JUSTICIA Y GÉNERO



myf

131



myf

132



**Violencia de género.
El no pago de la cuota
alimentaria como
manifestación
de violencia de género
económica-patrimonial**

Dra. Alicia Ana
Galletto

*Jueza del Tribunal Colegiado de Familia
de la 4ª Nominación de Rosario*

Introducción

Aunque parezca un tema ya tratado en reiteradas oportunidades, el fenómeno de las violencias contra las mujeres, es de tal persistencia, que amerita abordarlo nuevamente, para profundizar cada vez más en sus distintas manifestaciones con la finalidad de conseguir desarticular comportamientos, conductas prácticas que se encuentran naturalizadas en nuestra sociedad.

En efecto, si bien se ha logrado instalar el tema, tanto en la legislación como en los debates y diseño de políticas públicas, aún queda un largo camino por recorrer en el camino de erradicar la violencia contra las mujeres y garantizar la tutela efectiva al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias.

En esta oportunidad, desde mi experiencia como jueza de familia, quiero realizar algunos aportes para reflexionar sobre violencia económica y patrimonial ya que a diferencia de la violencia física y psicológica, la violencia económica y patrimonial aún suele pasar desapercibida y a pesar que se encuentra definida y descripta en la Ley 26.485, aún son pocos los casos en que se pone el acento en ella al tiempo de resolver.

De tal forma, al analizar un caso en concreto, con una adecuada perspectiva de género, debe prestarse atención a las diferentes características, a veces muy sutiles, que presenta la violencia económica- patrimonial contra las mujeres.

Dar cumplimiento al compromiso asumido por el poder judicial de juzgar con perspectiva de género, implica por parte de los operadores judiciales, no sólo revisar las interpretación de las normas vigentes, sino también revisar nuestras prácticas cotidianas, implica una revisión total de nuestra labor, una tarea introspectiva que nos lleve a revisar toda nuestra actuación.

Ello así, puesto que la perspectiva de género no debe ser tenida en cuenta solo al tiempo de dictar sentencia, sino que debe estar presente a lo largo del desarrollo del proceso hasta el dictado de la sentencia definitiva, sin perder de vista la cuestión del plazo razonable de duración del proceso ¿cómo no tener en cuenta el impacto diferenciado entre las partes que tiene la duración del proceso?

La garantía de tutela judicial efectiva implica que el proceso judicial reconozca y compense los factores de desigualdad real entre las partes y ello desde el acceso a la justicia hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia.

La 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad prevén en la regla 25 “Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condiciones de vulnerabilidad”.

De tal forma, abordar los casos con perspectiva de género, nos permitirá evaluar:

- El impacto diferenciado de las normas;
- Si la interpretación y aplicación del derecho lo es de

acuerdo a roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres;

- La legitimidad del establecimiento de tratos diferenciados en las normas, resoluciones y sentencias.

Marco jurídico de la tutela contra la violencia de género

Recortando la historia de movimiento de mujeres y su lucha en pos del reconocimiento de los derechos de las mujeres, nos remontaremos a los años '70, donde la violencia de género se convierte en tema de interés como consecuencia de la lucha del movimiento feminista y el de mujeres, cuyo accionar impactó en los organismos internacionales y logró colocar el tema en agenda.

Consecuencia de ello, en 1979 las Naciones Unidas sancionaron la CONVENCIÓN DE LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW por su sigla en inglés). La república Argentina aprobó la Convención por ley 23.179, que fue promulgada el 27 de mayo de 1985, y adquirió rango constitucional al ser incorporada al bloque constitucional del art. 75, inc. 22, CN.

La CEDAW es tal vez el instrumento más importante de pro-

tección de los derechos humanos de las mujeres, la Carta de los Derechos de las Mujeres, y a partir de ella se cuentan con todas las herramientas normativas necesarias para sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, da fundamento a la adopción de medidas que pongan fin a las situaciones de violencia que padecen las mujeres, cualquiera sea el tipo de ellas.

Repasaremos brevemente algunas de las disposiciones que contiene la CEDAW, y que son las que constituyen el fundamento constitucional de muchas decisiones que se toman a diario en los juzgados de familia..

En el art. 1° establece el concepto —jurídicamente válido para todos los Estados parte— de discriminación, que dispone:

Define la discriminación contra la mujer en los siguientes términos *“denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*

Aquí contamos con una pauta fundamental para el análisis cuando la Convención dispone “tenga por objeto o resulta-

do”; puesto que aquí se abre al análisis del caso en concreto y va más allá de la igual formal.

La Convención diferencia *la igualdad formal y la igualdad sustantiva*, ya que pone el acento en el resultado de una determinada norma o disposición, de tal forma que desde aquí se enlazan aquellas medidas que pretenden asegurar la igualdad real o sustantiva.

También brinda las herramientas para alcanzar esta última con las *medidas de acción afirmativa, o medidas especiales de carácter temporal*. Estas acciones buscan acelerar los cambios hacia la eliminación de la discriminación entre hombres y mujeres.

El art. 2º, inc. b) de CEDAW establece *Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: ... b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer...*

El art 4 de la Convención dispone “1. *La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal en-*

camadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. *La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.*

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) *Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;*

La Convención no se limita a la tutela de la igualdad de las mujeres sólo como no discriminación; sino que –en palabras de Roberto Saba– más allá de la igualdad ante la ley y la no arbitrariedad en los criterios de distinción; sino que reclama el avance hacia la igualdad como no sometimen-

to, exigiendo acciones positivas, tendientes a compensar la desigualdad estructural entre hombres y mujeres.

El Comité CEDAW, emitió en el Año 1992 la Recomendación General N° 19 “violencia contra las mujeres”, en la cual expresamente señaló que la violencia basada en el género constituye discriminación; señaló que dicha violencia menoscaba o anula el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las mujeres; y destacó que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la debida diligencia para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

Asimismo, en 1993, en la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos realizada en Viena en la Declaración y plan de acción de Viena, señalaron estar “Profundamente preocupada por las diversas formas de discriminación y violencia a que siguen expuestas las mujeres en todo el mundo” y expresando que “los derechos de las mujeres son derechos humanos y que la violencia contra ellas es una violación de los derechos humanos”.

En ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración sobre Eliminación de la Violencia Contra la Mujer* que expresa que ésta constituye una

manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer, y que los Estados se comprometen a luchar contra la misma y a no oponer la cultura y la tradición como justificativo para tolerar la violencia contra las mujeres.

En tanto que en 1995, la *IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, su Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing* establecieron medidas a adoptar por los Estados, en particular la aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos, la revisión periódica de la legislación sobre la Violencia contra la Mujer, la incorporación de la perspectiva de género en las políticas y legislaciones encaminados a proteger y a apoyar a las mujeres víctimas de violencia, el acceso a la justicia y a los recursos efectivos, y medidas de sensibilización y educación.

A nivel regional en 1994, se sanciona la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém do Pará* (Belém do Pará), ratificada por la Argentina mediante Ley 24.632 en marzo de 1996.

La convención interamericana establece -art. 2°- que la violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento

físico, sexual o psicológico a la mujer o amenaza de cometer tales actos o cualquier otra forma de violación a su libertad, sea en el ámbito público o privado:

- a) dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer,
- b) en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona,
- c) perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Belém do Pará expresa de manera contundente el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado -art 3º-

Dispone la obligación de los estados de modificar patrones de práctica judicial y/o normas jurídicas y de procedimiento que toleren la violencia contra la mujer; actuar con la debida diligencia; proveer de un recurso judicial sencillo y eficaz a la mujer; tener en cuenta en toda política en materia de violencia contra las mujeres las particularidades de cada mujer, y aquellas que las hacen más vulnerables a la violencia (como estar embarazada, ser madre de niños(as) pequeños(as), ser una niña o una mujer de la tercera edad, ser inmigrante, estar discapacitada, etc.); diseñar Planes Nacionales de Lucha contra la violencia contra las mujeres, etc.

En 2004 con la emergencia del *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención "Belém do Pará"* (MESECVI) se impulsó la sanción de leyes específicas para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia (leyes de segunda generación) contemplando los espacios privado, comunitario y estatal, o en manos del Estado, para la conceptualización de las varias formas de violencia contra las mujeres que incluyen la violencia doméstica y/o familiar, institucional, y sus formas económica/patrimonial, etc.

En nuestro país, en el año 2009 se sanciona la Ley 26.485 que cumple con las pautas de "Belém do Pará" y las recomendaciones del MESECVI al ampliar la conceptualización de las violencias contra las mujeres y niñas a formas de violencia en la comunidad y ejercidas por el Estado, y también, al indicar que se realizará un Plan Nacional de lucha contra las violencia contra las mujeres.

Señalaré algunas de las definiciones establecidas en la Ley 26.485 vinculados con el tema de estas reflexiones.

Artículo 4.- Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, que afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual,

económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera *violencia indirecta*, a los efectos de la presente Ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

Artículo 5, inciso 4) Violencia Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: (...)

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna. La limitación o control de sus ingresos (...).

ci) El decreto reglamentario 1011/2020 agregó

c).- En los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna.

Artículo 6.- (...) a) *Violencia doméstica contra las mujeres:* aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico don-

de ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres.

Se entiende por *grupo familiar* el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

El Código Civil y Comercial es -o pretende ser- género neutro; parte de una presunción de la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres en sus relaciones jurídicas. Específicamente en las disposiciones vinculadas con el fuero de familia, las medidas positivas se fundan en la solidaridad familiar o cuando corresponde, en el interés superior de niñas, niños o adolescente involucrados en el proceso, pero sin una consideración en relación al género.

A modo de ejemplo de la neutralidad de género del C.C.C., puede citarse la del art. 660 -que reconoce valor económico a las tareas de cuidado-; art. 666 -cuidado personal compartido-, manteniendo el ideal de corresponsabilidad entre los progenitores que se plantea como regla general, aunque la realidad nos muestra que los patrones socio culturales

de distribución estereotipada de los roles al interior de la familia aún se imponen, lo cual no puede pasar inadvertido para los operadores judiciales.

La violencia económica – patrimonial al interior del grupo familiar

Puesta la mirada específicamente en la violencia de género económica-patrimonial, la mayor parte de ella se configura con el no pago de la cuota alimentaria de los hijos que conviven con la madre.

Tal como lo señala Claudia Hasanbegovic, “El No Pago de Alimentos para los(as) hijos(as) (NPA) es un fenómeno extendido y frecuente tanto en la sociedad argentina como en el resto de nuestra región, realizado por los padres no convivientes, y sancionado por numerosas legislaciones de América Latina (Argentina, 2009; El Salvador, 2010; Bolivia, 2011; Nicaragua, 2012) que lo conciben como una de las formas de la violencia de género: violencia económica y patrimonial que afecta a las familias monomarentales. En la Argentina, país objeto de nuestro estudio, el NPA es un delito desde el año 1950 (Ley 13.944) y constituye una violación a los derechos humanos de los(as) niños(as) debido al fracaso del Estado en garantizar el pago de alimentos por

parte del padre no conviviente (Convención Internacional de los Derechos de los(as) Niños(as) -CDN- en Constitución Nacional. art. 75, inc. 22).

Para entender la situación de desventaja económica y patrimonial en que se encuentran las mujeres, debemos tener en consideraciones el entrecruzamiento de circunstancias que coadyuvan a colocar a la mujeres en situación de sometimiento económico y dependencia personal de los hombres. En efecto, el entrecruzamiento entre la distribución entre lo público -reservado para los hombres- y lo privado -reservado para las mujeres-; la asignación estereotipada de las tareas de cuidado como propias de las mujeres; los estándares de “buena madre”; “madre abnegada” que exige de las mujeres relegar su realización personal y profesional en pos del cuidado de los hijos e hijas, y también de las personas enfermas o ancianas de la familia, coloca a las mujeres en situación de grave desventaja económica-patrimonial, que afecta su libertad para la toma de decisiones vinculadas con su plan de vida persona.

Frecuentemente ocurre que estos pactos de convivencia, con una distribución de tareas asimétrica en perjuicio de la mujeres, como obedecen fuertemente a patrones socio culturales de distribución de roles por género dentro de la sociedad, pasan desapercibidos durante la convivencia

del grupo familiar y es al tiempo de la ruptura de la convivencia donde el grado de sometimiento en el que se encontraba la mujer y las graves consecuencias para el desarrollo de una vida digna y libre que esa ruptura del pacto de convivencia le acarrea.

Dejar de tolerar situaciones de aprovechamiento de la superioridad económica de quien fuera su pareja, para muchas mujeres implica caer en la pobreza, la modificación abrupta de las condiciones de vida de las que gozaba tanto ella como los hijos e hijas -cuyos cuidados mayoritariamente asumen las mujeres-.

Sin una adecuada mirada de género y sin operadores del sistema de justicia -tanto de quienes representan en el proceso judicial a las mujeres como las/os funcionarias/os y magistrada/os- capacitados en la temática de género y todas las intersecciones que se incluyen cuando se brega por *“modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer* -como as-

pira la Convención “Belem do Para” en su art. 8°- muchas situaciones de violencia económica patrimonial quedan invisibilizadas y el proceso judicial no logra dar una respuesta orientada a ponerle fin.

Para ilustrar con ejemplo de la situación a la que hago referencia, es el caso -abrumadoramente frecuente- de la pareja que por diferentes razones interrumpe la convivencia, los/as hijos/as permanecen conviviendo con la madre y el padre -a veces principal proveedor de la familia otras veces ambos aportando de forma similar- no abona regularmente una cuota alimentaria -no paga en absoluto o paga una suma insuficiente o realiza los pagos esporádicamente- obligando a la mujer a un esfuerzo económico desproporcionado, ya que deberá cubrir la ausencia de aporte paterno. Será la mujer quien deba aportar la totalidad de los recursos para el sostenimiento de la prole, con el sacrificio económico que ello implica.

Complejizando la situación, también hay que considerar las tareas de cuidado de los/as hijos/as, que aún cuando el progenitor cumpla con un régimen de comunicación, en una abrumadora mayoría de los casos, continúa teniendo como principal responsable de los cuidados a la mujeres. Así, cuando el hijo/a se enferma es la madre quien debe organizar sus actividades para permanecer al cuidado; cumplir

con las tareas escolares, las actividades extracurriculares suele ser “obligación” de la madre; inclusive, hasta el aburrimiento de los hijo/as cuando permanecen con el padre recae sobre la madre, puesto que en no pocas oportunidades, la excusa para el incumplimiento en el compromiso de asumir el cuidado es “se aburría y quiso volver a su casa”; sin ni siquiera plantearse el avasallamiento a la vida privada de la mujer que ello implica, puesto que, debe reorganizar todas sus actividades para atender el imprevisto regreso de los hijos/as.

Indudablemente, esta menor disponibilidad de tiempo para el trabajo, la capacitación, el descanso, influye negativamente en la obtención de recursos económicos por parte de las mujeres, con la lógica repercusión que ello tiene en su calidad de vida.

La jurisprudencia de los juzgados de familia de distintos lugares del país, dan cuenta, cada vez con mayor frecuencia, de resoluciones judiciales con perspectiva de género, en la cuales se hace aplicación de los recursos normativos que permiten corregir las asimetrías de género.

La disposición del art. 66o C.C.C. que otorga valor económico a las tareas de cuidado ha consolidado criterios

jurisprudenciales considerados al tiempo de determinar la cuota alimentaria anteriores a su vigencia.

Más lentamente avanza la jurisprudencia en el uso de las facultades conferidas por el art. 553 C.C.C. para disponer medidas conminatorias ante el incumplimiento en el pago de las cuotas alimentarias.

Aun continúan siendo novedosas las resoluciones judiciales que imponen al deudor de cuota alimentarias medidas tales como prohibición de salida del país, prohibición de concurrir a determinados lugares o espectáculos deportivos, suspensión de licencias de conducir automotores o embarcaciones; entre otras medidas conminatorias.

Se trata de resoluciones judiciales cuestionadas por la limitación a la libertad que implican, sin advertir que son medidas que tienden a hacer cesar una conducta antijurídica sostenida que implica la violación a los derechos humanos de las mujeres víctimas de la violencia económica que implican.

A modo de cierre

Aún queda mucho camino por recorrer, el marco norma-

tivo -desde el derecho internacional de los derechos humanos hasta la legislación interna- está dado; es necesario continuar poniendo en debate las relaciones de poder entre los géneros, constituidas social y culturalmente que provocan asimetrías, sensibilizar sobre las consecuencias de la mismas..

Incorporar una adecuada perspectiva de género, nos permitirá tomar en consideración las condiciones estructurales de ese grupo familiar, para no permitir que una ceguera de género nos impida ver la existencia de un desequilibrio de poder al interior de las familias.

La ceguera ante las asimetrías de poder hace posible la violencia de género, ya que hace que en la realidad opere un empoderamiento del varón permitiendo que se mantenga la situación de violencia económica-patrimonial, con lo cual el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas se ve frustrada.

Estamos en el camino de la deconstrucción, en la revisión de los criterios interpretativos con que se aplican las normas, la prácticas, los usos y costumbres; cada día, se van dando a conocer resoluciones judiciales que rompen con los estereotipos y procuran hacer realidad los dere-

chos reconocidos a las mujeres a la igualdad y a una vida libre de violencia. ■

BIBLIOGRAFÍA

SABA ROBERTO, “*Más allá de la igualdad ante la ley. Que le debe el Estado a los grupos desventajados*”, Ed. Siglo Veintiuno, Bs.As. 2016

MEDINA GRACIELA - YUBA GABRIELA “*Protección Integral a las Mujeres - Ley 26.485 comentada*”. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2021

BATTHYANY KARINA, “*Miradas Lationamericanas sobre los cuidados*”, Ed. Siglo Veintiuno, Bs.As diciembre 2020.

MAFFIA DIANA, GOMEZ PATRICIA, MORENO, ALUMINE – COMPILADORAS “*Miradas Feministas sobre los Derechos*”, JusBaires Bs.As. 2018

CLAUDIA HASANBEGOVIC (“*Varones Violentos / Estado Negligente: El Tortuoso Camino de Exigir Alimentos para los(as) Hijos(as)*” en Buenos Aires”; en Lanari, MA ESTELA Y HASANBEGOVIC, CLAUDIA (eds.): *Mujeres de Latinoamérica: el presente en veintidos letras*. Mar del Plata, Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata (EUDEM)



myf

144



Infancia y Género: Un necesario enfoque de Derechos Humanos

Dra. Andrea Mariel
Brunetti

Jueza del Tribunal Colegiado de Familia de la 7ª Nominación de Rosario

myf

145

En este trabajo, que tiene como fuente nuestra ponencia expuesta en las Jornadas Justicia y Género: la transversalización de la perspectiva de género en la función judicial, organizadas por Proyecto políticas para la igualdad y Red de Mujeres para la Justicia, celebradas en la Universidad Nacional de La Plata, junio de 2022, se pretende evidenciar el impacto que se produce en los derechos de niñas, niños y adolescentes, a través de las desigualdades estructurales tan fuertemente arraigadas en nuestra sociedad, cómo se interrelacionan de esta manera infancia y género, desde una visión interseccional. Analizaremos los estereotipos de género en el derecho, las tensiones que aún persisten con los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pese a la humanización del derecho, y el rol clave de la Justicia en este entramado de conflictos, donde se evidencia el deber constitucional y convencional de juzgar con perspectiva de género como garantía del debido proceso legal.

Infancia y Género

Cuando hablamos de infancia y género nos referimos puntualmente a la interrelación y articulación que se da en el análisis de los derechos de niñas, niños y adolescentes,

con perspectiva de género, “un desafío tan complejo como necesario”¹, fundamentalmente obligatorio por mandatos convencionales y constitucionales insoslayables.² El análisis debe abordarse desde las complejas y diversas intersecciones que se presentan, razonamiento fundamental a la hora de evidenciar las profundas vulnerabilidades que se producen en el entrecruzamiento de estas categorías.³

La noción de Género tiene que ver con una construcción social y cultural, pero cuando hablamos de Infancia, nos referimos a una etapa trascendental en el desarrollo de las personas que nos determina para toda la vida, definida como el ciclo vital comprendido desde el nacimiento a los dieciocho años de edad (límite etario que determina la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN)⁴. Sin lugar a dudas, las experiencias adquiridas en dicha etapa, las vivencias, oportunidades y todo tipo de acontecimiento y aprendizaje en la infancia, nos delimita en la adultez y nos define en lo relacional, por lo que la infancia también refiere a una construcción social.⁵

De modo que, interrelacionar las nociones de infancia y género, requiere una mirada desde la interseccionalidad, que nos permita analizar las multiplicidades de factores como sexo, pobreza, etnia, discapacidad, religión, entre otras que agravan

las situaciones de vulnerabilidad, y nos permite visibilizar su impacto en el ejercicio de los derechos, cómo se complejizan las problemáticas de niñez y adolescencia a través de tales factores, ocasionando determinadas y particulares situaciones de vulneración de derechos. Indudablemente, los principios de igualdad y no discriminación serán el prisma a través del cual se deben analizar estas interrelaciones, y a la luz del principio pro persona, en torno al cual gira la protección internacional de los derechos humanos que, en el caso de niñas, niños y adolescentes, refiere al principio rector, de interpretación y garantista del interés superior del niño (art. 3.1 CDN). Principio este último que, implica un plus de derechos, una especie de “reconocimiento reforzado de derechos”⁶, que exigen una superprotección, y bajo los estándares de debida diligencia reforzada como ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).⁷

Enfoque necesario desde una perspectiva de Derechos Humanos

Efectivamente, para una comprensión cabal y razonada de las encumbradas vinculaciones entre las problemáticas de género y su impacto en las infancias, como también en las

instituciones familiares, deviene imprescindible partir del contexto normativo del derecho internacional de los Derechos Humanos, incorporados a nuestro ordenamiento interno, en especial la CDN, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer (en adelante CEDAW), entre otros con jerarquía constitucional, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belem do Pará (en adelante CdBP), en vías a ello (art. 75 inc. 22 y 23 CN). Tratados que delimitan el conjunto de normas, reglas y principios que los jueces tenemos el deber de aplicar, como garantes últimos de los derechos humanos a través del debido proceso legal. A la vez, demarcan el campo de acción de todos los operadores jurídicos y poderes estatales, obligados del mismo modo en el marco de su actuación. Así la CDN ordena tomar medidas para la efectividad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y en su interés superior.⁸ Como se podrá advertir, se evidencia así el rol clave que desempeña en especial el poder jurisdiccional en este entramado de conflictos y condicionamientos que atañen no solo a mujeres y niñas, sino a toda la sociedad. La decisión judicial enmarcada en un obligado análisis desde una visión cristalizada de los derechos humanos, mandato insoslayable conforme lo norman los tra-

tados internacionales de derechos humanos, y en el orden interno las normas de los artículos 1, 2 y 3 del código civil y comercial de la Nación, necesariamente nos conducirá a identificar las desigualdades preexistentes, y equilibrar situaciones que ya no pueden dejar de percibirse desde un imperativo análisis con perspectiva de género y de infancia.

Para esto resulta fundamental entender la noción de género y no confundirlo con la noción de sexo, en tanto el género como construcción social, cultural e histórica, nos remite a los roles y las categorías sociales y familiares construidas en relación a un esquema sexual binario de varón/mujer. Así el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convención de Estambul (11/05/2011), que citamos por ser la más moderna en la materia aun cuando solo aplica en el ámbito europeo, entiende por género los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres..." (art. 3º, inc. c). Antes, ningún otro tratado internacional lo había estipulado, haciendo la salvedad que esta noción de género como la noción de sexo, ha sido objeto de variados estudios y desde distintas disciplinas, debiendo

por tanto acudir para la comprensión de su significado y significancia, a las diferentes teorías elaboradas al respecto, las que desde ya su desarrollo excedería el objeto del presente trabajo.⁹ Entender esto nos permite advertir la evidente dificultad que enfrentan mujeres y niñas a la hora de ejercer sus derechos, y de acceder a justicia ante las graves y perpetuas violaciones de sus derechos, y poner en práctica el deber estatal por mandato convencional y constitucional, de promover la igualdad de género, el empoderamiento de mujeres y niñas, el acceso a la igualdad, y así también la incorporación de la perspectiva de género en políticas, programas, facilitando el acceso a justicia, deber estatal cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional (art. 5 CEDAW).

La temática es amplísima, vamos a concentrarnos en algunos aspectos de este entramado complejo y variado de infancia y género, que la doctrina identifica al menos en dos de ellos básicamente¹⁰, 1) referido al género como constitutivo del sujeto¹¹, que se construye durante toda la vida, pero principalmente en la infancia y la adolescencia, e incluso antes de nacer¹². Tiene que ver con la identidad de género como un proceso de aprendizaje. En este punto reflexionamos sobre cuestiones que atañen a la crianza, la educa-

ción tanto en el ámbito familiar como en centros educativos, las llamadas “nuevas masculinidades”¹³, es decir cómo el mundo adulto ha incorporado las construcciones de género y cómo la transmite a niñas, niños y adolescentes: qué estereotipos se reproducen en el ámbito familiar y escolar, visibilizar situaciones de violación sistemática de derechos humanos por orientación sexual o expresión de género no heteronormativas, o identidades de género no cisnormativas, la utilización de cuerpos de niñas y adolescentes como objeto¹⁴, por citar algunas hipótesis. Se evidencia aquí el modelo hegemónico androcéntrico, en la diferenciación de actividades, el lenguaje, la realización de las tareas del hogar, en juegos y juguetes, se observa cómo se perpetúan y reproducen estereotipos sexistas que condicionan nuestras vidas desde que nacemos y aun antes, afectando tanto a mujeres, niñas, como a niños y varones que no encajan en el modelo de masculinidad dominante. En este aspecto, en el marco del Comité de Expertas de la CdBP, se intensificaron los estudios y proyectos para fortalecer la prevención de la violencia contra las mujeres, tales como incorporar el enfoque de género y de derechos humanos en la currícula educativa, la educación sexual integral (ESI), y de eliminar los estereotipos de género en la educación, como también en prácticas de enseñanza, como la declaración de Pachuca,

el Tercer Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belem do Pará, entre otros.¹⁵ 2) El segundo aspecto que resaltábamos, tiene que ver con el género pero ya como un “protagonista oculto” como se ha dicho, que incide en el ejercicio de derechos y en diversas formas de vulneración. Tiene que ver en cómo niñas y niños tienen diferentes oportunidades de acceso a derechos, a la vez que sufren diferentes vulneraciones de derechos o las vivencian de forma diferencial, directa e indirecta. Esta dimensión se hace presente mayormente en las diversas modalidades de violencia de género y en todo tipo de ámbitos, siendo el ámbito familiar o doméstico en el que más se producen estas violencias, y en el que concentraremos el enfoque por la función que toca desempeñar en el trabajo diario. No sin antes mencionar la enorme preocupación y denodados esfuerzos en problemáticas muy puntuales y graves referidas a violencia sexual, la explotación sexual, el embarazo infantil, los noviazgos violentos, el matrimonio infantil y las uniones tempranas, Bullying, trabajo infantil, entre otros, que requieren sin dudas de un abordaje integral. Como resalta Segato, muchas veces es en el propio ámbito familiar donde el adultocentrismo y el androcentrismo se intensifica, allí nuestra vulnerabilidad y la de nuestros hijos se vuelven extremas por la soledad, el encapsulamiento y la des-

politización de ese espacio que es el espacio de la familia nuclear.¹⁶ Si bien hemos avanzado en el reconocimiento del derecho de nuevos modelos familiares más democráticos e igualitarios, en rigor de verdad, coexisten con el subsistente modelo de familia tradicional, el que resultó sumamente perjudicado como agravadas las situaciones en tiempos de pandemia y de aislamiento social.¹⁷

Entonces el análisis con perspectiva de género y de infancia desde un enfoque interseccional, permite visibilizar el impacto de todas las variables en la promoción y vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes; accede observar y considerar cómo se construyen y se dan las relaciones y desigualdades violatorias de sus derechos, ya como herramienta y categoría de análisis pero principalmente, como garantía del debido proceso como lo ha determinado la CIDH.¹⁸ En definitiva el análisis desde una perspectiva de género e infancia, permitirá comprender a niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, y promover a su construcción en un contexto adecuado.

Es que, los estereotipos de género son incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y es deber estatal tomar medidas para erradicarlos¹⁹ (art. 5 CEDAW)²⁰,

máxime en el marco de los procesos judiciales donde se constituyen en hipótesis de lo que se da en llamar “estereotipia judicial”, definido como típicos casos de violencia de género institucional.²¹ Adviértase que estos casos de violencias que se dan contra niñas, niños y adolescentes, son también contra sus madres, definido así por la CIDH,²² cuando en la aplicación de estereotipos se le resta credibilidad en los procesos judiciales a niñas y niños, se les niega voz, se los castiga, y se aplican pseudo teorías, en franca violación al derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y respetar su opinión, tornando ineficaz el servicio de justicia.²³ Fácil resulta advertir que en esta compleja y dificultosa tarea, resulta indispensable valernos del aporte especializado a través de la necesaria intervención multidisciplinaria idónea, lo que lamentablemente en muchos tribunales de familia no se cuenta.

Como se resaltara, partimos del contexto normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues bien, como consecuencia de la humanización del derecho, se concibe a las familias desde un punto de vista amplio, comprensivo de todo tipo de forma familiar. Esta visión de derechos humanos exige dejar atrás aquella forma tradicional de familia nuclear para dar paso a diferentes maneras de

organización familiar y de conformación de vínculos unidos social y afectivamente, y es en definitiva lo que debe visibilizarse con una debida visión de género. Diversidad de formas y modelos de vidas familiares, producto de variados hechos y transformaciones fundamentalmente: la inserción laboral, profesional, social, económica y cultural de las mujeres, otros modos de formación y disolución de las familias, nuevas formas de relacionarse y vincularse las personas, el avance de la biotecnología, entre algunas causas, cobrando relevancia el modelo de familias monoparentales o monoparentales, como el de familias ensambladas, igualitarias, abriéndose camino un nuevo modelo de familia más democratizado, basado en la autonomía personal y la libertad de decisión, en superación de relaciones de subordinación que caracterizaron el modelo tradicional, para dar paso a las relaciones de coordinación en el modelo actual, donde la persona es entonces el eje de las relaciones familiares;²⁴ modelo individual social que adopta el ordenamiento civil.²⁵

El sistema internacional de Derechos Humanos, reconoce y protege el derecho a formar familia como uno de los derechos esenciales de la persona,²⁶ no se diferencia tipos de familias por lo que no puede distinguirse donde la ley no lo hace, y así lo afirmó la Corte Interamericana de De-

rechos Humanos en los casos más trascendentales que lo tocó resolver.²⁷ También se reconocen y tutelan como derivado del derecho a la constitución de la familia, el derecho de las personas y las parejas a decidir el número y espaciamiento de los hijos, esto es el derecho a la autonomía reproductiva,²⁸ así como el derecho a contar con información sobre planificación familiar (CEDAW);²⁹ vinculado con el derecho a la igualdad y a la no discriminación.³⁰ De modo tal que, todo ello conforma un conjunto de normas, principios y valores, como se refiere en los fundamentos del anteproyecto del código civil y comercial de la Nación, con reglas claras para una decisión judicial razonable, como reza en su título preliminar, designadas como “guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores.”³¹ Entones, así incorporado como fuente e interpretación de la ley el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el orden sustancial como procesal, implica consecuentemente el obligado análisis del derecho desde una perspectiva de derechos humanos, esto es, una perspectiva de género y de infancia, mediante la aplicación necesaria de los tratados y la interpretación de la ley a través de los principios de igualdad y no discrimi-

minación. Insistimos, es un compromiso estatal asumido y como deber ineludible de todo acto estatal.

Ahora bien, los cambios no vienen solo con el Derecho. Ciertamente el Derecho como nos dice MacKinnon, ha legitimado el orden sexual dominante instalando así sistemas basados en una desigualdad estructural, construida socialmente en la dominación y el poder de un sexo sobre otro, identificando a las personas exclusivamente en dos sexos y dos géneros, lo que llamamos un sistema binario. Obsérvese que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han debido concretarse específicamente, refieren a situaciones de personas que precisamente el derecho ha excluido históricamente. Es que aún se continúan diseñando sistemas, se continúan analizando y resolviendo los casos bajo la preminencia de un modelo hegemónico androcéntrico. Afirma que el Derecho está diseñado y pensado bajo valores masculinos tomados como valores universales, y acuña su frase, “el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres.”³²

En el mismo orden de ideas Poyatos Matas señala que, las leyes no han discriminado a las mujeres por ser mujeres, sino que discriminan “los valores asociados a la feminidad.” Y

esto es importante para comprender las desigualdades basadas en género que se plasman en regulaciones tan caras a las relaciones familiares, y que no solo comprenden a varones y mujeres. La magistrada nos habla de “una constelación de género” sobre un sistema dual del pensamiento liberal clásico estructurado sobre pares opuestos: racional/emocional; activo/pasivo, poder/sensibilidad; objetivo/subjetivo; abstracto/concreto; universal/particular, a la vez sexualizados, con efecto jerarquizante, y devaluación de lo femenino. “Los estereotipos del siglo XXI han mutado, se han democratizado y han sabido adaptarse y sobrevivir trasvestidos de igualdad jurídica.” Sin embargo, califica de formalismo mágico creer que la sola invocación del derecho implique su efectivización, encontrándose aún presentes las desigualdades de género en todos los ámbitos sociales, como una constante en la llamada historia del humano, repitiéndose los mismos estereotipos de otros siglos, en la sociedad, la economía, el derecho, la política, en los procesos judiciales, aun en los países democráticos, “donde perviven arrojadas bajo prejuicios inmunes a las leyes.”³³ Este modelo tan bien descrito por la arqueóloga española Almudena Hernando, como “orden disociado razón-emoción”,³⁴ no solo ha discriminado a las mujeres, sino como bien nos enseña Maffía, deja “fuera de la ciudadanía de modo arbitrario e injusto a enormes porciones

de la población, al contemplar históricamente un estereotipo de ciudadano: el varón blanco – propietario,³⁵ o como enseñan los españoles, el modelo “BBVA”, y no refiriéndose a la conocida institución bancaria – si se me permite la gracia – sino al estereotipo prefijado en el modelo androcéntrico: individuo Blanco, Burgués, Varón y Adulto. Es preciso resaltar que, si bien en la generalidad de casos de discriminación de género encontramos como sujetos pasivos a mujeres y niñas, empero de igual modo varones y niños pueden serlo por no encajar en los estereotipos de masculinidad dominante, como asimismo toda persona que no es respetada en su percepción de género.³⁶ El estatus masculino como paquete de potencias, como destaca Segato, que les permite mostrarse viriles ante la sociedad; pero ello también los victimiza cuando no pueden cumplir con el mandato.³⁷

Ahora bien, el derecho capta realidades sociales, y por tanto los cambios legislativos pueden también constituir medios para lograr cambios tan reclamados en la realidad social, sin embargo no conllevan fines en sí mismos.³⁸ De allí se impone el debido enfoque de género e infancias. Aun cuando se ha avanzado notablemente en nuestro sistema a través del reconocimiento de distintos tipos de vida familiar como uniones convivenciales, matrimonio igualitario; el re-

conocimiento de la capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho; reconocimiento como fuente de filiación a la voluntad procreacional en casos de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA); autonomía de la voluntad en relaciones afectivas; libertad e igualdad en el matrimonio; tareas de cuidado personal de los hijos compartidas asignándoles valor económico; compensación económica; deberes compartidos en el ejercicio de la responsabilidad parental “la coparentalidad”; legitimación activa de la madre en la impugnación de la filiación presumida por la ley; todo indica un nuevo modelo familiar, con equiparación de roles, deberes y derechos de varones y mujeres, y esto lo tenemos que aplicar, claro está, desde un enfoque de género e infancia. Lamentablemente no se ha contemplado en nuestro código civil y comercial situaciones precedidas por violencia de género, tanto en el divorcio como en los alimentos y otras instituciones, ello haría variar significativamente la regulación y la decisión judicial. Por eso allí se evidencia y es cuando más se intensifica, el análisis y resolución de los casos con enfoque de género e infancia, insistimos, deber estatal, deber del Estado de dar efectividad a los derechos garantizando el acceso a la justicia (art. 15 y 16 de la CEDAW), obligación puntual y especial en el caso de niñas niños y adolescentes (arts. 2, 3 CDN).

Ciertamente, las mujeres pasamos del ámbito privado (reproducción) al público (producción), pero sin abandonar nuestras funciones emocionales y relacionales que tales estereotipos de género por siglos nos asignaron y que tan bien nos explica Almudena Hernando, la identidad relacional y la individualidad dependiente e independiente.³⁹ A partir de allí, las mujeres no solo desarrollamos tareas laborales fuera del hogar, sino que debido a las desigualdades estructurales arraigadas de años en cuanto a roles asignados por sexo, también continuamos desempeñando tareas en el hogar y de cuidado de los hijos. En otras palabras, aún estamos lejos de la igualdad real. Las relaciones de poder continúan manifestándose intrafamiliarmente respecto de las mujeres, hijas e hijos. Porque la lógica androcéntrica no solo discrimina mujeres sino que discrimina “los valores asociados a la feminidad, y bajo tales estereotipos sociales y culturales, también reproducen discriminaciones respecto a todo lo que no encuadre en patrones socio culturales de lo que se entiende debe ser lo masculino (el modelo BBVA, hegemónico, poderoso) que a la vez exige al varón ser heterosexual, no sensible, no débil, no emocional, puesto que la construcción socio cultural de patrones subjetivos masculinos también le imponen a ellos, expectativas de lo que deben cumplir en el

rol asignado por sexo como resalta Octavio Salazar.⁴⁰ Entonces en la construcción de la igualdad, necesariamente debemos incluir a todas las personas.

Cabe resaltar que, si bien las desigualdades así producidas en la vida real, en gran medida han sido advertidas por el derecho humanizado, aún se dan tensiones entre los postulados del derecho constitucional de familia y los principios de igualdad y no discriminación, coparentalidad, solidaridad familiar, autonomía de la voluntad, e interés superior del niño. Se han intentado dar respuestas desde el derecho como, la despenalización de operaciones de cambio de sexo, su no exigencia ante la registración del sexo, rectificación registral del sexo; en el campo del derecho de familia indubitablemente las respuestas legales trascendentales han sido la denominada ley de matrimonio igualitario, la ley de identidad de género, ésta última de gran relevancia mundial; la regulación de las técnicas de reproducción humana asistidas (TRHA) como una de las fuentes de la filiación a través de la manifestación de la voluntad pro creacional, una de las temáticas más revolucionarias del código civil y comercial,⁴¹ pero aún continúan las asimetrías relevantes,⁴² continuamos aplicando un modelo de pensamiento, legislación y decisión judicial

basado en un modelo hegemónico androcéntrico. De allí la necesidad de revertir este modelo desde una necesaria perspectiva de género e infancia. No podemos dejar de señalar que el derecho eligió qué legislar y que no, bajo este modelo dominante y de desigualdad estructural.

Por esta razón hacemos hincapié en los casos no legislados que se presentan a diario en los juzgados y en particular de familia, y que obligan a una interpretación y aplicación de la ley desde este enfoque e interseccional. Especialmente en casos de filiación, determinación de la filiación cuando precedió el cambio de sexo (varón/mujer) registrado con anterioridad al nacimiento del/la hijo/a; casos de utilización de técnicas de reproducción humana no asistidas médicamente (las llamadas técnicas caseras) entre dos mujeres u otro método natural no contemplado por la ley para determinar la maternidad de la mujer que no aportó material genético ni manifestó voluntad procreacional a través de consentimiento informado en forma legal (art. 562 CCC). Asimismo situaciones referidas a pluriparentalidad en relación a la regla de doble vínculo filial (art. 558 CCC), cambio registral en el caso de menores de dieciocho años cuando no cuentan con la conformidad de sus progenitores, casos que la propia ley manda a judicializar.

Pese a que el código civil y comercial ha receptado fundamentalmente la igualdad y no discriminación en muchos de sus postulados, como el reconocimiento de valor económico a las tareas de cuidado de los hijos vgr. (art. 660), no ha sido completo respecto a la mujer y en muchos casos se han ignorado situaciones graves de la vida familiar que la afectan y por supuesto afectan a los hijos, por mencionar, la regulación del alimento pos divorcio; algunas cuestiones atinentes al cuidado de los hijos, regulación diferenciada de la atribución de uso de la vivienda familiar en el matrimonio y en la unión convivencial, el plazo de caducidad en la compensación económica, la no regulación de la gestación por sustitución, como la falta de previsión en toda la normativa respecto de las situaciones de violencia de género familiar, a excepción de la modificación habida a través de la ley N°27.363 que agregó el artículo 700 bis referente a la privación automática de la responsabilidad parental en caso de femicidio.⁴³ Destacamos la importancia de la incorporación del instituto de la compensación económica y las pautas para valorarlo, lo que necesariamente deber ser realizado desde un análisis con perspectiva de género y también de infancia, pero ciertamente, se estipula un acotado plazo de caducidad tanto para el matrimonio como las uniones convivenciales (art. 441 y 524), y se re-

saltan marcadas diferencias en cuanto a las uniones convivenciales (art. 524), como sucede también en el supuesto del plazo de dos años para la atribución de la vivienda familiar en uniones convivenciales (art. 526), a diferencia de la prevista para el matrimonio (art. 443) en la que el juez determina el plazo, y esto afecta directamente los derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes toda vez que la vivienda integra uno de los rubros alimentarios, y la falta de cumplimiento del deber alimentario uniformemente es considerado hipótesis de violencia económica. Así en variados casos jurisprudenciales que ha tocado resolver en este sentido, bajo un enfoque de género y de infancia, correspondió apartarse de la norma y declararla inaplicable.⁴⁴ Desde una perspectiva de género analizamos también las convenciones matrimoniales la opción entre régimen de comunidad o separación de bienes (art. 449) donde se pueden evidenciar situaciones de desigualdad estructural, pudiéndose provocar casos de violencia económica en determinados contextos.⁴⁵ En otro aspecto, el inicio de la existencia de la persona humana (arts. 19, 20, 21) no especifica que refiere a efectos exclusivamente civiles, a los fines de no impedir el libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.⁴⁶ Una cuestión fundamental que cabe analizar en cuanto al rol de la mujer en la familia y su impacto en

el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, es el que refiere a la maternidad. En este aspecto el código ha incorporado la visión de género al regular la responsabilidad parental bajo un principio de coparentalidad, la eliminación de la preferencia materna para el cuidado de los hijos de corta edad, considerado como un típico estereotipo de género, e introduciendo criterios inherentes al principio del interés superior del niño e igualdad (art. 651; 653), pero se requiere aun, de un profundizado enfoque de género.

Por otra parte, cabe destacar otras situaciones trascendentales por su impacto, como la que refiere al grado de autonomía personal de la mujer a la hora de tomar decisiones sobre su propio plan de vida, su propio cuerpo, sus derechos reproductivos y las asimetrías existentes en relación a los varones, las relaciones de filiación en cuanto a la posición relacional que la maternidad y la paternidad/comaternidad crean con el/la niño/a por nacer; las implicancias que apareja la maternidad en el cuidado de los hijos, en su ámbito laboral y en las posibilidades de desarrollarse profesionalmente o en otros campos, considerando el contexto social y jurídico con los que la maternidad guarda relación. Es lo que Alvarez Medina refiere como autonomía relacional,⁴⁷ en qué marco y contexto las mujeres forjamos nues-

tras preferencias nos dice, un contexto socio cultural con marcados estereotipos, roles y expectativas: madre, cuidadora, reproductora, idea de dependencia familiar, la idea social del cuerpo femenino y de la sexualidad, potencialidades para la maternidad que ponen en evidencia las profundas asimetrías en cuanto a la autonomía reproductiva de las mujeres respecto a la autonomía reproductiva de los varones, que deben ser analizadas desde una visión de infancia y género al resolver casos referidos al ejercicio de derechos respecto de los hijos. Como referíamos, la decidida exclusión del articulado del código de la maternidad subrogada, o gestación por sustitución o solidaria (sin perjuicio de que no está prohibida, art. 19 CN) pero que exige un necesario debate, y enfrenta la asimetría existente respecto de mujeres que retrasan la maternidad y posiblemente incrementan los riesgos reproductivos, para adecuarse, por ejemplo, a los tiempos profesionales de los varones.⁴⁸ En este punto analizamos el interés del niño o niña de crecer en el seno de una familia que propenda a su desarrollo mental, psíquico, emocional, espiritual y le permita integrarse en sociedad. Me he preguntado precisamente al resolver en un caso donde se debatían estos derechos en juego, si no debiéramos pensar también en un interés superior del niño o niña, por gestar, al tiempo que resolví autorizar la gestación por

sustitución.⁴⁹ Claramente la falta de regulación legal de la gestación por sustitución o solidaria, redundando en perjuicio del ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres en particular, como así también afecta el derecho a la identidad de niñas y niños, en tanto deja librada su posibilidad a la discrecionalidad judicial, y de igual modo a la inscripción del nacimiento del niño, niña o niños que nazcan a consecuencia de la utilización de las técnicas. Más grave aún en casos de técnicas caseras.

Rotundamente el mandato convencional es insoslayable, así la CEDAW establece evitar toda clase de acción u omisión discriminatoria sobre la mujer y asegurar las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, en tanto el art. 16 inc. d) puntualiza la igualdad en materias relacionadas con los hijos. Pero vemos cómo en muchos casos debemos debatirnos y optar entre el proyecto personal y familiar, la crianza de los hijos, o el desarrollo personal y profesional, y en otras tantas veces postergando la decisión de ser madre; asimetría relevante en la autonomía reproductiva frente al modelo de valores masculino.

Por último, en el caso de la adopción: los derechos reproductivos de la mujer constituyen un entramado complejo

de situaciones que obligan analizar desde una visión de género, el mayor o menor grado de autonomía personal que puedan disponer para la toma de decisiones tan trascendentes como dar un hijo o hija en adopción. Por otro lado, el mismo enfoque de género, a la hora de evaluar la situación de niñas, niños y adolescentes en su contexto familiar y social, para su declaración en situación de adoptabilidad, lo que exige deconstruir estereotipos sobre roles, y nociones equivocadas de maternidad y paternidad, sin incurrir en injerencias arbitrarias, respetando el derecho a la vida familiar. Bajo estos argumentos lo determinó así la CIDH en notables casos como Fornerón, Atala Riffo, entre otros, que constituyen un hito jurisprudencial como citáramos.

Cierre

Vemos entonces cómo juzgar con perspectiva de género y de infancia se impone desde la interseccionalidad y la transversalidad, a fin de revertir el modelo androcéntrico, como deber estatal y como garantía del debido proceso. Para ello, resulta imprescindible la capacitación de los poderes judiciales, con el objeto de concientizar y sensibilizar respecto de las situaciones de desigualdad y discriminación,⁵⁰ dotar

de los medios legales para hacer efectivos los derechos de mujeres y niños, y poder “ver el caso” como nos enseña María Angélica Gastaldi,⁵¹ logrando por parte de los tribunales de justicia, el reconocimiento de sus derechos.

Como cierre de estas reflexiones, tomo prestada una frase de Judith Butler que resulta por demás de ejemplificadora, “Cualquiera que sea la libertad por la que luchamos, debe ser una libertad basada en la igualdad. La libertad es una condición que depende de la igualdad para realizarse.”⁵² Solo agregar humildemente que, desde lo más profundo de mis convicciones y trabajo diario, el camino es construir, en lugar de luchar. El camino de construir y avanzar hacia el fortalecimiento de una cultura de la paz.⁵³ ■

CITAS

¹ Infancia y género. Un encuentro necesario. Publicación temática del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, OEA, 2019, p. 19.

² Arts. 1 y 2 código civil y comercial de la Nación; art. 75 inc. 22 CN.

³ El enfoque de género ha permitido visibilizar estos patrones socio-culturales y sus impactos negativos en las mujeres de todas las edades. En los últimos años hemos escuchado también, con cada vez más frecuencia, el término interseccionalidad – o el fenómeno por el cual cada persona sufre opresión (u ostenta privilegio) con base a su pertenencia a múltiples categorías sociales. Dentro de estas categorías, encontramos las de sexo, género y grupo de edad; tres aspectos de la identidad de cada persona que, por razones entre biológicas y socio-culturales, varían con el tiempo y pueden agravar (o eliminar) la vivencia de la discriminación y la violencia. Comisión Interamericana de Mujeres (CIM, OEA), 2019.

⁴ Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

⁵ GRABIVKER, MARINA GRACIELA, *Los pre-textos y con-textos de la infancia en el Chile actual Tensiones y desafíos*, en Desde la Niñez a la Vejez, Teseo, CABA, 2019, p. 24

⁶ FERNANDEZ, SILVIA E., *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes : la protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial*, T.1, CABA, Abeledo Perrot, 2015, p. LII

⁷ A través de diversos fallos resonantes como el de Veliz Franco y otros vs Guatemala, 2014 www.corteidh.or.cr

⁸ Artículo 4: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

⁹ Desde la introducción del término por el psicólogo John Money (Gender, 1951) en el ámbito de las ciencias sociales, para describir el conjunto de conductas atribuidas a mujeres y hombres, como en el campo de la psiquiatría por el profesor Robert Stoller en 1968, señalando la diferencia conceptual entre sexo y género, la llegada de las teorías feministas con el aporte de entender la existencia de dos sexos y dos géneros correspondientes, siendo además uno superior al otro (sistema binario), hasta llegar a los estudios de género (EG) feministas, que basan sus teorías y análisis en un sentido diferente, en el afán de reconstruir relaciones no jerárquicas, no discriminatorias, donde hombres y mujeres sean conscientes de su masculinidad y feminidad. Estudia a la mujer construida como el segundo sexo, la "otra" del hombre, "la mujer". No se nace mujer, llega uno a serlo. Mientras que desde

la Antropología, Margaret Meed en su obra *Sexo y temperamento: en tres sociedades primitivas* (1935), analiza distintas culturas y sus diferencias, en la cultura occidental, observó entre otros aspectos que la consideración del papel de cada sexo podía variar enormemente según las creencias de la población, desligando así los roles de género del sexo biológico. Luego, se inician EG en un campo multi y transdisciplinar por los años '80, cuyo objeto de estudio serán las relaciones socioculturales entre mujeres y hombres (hombres y hombres/mujeres y mujeres) partiendo de la premisa de que el concepto mujeres (u hombres) es una construcción social, y no un hecho natural. Construcción social atravesada por relaciones de poder y siempre acotada a un tiempo y lugar determinados. Derivan del movimiento feminista internacional de los '70 en las universidades de países industrializados, que realizan Estudios de la Mujer, siendo el objeto de análisis, las mujeres. La historiadora feminista Joan W. Scott incorpora nuevos elementos al debate (*El género: una categoría útil para el análisis histórico*, 1986; en verdad lo formula como pregunta pero cuestiones editoriales motivaron que se publicara de ese modo). Introduce tres importantes ideas (construccionismo social): 1) género es una construcción social de la diferencia sexual; 2) es una forma primaria de las relaciones de poder; 3) en tanto construcción de significados, está acotado por el contexto, la situación social y cultural de los sujetos de estudio y el tiempo histórico. La socióloga Raewyn Connell (*Masculinities*, 1993) incluye el estudio de los hombres en los EG (Teoría social

sistémica). Para ella el concepto de género es relacional e implica una manera de ordenamiento de la práctica social; lo define como una estructura internamente compleja, en que se superponen varias lógicas diferentes, historicidad de las relaciones de género. Acuña el concepto de "masculinidad hegemónica" como una práctica genérica aceptada que así legitima el patriarcado, la que se toma para garantizar la posición dominante de los hombres y la subordinación de las mujeres, y otros hombres que desarrollan las llamadas masculinidades subordinadas. Nos da la idea de masculinidades múltiples conviviendo, pero siempre hay una hegemónica que se encuentra en una posición superior, y margina a las otras. Lo deslinda de roles, habla de patrón de prácticas que legitima, produce y reproduce el dominio de hombres. La filósofa pos estructuralista, Judith Butler (*El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, 1990) nos habla de que no es posible distinguir sexo de género, lo único que hay son cuerpos que ya están construidos culturalmente; que tanto el género como el sexo son ficciones culturales, que no hay naturaleza, sino que todo es disciplinamiento cultural, en términos de Foucault. Critica la noción de identidad, y es la primer teórica Queer en abordar la temática de separación sexo y género. Véase BRUNETTI, ANDREA MARIEL, *Filiación género y justicia*, en *Filiación, Niñez y Género en Clave Interdisciplinar*, Dir. Adriana Krasnow, C.A.B.A., Erreius, 2020, p. 145; Vazquez Laba Vanesa, *Feminismos, género y transgénero. Breve historia desde el siglo XIX hasta nuestros días*, Bs. As., Unsam Edita, 2020.

¹⁰ Infancia y género... ut. cit.

¹¹ FLAX, JANE. *Psicoanálisis y feminismos. Pensamientos fragmentarios*. Madrid, Ed. Cátedra, 1995.

¹² Véase GAITÁN, LOURDES. *El Enfoque de Género en los Estudios de la Infancia*. XII Congreso Español de Sociología, Guijón, julio 2016.

¹³ Véase SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO; *El Hombre que no deberíamos ser. La Revolución masculina que tantas mujeres llevan siglos esperando*. Ed. Planeta, Barcelona, 2018.

¹⁴ En Infancia y Género, op. cit. p. 21.

¹⁵ OEA, 2014 y 2017 respectivamente.

¹⁶ SEGATO, RITA L. *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropología por demanda*. Bs. As., Prometeo Libros, 2018.

¹⁷ Véase:

<https://www.unicef.org/es/coronavirus/plan-seis-puntos-protoger-nuestros-ninos>;

https://www.unicef.org/media/66276/file/SPANISH_Technical%20Note:%20Protection%20of%20Children%20during%20the%20COVID-19%20

Pandemic.pdf;

<https://www.cepal.org/es/publicaciones/47806-impactos-la-pandemia-la-salud-bienestar-ninos-ninas-america-latina-caribe-la>

¹⁸ En casos como “Campo Algodonero” Gonzalez y otras Vs. México, 2009; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, 2010; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, 2014; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, 2014, entre otros. www.corteidh.or.cr

¹⁹ CIDH, caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala, 2017. www.corteidh.or.cr

²⁰ Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

²¹ SCJBA, “G., M. A. c/ Poder Ejecutivo s/ Pretensión Indemnizatoria”, 28-11-2018, LLOL. Entiéndase por “estereotipación judicial” la práctica de quienes integran la magistratura de atribuir a un individuo características, roles, o atributos solo en razón de su pertenencia a un grupo social

²² CIDH, Velazquez Rodriguez vs Honduras, 1988, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

²³ PORTILLO, CLAUDIA E. *Violencia Institucional y la aplicación del llamado Síndrome de Alienación Parental (SAP)*, RDF, 86, 145; CHIAPPARRONE, NORMA G. *Nulidad de los procesos judiciales fundados en el acientífico “Síndrome de alienación parental”*; DFyP, 2015, mayo, 29.

²⁴ Véase BRUNETTI, A., *Filiación...* op. cit. p. 131.

²⁵ MINYERSKY, NELLY. “El impacto del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del Derecho de Familia”, en Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho (UBA), Bs. As., Eudeba, 2012, pp. 69/116.

²⁶ Art. 16.3 “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por

la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. <https://www.ohchr.org/>; Artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); artículo 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, (Pacto de San José); artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicas, Sociales y Culturales (1966); artículo 5 Convención sobre los Derechos del Niño (1989); artículo 4. e) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1995) (Convención de Belém do Pará), establece el derecho de las mujeres a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

²⁷ CIDH: “...en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio [...] la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha

Convención.” (“Atala Riffo y niñas Vs. Chile”, 2012. http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196&lang=es); “... el término familiares debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas.” (“Fornerón e hijas Vs. Argentina”, 2012, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203)

²⁸ CIDH, “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica”, 2012, https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

²⁹ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979, art. 10. h); 12.1; 14.2.b); Art. 16. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre

los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

³⁰ Art. 1, CEDAW; art. 4 y 6 Convención de “Belém do Pará”; recomendación general 25 del Comité de la CEDAW; observación general N° 28 del Comité de Derechos Humanos (29 de marzo de 2000); resolución 2003/44 de la Comisión de Derechos Humanos, y resolución 2003/45 del 23 de abril de 2003 de la Comisión de Derechos Humanos.

³¹ Fundamentos del Anteproyecto del código civil y comercial de la Nación <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

³² MACKINNON, CATHERINE A.; *Hacia una Teoría Feminista del Estado*; Ed. Cátedra S.A., Madrid, 1995.

³³ POYATOS MATAS, GLÒRIA; *Sin las mujeres, no son "valores sociales"*; publicación fecha 05/11/2019; www.lavozdelanzarote.com/opinion/gloria-poyatos/mujeres-son-valores-sociales/20191105154743143708.html

³⁴ HENANDO, ALMUDENA; *La fantasía de la individualidad, Sobre la construcción sociohistórica del sujeto moderno*, Katz Editores, Madrid, 2012, p. 170.

³⁵ MAFFÍA, DIANA; *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*; Ed. Feminaria; Bs. As.; 200, p. 8.

³⁶ ACNUDH en base al Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23/4/2012. PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA., p. 6, nota al pie 1. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006) <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>

³⁷ SEGATO, RITA. “Por qué la masculinidad se transforma en violencia”, *www.diariofemenino.com.ar*, 1/9/2019

³⁸ CAMPOS RUBIO, ARANTZA; “Familia Género y Filiación”; *Estudios de género, Universidad del País Vasco*; cons. 18/3/2019 https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/arantza_campos/transsexualidad.pdf

³⁹ Véase HERNANDO ALMUDENA, *La fantasía...* op. cit.

⁴⁰ SALAZAR BENITEZ, O.; *El Hombre...* op. cit. p. 13.

⁴¹ El 18/6/2018 la Organización Mundial de la Salud (www.who.int/about/es) publicó la nueva edición de su manual de enfermedades que quita la transexualidad del capítulo de trastornos y pasa a formar parte del epígrafe condiciones relativas a la salud sexual. Se trata de un avance en el camino de la despatologización de la transexualidad, aunque pasa a llamarla incongruencia de género. Esta edición CIE-11 entrará en vigor en 2022 para sustituir a la vigente desde 1990, año en que la homosexualidad salió de la lista <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/la-oms-deja-de-considerar-la-transexualidad-un-trastorno-mental> cons. 27/9/2019. Ley N°26618 de matrimonio civil, denominada ley de matrimonio igualitario. Ley de Identidad de género N°26743.

⁴² CAMPOS RUBIO, A. *Familia...*, op. cit.

⁴³ Véase: TCFlia. Nro. 7 de Rosario, 19/02/2018, “I. G. A. c. L. P. H. O. S/ privación responsabilidad parental”, LA LEY 05/06/2018 , 11 LA LEY 2018-C , 254 DFyP 2019 (febrero), 94.

⁴⁴ Mi voto en disidencia en “O., S. M. C/ D., R. D. S/ COMPENSACIÓN ECONÓMICA AUTÓNOMA”, TCF N°7, Rosario, Resolución N°188 de fecha 12/02/2021 T. 126 F.116; otro: “T., C. C. C/ I., D. C. S/ PROTECCIÓN Y ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR”, Resolución N°742, fecha 30/03/2021, T.: 128 F.: 123. “M., D. A. C/ C., N. S. S/ ACCIONES VIN-

CULADAS A EFECTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES“, Sentencia N°2.901 del 21/09/2021 al T.: 135 F.: 494; entre otros.

⁴⁵ TCF N°7, Rosario, “V., J. E. C/ M. N., B. S/ PROTECCIÓN Y ATRIBUCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR”, Sentencia N°2742, 18/11/2020, confirmada por el Tribunal en Plena por Resolución N°551, 12/03/2021.

⁴⁶ Arts. 12 y 16 CEDAW; CIDH “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 28/11/2012, www.corteidh.or.cr

⁴⁷ ALVAREZ MEDINA, SILVINA; *La autonomía reproductiva. relaciones de género, filiación y justicia*, en Reforma Constitucional: problemas filosóficos y jurídicos, RJUAM, n.º 35, 2017-I, p. 157.

⁴⁸ WOLIVER, LAURA, “Tecnologías reproductivas, arreglos de subrogación y la política de la maternidad”, cit. Alvarez Medina, op. cit..

⁴⁹ TCF N°7, Rosario, “H., M. E. y otro s/ VENIAS Y DISPENSAS”, Sentencia N°3923, 05/12/2017.

⁵⁰ Ley Nacional N° 27.499 llamada “Ley Micaela” a la que han adherido las provincias argentinas. Establece la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Se llama así en conmemoración de Micaela García, una joven entrerriana de 21 años, militante del Movimiento Evita, que fue víctima de femicidio. En dicho marco, y ya con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Oficina de la Mujer estableció como metodología Metodología para llevar adelante la formación a la que se refieren las convenciones internacionales Protocolo de trabajo en talleres para una justicia con perspectiva de género, aplicado por replicadores instruidos a tal fin sensibilizar en la temática de género a los agentes del Poder Judicial, las que integro como replicadora. Asimismo la RED NACIONAL DE MUJERES PARA LA JUSTICIA, la cual también integro, capacita a integrantes del Poder Judicial y mediante convenios para la aplicación de ley Micaela, a todos los agentes de los poderes estatales.

⁵¹ GASTALDI, M. ANGÉLICA, *Jornadas Justicia y Género: la transversalización de la perspectiva de género en la función judicial, organizadas por Proyecto políticas para la igualdad y Red de Mujeres para la Justicia*. UNLP, La plata, junio 2022.

⁵² BUTLER, JUDITH. *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una nueva política de la izquierda*. Katz, Madrid, 2011.

⁵³ Objetivos de nuestra asociación, “Red de Mujeres para la Justicia”, <https://redmujeresjusticia.org.ar>.



myf

166

Reflexiones relacionadas con el tratamiento del delito penal juvenil

Dra. María Cecilia
Doro

*Secretaría del Juzgado en lo Penal de Menores de la Primera
Nominación de Rafaela*

La finalidad del presente artículo consiste en analizar la situación actual del sistema penal juvenil, en miras a una inminente reforma del proceso penal juvenil en nuestra provincia, teniendo en cuenta el descrédito en la justicia y la insatisfacción social con el tratamiento de la delincuencia juvenil.

Para iniciar nuestro análisis, debemos tener en cuenta que las sociedades han construido a lo largo de los tiempos, muchos mecanismos de gestión de la conflictividad donde existen diferentes niveles: las familias, la escuela, los clubes, entre otros. El último de ellos, es la intervención del estado utilizando como herramienta la violencia institucional.

En la actualidad, sucede que el conjunto de niveles anteriores a la intervención estatal se encuentran debilitados, ya que la sociedad ha perdido la capacidad de gestionar los conflictos por sí misma. En consecuencia, todo fluye hacia el último nivel, y los requerimientos sociales para enfrentar la delincuencia, giran en tono a aumentar la intervención punitiva del estado, ampliar la sanción de leyes penales, elevar las penas y disminuir la edad de punibilidad.

Al fluir todo hacia el sistema penal, este fracasa en el intento de operar el cúmulo de causas y se produce un embotellamiento que alimenta el descrédito general en la justicia.

La estrategia de re localización, es la clave y el gran desafío que tenemos por delante. Se trata de un mecanismo cuyo propósito consiste en devolver el conflicto al nivel al que pertenece, reorganizando la gestión de la conflictividad.

Sin embargo, y en relación al delito juvenil, la difusión de innumerables noticias donde los protagonistas son niños, niñas y adolescentes aumenta los niveles de discusión sobre qué hacer con esta problemática, generando confusión en cuanto a la comprensión de todo lo que el tema merece.

La necesidad de modificar el sistema penal juvenil y particularmente el decreto ley N° 22.278, resulta primordial. Cada vez que las noticias dan cuenta de ilícitos cometidos por menores de edad, se refuerza la idea de impunidad de los jóvenes y se reavivan los reclamos de justicia.

Sin embargo y desde un punto de vista sociológico, una persona que comete un delito actúa como respuesta a un estímulo condicionado por la influencia de su entorno social y circunstancias personales, lo que supone entender, que el crimen no se considera solo desde un plano individual causado por algún tipo de desviación de la conducta o por una patología, sino como resultado de múltiples factores, de circunstancias y de la estructura social.

Se cuestiona qué hacer con los jóvenes, y la solución inmediata aparece de la mano del reclamo para bajar la edad de punibilidad como la ansiada gran solución.

Pero este camino no constituye una salida posible. Sucede que en el actual panorama constitucional y de evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la edad de punibilidad, constituye una garantía del niño que no puede vulnerarse, tratándose de una institución definitivamente

protectiva y de cuidado de la niñez, garantizadora de espacios de libertad y destinada a proteger una etapa de la vida del niño en desarrollo.

La no punibilidad de los niños, es una elección de política criminal del Estado, que entiende que el conflicto penal debe resolverse por medios distintos a los utilizados respecto a los adultos. Claro está que, de ésta decisión no puede derivarse el cercenamiento del derecho del niño a ser oído, al debido proceso y, en su caso, a ofrecer una reparación y asumir su responsabilidad. El niño es plenamente capaz, una persona completa en una determinada etapa de desarrollo.

Lo expuesto, condice con la evolución que el Derecho Penal Juvenil ha tenido en los últimos años en nuestro país, hacia un constante acercamiento a los estándares constitucionales y convencionales.

Esta evolución ha operado en muchas provincias a través de la reforma de las leyes procesales y de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Pero también se ha visto reflejada a nivel jurisprudencial, donde se comenzó a realizar una aplicación directa de las normas convencionales, considerando el carácter directamente operativo de las mismas.

El amplio corpus iure de los derechos de niños, niñas y adolescentes refiere al tema. En el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño se insta a los Estados partes a adoptar todas las medidas apropiadas para “promover

el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño (organismo encargado de monitorear el cumplimiento de la Convención) ha mencionado en la Observación General N° 10 que: a) la edad mínima de responsabilidad penal debe fijarse entre los 14 y los 16 años de edad. b) en ningún caso puede ser menor a 12 años. c) que debe ser elevado allí donde se ha fijado por debajo. d) que los países que ya ha fijado una edad no pueden reducirla (en virtud del principio de progresividad de las garantías).

Luego, la reciente Observación General N° 24 (año 2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, precisa que “los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal en el momento de la comisión de un delito no pueden ser considerados responsables en procedimientos penales” y que “los niños que no han alcanzado la edad mínima de responsabilidad penal deben recibir asistencia y servicios de las autoridades competentes, según sus

necesidades y no deben ser considerados como niños que han cometido delitos penales” (apartados 20 y 23).

Quienes se oponen a modificar la regulación existente a los fines de establecer una edad de responsabilidad penal juvenil disminuida a la actual, sostienen que se trata de niños, donde debe considerarse su mayor vulnerabilidad habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, intelectual y mental.

Por otra parte, también se sostiene que, toda modificación legal, debe plantearse a partir de datos objetivos que la justifiquen. Por ende y teniendo en cuenta la incidencia estadística de delitos graves cometidos por niños, niñas y adolescentes y la proporción que esta representa en relación a los hechos cometidos por adultos, la misma resulta insignificante, no siendo fundamento suficiente que pueda dar sustento a una reforma.

Sin embargo, el problema persiste ya que, pese a la baja incidencia estadística, no permanece indiferente el tratamiento del delito juvenil.

Una respuesta posible que se plantea para el tratamiento del delito penal juvenil ensaya como alternativa, la consideración de implementar la justicia restaurativa. Se resalta sus múltiples beneficios cuando se utiliza particularmente con niños, niñas y adolescentes.

Así, las nuevas tendencias buscan la desjudicialización de

ciertos conflictos en los que el niño esté implicado. Se parte del presupuesto de que la justicia supone un control social perjudicial para el menor, por lo que se intenta evitar su paso por ella, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento sociorehabilitativos y restaurativos a la vez que se busca que el joven asuma la responsabilidad por el hecho cometido y la reparación del mismo.

Hablamos además, de una herramienta que permite, hacer aplicación del principio de ultima ratio del derecho penal, reservándose éste, solo para aquellos casos donde la función simbólica de la aplicación de una pena se justifique, en hechos ilícitos muy atroces, a fin de reafirmar la vigencia del derecho y lograr la pacificación social.

La Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa la define como una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, cuya finalidad consiste en reparar el daño individual y social causado por el delito cometido, mediante procesos de conciliación, reparación y restitución, orientados a visibilizar las responsabilidades de las partes y a lograr la reintegración de la víctima e imputado.

Se trata de un modelo de abordaje diferente al tradicional proceso penal, donde el eje no se centra en el castigo de los jóvenes, ya que sostienen que, la aplicación de condenas conlleva a mayor exclusión, mayor marginalidad y mayor violencia. Por el contrario, se busca generar las condiciones necesarias para que los adolescentes puedan asumir la responsabilidad por el hecho cometido, y se reintegren a

la sociedad asumiendo una función constructiva y relacionándose en el futuro de manera no conflictiva.

Naciones Unidas afirma que la justicia restaurativa, es una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve la armonía social mediante la intervención de la víctima, el infractor y la comunidad.

Se destaca como esencial de estas prácticas, la informalidad, como también su flexibilidad para adecuarse a la naturaleza y particularidades de cada caso. Se abordan además, un conjunto de objetivos amplios para superar el conflicto que subyace al ilícito en cuestión y que en ocasiones, se acrecienta en los casos de aplicación de penas.

En los últimos años sus postulados han ido adquiriendo popularidad por diversos motivos donde se destaca la influencia de los planteamientos abolicionistas y el movimiento de víctimas que reclaman ser más atendidas por el sistema penal y más oídas al momento de establecer la pena.

Sin embargo, el problema de la justicia restaurativa en la actualidad, radica en la manera de poder implementarla, situación que todavía no se encuentra definida con claridad. Las cuestiones fundamentales que se debaten giran en torno al momento y a la autoridad facultada para su intervención, como a los supuestos en los que puede ser utilizado este recurso.

Hay autores que sostienen que siendo una institución proveniente del derecho anglosajón, debe quedar a cargo de control social informal, donde el papel principal lo ejerce el Estado garantizando obligaciones sociales positivas, tales como salud, educación, vivienda, etc.

Otro sector lo ubica dentro del proceso judicial, como un mecanismo relacionado a las salidas alternativas del proceso.

Especialistas en la materia opinan que todas las leyes que se han sancionado en los últimos tiempos, repiten el tema de la justicia restaurativa, quedando pendiente reglamentar su implementación, resultando fundamental que el tiempo de los niños sea algo a considerar. Tal situación es trascendental, ya que el transcurso del tiempo que se da entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva que a ese acto se aplique, debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado.

Se enfatiza en el principio educativo y pedagógico, ya que toda intervención que se haga en esta materia, debe tender a promover la capacidad de responsabilización del adolescente, y que pueda incorporar mecanismos que le permitan el manejo cognoscitivo y emocional de los factores que inciden en su conducta y la previsión de las consecuencias de las mismas.

Se reconoce a la adolescencia como la etapa de la vida en la

que las personas se encuentran en una evolución plena sin haber culminado el proceso de formación para la vida adulta, donde la intervención a tiempo permite la recuperación del sujeto infractor en una proporción mayor que en los adultos.

El catálogo de medidas que se pueden adoptar es de lo más variado, dependiendo en cada caso particular de las características del hecho, de las condiciones particulares del menor y su entorno, de su comportamiento y la opinión de la víctima.

Los acuerdos que se alcancen deben ser razonables, destacando que ello requiere que guarden relación con el delito y proporcionales de acuerdo con la magnitud del daño.

Sin embargo, no debemos caer en un idealismo que en muchas ocasiones no responde a la realidad, y si se demuestra la insuficiencia de las medidas restaurativas para detener comportamientos delictuosos, las medidas más gravosas derivadas del proceso penal tradicional, pueden y deben aplicarse. En este sentido las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing 17.1.a.) establece que "...la respuesta que se dé al delito sea siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad...".

Finalmente, los ejes fundamentales que debe tener toda política criminal seria en relación a los niños, niñas y adolescentes, y efectiva para atender a esta problemática que

tanto nos afecta como sociedad, debe poner énfasis en la prevención y el principio de especialidad.

El primero, refiere a generar las condiciones necesarias a los fines de evitar que los niños, niñas y adolescentes ingresen al delito, incluyendo oportunidades sobre todos en los que se encuentran en mayor peligro o riesgo social.

La especialidad por su parte, apunta a garantizar que los procesos, las instituciones, los operadores y las respuestas que se den al delito juvenil sean diferenciadas al régimen de los adultos.

Comparto la opinión de quienes piensan que no son los jóvenes los responsables del flagelo de la inseguridad. Si realmente deseamos como sociedad evitar que los niños, niñas y adolescente ingresen al sistema penal debemos insistir en políticas de prevención serias y que tengan continuidad más allá de cambios de signo político que se vayan produciendo; que den soluciones con fines de inclusión garantizando el acceso a los derechos fundamentales de educación, salud y protección social.

Recién ahí estaremos en condiciones de dar una batalla cierta al origen de este triste problema.

La Justicia Restaurativa no es una solución para todos los conflictos ni es una receta mágica, sus postulados pretenden un cambio en nuestra manera de ver y responder frente al delito. Si bien aún resta mucho por hacer, el desafío es

continuar en el camino hacia un sistema juvenil respetuoso de los Derechos Humanos donde existan cada vez mayor armonía entre la actividad cotidiana de los operadores y las normas vigentes. ■

BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, Mary “Derechos del Niño” 2 Ed, Buenos Aires Hammurabi 2019.

BELOFF, Mary “Derechos del Niño. Su protección especial en el sistema interamericano”, Bs. As., Ed. Hammurabi 1ª Ed. 2008.

BELOFF, Mary “Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave”, en Bien Común, N° 124, abril de 2005.

BINDER, Alberto M. “Derecho Procesal Penal” Tomo IV, Ed. AD HOC.

CHIARA DIA, Carlos Alberto; OBLIGADO, Daniel Horacio, “La reparación del daño en el proceso penal”, 1ed. Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10 (2007), Observación General N° 24 (2019).

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 44/25 de 20/11/1989.

Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa, Lima Perú 09/11/2009.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/112, de 14/12/1990, también Directrices de Riad.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, “Justicia Restaurativa. Posibles respuestas para el delito cometido por personas menores de edad” 1 Ed. Santa Fe, RUBINZAL- CULZONI, 2004.-

PIJOAN ELENA LARRAURI “Tendencias actuales de la justicia restauradora” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/doctrina48271.pdf>.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 40/33, de 29/11/1985, también Reglas de Beijing.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución N°45/113, de 14/12/1990.

ROXIN Claus, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, trad. De J. Maier y E. Carranza, en otra colectiva, De los delitos y de las víctimas, Ad –Hoc, Buenos Aires, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Infancia y poder punitivo, en Derechos universales. Realidades particulares”, Unicef, Buenos Aires, 200.



myf

174

POR LOS FUEROS



myf

175



myf

176

Dr. Marcelo C. **Quaglia**

*Juez del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 14ª Nominción de Rosario.*

***Desafíos 4.0:
Nuevas realidades
que enfrentamos los
operadores jurídicos***

El impacto de las nuevas tecnologías en nuestras relaciones diarias evidencia una serie de desafíos que el derecho debe asumir. Detallamos en estas líneas algunos supuestos en particular y, en nuestra función de operadores jurídicos sugerimos algunas herramientas para aplicar el caso concreto en busca de lograr arribar al resultado más justo.

I. A modo de introducción

Resulta indudable y evidente que actualmente nos encontramos inmersos en la llamada cuarta revolución industrial o Industria 4.0: la cuarta etapa de la evolución técnico-económica de la humanidad contada a partir de la Primera Revolución Industrial.

Se entiende que la primera de estas etapas se dio a través de la mecanización de la industria (máquina de vapor principalmente); la segunda por la producción en masa, la electricidad y el fordismo (líneas de ensamble); la tercera se introduce con la computación y la automatización de funciones y; la actual se caracteriza por una nueva manera de producir, mediante la adopción de tecnologías que vinculan a los procesos físicos con herramientas digitales enfocadas en la interconectividad, la automatización y los datos en tiempo real¹.

Este concepto de Industria 4.0 no sólo se presenta como un nuevo hito en el desarrollo industrial, sino que además evidencia un impacto que excede este marco, generando importantes cambios sociales a los que el operador jurídico debe estar atento.

Hoy nos encontramos con que, junto con la realidad física o analógica, y debido al auge de lo digital, las tecnologías individuales que la conforman se han transformado en un entorno que envuelve y da forma a casi todas las facetas principales de la vida cotidiana: el entorno digital². Cabe a ello adicionar la situación de pandemia y aislamiento que hemos transitado, la que ha forzado a todos a un uso más intenso de la conectividad virtual donde la vida no se ha detenido, sino que se ha trasladado a un lugar diferente³.

En efecto, cabe advertir cómo, a través de un único dispositivo (un smartphone o una Tablet), podemos pasar de forma casi imperceptible de un ámbito de la vida cotidiana a otro, celebrando una reunión virtual, subiendo información a una red social, escribiendo mensajes en una aplicación, leyendo las noticias en la web y comentando los sucesos, adquiriendo la cena de esta noche o un bien determinado, efectuando presentaciones formales en nuestro ámbito laboral, etc.

En tal línea se ha definido al entorno digital como el conjunto de canales, plataformas y herramientas que disponen los proveedores de bienes y servicios para tener presencia en internet y desarrollar sus actividades, sean estos propios (páginas web, correos electrónicos, aplicaciones, tiendas en línea, blogs, landing pages, etc.) o de terceros (redes sociales, publicidad digital, influencers, contenidos virales, sistemas de reseña, marketing en motores de búsqueda, etc.)⁴. Si bien coincidimos con el concepto entendemos que el mismo debe interpretarse expansivamente, comprendiendo cualquier relación vínculo o actividad individual que se desarrolle de manera digital (sea unilateralmente o vinculándonos con otros sujetos).

Obviamente estas nuevas tecnologías pueden brindar numerosas herramientas para facilitar el acceso de las personas a bienes fundamentales y relevantes, tales como la salud, la educación y la información (entre otros); así como la posibilidad de adquirir productos, buscar esparcimiento, etc.; incrementando exponencialmente los estándares de nuestro bienestar social y económico, y hasta colaborar en la plena efectividad del ejercicio de los derechos humanos, dando una mayor calidad de vida a las personas⁵. Sin embargo, como toda herramienta, su uso puede ser desvirtuado o inapropiado.

En efecto, siendo el entorno digital un ámbito construido y habitado por personas, muchos de los planteos o conflictos que allí se susciten serán los mismos del mundo analógico o real (por denominarlo de alguna forma ya que el mundo digital también es real): a) cuestiones de género (como la violencia de género en entornos digitales o la brecha digital de género existente en algunos países⁶); b) igualdad (especialmente en materia de accesibilidad en el aprendizaje digital inclusivo⁷); c) vulnerabilidad e hipervulnerabilidad⁸; d) abuso de posiciones dominantes; e) tecnologías persuasivas (hoy denominadas diseños del comportamiento⁹); f) neurociencias; g) la exigencia de un trato digno y equitativo; y un extenso y largo etcétera.

Lo reseñado no implica desconocer que también se evidenciarán nuevos desafíos, los que requerirán de nuevas soluciones¹⁰. Éstas no necesariamente implicarán descartar las existentes (que podrán invocarse por analogía) pero a veces exigirán de adaptaciones a las particularidades del caso o de su recepción con esas particularidades en nuevas normas que nos tutelen¹¹.

La cuestión es transversal, abarca numerosas cuestiones y hasta ya ha sido materia de análisis en esta prestigio-

sa publicación, aunque principalmente desde la óptica de las actividades desarrolladas dentro del poder judicial¹². En estas líneas procuraremos analizar brevemente la cuestión, y enunciar algunos ejemplos que se desarrollan en nuestra vida diaria...

II. El impacto en el derecho: algunas situaciones concretas

Las nuevas realidades (especialmente ante el desarrollo de las llamadas TIC's) evidencian nuevos desafíos, interrogantes y eventuales respuestas que demandan de nuestra atención.

La cuestión es de por sí amplia y generosa y, como destaca Tolosa, se plantean nuevos desafíos para los operadores jurídicos, resultando necesario diseñar nuevas instituciones y nuevas estrategias dentro de las ya existentes. A partir de ello se podrán dar soluciones a problemas sociales novedosos en el contexto de realidades complejas y permanentemente dinámicas así como lograr la eficacia de los derechos tutelados. Todo ello reclama una constante formación y capacitación jurídica, preponderantemente interdisciplinaria¹³.

En este contexto, y concedores de nuestras limitaciones, dentro del amplio espectro interdisciplinario y transversal que ofrece la temática, pretendemos en estas breves líneas desarrollar arbitrariamente algunos de los tópicos que se configuran, a título meramente enunciativo¹⁴ y procurando generar inquietudes, interrogantes y, quizás, lograr que el amable lector proponga alguna eventual solución, siempre en aras de la búsqueda de una solución más justa para el caso concreto.

Pasemos entonces al análisis...

II. a) La publicidad 4.0: “la masividad individualizada”

El mensaje publicitario, tanto en contenido como en alcance, ha evolucionado. De esta manera y a través de agguornamiento que impone la Tecnología 4.0, sin perder la masividad que usualmente lo caracteriza (y que hasta se ha incrementado¹⁵), se presenta con un contenido mucho más personalizado y concreto, dirigido a un determinado grupo o grupos de consumidores.

En tal sentido, recientemente, en una sanción impuesta

por la SCI de la Nación a la empresa Cencosud S.A.¹⁶ se evidenció que el proveedor, a través de una agencia de publicidad, remitió un mensaje activado por el uso de cookies del navegador que era exclusivamente divisado por las personas que comenzaron una compra on line en la página web del sancionado y que no llegaron a finalizarla. En la misma se los incitaba a adquirir determinados bienes o productos en el contexto del inicio de la pandemia mundial que nos aqueja y se entendió que la publicidad inducía a conductas socialmente peligrosas al incentivar a los consumidores a concurrir a local del proveedor (en un contexto de pandemia) y que incumplía con la obligación de informar debidamente.

Lo reseñado no es otra cosa que una estrategia de marketing diferenciado, donde el mercado se distribuye en diversos segmentos y el proveedor se dirige a alguno o algunos en particular, conociendo de antemano el perfil del cliente, sus intereses y sus inquietudes. Y es que, a través del análisis una gran cantidad de datos y el cruzamiento de información con otras bases de datos (incluso aprendiendo de esa información¹⁷) el sistema “habla” con los consumidores de manera más o menos personalizada, capturando el interés y la atención del potencial cliente¹⁸.

Podemos enunciar como supuestos de esta situación publicidades de productos o servicios vinculados con búsquedas previas que hemos efectuado en la web; aquellas vinculadas con nuestras características personales (nuestra edad, estado civil, etc.) las que son extraídas usualmente de nuestras redes sociales¹⁹; o las llamadas compras programáticas (modelo de compra de publicidad en tiempo real), donde se procura brindar un mensaje específico al destinatario en un momento preciso y en un contexto determinado: el proveedor accede en tiempo real a una impresión de un anuncio en Internet que está a punto de mostrarse, lo integra con información disponible sobre el usuario que lo verá y el sitio web en el que aparecerá, decidiendo en ese instante si lanza o no la promoción²⁰.

De esta manera (y en determinados supuestos administrando en forma lícita nuestros datos) la Publicidad 4.0 ha logrado aunar dos características aparentemente opuestas e irreconciliables: la masividad (por el alcance) y la individualidad (por el contenido) del mensaje.

Y, si bien dichos caracteres resultan beneficiosos para las partes (el proveedor logra llegar a numerosos potenciales clientes en forma personalizada y el consumidor recibe información vinculada a sus intereses) es necesario que la

actividad desarrollada recopile numerosos datos, reconstruya perfiles, ahonde en sus intereses y determine qué quiere o pretende, procurando predecir sus intenciones (y a veces hasta buscando generarlas).

Lo hasta aquí reseñado ya nos presenta un evidente interrogante: ¿cómo se recaba dicha información? ¿Cuál es el límite razonable en el ejercicio de dicha actividad?

Podemos recordar en este sentido un reciente caso de derecho comparado, ocurrido en las líneas de metro de San Pablo (Brasil): las cámaras de reconocimiento facial de esas líneas analizaban la reacción emocional de los pasajeros que transitaban por la estación para que, posteriormente las puertas interactivas de los vagones les mostraran anuncios personalizados basados en dicha información.

Ante un planteo judicial (aún no firme) se resolvió que el sistema de detección de rostros quedaría comprendido dentro del ámbito de los datos biométricos, conforme Ley General de Protección de Datos de ese país, siendo necesario para su procesamiento el consentimiento de los interesados. Así, se concluyó que se había violado el derecho a la imagen, los requisitos de protección de datos (especialmente de datos de niños, niñas y adolescentes) y

el derecho a la información de los consumidores (que no sabían que eran “scaneados” por las cámaras)²¹.

II. b) Influencers

El llamado deber de consejo siempre ha sido considerado como una facultad que detentaba una de las partes del contrato, pero que no era vinculante y por tanto no generaba consecuencias jurídicas (salvo que fuera efectuado de mala fe)²².

Sin embargo, desde hace ya varios años²³, los autores han comenzado a plantearse si en el caso de los llamados influencers (personas humanas²⁴ que tienen un grupo de seguidores en redes sociales, quienes escuchan sus mensajes y recomendaciones²⁵), no cabría imponer responsabilidad debido a la actividad que desarrollan en el supuesto que el bien o servicio promocionado no cumplimenta lo prometido o, peor aún, genera daños.

Dentro del espectro de quienes reconocen algún tipo de responsabilidad, las partes se enrolan en el ámbito de la responsabilidad objetiva (con fundamentos varios como: a. la existencia de una publicidad ilícita ya que se rompe con el

principio de identificación del mensaje publicitario, b. entender que la publicidad es una fuente de obligaciones per se, c. el beneficio que percibe el influencer o, d. el principio de confianza -hoy receptado expresamente en nuestra normativa en materia de consumo²⁶-) o en el de la subjetiva (también con fundamentos varios, tales como: a. la configuración de mala fe en la recomendación, b. la obligación de verificar lo que se recomienda ya que en su defecto la publicidad es engañosa o c. la configuración de una conducta negligente o antifuncional de derechos)²⁷.

En el ámbito comparado se han comercializado de seguros de responsabilidad civil para bloggers, youtubers e instagramers, sin embargo los mismos tutelan otras órbitas de la responsabilidad²⁸ y no la enunciada.

La cuestión ha sido objeto de análisis en el marco de la autorregulación, a través de códigos de ética publicitarios o de influencers²⁹. Entendemos que ello resulta insuficiente y es necesario regular la cuestión debidamente (en nuestro país se encuentra actualmente en trámite legislativo un proyecto de ley presentado en el Senado bajo el expediente 1358/2020³⁰).

Otra cuestión de relevancia, en este aspecto de transversa-

lidad que referimos, se evidencia cuando el influencer es un niño, niña o adolescente, llegando a plantearse la necesidad de tutela de sus derechos a la imagen, intimidad, honor e identidad digital³¹ y la eventual configuración de un supuesto de trabajo infantil³², entre otras cuestiones.

Una vez más el debate se plantea: ¿cabe imputar algún tipo de responsabilidad al influencer por el mensaje publicitario que comunica y transmite? Y en su caso, ¿con qué fundamentos?

II. c) El Prosumidor³³

El acrónimo (formado por las palabras proveedor y consumidor³⁴) pretende caracterizar al consumidor que realiza actividades que agregan valor al bien o al servicio que ha contratado, valor que usualmente implica una reducción de costos de producción o de recursos que, en otro supuesto, el proveedor debería haber brindado³⁵.

Si bien la figura excede (y precede) el ámbito de los entornos digitales, advertimos que es allí donde más se ha expandido, por ejemplo: a) servicios técnicos que asisten al consumidor de manera remota (siendo éste quien

debe solucionar inconvenientes puntuales de sus computadoras personales, televisores inteligentes o celulares asistido por un operador); b) cuando el consumidor califica determinados bienes o servicios en plataformas digitales, permitiendo así que otros consumidores revisen los comentarios, sugerencias y/o recomendaciones³⁶ y promocionando así el bien o el servicio que el proveedor ofrece³⁷; c) al contratar en forma virtual un viaje, asumiendo funciones que antes pesaban sobre el agente de viajes (completar sus datos para volcarlos en pasajes³⁸, controlar las exigencias de ingreso al país al que pretende ir, o en el caso de la pandemia, la documentación que se solicitará para trasladarse de una provincia a otra, etc.

Como podemos advertir, el proveedor delega o terceriza tareas que le son propias e inherentes a su función (vinculadas con el servicio que presta o el bien que comercializa), delegación o tercerización que es trasladada al consumidor. Las actividades que llevaba a cabo un profesional especializado hoy son desarrolladas por el profano, quien probablemente siquiera haya sido debidamente capacitado a tales fines.

De esta forma se adiciona a la vulnerabilidad genética del

consumidor³⁹, otro factor o elemento que la incrementa o agrava (vulnerabilidad funcional). En el caso a través de la utilización de entornos digitales⁴⁰ y la condición (en algunos casos imposición) de prosumidor (asumiendo un rol a veces hasta preponderante y para el cual usualmente no se lo ha calificado o instruido).

La conclusión, salvo prueba en contrario, no puede ser otra que el prosumidor en entornos digitales debe ser calificado como un hipervulnerable⁴¹, lo que demanda un incremento en su protección (como ya ha señalado la jurisprudencia⁴²) dada la configuración de situaciones de vulnerabilidad agravada.

Dentro de esta ampliación del marco de tutela⁴³ resulta de fundamental importancia considerar los eventuales eximentes de responsabilidad que puede plantear el proveedor plantear ante el daño que sufra el prosumidor desarrollando la actividad encomendada en el entorno digital, usualmente causado por su propio error.

Entendemos que, al trasladar el proveedor parte de sus actividades al entorno digital e imponerlas en cabeza del prosumidor, mal puede pretender, ante la configuración de daños, alegar como eximente el hecho de la propia víctima

y/o de un tercero por el cual no debe responder⁴⁴: el consumidor hipervulnerable goza de un estándar mayor que el resto de los consumidores.

La posterior pretensión del proveedor de liberarse responsabilidad alegando tanto el hecho de la víctima como el de un tercero (vg. en los llamados casos de phishing), deviene en principio impracticable dada que ha sido su previa conducta la que colocó al consumidor/prosumidor en la posición que desencadenó el daño que sufrió, y donde usualmente no se capacitó debidamente a la víctima en el uso de las herramientas provistas. Cobra de esta forma relevancia la ausencia de información adecuada con que pueda contar el prosumidor (arg. art. 1107 CCyC).

Ante dichas situaciones, y ponderando especialmente la especial situación en la que se encuentra el prosumidor no cabe sino concluir que es el “verdadero” proveedor quien debe asumir los riesgos y costos que se configuren debido a las conductas o inconductas que desarrolle el prosumidor. En dicha línea ya se han pronunciado, ante el planteo de medidas cautelares tendientes a evitar el cobro de créditos otorgados aparentemente en forma indebida así como sobre el fondo, varios Tribunales⁴⁵.

III. Algunas reflexiones finales

La configuración de estas nuevas realidades se evidencia hoy como un fenómeno innegable, y requiere muchas veces de una necesaria contención a fin de evitar abusos o usos inapropiados. Tal es la tarea que se impone al operador jurídico, ¿de qué forma podemos llevarla a cabo?, ¿con qué herramientas enfrentar el fenómeno?

Usualmente, ante este tipo de situaciones, la primera valla de contención se configura en el ámbito de la autorregulación; sin embargo, en el marco de los entornos digitales ya se ha advertido que, más allá de resultar beneficiosa en determinadas situaciones, la autorregulación no se evidencia como satisfactoria: la moderación de contenidos y los mecanismos internos de revisión muchas veces resultan insuficientes⁴⁶.

Es por ello que es necesario recurrir a otros recursos. En este caso el derecho debe intervenir pero, dada la celeridad de los fenómenos, no resulta suficiente que lo haga actuando en forma posterior al hecho, asistiendo al cambio y receptándolo o rechazándolo, dándole o quitándole de esta manera a la situación fáctica la estabilidad que le brinda una consagración jurídica⁴⁷.

Tal no es la única forma en la que el derecho puede actuar. Es evidente que el derecho es un fenómeno social y un elemento que debe buscar componer la realidad, y no sólo como normatividad posterior: en temáticas como la presente debe constituir una parte contextual, impulsora de transformaciones y cambios sociales, estimulando como guía de un futuro quehacer o instrumento de cambio⁴⁸.

En tal función actúa como segunda valla de contención, recurriendo para ello (ante la ausencia de normas expresas) a los principios generales del derecho vigentes, principios que pueden brindar soluciones a casos particulares y concretos, usualmente a través de la actividad jurisdiccional⁴⁹.

En esta línea podemos destacar que nuestro ordenamiento positivo ha receptado expresamente una enunciación de 14 Principios Fundamentales en el ámbito de las relaciones de consumo, enumerando lo que califica como los principios básicos en la materia⁵⁰. Varios de ellos se vinculan en forma directa con el tema que estamos tratando (a. Progresividad y No Regresión; b. Acceso al Consumo; c. Transparencia de los Mercados; d. Protección Especial para Consumidores en Situación Vulnerable y de Desventaja⁵¹; e. Respeto de la Dignidad de la Persona Humana; f. Antidiscriminatorio; g. Información; h. Armonización; i.

Equiparación de Derechos y j) Confianza, entre otros).

Cabe adicionar a ello principios generales del derecho (como la buena fe), así como otros principios propios del ámbito del consumo no enunciados expresamente ya que la enumeración normativa detallada debe considerarse como meramente enunciativa (cabe señalar como ejemplo entre los principios no enunciados el de Primacía de la Realidad, incorporado en el art. 5 de los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor con actual estado legislativo⁵²).

De esta forma se evidencia claramente la posibilidad de agregar, adicionar y/o aplicar otros principios en el caso concreto, aún cuando los mismos no cuenten con una recepción legislativa expresa, existiendo la posibilidad que nuevos principios sean deducidos por el operador jurídico a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico y/o extraídos del derecho natural (conforme a qué posición se adhiera)⁵³.

Conforme lo expuesto, más allá de la consagración expresa o no de un principio como norma vigente, los mismos son plenamente operativos y aplicables a cada caso concreto resultando una consecuencia del mandato constitucional consagrado por el art. 42 3er. párrafo de la CN, norma que

impone la necesidad de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en materia de relaciones de consumo, y demandando por tanto el esfuerzo de cada uno de nosotros como operadores jurídicos para procurar arribar a la solución concreta en cada caso.

Finalmente, lo reseñado no impide que, ante determinadas situaciones la tecnología genere relaciones jurídicas que desborden este marco normativo, reclamando un proceso de regulación propio que procure efectivizar más concretamente esos principios, incorporando nuevas normas y, en algunos supuestos hasta una nueva institucionalidad, la que podrá incluir órganos reguladores especializados⁵⁴ (tal sería la tercera valla de contención del fenómeno)⁵⁵.

A través de dichos instrumentos deberá el operador jurídico encontrar la solución justa en el caso concreto. Tal es hoy, como todos los días, el desafío que les proponemos... ■

CITAS

¹ <https://www.argentina.gob.ar/inti/industria-40>

² BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The Mit Press, 2021.

³ BOCZKOWSKI, Pablo J. y MITCHELSTEIN, Eugenia; “The Digital Environment: How we Live, Learn, Work, and Play now”, Ed. The Mit Press, 2021.

⁴ BAROCELLI, Sergio Sebastián; “Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales”, La Ley Revista del 8 de noviembre de 2021, edición especial por el XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor: “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 8.

⁵ PARRA, Sepúlveda, Darío y CONCHA MACHUCA, Ricardo; “Inteligencia artificial y derecho. Problemas, desafíos y oportunidades”, Universitas, vol. 70, 2021, Pontificia Universidad Javeriana, [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20\(2021\)/82569129005/#fn101](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20(2021)/82569129005/#fn101).

⁶ <https://es.unesco.org/news/cerrar-brecha-digital-genero-hackaton-ia-organizado-microsoft-desarrolla-competencias-digitales>

⁷ <https://www.buenosaires.iiep.unesco.org/es/portal/educacion-inclusiva-superar-las-barreras-de-la-tecnologia>

⁸ Parte de nuestra doctrina nacional asevera que el consumidor electrónico o digital, tan solo por dicha condición, debe ser considerado y calificado como un consumidor hipervulnerable (MENDIETA, Ezequiel; “Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la Resolución N° 139/2020”, Revista de Derecho del Consumidor – N° 9 – diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26 y “Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo “Despegar.com.ar SA c/GCBA s/Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor”, Revista de Derecho del Consumidor – N° 8 – abril 2020, IJEditores).

⁹ En el año 1997 el Dr. Brian Jeffrey Fogg funda en la Universidad de Stanford el “Behavior Design Lab” (Laboratorio de diseño de comportamiento) , cuyo objetivo es comprender el comportamiento humano y diseñar cómo poder efectuar cambios en ese comportamiento (para mayor información puede consultarse <https://behaviordesign.stanford.edu/>).

¹⁰ Por ejemplo, en el ámbito del metaverso una persona humana puede elegir configurar su avatar de otro género o raza y, por tanto, ser discriminada en razón de ello (no la persona sino su avatar) (AGUDELO PIÑEROS, Catalina; “La sociedad de los avatares: Videojuegos, representación y discriminación”, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Sociales, Maestría en estudios culturales, Bogotá, 2014

<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/13464->).

¹¹ Tal es el supuesto, por ejemplo, de la Resolución 1033/2021 SCI, que regula (entre otros tópicos) la relación entre el consumidor los llamados chatbots. El término chatbots (bot de charla o bot conversacional) es un neologismo actualmente admitido en el idioma español (<https://www.fundeu.es/recomendacion/chatbot-neologismo-valido/>) que denomina programas informáticos con los que una persona puede mantener una conversación, Se ha creado a través de la acronimia entre chat (“intercambio de mensajes electrónicos a través de internet que permite establecer una conversación entre dos o más personas” -<https://dle.rae.es/chat;>, RAE, primer acepción-) y bot (acortamiento de robot).

¹² La décima edición de esta revistas abordó temas tales como inteligencia artificial y derecho, innovación tecnológica en la gestión judicial y neurociencias y derecho (<https://www.magistrados-santafe.org.ar/wp-content/uploads/2021/12/MF2021WEB.pdf>).

¹³ TOLOSA, Pamela K., "Nuevas habilidades a desarrollar por quienes ejerzan la abogacía de cara al futuro", Diario La Ley 29/08/2018, LA LEY, 2018-D, 1076, cita online TR LALEY AR/DOC/1744/2018.

¹⁴ Es bien sabido que la una elección limitada de temas, como la abor-

dada en estas líneas, no sólo es arbitraria sino también injusta. Quedan varios e interesantes temas pendientes de análisis, tales como la responsabilidad de las plataformas digitales de consumo colaborativo o compra y venta on line, la telemedicina, las empresas de base tecnológica (fintech, insurtech, etc.), la necesidad (o no) de transparentar los algoritmos, la calificación de los algoritmos como cosa riesgosa o peligrosa, la afectación de la voluntad que puede generar el uso de redes sociales y el mapping de la persona, etc.

¹⁵ Por ejemplo, a través del uso de la web, redes sociales, mailings personalizados, etc. (al respecto puede consultarse “La batalla de la publicidad se libra en Internet y las grandes agencias no quieren perdérsela”, nota periodística del diario “El País” de España del 6 de julio de 2019, https://elpais.com/economia/2019/07/05/actualidad/1562323092_245688.html).

¹⁶ Disp. 126/2021 de la Secretaría de Comercio Interior, del 25 de marzo de 2021 (la que no se encuentra a la fecha firme).

¹⁷ Machine learning (aprendizaje automático) es una rama de la inteligencia artificial que permite que las máquinas aprendan sin ser expresamente programadas para ello. Naturalmente la Publicidad 4.0 se vincula y relaciona de manera directa el aprendizaje automático y la inteligencia artificial. Para profundizar la cuestión se recomienda

consultar FRUSTAGLI, Sandra A.; “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, SJA 14/07/2021, 19.

¹⁸ La herramienta (basada principalmente en Inteligencia Artificial) trasciende el fenómeno de la publicidad y podemos encontrarla por ejemplo en la aplicación de los llamados bot de charla o bot conversacional (Chatbots): aplicaciones de software que simulan mantener una conversación con una persona al proveer respuestas automáticas, las cuales son previamente establecidas y que van evolucionando a través de la prueba de ensayo y error.

La cuestión trasciende el objeto de este análisis, pero no podemos dejar de plantearnos si su uso excesivo o exclusivo por parte del proveedor no puede llevar a un supuesto de práctica abusiva (advirtiéndose que la Res. 27/2019 Mercosur regula el servicio eficiente de atención de consultas y reclamos), afectando el trato digno y equitativo de los consumidores. En esta línea la Secretaría de Comercio Interior de la Nación ha impuesto una multa a Despegar S.A. de \$ 4 Mill por falta de canales de atención por trámites y consultas relativas a modificación o cancelación de servicios adecuados (-www.argentina.gob.ar/noticias/multas-por-205-millones-empresas-por-incumplir-la-ley-de-defensa-del-consumidor-).

¹⁹ El fenómeno de la publicación de la vida privada en las redes trasciende naturalmente el marco del derecho. Para profundizar la temá-

tica desde el punto de vista sociológico se recomienda consultar SIBILLA, Paula; “La intimidad como espectáculo”, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2008, México.

²⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/Compra_programatica

²¹ Para profundizar la temática puede consultarse, entre otros, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-case-of-sao-paulo-subway-facial-recognition-cameras/?lang=es> y <https://reconocimientofacial.info/justicia-brasilena-condena-empresa-de-metro-por-uso-de-reconocimiento-facial-sin-consentimiento-en-sao-paulo/>. Y en este link puede accederse a la sentencia en el idioma original: https://idec.org.br/sites/default/files/doc_5._sentenca_viaquatro.pdf

²² El art. 1893 CC, referido al mandato planteaba que la incitación o el consejo, en el interés exclusivo de aquél a quien se da, no produce obligación alguna, sino cuando se ha hecho de mala fe, y en este caso el que ha incitado o dado el consejo debe satisfacer los daños y perjuicios que causare.

Actualmente el art. 1581 del CCyC (en materia de fianza) incorpora una norma similar con relación a las cartas de recomendación o patrocinio.

En esta misma línea se enrolan el art. 485 CC portugués y art. 676 Código Alemán.

²³ Uno de los primeros en abordar la cuestión ha sido Federico ALVA-

REZ LARRONDO en su trabajo “La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades” en RCyS año XII, Nro. 2, Febrero 2010, p. 44.

²⁴ Criterio que hoy nuevamente se ve debatido ante la configuración de robots/inteligencias artificiales que se desempeñan como influencers (<https://neubox.com/blog/los-5-robots-mas-populares-que-trabajan-como-influencers/>), cuestión que por razones de espacio y capacidad omitimos debatir en estas líneas.

²⁵ MARHABA, Débora y BAROCELLI, Sergio Sebastián; “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, LL 13/07/20202, 10 TR LALEY AR/DOC/1926/2020.

²⁶ Res. Mercosur 36/2019, incorporada a nuestro derecho por la Res. 310/2020 SCI.

²⁷ Entre otros puede consultarte en esta el suplemento publicado por el diario La Ley el 13 de julio de 2020: “Influencers y el Mercado Multinivel”, donde varios y prestigiosos autores analizan la temática.

²⁸ Actos vinculados con la violación de derechos de propiedad intelectual (marca registrada, identidad corporativa, imitación fraudulenta, etc.); incumplimientos de una licencia adquirida (derechos de autor de un tercero); difamaciones; incumplimiento de cualquier deber de

confidencialidad; negligencia por transmisión de un virus o cualquier código malicioso, etc.; excluyéndose expresamente los incumplimientos del Reglamento General de Protección de Datos (<https://blog.inspiritmutua.com/seguro-de-responsabilidad-civil-influencers/>).

²⁹ <https://fundaciongabo.org/es/etica-periodistica/recursos/influencers-aqui-esta-su-decalogo-etico;>
<https://www.hamelin-agency.com/codigo-etico-de-influencers-para-publicidad/>, etc.

³⁰ NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L.; “La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley”, LL 16/09/2020, 1 TR LALEY AR/DOC/2675/2020.

³¹ GRAIEWSKI, Mónica; “El papel de los progenitores en la presencia de sus hijos en internet”, EBOOK-TR 2022 (Errico), 141 TR LALEY AR/DOC/2487/2021 y VANITETTI, Hugo A.; “Protección del derecho a la imagen, intimidad, honor e identidad digital de las niñas, niños y adolescentes. Responsabilidad parental y corresponsabilidad digital”, DFyP 2021 (diciembre), 190 TR LALEY AR/DOC/3032/201.

³² OJEDA, María Verónica y PANCINO, Bettina; “Los niños influencers o trabajo infantil encubierto”, LL 8/11/2021, 1 TR LALEY AR/DOC/3668/2021.

³³ Para continuar analizando esta temática se sugiere consultar QUAGLIA, Marcelo C.; “Vulnerabilidades 4.0: la figura del prosumidor”, publicado en RCCyC 2022 (febrero), 15/02/2022, 54.

³⁴ <https://www.fundeu.es/recomendacion/prosumidor-en-espanol-mejor-que-prosumer-1292/>

³⁵ Por ejemplo, usualmente en nuestros días muchos muebles se adquieren sin armar, pesando sobre los hombros del consumidor (prosumidor) esa tarea. Ello no sólo permite un packaging más económico, sino que además excluye de la cadena de comercialización a una persona (a cargo del proveedor) que los arme para entregarlos o, en su defecto, brindar a esa persona a un mayor costo.

³⁶ Naturalmente el supuesto difiere del analizado precedentemente ya que el prosumidor no es un influencer.

³⁷ La primera de las 95 tesis del Manifiesto Cluetrain asevera que los mercados son conversaciones (la obra es un llamado a la acción para que las empresas que operan en internet se adapten a este nuevo mercado) (LEVINE, Rick — LOCKE, Christopher — SEARLS, Doc — WEINBERGER, David, “El Manifiesto Cluetrain. El ocaso de la empresa convencional”, Ed. Deusto, 1999).

³⁸ El particular ejemplo enunciado, ante un error del prosumidor al

volcar la información (por ejemplo, ante la emisión de un ticket aéreo), cuenta hoy con una solución concreta en el marco del art. 5 de la Res. 37/2019 Mercosur sobre Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico (internalizada en nuestro derecho a través de la Res. 270/2020 SCI), en ella se dispone que el proveedor debe otorgar al consumidor los medios técnicos para el conocimiento y la corrección de errores en la introducción de datos, antes de efectuar la transacción. Sin embargo, pueden plantearse otras vicisitudes donde las normas no presenten una solución tan específica o concreta.

³⁹ Destaca en este aspecto Garzino, que la noción de consumidor y su especial protección se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de éste frente al proveedor en el mercado, lo que impuso la necesidad de equilibrar a las partes mediante normas y principios positivos (GARZINO, M. Constanza; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf).

Dicha condición de vulnerabilidad cuenta hoy con un reconocimiento normativo expreso (art. 1, Res. 36/2019 Mercosur, ratificada en nuestro derecho interno por la Res. 310/2020 SCI).

⁴⁰ Así lo destaca BAROCELLI, Sergio Sebastián en “Hacia una teoría

general de las relaciones de consumo en entornos digitales” en, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 7.

⁴¹ Determina la Resolución 139/2020 de la SCI en su art. 1 que “se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”.

⁴² Entre otros CNCivil Sala M, 01/07/2020; “A., C. H. y otros c. F. E. s/ daños y perjuicios”, TR LALEY AR/JUR/29469/2020 y CNCivil Sala A, 21/11/2012, “R.F. c. Parque de la Costa s. Daños y Perjuicios”, con especial referencia al voto del Dr. Sebastián Picasso, RCyS 2013-II, 183, Cita online: AR/JUR/63681/2012.

⁴³ La calificación del consumidor como hipervulnerable conlleva numerosos efectos:

a) incremento del deber de prevención o mitigación del daño.

A mero título ejemplificativo puede destacarse que la última parte del art. 95 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consu-

mo de la CABA subraya la preeminencia del principio de prevención, especialmente cuando se traten de “consumidores hipervulnerables”, para lo que se conecta aquel dispositivo con los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial.

b) incremento del deber de colaboración probatoria por parte del proveedor.

El art. 4 de la Resolución 139/2020 SCI determina, para el procedimiento administrativo nacional, que en caso de “hipervulnerabilidad” media exigencia de acentuar el deber de colaboración probatoria.

c) necesidad de utilización del llamado lenguaje claro.

El segundo párrafo del art. 171 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor (Expte. 5156-D-2020) dispone que en la notificación deba utilizarse lenguaje claro y accesible a los consumidores, en especial a los consumidores hipervulnerables. Ello deviene conteste con lo actualmente reglado en el art. 4 de la Resolución 139/2020 SCI ya aludida.

d) flexibilización del principio de congruencia.

“Al dictar sentencia el juez resolverá en base a las pretensiones de las partes de manera razonablemente fundada, ajustándose a una solución más eficaz del litigio. Igualmente, podrá flexibilizar la congruencia en aras de una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte del proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervul-

nerables, con los alcances de los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación” (art. 95 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA).

e) y un largo etcétera.

⁴⁴ Son muchos los ejemplos donde la jurisprudencia, ponderando la condición de hipervulnerable del consumidor dañado morigeró (admitiendo concausas o concurrencias) o incluso desestimó las eximentes planteadas: CNCiv., Sala A, 21/11/2012, “R., F. y otro c/ Parque de la Costa S.A. s/Daños y perjuicios”, RCyS 2013 II,183; CNCiv., Sala M, 7/3/2012, “Pazzaglini, Carlos Ariel R. c/Buenos Aires Entretenimientos S.A. F1 Kart y otro s/Daños y perjuicios”, LL 2012-E , 239; RCyS 2012-X , 111; CCiv. y Com. Morón, Sala II, 26/4/2011, “Boeiro, Olga B. c/ Cenconsud S.A. s/Daños y perjuicios”, AR/JUR /12218/2011; CSJMendoza, “Bloise de Tucchi Cristina c/ Supermercados Makro S.A”, del 26/07/2002, voto de la distinguida Aida Kemelmajer de Carlucci; entre otros.

⁴⁵ Cabe enunciar, entre otros: a) la Resolución cautelar 802 del 9 de agosto de 2021 librada por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 14va. Nominación de Rosario (recurrída), en la que se plantea que el demandado, a través de la llamada bancarización digital, traslada funciones y prestaciones propias de su ámbito al ámbito de sus clientes; b) el Acuerdo cau-

telar 29.708/2021 de la CNac. en lo Criminal y Correccional, sala 1 donde se reseña (por mayoría) que la entidad que ponga a disposición tecnología informática al usuario que sólo ésta gestiona para entablar una relación jurídica -en este caso, una relación comercial- debe soportar las medidas cautelares que se adopten judicialmente en sede penal para esclarecer el hecho investigado; como también responder, sea penal o civilmente, según sea el caso, por la cuestión; c) la sentencia de fondo emitida el 11 de febrero de 2022 por el Juzg. 1era. Inst. CCy Fam. 3ª de San Francisco, Córdoba en los caratulados “Urquía, Nicolás M. c/ Banco BBVA Argentina S.A., expte. 10176944, reseña que el banco al ofrecer a sus clientes un nuevo modo de relacionarse comercialmente con él, debe procurar como mínimo la misma seguridad que si tal operatoria se realizara personalmente... no puede hacer cargar al consumidor con las consecuencias de un servicio inadecuado en cuanto a la seguridad que debe proveer y; d) la Cámara 2da. CyC, sala II por acuerdo del 5/5/2022 (TR LALEY AR/JUR/63863/2022) confirma la sentencia de primera instancia que asigna responsabilidad a la entidad bancaria ante un supuesto de phishing, declarando además nulos los contratos de préstamos y adelanto de haberes celebrados; todo ello con sustento (entre otros argumentos) en la calidad de consumidor hipervulnerable del actor.

⁴⁶ https://elpais.com/retina/2019/04/12/tendencias/1555058434_379325.html;

<https://www.vozdeamerica.com/a/autorregulacion-no-es-suficiente-para-combatir-desinformacion-en-redes/6267600.html>

Así lo ha señalado en octubre del año pasado, por ejemplo, la secretaria de prensa de la Casa Blanca dejando en claro que la administración de Biden procurará una mayor supervisión federal de las empresas de tecnología que por ahora han logrado el control del discurso y la retórica violenta o de odio en sus propias plataformas (<https://www.independentespanol.com/noticias/denunciante-facebook-frances-haugen-autoregulacion-b1932255.html>).

⁴⁷ DIÉGUEZ MÉNDEZ, Yurisander; “El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad” en “Derecho y Cambio Social” en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5500757.pdf>

⁴⁸ AÑÓN, María José; “Derecho y Sociedad”, trabajo publicado en Introducción a la Teoría del Derecho, Obra Colectiva, Editorial Félix Varela, La Habana 2006, pág. 82.

⁴⁹ De esta forma no podemos sino destacar nuevamente la importancia de la vinculación de los principios generales en materia de consumo con los llamados entornos digitales, así como lo acertado de la propuesta de las Jornadas Nacionales en este sentido.

⁵⁰ Res. Mercosur 36/2019, incorporada a nuestro derecho por la Res. 310/2020 SCI.

⁵¹ Cabe recordar que para algunos autores la condición de consumidor digital implica per se la calidad de hipervulnerable (MENDIETA, Ezequiel, "Reconocimiento Judicial de la categoría de Consumidor Hipervulnerable. A propósito de la resolución 139/2020", Revista de Derecho del Consumidor, 9, diciembre 2020, Cita: IJCMXXXVI26 y "Transporte aéreo, comercio electrónico y la protección del consumidor turista electrónico. Comentario al fallo 'Despegar.com.ar SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", Revista de Derecho del Consumidor, 8, abril 2020, Cita: IJCMXII100 y BAROCELLI, Sergio Sebastián en "Hacia una teoría general de las relaciones de consumo en entornos digitales" en, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor "Hacia el Código nacional de defensa del consumidor", p. 7).

⁵² Exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020.

En referencia al mismo puede consultarse, HERNANDEZ, Carlos A.; JAPAZE, Ma. Belén; OSSOLA, Federico A.; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel A.; "Hacia el Código de Defensa del Consumidor", Publicado en: LA LEY 15/03/2021, 1.

⁵³ RUIZ RUIZ, Ramón; "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho", en Rev. Derecho y Realidad Núm. 20 II semestre de 2012, Facultad de Derecho y Ciencias

Sociales, UPTC ISSN: 1692-3936.

⁵⁴ PARRA, Sepúlveda, Darío y CONCHA MACHUCA, Ricardo; "Inteligencia artificial y derecho. Problemas, desafíos y oportunidades", Universitas, vol. 70, 2021, Pontificia Universidad Javeriana, [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20\(2021\)/82569129005/#fn101](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/70%20(2021)/82569129005/#fn101)

⁵⁵ Así, por ejemplo en España se elaboró un anteproyecto de ley con el que el Ministerio de Consumo regularía los servicios de atención al cliente, similar en varios aspectos a la norma que analizamos (https://www.20minutos.es/tecnologia/actualidad/adios-a-los-bots-los-usuarios-podran-exigir-por-ley-ser-atendidos-por-personas-en-la-banca-la-energia-o-la-telefonía-4950097/?s=09?utm_source=whatsapp.com&utm_medium=socialshare&utm_campaign=mobile_web) y en Chile se encuentra actualmente en debate parlamentario una ley que pretende tutelar los neuroderechos (<https://www.swissinfo.ch/spa/chile-aprueba-ley-para-proteger-los-neuroderechos--o-derechos-del-cerebro/46990688>).

En nuestro país un claro ejemplo de esta situación se presenta en la Resolución 1033/2021 SCI que reglamente, entre otros aspectos, el uso por parte del proveedor de los llamados chatbots o robots conversacionales y ya hemos citado precedentemente el proyecto de regulación de la actividad de los llamados influencers.



myf

196

Dr. Iván G. **Di Chiazza**

*Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 8ª Nominación de Santa Fe*



Dr. José Ignacio **Pastore**

Juez de primera Instancia de Circuito de Sunchales

***Proyecciones para
el nuevo modelo
de gestión procesal:
Desafíos para los
operadores del sistema***

I. El cambio de modelo

La manera de abordar hoy el conflicto civil y comercial es radicalmente distinta a la conocida y experimentada hasta hace unos pocos años. La dinámica aplicada actualmente es más eficaz y eficiente ya que procura optimizar el resultado de un mejor servicio en menos tiempo. El trabajo del operador jurídico, como el de tantas otras actividades o profesiones, se ha visto transformado. En muy poco tiempo ha cambiado la manera de vincularnos con el conflicto judicializado y ello impacta, lógicamente, en la gestión procesal.

Con la expresión “operador jurídico o del derecho” aludimos a los profesionales que ejercen el “derecho” independientemente de su ámbito o rol (privado o público) y que, de un modo u otro, se desempeñan en el marco del sistema de gestión procesal. Comprende al operador-abogado frente a su cliente y al operador-funcionario frente al ciudadano en conflicto.

Los más entusiastas de la oralidad no imaginábamos que tan buenos resultados se alcanzarían en tan poco tiempo de implementación. El procedimiento basado en audiencias orales nos ha permitido advertir algo que aún siendo obvio no terminábamos de ver y de resolver: el sinsentido de juicios patológicamente largos. Era un modelo agotado desde cualquier en-

foque. Nos acostumbramos a juicios excesivamente prolongados en el tiempo, los naturalizamos de ese modo y los aceptamos como aquello que debía ser así porque “siempre fue así”.

La oralidad aplicada a los procesos civiles y comerciales modificó tanto la estructura como la dinámica de la manera de gestionar el conflicto. Nos permitió advertir las “desconexiones” que generaban pérdidas de tiempo y recursos en desmedro, siempre, del ciudadano. Hay ahora un nuevo modelo que ha sabido leer la urgencia y necesidad del cambio en el sistema de gestión del conflicto procesal y ello fue posible gracias al compromiso y trabajo colaborativo de los distintos operadores del derecho para gestar esa transformación.

Ahora bien, ese nuevo modelo no se agota en la oralidad. El sistema de audiencias orales, como metodología, nos abrió el camino, pero no lo cierra. Hay un cambio cultural de gestión del conflicto que va más allá de la oralidad. Es un proceso que está generando una nueva manera de plantear, entender, abordar y resolver el conflicto judicializado. El modelo final recién se está definiendo entre todos los operadores del sistema de gestión procesal y en su desarrollo intervienen cuatro pilares o ejes sobre los que girará la nueva gestión del conflicto en su versión siglo XXI: (1) la oralidad (como metodología); (2) la tecnología y la comuni-

cación (digitalización y virtualización del proceso); (3) las herramientas de gestión de calidad del servicio y (4) las prácticas colaborativas y soluciones no adversariales.

Los cuatro, conjugados, dan lugar a la “nueva gestión procesal”.

II. Nueva gestión procesal

¿A qué nos referimos con “gestión procesal”? Básicamente a dos cosas. Por un lado, al ámbito de encuentro juzgado/profesionales (proceso judicial), sería algo así como el “tablero” sobre el cual se despliega la actividad de cada uno de los operadores jurídicos orientada a resolver el conflicto. Por otro, a los “movimientos” de piezas o jugadas sobre ese “tablero”. El “tablero” y los “movimientos” es una metáfora útil para comprender la dimensión del cambio que nos trae y de las posibilidades que nos ofrece la nueva gestión procesal.

1. El “tablero”

Con la expresión “gestión procesal” nos referimos al proceso pero no en términos pura y exclusivamente procedimentales sino como el lugar de encuentro de la actividad común

de profesionales y del juzgado. Allí coinciden los operadores jurídicos, cada uno desde su rol, función o actividad. La gestión procesal es, en este sentido, el ámbito físico y virtual en el que cumplimos nuestra tarea común: abordar el conflicto de las partes. Desde esta mirada, la gestión procesal es el “tablero” en el que desplegamos cada “movimiento” hacia la meta de nuestra actividad conjunta: resolver el conflicto.

Hasta hace no mucho tiempo el tablero tenía un soporte físico exclusivo (el papel) y un lugar físico determinado (tribunal). La actuación era presencial y sincrónica. Hoy en día cuenta, según la circunscripción, con un doble soporte (papel y bits). Se ha sumado el expediente digital y lógico es concluir que terminará monopolizando el escenario del tablero para desplazar al papel. A lo digital (vgr. demanda, contestación) se suma lo virtual (audiencias, subastas, edictos, verificaciones de créditos, etc.) y una serie de actos procesales (vgr. audiencias de conciliación y/o producción probatoria) realizados en forma remota sin soporte papel alguno y con una videograbación del acto.

La respuesta profesional de los abogados ante la novedad de llevar a cabo múltiples actos procesales virtuales y remotos ha sido clave para el éxito del sistema. El lógico temor a lo desconocido y el inconsciente rechazo al cambio,

nos hacía dudar sobre la viabilidad de la virtualización de la gestión procesal. Los fantasmas de las presuntas nulidades de esas actuaciones se hicieron presentes, como era de esperar; sin embargo, todo fue más simple, sencillo y menos traumático (jurídicamente hablando) que lo imaginado al inicio del cambio (principios de 2020).

Dos razones para ello: una, la profesionalidad y el compromiso de los operadores del derecho para seguir avanzando y reconfigurando el servicio (público y privado) en clave digital; dos, la concientización y realismo de los operadores en advertir que la digitalización y la virtualidad ya eran parte de la cotidianeidad y que el verdadero problema no era su ingreso a la gestión procesal sino, precisamente, todo lo contrario: pretender dejarlas afuera del proceso en su modelo siglo XXI.

El “tablero”, entonces, es un ámbito físico, virtual, corpóreo y digital, sincrónico y asincrónico en el que se concretan los movimientos y actuaciones judiciales, con efecto directo e indirecto en el proceso judicial. Esa actividad es realizada por los diferentes operadores del sistema (profesionales, funcionarios y auxiliares) que conforman el sistema judicial y dan lugar a los “movimientos” propios del “tablero”.

2. Los “movimientos” que despliegan la actividad sobre el “tablero”

La “gestión procesal” también es el conjunto de todo lo que hacemos los operadores del derecho para llegar a la meta de manera eficiente. La meta es la solución de la controversia. Así entendida, sería cada uno de los “movimientos” que realizamos los operadores sobre el “tablero”. Lo interesante es la variedad de “movimientos” que la nueva gestión nos ofrece y nos exige. En términos generales se pueden identificar tres tipos de movimientos: (i) procesales normativizados; (ii) procesales no normativizados y (iii) no procesales.

2.1. Movimientos procesales normativizados

Hay movimientos que son netamente “procesales normativizados” (vgr. interponer una demanda o contestarla, correr un traslado, abrir la causa a prueba, convocar a una audiencia, resolver una incidencia, conceder una apelación, etc.). Es todo cuanto figura regulado en el ordenamiento procesal formal (vgr. códigos de procedimientos) y que traza la ruta para avanzar en el proceso judicial.

Una mirada clásica y conservadora de la gestión del conflic-

to se limita a ver solamente esta clase de movimientos. En otro momento histórico ello puso ser suficiente. La realidad actual, en cambio, es mucho más compleja y rica en experiencia de “movimientos” que, en gran medida, trascienden de lo “procesal normativizado”.

2.2. Movimientos procesales no normativizados

Otros movimientos califican como “procesales no normativizados” (vgr. acuerdos para regular y adaptar la “forma procesal” a medida de cada conflicto y de sus circunstancias particulares; la actuación oficiosa en determinados momentos; la delimitación de hechos controvertidos en la audiencia de proveído de pruebas; la preselección conjunta y colaborativa de prueba; la producción probatoria oral y videograbada; los traslados verbales e inmediatos de incidencias; la resolución oral de incidencias y planteos suscitados en el marco de audiencias orales; los alegatos in voce grabados; etc.).

Gran parte del cambio de modelo de gestión procesal (y sus inmediatos efectos positivos) se debe a estos movimientos. La oralidad y todas sus novedades se sustentan en haber fortalecido esa eficiencia procesal aun cuando cada uno de esos movimientos no se encuentren “normativizados”, es

decir, escapan a la norma procesal formal. Dicho en otras palabras, no figuran en el código de procedimientos.

Hoy en día, el juicio se centra en dos audiencias claves (de conciliación/proveído y de producción) que no están previstas, por lo general aún y al menos como tales, en el ordenamiento procesal formal. Ese mismo procedimiento fue impulsado de oficio (vgr. al abrirse la causa a prueba), se acordó la prueba a producir (y las partes desistieron de aquellos medios probatorios que resultaban sobreadundantes) e incluso se unificaron ciertas pruebas (vgr. periciales, informativas, etc.), se videograbaron las testimoniales y acortaron plazos (para los alegatos), en muchas jurisdicciones nada de todo eso está previsto en el ordenamiento procesal vigente. Se trata de actuaciones procesales no normativizadas que resultan del “protocolo de oralidad” que permitió imprimirle un giro de 180° de sentido común y modernidad al esquema procedimental.

Lo propio puede decirse del fenómeno de la digitalización y la virtualización del proceso. En efecto, gracias a la digitalización en todo lo que hace a la presentación de escritos y notificaciones electrónicas, la dinámica del expediente se ha visto simplificada, la mesa de entradas del juzgado reconfigurada (redefinida por completo) y los tiempos de ges-

ción para todos los operadores resultaron sensiblemente mejorados (ya no hay innecesarios desplazamientos físicos o, en su caso, se han visto reducidos drásticamente).

La virtualización de actos procesales surtió el mismo efecto: reuniones de conciliación o para fijar pautas de trabajo colaborativo, audiencias de proveído y de producción de prueba (testimoniales, reconocimientos documentales, etc.) realizadas por medio de la tecnología disponible (Zoom, Meet, Teams) nos han permitido ver lo simple que se pueden hacer determinados trámites, en menos tiempo, con menor costo, sin traslados y, desde luego, con todas las seguridades del caso (vgr. verificaciones de identidad y grabación del acto en presencia de funcionarios del juzgado).

Nada de todo ello se encuentra previsto en el código procesal; sin embargo, se han cumplido más de dos años de su empleo, las audiencias telemáticas se cuentan de a varias centenas y los beneficios son indiscutibles. La necesidad de resolver la coyuntura (en momentos de pandemia) condujo a emplear los recursos disponibles. El punto es que todos hemos podido experimentar las ventajas de la virtualización y actualmente las herramientas tecnológicas e informáticas que nos permiten hacerlo se encuentran totalmente integradas a la gestión cotidiana del conflicto.

Nuevamente aquí se destaca el rol y el desempeño de los operadores del derecho que han sabido incorporar estos movimientos procesales “no normativizados” pero que cumplen, hoy, una función vital en cualquier proceso que pretenda desenvolverse con soltura, de manera ágil y eficiente.

2.3. Movimientos no procesales

También hay movimientos “no procesales” (transcenden de lo estrictamente procesal) que tienen que ver con un detalle básico y elemental (pero no utilizado de modo habitual): la comunicación y la coordinación entre juzgado y profesionales para agilizar, simplificar y, en definitiva, hacer más eficiente aquella tarea conjunta (cada operador desde su respectivo rol).

Se trata, sencillamente, de advertir que la lógica colaborativa (juzgado/profesionales) requiere de un elemento clave: comunicación. Sin comunicación efectiva, oportuna y precisa no hay colaboración posible. Sin colaboración, volvemos a la lógica ya perimida y que ha dado los resultados por todos conocidos de juicios irrazonablemente eternos.

El sentido común y la dinámica de la vida cotidiana de cualquiera de nosotros nos indica que no se puede gestionar

eficientemente el conflicto y el proceso sin canales de comunicación alternos (al estrictamente procesal formal) disponibles para consultas operativas y para la coordinación de tareas conjuntas (profesionales/juzgado).

III. Aptitudes y actitudes

Ampliar el “tablero” del que hablábamos para comprender tanto lo físico/material como lo digital/virtual es parte de la tarea (y el desafío) a la que la realidad nos interpela a todos los operados del derecho. De igual modo lo es afianzar la variedad de “movimientos” que nos ofrece esta realidad (ya no lo son pura y exclusivamente los procesales normativizados) de una nueva gestión procesal.

Podemos hacernos los distraídos y mirar para otro lado, pero el futuro no se detiene por eso, seguirá avanzado, mejorando y perfeccionando en clave tecnológica, informática y comunicacional cada detalle de la vida en relación. Por tal motivo, lo más sensato sería no obviarlo y articularnos de cara y no en contra de la realidad. En ese mismo espacio o “tablero” físico/virtual es que nuestros “movimientos” deben estar acordes a la exigencia. Cuanto más opciones y variedad de “movimientos” tengamos más fácil será llegar

a la meta de forma eficiente (reduciendo los tiempos y los costes asociados). Todo esto nos coloca frente a nuevos y relevantes desafíos aptitudinales y actitudinales.

Los primeros tienen que ver con nuestras habilidades, destrezas y formaciones aprendidas. En el marco del “tablero” y los “movimientos” de la nueva gestión es claro que son competencias esenciales las destrezas vinculadas a técnicas de litigación oral y de abordajes no adversariales; conocimientos informáticos y telemáticos, de organizaciones, motivación y liderazgo, de comunicación y de gestión (en sus diferentes niveles y manifestaciones), de solución alternativa de conflictos; es decir, todo cuanto refiere a los cuatro ejes esenciales de ese renovado “tablero” de gestión procesal: oralidad - digitalización - gestión y prácticas colaborativas.

Así como nos formamos convencidos de que la única manera de resolver el conflicto de las partes era con más conflicto (litigio judicial) como única, natural y necesaria forma, también nos formamos poniendo todo nuestro esfuerzo intelectual por capacitarnos en habilidades duras. Se trata de los conocimientos teóricos y prácticos que hacen a tal o cual disciplina. En nuestro ámbito sería la formación sobre derecho de fondo y de forma. Desde luego que ello es fundamental. Debe ser constante y permanente. La formación

y actualización jurídica es vital para arribar, con mayor facilidad, a resoluciones justas.

Pero no es la única y exclusiva herramienta. Por el contrario, las habilidades blandas (soft skills) son un campo inexplorado vital para el desafío actitudinal que se nos presenta. Básicamente, se trata de destrezas sociales, emocionales, resolutivas y de comportamiento. Las habilidades blandas que podemos identificar en el desempeño profesional pueden ser: la adaptabilidad a los cambios; la creatividad e innovación; el pensamiento paralelo; el trabajo colaborativo; la escucha activa; la proactividad; la asertividad en la expresión; el análisis crítico; la eficiencia en el empleo de recursos limitados; la comunicación efectiva -oral y escrita, presencial y virtual-; el orden, la empatía y la tolerancia; el enfoque práctico a la solución de problemas; el respeto por el tiempo ajeno; el compromiso y la actitud diligente; la inteligencia emocional; la puntualidad; el liderazgo y la motivación; la aceptación de críticas; la atención a los detalles, etc. etc.

En definitiva, son habilidades de gestión de cómo hacemos lo que hacemos y que apuntan a visibilizarlo y a autopercebirlo, es decir, a salir del modo piloto automático de todas y cada una de las reacciones y respuestas actitudinales y emocionales que se nos generan frente a una situación y/o

estímulo externo. Aquí aparece el principal desafío actitudinal que reclama este nuevo entorno de gestión del conflicto: no mirar lo nuevo desde lo viejo. Es evidente que si pretendemos utilizar los moldes o modelos ya conocidos para una realidad totalmente distinta y que no encaja en aquellos moldes, tendremos un problema: le restaremos efectividad a lo nuevo.

Ante una nueva realidad y posibilidad se busca, por lo general de manera no consciente, es decir, mecánica, encuadrarla en lo conocido, en aquellos moldes que fueron pensados y diseñados para otro contexto. El desafío es ir un poco más allá. Podemos animarnos a pensar en paralelo (pensamiento creativo) procurando nuevas formas, nuevos marcos y moldes para esa nueva realidad que se nos presenta. Esta claro que lo “nuevo” es este renovado y ampliado “tablero” en el que los operadores del derecho estamos realizando o, al menos, proyectando, la variedad de “movimientos” de los que antes dábamos cuenta.

En ese marco es claro que surgirán cuestiones por definir y situaciones por resolver dado que la gran mayoría de esos nuevos “movimientos” no están delimitados (por ejemplo los procesales no normativizados) y, otros, aunque lo estén (como los procesales normativizados) requieren de un

enfoque e interpretación muchas veces distinto y acorde al nuevo escenario de gestión.

Dicho en pocas palabras, se puede ver que el “tablero” de la gestión procesal se desarrolla hoy en un doble plano el físico/material y en el virtual/digital y lo esperable es que el segundo gane cada vez más terreno al primero. Se puede ver, también, que con los “movimientos” tradicionales y conocidos (los procesales normativizados) no nos alcanza para lograr eficiencia, agilidad, operatividad en la gestión del conflicto, se hace imprescindible adicionar todos los “movimientos” propios de los cuatro ejes o pilares de los que dábamos cuenta anteriormente como fundantes del nuevo modelo de abordaje y tratamiento procesal del conflicto (oralidad, TICs, gestión de calidad y prácticas colaborativas).

Ahora bien, para poder hacerlo se requiere la actitud de revisar nuestros propios moldes conceptuales a través de los cuales interpretamos lo que se nos presenta ya que son ellos lo que nos anclan. Los moldes conceptuales no son estáticos, porque la realidad no lo es. Si lo fueran no podríamos estar hablando siquiera de oralidad, digitalización y virtualización de la gestión procesal y la realidad trascendería, más de lo que ya lo hace, a los marcos jurídicos.

Solemos leer “lo nuevo”, desde “lo viejo” y lo hacemos, por lo general, de modo automático sin advertirlo y sin ver que al hacerlo mutilamos la potencialidad de “lo nuevo” ya que lo encapsulamos en un molde pensado para “lo viejo”.

Así entonces, el gran desafío que tenemos por delante ante el escenario de la nueva gestión procesal es actitudinal: “animarnos a no pensar lo nuevo, desde lo viejo” para crear en paralelo soluciones eficientes y alternas a situaciones que se presentan como disruptivas, novedosas y, sobre todo, con un potencial que recién estamos empezando a descubrir.

IV. Pensamiento lateral y creatividad

Como decíamos antes, en general los operadores del derecho tendemos a interpretar, entender y solucionar situaciones “nuevas desconocidas” desde lo “viejo conocido”; es decir, aplicamos el mismo famoso procedimiento de subsunción en la premisa mayor de la norma, tal como lo hemos aprendido al estudiar la lógica legal del derecho. Eso está perfecto y nos sirve como mecanismo de planteo de un conflicto (demanda) y de su resolución (sentencia), pero nos resulta contraproducente como mecanismo de abordaje de la dinámica propia de la gestión (en su sentido macro) del conflicto y, sobre todo, cuando esa nueva gestión involucra novedades (oralidad, di-

gitalización, virtualización, prácticas no adversariales) a las que, precisamente, no estábamos familiarizados.

El desafío actitudinal que nos exige ese nuevo escenario de gestión del conflicto es, entonces, desconectar la mirada hacia atrás, a lo conocido (no del todo desde luego, pero sí en gran medida) y dirigirla hacia adelante (análisis prospectivo¹) y hacia el costado (pensamiento lateral).

Ahora nos interesa aludir al desafío del pensamiento lateral y al enfoque creativo que nos exige, a todos los operadores del derecho, este nuevo modelo de gestión procesal definido a partir de realidades hasta no ha hace mucho tiempo obviadas por completo (oralidad, digitalización, virtualización, prácticas colaborativas y gestión de calidad del servicio).

1. El pensamiento lateral como herramienta

La obra que más popularidad otorgó a Edward De Bono como autoridad a nivel mundial del pensamiento creativo fue “El pensamiento lateral”². El pensamiento lateral se caracteriza por ser creativo, se trata de una habilidad adquirida que busca alternativas y opciones que normalmente serían ignorados por el pensamiento lógico, en nuestro caso, por la ten-

dencia natural (y mecánica) de mirar hacia lo conocido (hacia atrás, hacia lo viejo) para encontrar la solución a lo nuevo.

El pensamiento lateral no valora las ideas en el proceso de elaboración, sino que primero deja volar la imaginación para después determinar si son plausibles, viables, correctas, posibles, etc. (o como sea que se quiera denominar al limitante y delimitante del pensamiento creativo). En la teoría de Edward De Bono se describen una serie de pasos elementales en este proceso:

Paso 1: no apresurar juicios (NPI)

El primer paso es ver sin juzgar (o sin prejuizar). Ante una “idea nueva” o una solución distinta a determinado problema reaccionamos automáticamente aceptándola o rechazándola; luego, utilizamos lo conocido (conceptos aprendidos y formas de entender la realidad adquirida del pasado) para defender ese punto de vista.

Lo que hacemos es “enjuiciar” cualquier “idea nueva”. Esa “idea nueva” pudo ser la oralidad y toda la gama de novedades que nos trajo (actuaciones oficiosas, acuerdos procesales, depuración de la prueba, etc.); esa “idea nueva” pudo ser la digitalización y la despapelización; esa “idea nueva”

pudo ser la virtualización (actuaciones videograbadas de manera remota como audiencias de conciliación o producción de pruebas testimoniales, absoluciones e incluso reconocimientos de documentales); esa “idea nueva” pudo ser el abordaje colaborativo y no adversarial del conflicto y la realización de reuniones de conciliación para facilitar las soluciones autocompositivas; esa “idea nueva” pudo ser la necesidad de abrir canales de comunicación operativa alternos entre el juzgado y los profesionales (línea de whatsapp, redes sociales y accesos remotos virtuales en horario extendido); esa “idea nueva” pudo ser la urgencia de revisar los modelos de liderazgos aplicados en el marco de las relaciones intra-juzgado apostando a la motivación, la creatividad y el desarrollo del equipo de trabajo; etc., etc.

En cualquier caso, a esa “idea nueva” la sometemos a nuestro jurado interno y sin demasiado margen de defensa por parte de esa “idea nueva” arribamos a una conclusión que, por cierto, asume el carácter de cosa juzgada ya que difícilmente luego nos podamos mover de ese lugar, sencillamente porque nos hemos identificado con “nuestro” juicio y con la conclusión a la que arribamos: se ha transformado en “nuestra postura, nuestro criterio”. Esto se ha visto claramente en los primeros momentos de la oralidad y de la digitalización cuando aparecieron, entre los operadores del

derecho, dos equipos bien definidos en pugna: los “a favor” y los “en contra”, tanto de lo uno, como de lo otro.

Una manera fácil de escapar de esta trampa es emplear un medio para pensar que De Bono llama PNI: Positivo, Negativo, Interesante. Se trata de detallar, en una suerte de brainstorming, las ventajas que podemos imaginar respecto de una “idea nueva” (antes de que se transforme en “nuestra postura”), todas las desventajas y todos los conceptos que no puedan ser acertados ni desacertados sino, simplemente, interesantes. Lo que logramos con el PNI es evitar o, al menos, demorar, aquel “juicio interno” que concluye en la tan ansiada “postura” que nos identifica. Básicamente, evadimos el prejuicio automático que como reacción disparamos a la “nueva idea”.

Paso 2. Considerar todos los factores (CTF)

Se trata de hacer un esfuerzo consciente por pensar en todo lo que podría ser pertinente para tomar una decisión ante las variables que entran a jugar en determinado momento y que pudieron no haber estado presentes antes. Es el caso de lo que sucedió, por ejemplo, con la pandemia y la revolución digital a partir de ese momento. Una variable nueva (la pandemia con cuarentena incluida) introdujo variables hasta ese momento no ponderadas: el factor necesidad de brindar el

servicio sin desplazamiento físico y sin soporte en papel, sin reuniones presenciales y de manera remota. Era pertinente brindar el servicio con los elementos disponibles.

Es el caso de lo que sucedió, también, con la oralidad que nos puso frente a lo obvio y evidente (pero que, aún así, no veíamos): lo absurdo de procesos civiles y comerciales que pudiendo desarrollarse de un modo simple, ágil y previsible se complejizaban inútilmente durando lustros o décadas y sin arribar a una solución integral para las partes. Es pertinente brindar una respuesta jurisdiccional oportuna no dilatando innecesariamente los pleitos y considerando todos los factores (vgr. tiempo, costos económicos y emocionales del retraso innecesario, etc.).

Paso 3. Imaginar las consecuencias y la secuela (CYS)

En tanto que los pasos anteriores (PNI y CTF) nos abren la mente a toda clase de posibilidades, el tercero (CYS) nos auxilia a decidir cuáles serían las ideas más provechosas. Se trata de imaginar el resultado de esa “nueva idea”.

En ocasión de las primeras incursiones en la dinámica de la oralidad e incluso en los primeros pasos de la virtualización del proceso ocurrió exactamente esto: cada operador, para-

do desde un determinado punto de vista o prejuicio (paso 1, NPI) arribaba, antes de comenzar, a ciertas conclusiones de lo que, a su criterio, iba irremediablemente a suceder: así era moneda corriente que se hablara de los cantidades de incidentes por nulidades que invadirían tribunales sea ante la depuración de la prueba en la audiencia de proveído en el sistema oral, sea ante las producciones probatorias realizadas por plataforma de videoconferencia. Nada de ello ocurrió. Esto nos demuestra que falló el CYS (paso 3) porque se hizo un análisis consecuencialista pero basado en un prejuicio, por un lado, y porque no se abordaron las secuelas, por otro.

Es decir, consecuencias, siempre puede haber, el desafío es poder analizar como se encaran las mismas, como se resuelven en su caso y, consiguientemente, lo que quede como “irremediable”, esas son las secuelas. Claramente, aún en el peor escenario siempre había posibilidad de que no hubiera secuelas (resolución favorable de las eventuales incidencias).

4. Fijar los objetivos (PMO)

Para este paso las siglas son PMO: Propósitos, Metas, Objetivos. La meta es el fin último al que se quiere llegar, mien-

tras que el objetivo es el paso que se debe cumplir para poder alcanzar la meta. El objetivo es más específico y estructurado que la meta, porque se puede medir y observar los resultados a corto plazo. El propósito es la razón, motivación o fundamentación que comprende tanto a la meta como al objetivo.

Estamos saliendo de un modelo de gestión basado en la inercia y entrando a otro muy distinto. La optimización o eficiencia y la calidad se implican mutuamente. Desde luego, ello presupone definir las metas y objetivos de la gestión. Las metas se definen siempre, aunque no lo sepamos, ya que tanto ello ocurre desde lo explícito, como desde lo implícito y se definen tanto al planificar, como al no hacerlo.

Siempre se delimitan metas (positivas o negativas) sea que se trabaje consciente y deliberadamente sobre las mismas, sea que ellas no tengan lugar alguno y gane la rutina mecánica (muchas veces obsoleta), desprovista de planificación (nada más paralizante y frustrante como la excusa del "... siempre se hizo así" y aunque ello resulta totalmente ineficiente). La "no meta" también es una meta (negativa, porque resta valor) que se traduce, básicamente, en una marcha basada en la inercia y que conlleva a la apatía e incertidumbre organizacionales. Esas metas de optimización no deben que-

dar en modo tácito, deben ser explicitadas a fin de lograr una gestión planificada. Aquí aparece, la necesidad de este paso fundamental: propósitos, metas y objetivos (PMO).³

Paso 5. Decidir cuán importante es cada aspecto de un problema (PB: Prioridades Básicas)

Este paso coadyuva a evaluar y a escoger entre las muchas posibilidades que se hayan imaginado a través de los pasos anteriores. Aquí damos entrada a una evaluación pero ya no se trata del juicio apresurado y automático del paso 1 (NPI) sino, todo lo contrario, ahora contamos con una "visión ampliada" en perspectiva y en proyección ya que CTF (paso 2) y CYS (paso 3) nos conduce en esa dirección.

Hagamos un ejercicio. Pensemos la siguiente "idea nueva": juzgados 100% digitales en los que la vinculación sea estrictamente remota (sin espacios físicos de los magistrados) o juzgados automatizados (en las tareas que resulten automatizables, claro está) con la inteligencia artificial. Imaginemos, ahora, cual sería nuestro NPI (paso 1) sin cumplir el CTF (paso 2) y el CYS (paso 3). De igual modo, cual sería nuestro NPI luego de esa tarea necesaria e ineludible del pensamiento paralelo. La respuesta es tan distinta como obvia en uno y otro caso.

6. Buscar alternativas (APO: Alternativas, Posibilidades, Opciones)

Estamos aprendiendo a “pensar libre y osadamente” buscando posibilidades fuera de sus pautas de pensamiento habituales, incluso las que en circunstancias ordinarias consideraríamos poco prácticas o absurdas. Posteriormente, empleamos el sentido común y el discernimiento para eliminar lo imposible (concepto de imposibilidad en sentido amplio). Este paso nos permite salir de la mirada unidireccional y unívoca. Nos invita a explorar el terreno de lo que podría ser distinto, de otro modo, manera, forma o dinámica operativa.

Este paso ha sido verdaderamente clave para desarrollar con éxito cientos de audiencias virtuales y remotas utilizando alternativas de soluciones posibles a los interrogantes más básicos (basado en lo “viejo conocido”) tales como la acreditación y validación de identidad de los comparecientes, el guardado de archivos mp4 (audiencia grabada) y su accesibilidad posterior a través de enlaces a la nube, etc.

*Paso 7. Ponerse en el lugar de la otra persona:
(OPV: Otro Punto de Vista)*

Los problemas y situaciones conflictivas se escalan ante

la falta de visión opuesta, es decir, no vemos otro punto de vista. Nos será mucho más fácil encontrar la solución si intentamos contemplar toda la situación desde el punto de vista de la otra persona. Precisamente, el OPV fue básico y elemental para hacer lo que había que hacer en 2020, es decir, ponernos los operadores del derecho en ejercicio de funciones jurisdiccionales en el punto de vista del operador abogado/a que se encontraba sin poder comunicarse con el juzgado (para eso había que abrir canales alternos), sin poder concurrir a tribunales por las restricciones a la circulación (para lo cual había que generar la apertura de canales digitales) y, sobre todo, sin poder dar respuesta a su cliente/ciudadano en conflicto.

Precisamente, cuando hacemos OPV desde la situación del ciudadano en conflicto advertimos cuantas prácticas obsoletas no lo ayudan y cuantas pequeñas modificaciones impactan de una manera extraordinaria en su necesidad de contar con respuesta oportuna.

V. Cierre

La “nueva gestión procesal” surge a partir de conjugar cuatro elementos: (1) oralidad y el proceso por audiencias, (2) TIC’s aplicadas al quehacer cotidiano del operador, (3) ges-

tión de la calidad del servicio en la búsqueda de la eficiencia y eficacia y (4) prácticas no adversariales y colaborativas.

El desarrollo de esa nueva gestión se hace en un escenario particular (al que con metáfora llamamos “tablero”) y en el cual se despliegan tres tipos de “movimientos”: los procesales normativizados, los procesales no normativizado y los no procesales.

Ahora bien, esta nueva manera de “jugar”, con “tablero” y “movimientos” nuevos, requiere de aptitudes y actitudes. De estas últimas resaltamos la que consideramos más relevante de cara al afianzamiento del nuevo modelo: el pensamiento paralelo para permitir que la gran cantidad de “ideas nuevas” que de aquí en adelante se desarrollen (al margen de todo lo ya sucedido) pueden tener cabida y, eventualmente, crecer y afianzarse.

En este sentido, el mayor desafío actitudinal que tenemos los operadores del derecho, en este apasionante marco de situación se traduce en que “...hay que crear nuevos conceptos, nuevas percepciones, nuevas hipótesis y nuevos proyectos; no hemos de esperar descubrirlos. También debemos darnos cuenta de que, lejos de ser un proceso mental complicado, el pensamiento crítico es muy sencillo, de-

bido a la posibilidad de elegir el patrón de referencia (...) el pensamiento crítico más eficaz es en realidad creativo, porque la capacidad de generar una explicación alternativa es el medio más poderoso de destruir la unicidad de una afirmación...”.⁴ ■

CITAS

¹ Ese análisis hicimos, por ejemplo, al trabajar con los conceptos de herencia, patrimonio y testamento digital (“*Herencia digital y testamento videograbado*”, DI CHIAZZA, IVÁN G.-PASTORE, JOSÉ IGNACIO; Cita: RC D 226/2022).

² DE BONO, EDWARD, “*El pensamiento lateral. Manual de creatividad*”, Paidós, 1991.

³ Para ampliar: DI CHIAZZA, IVÁN G.; PASTORE, JOSÉ I.; BORDAS, FRANCISCO; “*Gestión del juzgado*”; RC D 3162/2020. DI CHIAZZA, IVÁN G.; PASTORE, JOSÉ I.; “*Sistema de Gestión Digital en la Provincia de Santa Fe*”, RC D 3384/2020.

⁴ DE BONO, EDWARD, “*Yo tengo razón, tú estás equivocado*”, Sirio, 2016, pág. 245.

myf

212

Dra. Viviana E. Marín

*Jueza del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial
N° 1, en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación de Santa Fe*

Dr. Pedro Dacunda

*Becario de investigación en el Centro de Investigaciones de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*

***El marco de Empresas
y Derechos Humanos
como pauta
interpretativa en las
decisiones judiciales.
Breves reflexiones
desde la judicatura
con especial referencia
al ambiente***

“[U]na situación ampliamente generalizada es la despreocupación por el medio ambiente y el equilibrio ecológico con que se desarrollan muchas actividades productivas. Si bien el problema de la contaminación es una verdadera cuestión planetaria que preocupa a los organismos internacionales y a las grandes potencias, en nuestro país debería tomarse una rápida conciencia del tema, ya que estamos llegando a extremos inaceptables de degradación de nuestro ecosistema. La contaminación de los ríos, canales y arroyos, sobre todo por aguas servidas producidas por industrias y desagües cloacales, la de la atmósfera por escapes de gases tóxicos de vehículos e industrias, la contaminación sonora por efecto del tránsito de aviones y automotores y por plantas industriales, el deficiente recogido y distribución de los desperdicios, etcétera, está afectando de un modo crecientemente grave la calidad de vida de los argentinos”¹.

Introducción

Las líneas que transcribimos parecen haberse escrito en años recientes ya que reflejan muchos de los problemas ambientales que encontramos a diario. Sin embargo, fueron redactadas a inicios de la década del 90 por el profesor Carlos Nino en su obra “Un país al margen de la ley”, quien desde aquella época ya advertía muchas de las consecuencias negativas que traen aparejadas el desarrollo de las actividades

productivas. En la actualidad, esas preocupaciones se han complejizado, lo que demanda respuestas aún más complejas por parte del Estado, incluido sus órganos jurisdiccionales. Sin embargo, sucede que muchas veces estas respuestas tardan en positivizarse en las normativas internas de los Estados, lo que genera que existan ciertas lagunas de interpretación que deben ser abordadas por las y los magistrados al momento de resolver los casos que se les presentan.

En este orden de ideas, y pese al continuo desarrollo de actividades productivas, no se evidencia ninguna regulación en el derecho interno argentino que sistematice los principales problemas en torno a las violaciones de derechos humanos que las empresas pueden generar a través del desarrollo de sus negocios. Sin perjuicio de ello, sí se observa un avance significativo en el campo de la debida diligencia en derechos humanos impulsado por el desarrollo, tanto a nivel global como regional, de la agenda de Empresas y Derechos Humanos. Ello así, y en especial en el ámbito interamericano, a partir de la implementación del Proyecto “Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe” impulsado en el ámbito regional por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y la Organización Internacional del Traba-

jo, con financiamiento de la Unión Europea (2019-2022)². En la esfera interamericana, resulta de igual manera importante la conformación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) dentro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En este ámbito se ha incluido la agenda de Empresas y Derechos humanos y ha sido publicado un documento que recoge los estándares interamericanos en la materia³.

En el presente ensayo analizaremos la forma en que la agenda Empresas y Derechos Humanos puede ser utilizada como prisma de análisis por las y los magistrados para brindar respuestas eficaces a las múltiples problemáticas que se presentan en los litigios judiciales, cuando estos deben abordar los daños que produce la actividad del sector privado. En especial, se abordará la forma en que algunos de los institutos de derecho ambiental pueden interpretarse a la luz del marco de Empresas y Derechos Humanos. Para ello, efectuaremos un breve análisis del marco conceptual en la materia, reseñando los principales instrumentos internacionales que la conforman. Luego, analizaremos la posibilidad que los y las juzgadoras tienen de utilizar los instrumentos de esta agenda para reinterpretar el derecho vigente al momento de resolver conflictos que involucren violaciones de Derechos Humanos cometidas por empresas. Seguidamente, tratare-

mos algunos ejemplos referidos al derecho ambiental en el ordenamiento jurídico argentino. Y, finalmente, brindaremos algunas breves palabras de cierre.

Marco de Empresas y Derechos Humanos

Durante los años 1960 y 1970, “el papel de las empresas, especialmente de las denominadas empresas multinacionales (EMN), fue objeto de un gran número de debates y regulaciones”⁴. En ese marco, se desarrollaron iniciativas de carácter global como la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (Declaración de la OIT)⁵, las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (LDEM) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁶ y los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos” de la Organización de Naciones Unidas (PRNU)⁷. Estos tres dispositivos regulan la actividad de las empresas con un enfoque específico en derechos humanos y “delinean una suerte de columna vertebral en la materia, debido a que se encuentran alineados y referenciados explícitamente entre sí, pero con diferentes estrategias y objetivos específicos. Los documentos de estas tres iniciativas abordan la actuación de las empresas con rela-

ción a la protección del ambiente, a sus relaciones con los consumidores, los trabajadores, con los desarrollos científicos y tecnológicos, con la sustentabilidad de las prácticas comerciales y, en general, con el crecimiento sostenible de la sociedad”⁸. El camino iniciado por estas iniciativas impulsó la consolidación del campo de estudios conocido como Empresas y Derechos Humanos (EDH)⁹.

Las LDEM consisten en normas prácticas y amplias, no vinculantes, que buscan que las empresas realicen una contribución positiva al desarrollo económico y social. La Declaración de la OIT provee estándares voluntarios para la práctica corporativa en relación a los temas laborales. Mientras que, en la actualidad, los PRNU reflejan los estándares internacionales más recientes para la responsabilidad corporativa. Los Principios Rectores fueron el primer instrumento sobre empresas y derechos humanos aprobado por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU¹⁰. Mientras que una guía interpretativa redactada posteriormente ha profundizado en la responsabilidad corporativa en los Principios Rectores¹¹.

En este esquema, los PRNU ocupan un lugar clave ya que buscan ordenar las relaciones de la actividad empresarial y su impacto sobre los Derechos Humanos. Los PRNU “se basan

en tres pilares: el deber del Estado de proteger contra violaciones de derechos humanos, incluyendo aquéllos cometidos por empresas; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, a través de la adopción de medidas como debida diligencia en materia de derechos humanos y evaluaciones de impacto a través de sus operaciones; y finalmente, en la necesidad de que exista un mayor acceso a recursos jurídicos y no jurídicos que permitan remediar adecuadamente y de forma integral los daños sufridos por las víctimas de tales violaciones”¹².

La debida diligencia surge como el elemento central del pilar dos de los PRNU, como el mecanismo que permite a las empresas atender a su responsabilidad de respetar los derechos humanos y es definida como “un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias, para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. En este ámbito de debida diligencia las empresas deben tomar medidas, como obligación de hacer y no como mera abstención de generar impacto en derechos humanos, para identificar, prevenir, mitigar y dar respuesta al impacto generado”¹³. Según lo indica la OCDE, la debida diligencia es un mecanismo para abordar los impactos negativos reales o potenciales (riesgos) relacionados con la actividad eco-

nómica de una empresa. Entre los que se destacan las vulneraciones y afectaciones a los derechos humanos, incluidos los derechos de las y los trabajadores y las relaciones laborales, el cohecho y corrupción, la divulgación de información, los intereses de los consumidores y, en lo que aquí especialmente interesa, el ambiente¹⁴.

Los PRNU se dirigen no sólo a las empresas multinacionales sino a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los Derechos Humanos (PRNU 14). A este efecto, los procedimientos instaurados por las empresas deben ser apropiados en función de su tamaño y circunstancias e integrar el compromiso de la alta gerencia con mecanismos que permitan la reparación de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar (PRNU 15). De esta forma, “la debida diligencia en Derechos Humanos (...) variará en complejidad según el tamaño de la empresa, el riesgo de sus impactos severos a los Derechos Humanos, la naturaleza y el contexto de sus operaciones”¹⁵. Consecuente-

mente con ello, el estándar judicial de cumplimiento de las exigencias contenidas en los instrumentos internacionales que sirven como pautas interpretativas de las obligaciones del ordenamiento jurídico también debe variar y amoldarse a la estructura societaria y sus capacidades de gestión.

Las LDEM cumplen un rol instrumental en este contexto, como un manual de recomendaciones para la implementación de la Conducta Empresarial Responsable (CER), no solo por las características propias del instrumento sino por el hecho de contar con un mecanismo propio, el de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC), destinado a promover y revisar el cumplimiento de las directrices. En este sentido, “la función de los PNC consiste esencialmente en favorecer la eficacia de las LDEM. Para ello, operan desdoblado su actividad en torno a dos funciones: por un lado, trabajando sobre la promoción y difusión de los instrumentos de la OCDE referidos a la conducta empresarial responsable; y por otro, su actuación como agentes de negociación en tanto foro de mediación para los casos en que se denuncie el incumplimiento de las Líneas Directrices.”¹⁶. De esta forma, la implementación y difusión de las LDEM “es respaldada por la creación de un Punto Nacional de Contacto (PNC) como foro para impulsar la aplicación de las Directrices, al mismo tiempo que se ofrece como plataforma para la solución amistosa de las controversias entre empresas

multinacionales y la sociedad en relación con el cumplimiento de las LDEM¹⁷. El estudio de los instrumentos internacionales en la materia deben completarse con el análisis específico de la dimensión ambiental, de manera tal de conciliar el deber de respetar los derechos humanos y la capacidad para contribuir al desarrollo sostenible.

Utilización del soft law a través del diálogo de fuentes

No cabe duda alguna que los instrumentos internacionales hasta aquí reseñados constituyen lo que es conocido como *soft law*¹⁸, el cual tiene, al menos, tres elementos relevantes, a saber: “1) es un derecho no vinculante (*not binding*), 2) está compuesto por normas generales o principios, pero no en reglas y 3) es la ley que no resulta aplicable a través de una resolución vinculante de controversias. De esta manera, el *soft law* asume en el plano internacional diferentes formas, pudiendo incluir declaraciones de una conferencia intergubernamental (como la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo), las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (como las que involucran el espacio, la descolonización o la soberanía permanente de los recursos naturales), o códigos de conducta, directrices y recomendaciones de organizaciones internacionales (como las

de la IAEA, IMO, UNEP o la FAO)”¹⁹. Si bien una sentencia o cualquier otra decisión judicial no puede fundarse exclusivamente en instrumentos o regulaciones de *soft law*, ello no implica que no puedan ser tenidas en cuenta. Por el contrario, estos instrumentos sirven para interpretar el derecho vigente en un país, pues las normas de “*soft law* tiene un papel en la elaboración, interpretación y desarrollo del derecho internacional”²⁰, que impacta en el ámbito interno de los Estados.

El mecanismo al que podemos acudir para lograr el resultado antes señalado es el diálogo de fuentes²¹, “teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del Derecho moderno que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad o de jerarquía”²².

De esta forma, cuando se presenta un caso que vincula una posible violación de derechos humanos cometida por empresas, en una directa aplicación de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación²³, tanto la Constitución Nacional como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos deben ingresar a un diálogo inescindible, fluido y permanente con el derecho privado; y en ese contexto la agenda de Empresas y Derechos Humanos, y especialmente los Principios Rectores de Naciones Unidas, nos brindan

herramientas de interpretación para desentrañar el sentido y el alcance de las disposiciones constitucionales. Esto es perfectamente posible toda vez que las iniciativas de EDH no crean ninguna obligación nueva para las empresas, sino que cristalizan deberes ya existentes, ya que el Estado argentino “se ha comprometido a velar por la protección de los derechos humanos, incluso cuando las afectaciones provienen del sector privado”²⁴.

De esta forma, el soft law puede servir para administrar, interpretar y optimizar el sistema regulatorio existente²⁵, actuando como complemento del hard law. Las normas soft pueden resolver ciertas ambigüedades, proporcionar reglas, llenar vacíos o brindar estándares técnicos necesarios para la interpretación²⁶. Esto no implica desplazar el derecho vigente, ni restarle importancia o funcionalidad, pero sí utilizar la regulación internacional existente en la materia para resaltar el deber que las empresas tienen de respetar los derechos humanos²⁷.

En definitiva, las fuentes deben necesariamente dialogar y, en ese diálogo, acudir a instrumentos internacionales que contienen un marco de protección de los derechos humanos que pueden verse afectados por las actividades de las empresas no solo es posible, sino que, también, deseable.

De esta manera, el Estado cumple con su deber de impulsar que las empresas incorporen prácticas que supongan acciones dirigidas a orientar su actividad hacia el cumplimiento de los derechos humanos²⁸.

Ahora bien, la efectividad del soft law va a depender crucialmente de su aplicación, por lo que el uso de los estándares internacionales en la materia para interpretar el derecho vigente en sentencias judiciales ayuda a lograr su mayor legitimación, que puede traer aparejado un impulso en su utilización por parte de las empresas.

Ordenamiento jurídico argentino, marco EDH y debida diligencia

Las obligaciones de debida diligencia no son ajenas al ordenamiento jurídico argentino y el marco de EDH no crea nuevas obligaciones, sino que se basa en las expectativas de conducta que tienen raigambre constitucional. En este sentido, si bien “el marco jurídico de Argentina no establece la obligación de las empresas de contar con mecanismos o procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos” sí es cierto que “a nivel doméstico las empresas se encuentran obligadas a respetar los derechos humanos por

el profuso marco normativo que incorpora tratados de derechos humanos al ordenamiento argentino”²⁹, y es que “[l]as empresas, sean éstas transnacionales o nacionales, tienen una responsabilidad de cumplir con las prerrogativas humanas reconocidas internacionalmente, a fin de evitar lesionar los derechos de los individuos -tanto en sus acepciones personal, como colectiva y social- en los lugares en donde éstas ejercen sus operaciones”³⁰.

En Argentina, mediante la reforma constitucional de 1994 se incorporó el derecho de consumidores y usuarios, la protección contra monopolios, el derecho a la calidad y eficiencia de los servicios públicos (artículo 42), a la vez que se reconoció el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, limitando las actividades productivas en el sentido de poder satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (artículo 41). Estos nuevos derechos y garantías se han desarrollado, en mayor o menor medida, a través de distintas leyes que se dictaron a tales efectos. El problema que se da es que muchas de ellas necesitan una reinterpretación para su efectiva operativización en los casos concretos que se presentan ante los tribunales. Para ello, resulta relevante tener presente que la “CIDH y su REDESCA entienden a los Principios Rectores como una base conceptual dinámica y

evolutiva, que impregna los aspectos del discurso y acción en el ámbito de las empresas y los derechos humanos en coexistencia con otros estándares jurídicos de carácter vinculante. De allí que se los utilice como punto de partida (...) en lugar de considerarlos como pautas cerradas que impidan abrir espacios de desarrollo y convergencia hacia un progreso acumulativo que tenga en cuenta el impacto real en la vida de las personas y comunidades en estos contextos, en particular teniendo en cuenta la normativa, experiencia y jurisprudencia interamericanas”³¹. Ello ha permitido que el desarrollo tanto de la de debida diligencia ambiental³² como la debida diligencia climática³³.

A su vez, en la Provincia de Santa Fe “se han incrementado, en los últimos años, acciones judiciales tendientes a paralizar fumigaciones, a discutir la constitucionalidad de normas locales que generan radios de protección sobre el uso de agrotóxicos, a desactivar agentes emisores de radiaciones no ionizantes o impedir su emplazamiento. Parte de estas acciones han tenido una relevancia que fue más allá del caso en particular para pasar a inspirar algunos proyectos de reforma legislativa, o bien porque ordenaron la convocatoria a audiencias públicas para decidir colectivamente sobre un riesgo de esa naturaleza”³⁴. De esta manera, resulta relevante analizar la forma en que

la prevención, la precaución y la reparación de los daños o riesgos ambientales pueden reinterpretarse a la luz de los instrumentos internacionales en la materia.

A. Deber de prevención

Las referencias a la función preventiva del daño que encontramos en las leyes argentinas resultan “de particular interés para el sistema de reparaciones vinculadas a violaciones de derechos humanos por parte de empresas. Los artículos 1710 y 1711 determinan la obligación de prevención del daño, que encarna el deber de no dañar”³⁵. A la vez que “la prevención es el objetivo principal de la debida diligencia”³⁶, por lo que sin dudas “es posible trazar algunas conexiones dentro del sistema del derecho privado argentino que pueden funcionar como indicios o herramientas para la construcción de teorías e interpretaciones doctrinarias que permitan asegurar derechos y obligaciones asociados a la debida diligencia empresarial en derechos humanos”³⁷. Idea que se profundiza aún más en el derecho ambiental, donde “la reparación, lejos de constituirse como un eje del mismo, se considera solo cuando otro pull de opciones ha debido ser descartado. Específicamente, cuando no son viables los mecanismos preventivos o precautorios porque el riesgo ya se

ha materializado”³⁸. Principio normado en el ordenamiento jurídico argentino en el artículo 4 de la Ley 25.675³⁹.

Las LDEM, al referirse a la prevención del daño ambiental, ponen el acento en la necesidad de “[m]antener planes de emergencia destinados a prevenir, atenuar y controlar los daños graves al medio ambiente y a la salud derivados de sus actividades”⁴⁰, y de contar con un sistema de gestión medioambiental adaptado que comprenda “las actividades de la empresa dirigidas a controlar el impacto directo e indirecto, a largo plazo, sobre el medio ambiente, la contaminación y la gestión de los recursos”⁴¹.

De esta forma, el marco EDH le permite a los jueces que intervienen en procesos judiciales donde se discute el cumplimiento, o no, del deber de prevención que pesa sobre las empresas analizar la legislación interna por medio de un conjunto de disposiciones con amplia aceptación internacional que sirven para medir si realmente ha existido una intención de poner en marcha una serie de mecanismos tendientes a evitar la producción del hecho dañoso, sobre todo cuando se implican posibles afectaciones al ambiente. En sentido contrario, cuando una empresa pone en marcha un proceso de debida diligencia y tiene la posibilidad de demostrar que lleva adelante una gestión del riesgo ba-

sada en los derechos humanos, puede utilizarlo como un argumento para oponerse a la acción preventiva de daños. Nuevamente, quien juzga, puede recurrir al marco EDH para analizar el cumplimiento de los estándares requeridos⁴².

B. Deber de precaución

Sucede que no en todos los casos de potenciales afectaciones al ambiente existe la certeza científica acerca de la producción del hecho dañoso como consecuencia de la actividad desarrollada. Sin embargo, en virtud del principio de precaución⁴³, no se puede “utilizar la falta de certeza científica absoluta para postergar la adopción de medidas rentables para prevenir o minimizar los posibles daños graves al medio ambiente cuando existan amenazas en este sentido”⁴⁴. La precaución también se encuentra regulada en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el desarrollo. Sin embargo, este instrumento no está dirigido explícitamente a las empresas, aunque la contribución de éstas se encuentra implícita, de forma tal que los instrumentos EDH, al tratar explícitamente el principio de precaución con una mirada de gestión empresarial, puede funcionar como estándar concreto a seguirse para dar cumplimiento a la precaución; y que los jueces y las juezas pueden tener en cuenta a

los fines de medir su respeto. A su vez, ante “la inexistencia de vías de tutela inhibitoria construidas para hacer efectivo el funcionamiento de este principio”⁴⁵, las LDEM nos brindan pautas concretas que pueden tenerse en cuenta al momento de juzgar la procedencia de estas acciones⁴⁶.

A la par, en aquellos casos en donde la empresa esté llevando adelante un proceso de debida diligencia, las y los juzgadores pueden revisar su proceso de priorización⁴⁷ para indicar que la protección de los riesgos reales y potenciales al ambiente deben ser abordados con prioridad.

C. Mecanismos de reparación

Sucede que “aun con las mejores políticas y prácticas, una empresa puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los Derechos Humanos”⁴⁸. Cuando esto ocurre, una de las obligaciones básicas de las empresas consiste en proveer o contribuir a proveer la reparación de los efectos negativos “mediante procesos legítimos, que pueden consistir en mecanismos judiciales y extrajudiciales del Estado, así como mecanismos de reclamación no estatales”⁴⁹. En este sentido, “[e]l “abanico de reparaciones” reconocido por los PRNU proporciona una amplia gama de

vías que pueden responder mejor a la complejidad de las estructuras comerciales, los abusos de los derechos humanos y los derechos de los afectados por las actividades de las empresas”⁵⁰. El acceso a mecanismos de reparación eficaces es un componente fundamental de los PRNU.

Los PRNU nos brindan, al menos, dos pautas de gran relevancia para la interpretación de los mecanismos de reparación en materia ambiental. En primer término, que las decisiones judiciales no deben limitarse a la indemnización (PRNU 25). Lo que refuerza la idea de que en la protección del ambiente, la recomposición es el “eje medular para el problema ecológico”⁵¹, de forma tal que ante un perjuicio, como primera medida, se debe buscar volver las cosas al estado anterior.

En segundo lugar, que es necesario involucrar a las diferentes partes interesadas en los litigios ambientales. Debemos tener presente que este particular microsistema “pone en escena novedosos sujetos –como las generaciones futuras–, piensa en términos colectivos lo que genera la necesidad de construir una teoría general con relación a los bienes colectivos, deja de lado la idea de tiempo lineal basándose en vincular las decisiones del presente al futuro”⁵². Es por eso, y sobre todo cuando se dispone algún tipo de medida inhibitoria a los fines de la protección del ambiente, que los y las

magistradas pueden, a su vez, disponer el monitoreo de la actividad empresarial en consonancia con aquella medida.

Ello dado que al ser la debida diligencia un proceso continuo y constante “las empresas deben realizar una serie de pasos para verificar que sus prácticas sean efectivas (...). El proceso de verificación puede incluir auditorías, investigaciones in situ y consultas con autoridades gubernamentales, sociedad civil, miembros de la comunidad local y sindicatos a nivel local, nacional e internacional. Los auditores deben ser independientes, competentes y responsables”⁵³. En este sentido, como medida de control judicial y no repetición puede indicarse la realización de un monitoreo independiente y comunitario, que tenga una fuerte participación de las comunidades que se han visto o pueden verse potencialmente afectadas por la actividad empresarial, lo cual aparece en diferentes guías sectoriales de la OCDE⁵⁴ –alineadas con el marco EDH–.

La participación de las comunidades es esencial en el proceso de debida diligencia ambiental ya que “en el núcleo del desarrollo sostenible, se encuentra el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (el documento de Río 92), que dispone que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participa-

ción de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. Según el paradigma del desarrollo sostenible, la integración de los derechos humanos y el medio ambiente se funda en el respeto a los derechos a la información, participación y justicia ambiental consagrados en el Principio 10⁵⁵. Asimismo, se debe tener especialmente en cuenta la opinión de las comunidades originarias que puedan verse perjudicadas en cualquier proyecto, sobre todo cuando pueda afectar sus tierras o territorios y cualquier otro recurso, para lo cual es necesario proporcionar información relativa a la actividad de forma “oportuna, objetiva, precisa y comprensible para ellas”⁵⁶.

Conclusión

En un trabajo anterior se argumentó que “la implementación de procesos de debida diligencia (...) no sólo es compatible con los principales institutos y principios de derecho ambiental sino que, además, contribuye a operativizar muchos de ellos en el seno de la gestión del riesgo en Derechos Humanos que deberían efectuar las empresas (...) a los fines de lograr el respeto al derecho a un ambiente sano. De manera tal que el proceso de debida diligencia no solo ofrece una respuesta satisfactoria a los fines de gestionar los riesgos am-

bientales sino que también permite una amplia participación de los diferentes sectores involucrados en la problemática”⁵⁷. En el presente hemos analizado la manera en que la prevención, la precaución y la reparación de los daños o riesgos ambientales pueden reinterpretarse a la luz de los instrumentos internacionales de Empresas y Derechos Humanos.

Aunque los países de América Latina no han generado grandes avances en el desarrollo de leyes de debida diligencia⁵⁸, ciertos tribunales han tenido en cuenta el marco EDH para fundamentar sus decisiones⁵⁹. A este respecto, múltiples mecanismos que se encuentran positivizados en el ordenamiento jurídico argentino pueden ser utilizados por quienes juzgan con un enfoque de derechos humanos, lo que puede traer aparejado el impulso de la agenda de EDH. Los instrumentos de soft law brindan pautas interpretativas relevantes a los fines de adecuar correctamente los institutos vigentes para dar respuesta a los cada vez más complejos problemas ambientales.

Quienes ejercemos la función jurisdiccional tenemos una gran responsabilidad por el respeto del derecho humano a un ambiente sano, lo que exige brindar soluciones innovadoras que satisfagan los problemas existentes. Creemos que el marco de Empresas y Derechos Humanos puede contribuir a la búsqueda de esas respuestas. ■

CITAS

¹ NINO, CARLOS (2005), *Un país al margen de la ley, Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ariel*, pp. 115-116.

² El proyecto CERALC-UE involucra nueve países de América del Sur y América Central: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá y Perú.

³ CIDH (2019), Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴ PINTO, MÓNICA (2020), “*El derecho internacional consuetudinario, las empresas y los derechos humanos*”, Thomson Reuters, AÑO LXXXIV N° 77, Tomo La Ley 2020-B, p. 5.

⁵ OIT (2017), Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, Ginebra.

⁶ OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing.

⁷ ONU (2011), Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, remediar y respetar’, Nueva York y Ginebra, HR/PUB/11/04, p. 16

⁸ WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (2020), “*La experiencia del Punto Nacional de Contacto argentino en materia de reparaciones: desafíos y oportunidades para su fortalecimiento*”, Revista Electrónica del Consejo de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dossier Especial sobre Derechos Humanos y Empresas, p. 71.

⁹ WETTSTEIN, FLORIAN; GIULIANI, ELISA; SANTANGELO, GRAZIA D. & STAHL, GÜNTER K. (2019), “*International business and human rights: A research agenda*”, Journal of World Business, vol. 54, n° 1, pp. 54-65.

¹⁰ Consejo de Derechos Humanos de la ONU (15 de junio de 2011), Res 17/4, UN Doc A/HRC/17/L.17/Rev.1.

¹¹ ACNUDH (2012), La responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos: una guía interpretativa, Nueva York y Ginebra.

¹² CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (2018), *La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos*, México, CNDH, p. 120.

¹³ CUFRE, DENISSE Y.; RASKOVSKY, RODRIGO; LASCANO, SOFÍA; BOTE-

RO, SANTIAGO (2018), “Autorregulación empresarial. Herramientas conceptuales”, Revista Derecho Penal y Criminología, Thomson Reuters, p. 2.

¹⁴ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable.

¹⁵ RUGGIE, JOHN GERARD (2013), *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, Norton, Amnesty International Global Ethics Series, p. 105.

¹⁶ PÉREZ, AGUSTINA; CUFRE, DENISSE & WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (2021), “Estrategias para el fortalecimiento de la agenda de género, empresas y derechos humanos”, Thomson Reuters, Año LXXXV, No 95, Tomo La Ley 2021 - C, p. 3.

¹⁷ WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (2019), “Sugerencias para la adecuación del Punto Nacional de Contacto argentino de la OCDE. Aporte a la Línea Nacional de Base del Plan Nacional de Acción en Empresas y DD.HH.”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Thomson Reuters, vol. 295, p. 582.

¹⁸ No es el objetivo de este trabajo adentrarnos en las discusiones acerca de las conceptualizaciones que se han realizado en la materia. Para un estudio del tema puede verse All, PAULA MARÍA (2013),

“Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada trasnacional”, MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO & FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO, *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración*. Libro homenaje a Roberto Ruiz Diaz Labrano, CEDEP, Asunción, pp. 169-204. Así también CHOUDHURY, BARNALI (2018), “Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights” *International and Comparative Law Quarterly*, 67(4), pp. 961-986.

¹⁹ All, Paula María (2013), *ibidem*, p. 194-195.

²⁰ DESTA, MELAKU GEBOYE (2012), “Soft law in international law: an overview”, Bjorklund, Andrea K. & Reinisch, August (Editores), *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar Publishing, p. 50.

²¹ Idea originalmente desarrollada por el profesor de la Universidad de Heidelberg, Erik Jayme en su curso de 1995 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya con relación al Derecho Internacional Privado. Ver JAYME, ERIK (1995), “*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*”, *Recueil des cours*, Volumen 251, pp. 9-267.

²² SOZZO, GONZALO (2017), “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, Revista de derecho de daños. Responsabilidad objetiva I, Argentina, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 228.

²³ Artículo 1, al hacer referencia a que los casos deben ser resueltos “según” las leyes aplicables, “conforme” la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos.

²⁴ CUFRE, DENISSE Y. (2022), “Las empresas y los Derechos Humanos. Un cambio de paradigma”, CUFRE, DENISSE Y. & WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (Coordinadoras), *Empresas y Derechos Humanos en y para Argentina*. Tomo 2022-B, La Ley, p. 3.

²⁵ GOOD, CHRISTOPH (2016), “Mission Creeps: The (Unintended) Re-enforcement of the Actor’s Discussion in International Law through the Expansion of Soft Law Instruments in the Business and Human Rights Nexus”, LAGOUTTE, STÉPHANIE, GAMMELTOFT-HANSEN, THOMAS & CERONE, JOHN (Editores), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Oxford University Press, p. 262.

²⁶ CHOUDHURY, BARNALI (2018), *op. cit.*, p. 976.

²⁷ Un camino similar ha iniciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dando “pasos hacia la vinculación de los [PRNU] con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, en menor medida, con el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Ver HERENCIA-CARRASCO, SALVADOR & GILLESPIE, KELSEA (2022), *El régimen de empresas y derechos humanos en*

la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis del 2021 y perspectivas para el 2022, Agenda Estado de Derecho.

²⁸ Ver CORTE IDH (31/08/2021), *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*, párr. 49; (01/10/2021) *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile*, párr. 86. Asimismo, CORTE IDH (25/11/2015), *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*; y (15/07/2020), *Caso Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*.

²⁹ WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (Coordinadora) (2022), “Argentina”, CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (Editor), *Experiencias Latinoamericanas sobre reparación en materia de Empresas y Derechos Humanos*, Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, p. 31.

³⁰ CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (2018), *op. cit.*, p. 21.

³¹ CIDH (2019), *op. cit.*, p. 17.

³² Ver SYDOW, JOHANNA; ÁNGEL, ANDRÉS; AQUINO, PAVEL; VARGAS, FABIOLA; ESPINOSA, JUAN (2021), *Responsabilidad ambiental a través de la cadena de suministro - Miradas desde América Latina*, Germanwatch. Asimismo, KREBS, DAVID (2021), “Environmental Due Diligence in EU Law Considerations for Designing EU (Secondary) Legislation”, German Environment Agency, pp. 2-48.

³³ MACCHI, CHIARA (2021), “*The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of ‘Climate Due Diligence’*”, Business and Human Rights Journal, Cambridge University Press, pp. 93–119.

³⁴ BERROS, MARÍA VALERIA (2017), “*Apuntes para democratizar decisiones colectivas que afectan la naturaleza*”, Suplemento Ambiental del 21/11/2017, Thomson Reuters La Ley, AR/DOC/2727/2017.

³⁵ WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (Coordinadora) (2022), “*Argentina*”, op. cit., p. 43.

³⁶ OCDE (2018), op. cit., página 80.

³⁷ WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (Coordinadora) (2022), “*Argentina*”, op. cit., p. 51.

³⁸ BERROS, MARÍA VALERIA (2009), “*Algunas reflexiones para re-observar el problema ambiental*”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol. 7, p. 34.

³⁹ Conocida como Ley General del Ambiente. El artículo dispone: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atende-

rán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”.

⁴⁰ OCDE (2013), op. cit., p. 47.

⁴¹ OCDE (2013), *ibidem*, p. 48.

⁴² Especialmente puede acudirse a los PRNU 13, 15b, 17, 18, 19.

⁴³ Receptado en el ordenamiento jurídico argentino también en el artículo 4 de la Ley General del Ambiente.

⁴⁴ OCDE (2013), op. cit., p. 47.

⁴⁵ BERROS, MARÍA VALERIA (2015), “*Reparación, prevención, precaución: una nueva mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial*”, Revista de Derecho Ambiental, Thomson Reuters - Abeledo Perrot, AR/DOC/5104/2015, p. 4.

⁴⁶ Ver, especialmente, el capítulo VI referido al “Medio Ambiente”.

⁴⁷ Para abordar el tema ver OCDE (2018), op. cit., 46-49.

⁴⁸ ONU (2011), op. cit., p. 28.

⁴⁹ UNGA (2018), “La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos – prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras”, UN Doc A/73/163, p. 5.

⁵⁰ WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (2022), “A remediation system is only as strong as its weakest link: challenges and opportunities for Argentina’s National Contact Point”, Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog.

⁵¹ BERROS, MARÍA VALERIA, (2015), *op. cit.*, p. 3.

⁵² BERROS, MARÍA VALERIA (2009), *op. cit.*, p. 29.

⁵³ OCDE & FAO (2017), “Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola”, Éditions OCDE, París, p. 38.

⁵⁴ OCDE & FAO (2017), *ibidem*; OCDE (2016), “Guía de la OCDE de diligencia debida para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo”; OCDE (2021), “Marco de Monitoreo y Evaluación: Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo”

⁵⁵ ORELLANA, MARCOS (2020), “Escazú como expresión vínculo entre derechos humanos y ambiente”, PRIEUR, MICHEL; SOZZO, GONZALO & NÁPOLI, ANDRÉS (Editores), *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental*

en América Latina y el Caribe, Ediciones UNL, Santa Fe, p. 129.

⁵⁶ OCDE & FAO, *op. cit.*, 2017, p. 79.

⁵⁷ DACUNDA, PEDRO (2022), “Consideraciones para la implementación de la debida diligencia ambiental en empresas del sector agrícola en el marco del ordenamiento jurídico argentino”, *Revista de Derecho Ambiental*, Thomson Reuters - Abeledo Perrot, pp. 216-217.

⁵⁸ Los mayores avances, tanto en leyes sectoriales como generales, se han visto en el continente europeo. Para su análisis ver BERNAZ, NADIA (2022) “Debida diligencia obligatoria en derechos humanos y ambiente. Tendencias y lecciones desde Europa”, CUFRE, DENISSE Y. & WEGHER OSCI, FLORENCIA S. (Coordinadoras), *op. cit.*, pp. 3-5.

⁵⁹ Un análisis del tema puede verse en Debevoise and Plimpton (2021), UN Guiding Principles on Business and Human Rights at 10. The Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms. Al capítulo de Argentina se le deben agregar las sentencias del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial N° 1, en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación de Santa Fe, autos “Valenzuela, Silvina Marina c/ Telecom Argentina S.A. s/ Ordinario” (25/04/2022), TR LA LEY AR/JUR/51069/2022, y “Cantisani, Aldana María c/ Assist Card Argentina SA de Servicios s/ Sumarísimo” (03/06/2022).



myf

230

Dr. Ezequiel María Zabale

*Juez del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 3ª Nominación de Rosario.*

*Algunas
consideraciones
sobre ciberbullying*

I. Introducción

En todas las épocas las vidas cotidianas de las personas se han visto modificadas por las diferentes herramientas y desarrollos tecnológicos propios de cada tiempo y lugar. En el tiempo la rueda significó un cambio en la construcción pero también en la forma de combate de las guerras, lo mismo con el uso del fuego o la pólvora. La creación de los grandes barcos significó conquistar mares y tener guerra en los mismos. Más acá en el tiempo, los transistores, el auto moderno u otros avances similares -cualquiera que uno piense- siempre tiene aspectos positivos y detrás del mismo aparece un aspecto negativo, de mal uso, de un uso secundario no previsto en la creación original.

Desde principios del año 2000 nuestras vidas cotidianas se han visto profundamente afectadas por la inserción de diversas tecnologías a las que llamamos Tecnologías de la Información y la Comunicación -TICs-. La abreviatura TICs es un acrónimo que corresponde a Tecnologías de la Información y la Comunicación, esto es un conjunto de recursos y herramientas que se utilizan para la captura, proceso, administración, distribución, análisis y compilación de datos e información a través de elementos tecnológicos, que tienen un alto grado de convergencia, tales como computadoras, teléfonos, escáneres, cámaras, televisores, etc.

Las TICs se componen de dos elementos centrales que confluyen y que las hacen posible, por un lado las meras herramientas tecnológicas, así un celular, una PC, una tablet, una sistema de pantallas, por otro la conectividad es decir el acceso a otros dispositivos y medios a través de un sistema de red -internet u otra red local-, que posibilita que unos recursos puedan compartir información con otros recursos.

II. Bullying

La expresión Bullying refiere a una forma de acoso, agresión, ataque y/o burla constante y permanente a la que es sometida una persona por parte de otros grupos de personas. El acoso puede darse en el trabajo, en la familia, en un grupo de amigos, de compañeros de juegos, en la escuela, en la universidad, en las redes y en general en cualquier ámbito. El acoso, la agresión o la molestia debe ser constante, permanente y puede consistir en una burla, una grosería, un insulto o una agresión física o psicológica y puede estar referido a cualquier aspecto de la vida de la persona agredida, el color de piel, el trabajo, la posición social, las zapatillas o ropa que usa, como se viste, su elección sexual, el corte de pelo, sus amigos, sus gustos en juegos o comidas o a cualquier otra cosa sin un detonante en particular.

El ciber acoso tiene tres aspectos muy negativos y superadores -con carga negativa- al acoso común.

La expresión Bullying proviene del inglés y es traducida como “acoso” aunque también puede entender su uso como cara de perro, toro, poner cara de perro bulldog, parecer un toro, torear o similar¹.

Uno de los donde más se verifica el fenómeno del Bullying es en los niños, niñas y adolescentes en edad escolar, especialmente dentro y fuera de la escuela con los compañeros/as de curso o de los cursos anteriores o posteriores o de escuelas cercanas.

Las estadísticas oficiales formuladas por diferentes organismos, Defensoría del Pueblo o Ministerio de Educación provincial, evaluadores durante las pruebas de rendimiento, Ministerio de Educación de la Nación y ONG dedicadas a la prevención determinan un incremento constante de acoso escolar o al menos de niños y niñas que han sentido determinadas conductas de sus compañeros/as como una forma de bullying. Para 2017 se estimaba que 5 de cada 10 niños/as habían sido víctimas de acoso mientras que para 2019 ese número se elevaba a 7 de cada 10 consultados.

III. Ciberbullying

El ciberbullying o ciber acoso es una extensión del acoso

al mundo digital², que consecuentemente se esparce en la vida del/a acosado/a en forma permanente, durante las 24 horas, los 7 días de la semana, teniendo consecuencias mucho más gravosas³.

El ciberbullying es el maltrato, acoso, molestia y agresión permanente y continuado que sufren niños y niñas menor a través de las diversas herramientas TICs, en Internet, en las salas de juegos grupales, en los grupos de diferentes aplicaciones -what app, instagram etc-⁴.

También hay ciberbullying cuando el/la agredida sufre amenazas o directamente es humillada, molestada o afectada mediante la publicación de textos, imágenes, videos o audios de cualquier clase y naturaleza destinados a hacerla sentir inferior, incapaz, inútil, para reírse de el/ella o re significar negativamente su situación.

El acoso y el ciber acoso tienen tres actores, el y/o los agresores/as, el/la agredido/a y los terceros espectadores que por razones que exceden largamente el presente no puede salirse del círculo vicioso de la agresión.

En primer lugar existe una viralización del contenido y a la agresión de forma tal que el núcleo del hecho agresi-



Algunos datos del fenómeno en Argentina brindados por las ONGs dedicadas el tema. Fuente: Argentina Cibersegura.

vo llega muy rápidamente a muchos/as usuarios/as de diferentes servicios y herramientas TICs. La viralización conlleva la imposibilidad de la persona acosada de mantener esa agresión estancada a determinadas áreas de su vida y se extiende a todos los aspectos y lugares a los que asiste.

En segunda posición el ciber acoso presente la facilidad del anonimato, por lo que cualquier persona desde cualquier dispositivo y con mínimos esfuerzos puede realizar agresiones en forma constante y permanente muy difíciles de prevenir.

En tercera plaza las formas de ciberacoso muchos veces quedan circulando en las diversas redes por mucho tiempo,

sin posibilidad de lograr dar de baja la información, es decir no hay derecho al olvido⁵.

IV. Prevención

Como señalaba supra, a partir de la percepción del fenómeno, especialmente en las escuelas, el estado nacional, los estados provinciales y diversas ONG han desarrollado diversas estrategias de prevención del acoso y del ciber acoso⁶.

El estado argentino en septiembre de 2013 sancionó la ley 26892⁷ de promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las escuelas. La ley tiende a garantizar la convivencia pacífica y a establecer estrategias que

fortalezcan los equipos docentes para la prevención del acoso en cualquiera de sus formas con y mediante la participación de toda la comunidad educativa.

Por su parte la Provincia de Buenos Aires, en septiembre de 2015, sancionó la ley 14750⁸, cuyas finalidades son similares a la ley nacional y la relación normativa se encuentra especialmente citada.

Existe un ingente número de ONG que trabajan en la prevención del acoso y del ciber acoso y son amplias y habituales las campañas que se desarrollan en las escuelas, clubes y ámbitos de trabajo con niños y niñas sobre la problemática.

Como crítica puede señalarse que la mayor parte de las campañas de prevención y concientización, así como el grueso del trabajo escolar no conllevan una real educación en el uso de las TICs y las consecuencias que las mismas conllevan. Es habitual encontrar niños y niñas de corta edad que “suben” en forma constante diversas fotos, videos y documentos sobre su vida diaria, de ordinario, teniendo una exposición constante hacia públicos desconocidos, actuales o futuros lo que predispone mucho más fácilmente al resquebrajamiento de esa identidad digital⁹ que es el conjunto de informaciones publicadas en Internet sobre una persona

y que componen la imagen que los demás tienen sobre la misma a partir de lo “publicado”.

V. Medidas cautelares y de prevención del daño

La base normativa para la prevención del ciberbullying la podemos encontrar en la legislación supra citada, en las distintas leyes, así ley 23849 Convención de los derechos del Niño/a, ley 26061 Ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, ley 26485 de Protección Integral de la Mujer y desde la sanción del CCYCN en el sistema de prevención del daño establecido en los artículos 1710 y siguientes del nuevo texto normativo.

Es que como decía antes, dos de los grandes problemas que presenta el CyberBullying es que los contenidos se difunden rápidamente por diversos medios y por redes sociales, se viralizan, se hacen difíciles de contener y quedan almacenados en forma permanente sin posibilidad de ser olvidados. En ese aspecto la normativa civil resulta de gran ayuda para bloquear los contenidos, impedir que prosiga su circulación, dar de baja los mismos y en así proteger a la víctima del ciberbullying.

Sin perjuicio de las normas especiales el CCYCN establece que toda persona tiene el deber de adoptar de buena fe las medidas tendientes a evitar la prosecución de un daño, facultándose a terceros a adoptar tales medidas y en caso que el daño ya hubiera ocurrido. La función preventiva puede consistir de la forma más variadas, no solo en evitar causar un daño, sino también en extender la tutela de prevención del daño del cual un tercero sería responsable¹⁰. La prevención significa, en esencia, el deber de actuar ex ante del daño consumado o en curso, toda vez que una vez que el daño se produjo, solo queda, ex post el resarcimiento, mediante las distintas formas de reparación que admite el derecho privado¹¹. Por su parte, el artículo 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que están legitimados para reclamar la medida preventiva quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño, la norma es amplia y como pauta debe sostenerse que siempre que se invoque un interés razonable y que ese interés no sea reprobado por el ordenamiento jurídico habrá legitimación.

A partir de las disposiciones del CCYCN, sin contar la legislación especial, es fácil colegir que en caso de ciberacoso la propia víctima, sus padres, madres, representantes, tutores, la escuela, la comunidad educativa o una

ONG tendría legitimación activa para pedir el bloqueo de contenidos, la baja, la limitación de la circulación u otras medidas tuitivas tendientes a limitar la exposición del niño, niña o adolescente.

Como buena práctica adoptadas por los juzgados de familia y civiles cuando se dictan medida cautelares de protección de la mujer en función de pedidos basados en la ley 26485 se dispone especialmente que el cese de hostigamiento incluye la limitación de contacto y agresión por cualquier vía digital, de esta forma se limita el acoso y el ciberacoso.

En el mismo orden de ideas y siguiendo los criterios señalados, no hay obstáculo alguno para que los juzgados puedan limitar la circulación de contenidos por redes sociales o por Internet cuando esos contenidos conllevan la agresión o humillación de un/a tercero/a persona quien se ha visto expuesta. Se trata de una medida general de tutela que encuentra amplia protección en el derecho de fondo conforme hemos señalado. No desconozco la dificultades tecnológicas y prácticas que conlleva tratar de limitar contenidos que han sido viralizados, servidores de datos fuera del país, muchas redes de intercambio, muchas TICs disponibles para el traspaso, un minuto en Internet representan casi dos meses de trabajo en una

oficina pública judicial, pero ello no implica que no puedan limitarse racionalmente las publicaciones. Es decir, el/la justiciable podrá perseguir el objetivo de eliminar todas las publicaciones de todos lados pero ante una eventual imposibilidad de lograrlo es necesario concentrar las fuerzas en detener las agresiones, publicaciones y acosos por los medios que más puedan impactar a quien viene a pedir auxilio al sistema judicial. Por ello es siempre prioritario procurar limitar la circulación de contenidos en los principales buscadores -Google y Yahoo- y en las principales redes sociales de uso local -Instagram, Facebook, Discord, etc- dejando de lado buscadores no utilizados, páginas interiores o redes de escaso desarrollo -Signal o Roblox por ejemplo-.

VI. Grooming

El grooming es una forma avanzada de acosos de niños y niñas que solo se produce en entornos digitales, mediante el uso de una o varias herramientas TICs y tiene un fin o una finalidad sexual o de preparación para atender contra la integridad sexual¹². Sin entrar a discutir la problemática del tipo penal del grooming, cuestión muy por fuera del presente trabajo¹³, la principal forma de tra-

bajo contra el grooming es la prevención, al igual que el acoso. Ambos temas se encuentra vinculados, en la medida que el ciberbullying suele ser un primer escalón a partir del cual el/la acosado/a cae al grooming. El grooming no es una forma de acoso generalizado, es decir no es un grupo de compañeros/as o amigos/a o conocidos que acosan al niño o niña, sino que es una persona en particular, generalmente un adulto pedófilo/pederasta o depredador sexual.

VII. Morphing, Deep Fake y Acoso

El mophing es una forma particular de ciber acoso consistente en aplicar filtros o efectos a las caras o los cuerpos de la persona objeto de ataque, de forma tal que se ridiculiza aún más al/a atacado/a. La mayor parte de las herramientas TICs de publicación via redes sociales ofrecen filtros y existe una variedad de software capaz de realizar modificaciones al rostro, al cuerpo e incluso hacer parecer que una persona sostiene un discurso que no es tal. Si bien no son tan habituales han comenzado a masificarse los sistemas de deep fake que podría traducirse como “falsedad profunda” o “ultrafalso”, técnica mediante la cual en un video se muestra el rostro o la silueta de una persona,

con edición de video y sonido, haciendo o diciendo cosas que la persona nunca dijo o mostrando actitudes o actividades que nunca tuvo.

VIII. Sexting

El sexting es una consiste en la difusión o publicación de contenidos, fotografías o vídeos, de tipo sexual, producidos por el propio remitente a través del uso de diversas herramientas TICs, en general teléfono móvil o cámaras webs. El sexting, entre adultos, supone la existencia de consentimiento por parte de aquella persona que realiza el contenido y lo sube o lo distribuye por internet, existiendo incluso sitios específicos donde los/as interesadas pueden vender su contenido¹⁴. Diferente es la situación cuando hay uno o más menores, niños, niñas o adolescentes que de una u otra forma han “remitido” contenido de tipo sexual o para sexual, fotos eróticas, desnudos o similares. Aquí entra a tallar no solo la falta de consentimiento sino que esos contenidos son usados por los acosadores para obligar a su víctima a realizar otros actos no queridos o para acosar. El sexting es una peligrosa forma de relación y es práctica que debe prevenirse y evitarse cuando intervienen niños, niñas o adolescentes.

Es renombrado y ampliamente conocido el caso de Amanda Todd que con 12 años remitió unas fotos semi desnudas y durante más de 3 años fue acosada hasta que finalmente terminó suicidándose en el año 2012.

A modo de conclusión

Las TICs a través de sus diversas formas ya atraviesan nuestras vidas y cada días las atravesaran con mayor constancia, permanencia y asiduidad por lo que los problemas vinculados al uso y aplicación de las mismas cada día ira en aumento. En estos breves párrafos he tratado de señalar, advertir y proponer algunas alternativas ensayadas a una problemática central que plantea el uso de las TICs.

El tema no se agota en estas líneas y necesariamente debe tener otras miradas, desde la psicología, la antropología, la sociología y otras ciencias sociales que pueden ayudar a padres, maestros, educadores, autoridades y al sistema judicial para brindar las soluciones más efectivas y reducir el impacto que genera el acoso y el ciber acoso. ■

CITAS

¹ ARELLANO, RAMÓN BERNABÉ. “Bullying y nuevas tecnologías: su adecuado encuadre jurídico y regulatorio” DfyP 2015 (noviem-

bre),⁶⁶. Quien señala que “La etimología del término radica en el vocablo inglés *bull* que significa toro, intentando atribuir en la calidad de dicho bóvido la representación de fuerza y/o superioridad; que al conjugar el verbo “to bully” (torear) representaría un accionar agresivo de un niño/a o adolescente (bully/intimidador) -incluso pueden ser más de uno- hacia otro (bullied/agredido), en un permanente, amenazante y silencioso escenario de un hostigamiento intolerable, que resultará una de sus condiciones esenciales del conjunto de circunstancias que marcan una desmedida desigualdad, entre ese líder bravucón (solo en apariencia pues sucede que el hostigador es también víctima en otros planos) y los acosados”.

² ZABALE, EZEQUIEL M. “Comentario a la ley 8899 de la provincia de Tucumán”. ADLA 2016-27 ,122

³ <http://www.cyberbullying.com/cyberbullying/que-es-el-cyberbullying/>.

⁴ <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/aplicaleley/acoso-por-internet>

⁵ <http://www.jus.gob.ar/media/1039016/guiacyberbullying.pdf>

⁶ www.argentinacibersegura.org; groomingargentina.org; entre otras muchas

⁷ <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26892-220645/texto>

⁸ <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/2015/14750/11182>

⁹ LÓPEZ, FRANCISCO. *Tu Yo digital, Quien Eres en Internet*. Barcelona. ESIC. 2020. Disponible en https://books.google.com.ar/books?id=ZNcCEAAAQBAJ&dq=identidad+digital+qui%C3%A9nes+somos+en+la+red&source=gbs_navlinks_s

¹⁰ BUERES, ALBERTO J. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Bs As. Hamurabi. 2016. Comentario al artículo 1710.

¹¹ GALDÓS, JORGE M. “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”. LL 2017-E, 1142

¹² VANINETTI, HUGO A. “La prevención y concientización sobre el grooming como política de Estado. Sanción de la ley 27.590: Programa Nacional de Prevención y Concientización del Grooming o Ciberacoso contra Niñas, Niños y Adolescentes” ADLA 2021-3,45.

¹³ SOTILE, PATRICIA. “El delito de grooming en el derecho penal argentino”. DPyC 2021 (febrero),56

¹⁴ El más conocido en Argentina es *OnlyFans*.

myf

240

Dr. Carlos J. G. Garibay

*Juez del Juzgado de Primera Instancia de Distrito
en lo Laboral de la 3ª Nominación de Santa Fe.*

***Itinerario de ciertos
juicios por accidentes
de trabajo.
Reflexiones a partir de
datos objetivos***

myf

241

*El presente trabajo fue una Ponencia en el Seminario de la
Academia de Intercambio y Estudios Judiciales (AIEJ)
en Mar del Plata, Junio de 2022*

Introducción

La Ciudad de Santa Fe cuenta con 5 juzgados de primera instancia en lo laboral. La información recolectada y analizada es de uno de ellos, a cargo del autor, y comprende el período **Agosto del año 2021 hasta Abril del año 2022**. Se trata de los expedientes con acuerdos transaccionales espontáneos en casos de accidentes y enfermedades del trabajo. Valga aclarar también que, para la Ciudad de Santa Fe, más del 90% de los casos son por “accidentes”.

Desarrollo

El proceso laboral en la Provincia de Santa Fe tiene la siguiente secuencia: demanda, contestación, audiencia de conciliación (art. 51 CPL) y, en caso de que no haya avenimiento, apertura del período de prueba, luego alegato y pase a fallo. *Por acuerdos “espontáneos” nos referimos a aquellos alcanzados ANTES de la celebración de la audiencia de conciliación.* Con eso denotamos que puede haberlos en la audiencia misma (aunque esta hipótesis es menos usual por cuanto los apoderados de las Aseguradoras suelen no tener en ese momento instrucciones –si no la obtuvieron antes- de las Casas Centrales, generalmente ubicadas en C.A.B.A.), y también puede ocurrir el acuerdo con posterioridad a dicha audiencia.

Sin tomar como referencia la fecha de inicio del juicio (aunque en todos los casos se trataba de causas recientes o relativamente recientes), el dato principal tenido en cuenta fue la presentación del acuerdo transaccional. Así, en los expedientes donde existían estos acuerdos, se recolectaron respecto de cada juicio, los siguientes datos: 1) Fecha del mandato del apoderado del actor; 2) fecha de interposición de la demanda; 3) Fecha del siniestro (o su denuncia ante la ART, en caso de enfermedad); 4) Nombre del apoderado de la parte actora; 5) N° del expediente; 6) Nombre de la parte actora; 7) ART accionada; 8) Nombre del apoderado de la ART; 9) Porcentaje de incapacidad invocado en la demanda; 10) Fecha de notificación de la demanda; 11) Fecha de contestación de la demanda; 12) Fecha del sorteo del Perito Médico; 13) Porcentaje de incapacidad determinado en la pericia médica; 14) Nombre del Perito Médico; 15) Fecha de la pericia; 16) Fecha del acuerdo; 17) Monto del acuerdo; 18) Honorarios convenidos; 19) Si el accidente es in itinere o no; 20) Breve resumen (sic) del siniestro.

El foco del análisis fue la relación entre las diversas fechas, Estudios Jurídicos intervinientes por la actora y por la ART, y Pericias Médicas (médicos, modalidad de intervención de los médicos, porcentajes de incapacidad establecidas).

La inferencia estadística que puede hacerse del primer párrafo de la introducción es simple: si existen cinco juzgados, la información relevada en uno solo de ellos es una “mues-

tra representativa” del total, es decir que permite “inferir” que estudios idénticos en los otros cuatro juzgados, arrojarían resultados muy similares y por ende, arribar a conclusiones también similares, lo que a su vez permite decir que la información recogida y las conclusiones bien pueden tener valor estadístico representativo del tema estudiado, para la toda la ciudad capital de la provincia.

Datos recogidos. Resultados

El total de acuerdos espontáneos fue de 223.

Algunos de los datos analizados de los 223 casos, en síntesis, mostraron:

Médicos

20 médicos en total intervinieron en 223 pericias.

De entre los 20 médicos, 3 tuvieron a su cargo el 74,4% de las pericias. 4 de ellos, el 78%, siendo 2 de esos 4, un matrimonio de médicos.

Los acuerdos transaccionales presentados sin que haya habido sorteo de peritos oficiales totalizaron 125 de 223, es decir, 56%.

Los casos en que los Peritos fueron designados de común acuerdo por las partes y así designados por el Juez, totali-

zaron 34 de 223, es decir, el 15,2%. Intervinieron sin haber sido sorteados ni haber sido propuestos por las partes de común acuerdo ni, por ende, designados en el cargo por el Juez en 125 expedientes, es decir, en el 56% de los casos.

Abogados

Para los 223 casos intervinieron por la parte actora un total 82 Abogados o Estudios Jurídicos, pero de esos 82, solo 6 abogados o estudios jurídicos tramitaron el 46% de las causas. Y un total de 14 abogados o Estudios Jurídicos –de esos 82- tramitaron el 65% de las causas.

Los acuerdos transaccionales presentados sin notificación de la demanda totalizaron 91 de los 223, es decir, un 40,8%.

A su vez, en el 36% de los juicios los abogados tenían mandato suscripto por los accionantes dentro de los treinta días posteriores a la fecha del accidente. Algunos casos, el mismo día de la denuncia del accidente o enfermedad.

Respecto de los accidentes in itinere (55 de un total de 223, es decir, el 24,6%), del total de 82 Abogados o Estudios identificados para los 223 casos con acuerdos espontáneos, solo 27 fueron los que presentaron las causas. De esos 27 Abogados o Estudios, uno solo de ellos presentó el 21,8%, y otro presentó el 14,5%, por lo que entre los dos abarcaron el 36,3% de los accidentes in itinere transados. Luego, otros dos Estudios tienen el 5,4% de los casos. Por lo cual,

cuatro Estudios totalizan 47,10% de los casos de accidentes de trabajo in itinere transados espontáneamente. (Ver tabla) Con lo que, en síntesis, en el 29,14% de los casos la incapacidad no superaba el 3,90%. Y en el 64,5% de los casos, no superaba el 6,90%

Primeras conclusiones

Existe una desnaturalización del proceso laboral en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, o es necesario legislar un procedimiento ad hoc para este tipo de juicio. De hecho, en la Provincia de Santa Fe, la última reforma al código de procedimientos (Ley 13.840 del año 2019) diseñó juzgados laborales con competencia exclusiva en esta materia, pero a la fecha no han sido implementados.

La enorme cantidad de juicios en los que se controvierten porcentajes muy bajos de incapacidad invita a pensar alguna adecuación a la legislación de fondo para evitar las demoras en el pago de prestaciones dinerarias, los sobrecostos que aparejan para el sistema los litigios y los “costos ocultos” al erario público en materia de estructuras judiciales.

Es necesario, en la Provincia de Santa Fe, la existencia de un Cuerpo de Peritos Médicos del Poder Judicial, para terminar con un sistema que como mínimo, puede caracterizarse co-

Rango de Incapacidades acordadas y transadas
(de un total de 223 casos)

Hasta	Parcial/Total	% Acumulado
1,90%	23/23	10%
2,90%	18/41	18%
3,90%	24/65	29,14%
4,90%	34/99	44,4%
5,90%	25/124	55%
6 - 6,90%	20/144	64,5%
7 - 7,90%	17	
8 - 8,90%	14	
9 - 9,90%	14	
10 - 10,90%	10	
11 - 11,90%	3	
12 - 12,90%	7	
13 - 13,90%	3	
14 - 14,90%	1	
15 - 15,90%	2	
16 - 16,90%	0	
17 - 17,90%	1	
18 - 18,90%	1	
19 - 19,90%	1	
20 A 26%	3	
34%	1	
49%	1	
51,5%	1	

mo poco transparente y alejado de los objetivos del Sistema de Riesgos del Trabajo.

Entendemos de utilidad el desarrollo de investigaciones similares en todas las jurisdicciones, como para contar con datos objetivos que permitan sustentar de modo suficiente y no meramente teórico o dogmático, las eventuales adecuaciones de las legislaciones de fondo y de forma.

Al respecto, el autor se pone a disposición de los colegas de toda la provincia para ayudarlos a desarrollar investigaciones similares, que serían de gran aporte al Gobierno del Poder Judicial y a los Sres. Legisladores.

Como idea general, entendemos que la investigación en ciencias sociales, y en particular en Derecho, **tiene una deuda con lo cuantitativo**, no porque lo cualitativo (propio de las ciencias sociales clásicas) no sea relevante, sino porque según creemos, es definitivamente insuficiente. Los datos objetivos son necesarios y son irremplazables.

Epílogo

Como dice el viejo dicho, “para novedad, lo clásico”, es apropiado evocar del Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por el Maestro Vázquez Vialard, Tomo 4, Editorial Astrea, 1983, Cap. XIV, Raúl E. Altarima Gigena y Javier Hünicken, págs. 243 y ss., dos párrafos que parecen escritos para

nuestros días, tal vez incluso premonitoriamente: *“No obstante lo antiguo del tema y la cantidad de años que se lo estudia, no puede afirmarse, desde ningún punto de vista, que esté agotado; por el contrario, actualmente constituye materia de investigación, tema de seminarios, cursos y conferencias; vuelve a ocupar judicialmente el mayor porcentaje de demandas; desde el punto de vista económico-político está íntimamente relacionado con los períodos de crisis, de inflación, de pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se relaciona con las jornadas de trabajo prolongadas, etc. (...) Una lacerante realidad de nuestros días indica que en muchos aspectos se ha retrocedido; nuevamente los accidentes y enfermedades profesionales se llevan muchas víctimas, sin lograr que trabajadores y empleadores tomen conciencia de la necesidad de la higiene y seguridad en el trabajo, dejándose encandilar -desde el punto de vista de los trabajadores- por la indemnización, que no constituye verdadera reparación”.*

Y es que, pese a que hasta pareciera haber “exportado” el Derecho del Trabajo muchos de sus principios al Código Civil y Comercial de la Nación, la materia de la prevención de los riesgos laborales sigue siendo la Cenicienta de los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales, abogadiles y periciales, y del resto de los actores del sistema, ART -en muchos casos- incluidas. Las indemnizaciones no terminan de ser, nunca, una verdadera reparación, y la prevención no alcanza a verse como renta, al menos a los ojos de la ganancia inmediata en estos tiempos de modernidad líquida y financiera. ■

myf
246

Dra. Romina **Scaglia**

Jueza Comunitaria de las Pequeñas Causas de Granadero Baigorria

Hacia una Justicia más humana

Como punto de partida de este pequeño aporte, que pretende invitar a la reflexión sobre nuestro trabajo cotidiano como integrantes del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, especialmente de quienes ejercemos la magistratura, resulta imperativo recordar que el sistema de justicia, del cual formamos parte como herramientas fundamentales, ha sido creado y diseñado como un instrumento para resolver pacíficamente los conflictos interpersonales en las comunidades. La necesidad de resolver los conflictos de manera pacífica justifica la existencia del derecho, como medio racional, seguro, predecible y heterocompositivo que evita la violencia como medio de autodefensa. Asimismo, fundamenta el sistema de justicia como estructura institucional orquestada por el Estado para emitir opinión e intentar controlar el orden social resolviendo los pequeños litigios interindividuales cotidianos, que aunque en principio no tienen relevancia para terceros, generan conflictividad social cuando no son resueltos.¹

En este marco, debemos recordar que el sistema de justicia y la autoridad que en consecuencia se nos ha atribuido para el ejercicio de nuestra función tienen un origen social en el conflicto interpersonal que los justifica. La sociedad, para mantener la paz social, ha decidido erradicar el uso privado de la fuerza e instaurar un sistema normado, estructurado y dotado de autoridad. Por ello, la persona humana justifica nuestro trabajo cotidiano y de-

be ser nuestro norte en toda actuación judicial.

Ahora bien, y coincidiendo enfáticamente con la afirmación de que el sistema de justicia debe velar, en primer término, por la persona humana y la resolución efectiva de los conflictos interpersonales, debe consolidarse, asimismo y muy fundamentalmente, como instrumento eficaz para la realización de la paz y la justicia, valores eminentemente sociales.

El procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo nos decía que el proceso judicial, que estructura nuestra actuación dentro del sistema de justicia, satisface una doble finalidad a saber: represiva y preventiva. El proceso sirve a un tiempo un interés individual y específico, que se circunscribe a cada uno de los litigios que resuelve, y un interés social y genérico que interesa a toda la comunidad. Parafraseando a Carnelutti, Alcalá Zamora afirmaba que la justicia de las decisiones recaídas en la suma o conjunto nacional de los procesos representa la mejor garantía de paz política y social: una justicia justa, valga la redundancia, que impulsa la evolución. Y avanzaba aún más afirmando que al hablar de una justicia justa no pensaba, ni por ningún momento, en una judicatura que so pretexto de insuficiencia de las normas preestablecidas haga caso omiso de la voluntad legislativa, ni que por miedo o adulación sirva o se incline a desafueros demagógicos, sino sencillamente en una

justicia que aplique e interprete los preceptos vigentes con amplio espíritu de jurista, capaz de captar cuanto de más noble y progresivo haya en las inquietudes justiciarias de su época, y no con un estrecho criterio de leguleyo, incapaz de ver más allá de la letra de un artículo ni de moverse al margen de la enrevesada rutina curialesca.²

La fórmula de paz con justicia acuñada por la doctrina carnellutiana y seguida por el procesalista español nos muestra al proceso judicial, escenario de nuestra actuación cotidiana, como el lugar destinado a obtener la justa composición del conflicto interpersonal y contribuir a la paz social. Justicia y paz, son valores acuñados en la construcción social del Estado que cuenta con la estructura de la administración de justicia para hacer frente al conflicto interpersonal. Lograr la paz con justicia, importa concebir y respetar valores sociales y morales que son elementos constitutivos del derecho y su constante evolución y transformación.

José Ramiro Podetti, de la escuela argentino cuyana de derecho procesal, definía a la justicia como una aspiración del espíritu humano, que constituye, a la vez, una necesidad primordial de los hombres.³ Basaba su afirmación en varios pensadores entre los que citaba a Aristóteles, quien sostenía que la justicia constituye una virtud que se coloca por encima de las demás virtudes y no se encuentra vinculada a uno mismo sino a los demás, reconociendo, de esta

manera, su carácter relacional. El filósofo ateniense definía a la justicia general como la buena disposición o armonía para el fin común de una comunidad de personas y de cosas que la integran, y advertía que la persona humana ha sido hecha para vivir en sociedad, encontrándose allí presente la diversidad en la unidad. También identificaba una justicia distributiva, que consistía en atribuir bienes iguales a personas iguales, de modo tal, que la relación entre los bienes fuera la misma que la relación entre las personas. Con este concepto se incorporaba la proporcionalidad geométrica en la justicia y comenzaba a pergeñarse el origen de la justicia social.

La justicia social, que nació tras la primera revolución industrial en la necesidad y compromiso por parte de los Estados para compensar las desigualdades surgidas de los modelos productivos y de los mecanismos sociales, hoy nos interpela a repensar y a actuar frente a la sustitución del Estado tradicional por otros mecanismos de poder potenciados por la globalización y los poderes económicos transnacionales. Las existencias privilegiadas y la desigualdad estructural generan nuevas formas de injusticia social, vulnerabilidad y exclusión, que no pueden ser desoídas por el sistema de justicia, especialmente en los países subdesarrollados, como Argentina, en los que la pobreza y la indigencia alcanza al 40% de la población. La UNSECO destaca la estrecha vinculación de la justi-

cia social con los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030, y afirma que, a pesar de los esfuerzos, en América Latina persisten altos niveles de desigualdad, entendida no sólo como acceso a recursos económicos, sino también como acceso a derechos.

La visión social de la justicia importa un sistema de justicia que incorpora los componentes de dignidad humana y Estado social y las acciones afirmativas en búsqueda de la igualdad real de oportunidades, debiendo ser estos postulados observados y cumplidos efectivamente por las personas que integramos la estructura estatal judicial al desarrollar nuestro trabajo cotidiano. El maestro Morello, recogiendo los paradigmas de la justicia social e incorporándolos al derecho procesal, nos hablaba de la humanización del derecho y la justicia, siendo una de sus contribuciones más notables la denominada justicia de acompañamiento o protección, que hoy puede verse plasmada en el articulado de nuestro actual Código Civil y Comercial con diferentes instituciones y técnicas que recogen el principio protectorio.

En este estado de la pequeña reflexión propuesta, no podemos dejar de mencionar a Mauro Cappelletti, el ilustre profesor de Florencia y Stanford, quien en un espectacular brinco realista, se anticipó a abrir las ventanas del edificio jurídico a los condicionamientos del contexto y destacó la importancia que reviste la dimensión social de los fenó-

menos jurídicos. Con valentía dibujó el modelo de acceso a la justicia que plasma principios y estándares aún hoy vigentes que persiguen una nueva fase del Estado de Derecho, el Estado de Justicia que se asienta en presupuestos históricos, culturales y éticos con los cuales el tejido se compacta en un orden de respeto convivencial y en la vigencia de la paz social.⁴

Por todo lo expuesto, resulta necesario repensar nuestro trabajo cotidiano y recordar que la finalidad del sistema de justicia es la efectiva resolución de los conflictos entre las personas humanas y la realización de la paz social, y que para ello, debemos incorporar nuevos paradigmas al servicio de justicia para contribuir a la resolución de las desigualdades sociales. La justicia de coexistencialidad, acompañamiento o protección, indispensable en los procesos que involucran a personas en condición de vulnerabilidad e hipervulnerabilidad, con evidente desventaja para acceder al sistema de justicia; la justicia terapéutica, con un enfoque multidisciplinario de los efectos del derecho y de los sistemas legales en las emociones y la salud mental de las personas y la justicia restaurativa, que persigue la reparación del daño y de las relaciones interpersonales, ambas con recepción especial dentro del sistema de justicia penal; y la justicia colaborativa, abierta a la transversalidad y al diálogo con otras disciplinas y con la comunidad, con una mirada superadora del Poder Judicial que importa incorpo-

rar la gestión colaborativa del conflicto con aceptación de otros métodos alternativos al judicial, entre ellos, la mediación, la negociación, el arbitraje y la facilitación, y la visión dialógica del conflicto social con necesario abordaje en red, interdisciplinario e intersectorial.

La urgencia de compromiso por parte del funcionariado y la magistratura en la construcción de una justicia más humana no tolera más dilaciones y requiere de acrecentadas responsabilidades, de adecuada preparación y de un cambio de mentalidad que lucha contra la resistencia de concepciones tradicionales, cerradas y temerarias que olvidan que somos instrumentos de la realización de **la justicia y la paz**.

Es preciso una revolución humanística en la justicia que nos aleje del pensamiento simple en opiniones de autoridad y nos acerque a la realidad mediante la comprobación experimental de hipótesis, propio del método científico. El pensamiento jurídico, y por ende el de sus operadores, no ha salido en la mayoría de las ocasiones de la pura Filosofía, de la que ya hace tiempo se desgajaron otras ciencias, como la Física y la Psicología. El Derecho debe dar ese paso sin perder lo mejor del razonamiento filosófico, la reflexión apriorística, pero cuyas hipótesis tienen ser demostradas con resultados tangibles.⁵

La revolución humanística que proponen Nieva Fenoll y Pa-

rra Quijano, y a la cual adhiero, ataca todos los vicios y facilidades que corrompen al sistema de justicia y a sus operadores y nos interpela simplemente a **pensar de nuevo**. ■

CITAS

¹ NIEVA FENOLL, JORDI. “Derecho Procesal I. Introducción”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. España, 2014, pág. 8 y ss.

² ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. “Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines de proceso”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera reimposición, México, 2000, pág. 199

³ PODETTI, RAMIRO, “Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil”, Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina, 1963, pág. 23.

⁴ MORELLO, M. AUGUSTO. *El derecho y nosotros*, Librería Editora Plátense, La Plata, Argentina, 2000, pág. 5

⁵ NIEVA FENOLL, JORDI – PARRA QUIJANO, JAIRO. *La humanización de la Justicia*. Universidad de Barcelona, Revista N° 1, Dial Net ISSN2215-8944, Barcelona, España, pág. 35

myf

252

Dra. Ana Julia **Milicic Ameli**

*Fiscal Adjunta de la Unidad Fiscal de Investigación y Juicios
N° 2 del Ministerio Público de la Acusación de Rosario.*

*La constitucionalidad
del recurso de apelación
fiscal contra las
sentencias absolutorias*

Como es de público conocimiento, a partir del 10 de febrero de 2014 nuestra provincia instauró un sistema procesal penal que se adapta a las premisas que contempla nuestra Constitución Nacional, adoptándose de esta manera un proceso adversarial a cargo de Ministerios independientes (Acusación y Defensa), en el cual la resolución del conflicto penal está a cargo de jueces que no son partes del mismo, contradictorio que se ventila de forma oral y pública, respecto del cual la magistratura judicial únicamente se presenta como un verdadero contralor del respeto y cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales y convencionales.

No obstante, hay algunas críticas constructivas que caben realizar en cuanto al aseguramiento del ejercicio autónomo de la función del órgano acusador, esto es, del Ministerio Público de la Acusación; puesto que el desempeño de la labor de los fiscales es significativo para el aseguramiento de la administración de justicia y al ser un órgano independiente restan todavía cuestiones que mejorar para el debido desarrollo de su labor. En este artículo me voy a referir puntualmente a la competencia legal que ostenta el órgano acusador para apelar sentencias dictadas como consecuencia de debates orales y públicos, manteniendo una postura contraria a la de cierto sector doctrinario y jurisprudencial que sostiene que la misma no corresponde ante sentencias absolutorias o parcialmente absolutorias.

Para ello, voy a comenzar rebatiendo algunos de los puntos fundamentales que generalmente se alegan al denegar el medio impugnativo (apelación) de la Fiscalía ante sentencias absolutorias, adelantando que considero que tales posturas se presentan como violatorias del principio de legalidad procesal, del principio de igualdad y de derecho a la tutela judicial efectiva, entre otras, todas garantías esenciales y propias del debido proceso penal legal, constitucional y convencional.

No hay violación al principio *Ne bis in ídem*

En primer lugar, cabe indicar que cuando una parte interpone un medio de impugnación no lo hace para que se reedite el debate tal como se dio durante el juicio, sino que lo que se persigue es que la prueba oportunamente producida se valore correctamente y conforme a las reglas de la sana crítica racional.

En el caso de la fiscalía, siempre que esta parte indique y fundamente debidamente sus agravios, no se concibe que el Tribunal sentenciante pueda negar el ejercicio de tal facultad legal. Que el fiscal pueda apelar sentencias no conlleva a que los juicios dejen de ser el centro del procedimiento ni que se encuentren devaluados por estar sometidos a un órgano revisor posterior; es equivocado sostener que apelar significa la reproducción del debate ya acontecido.

Que la Fiscalía pueda impugnar la resolución adoptada por el Tribunal de juicio no implica que se desarrolle un nuevo juicio, sino que lo que simplemente se habilita es un examen sobre lo que las partes se agraviaron en función de lo decidido por el Tribunal al momento de valorar la prueba producida en debate. Y ello está expresamente redactado en el art. 391 del C.P.P., norma que literalmente fija la competencia del Tribunal de Alzada y establece que sólo podrá entender en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los agravios, pudiendo siempre mejorar la situación del imputado.

Tal es así que no se trata de un nuevo juicio que los testigos no tienen la obligación de comparecer nuevamente a declarar. Si bien el art. 398, segundo párrafo del C.P.P. permite a los impugnantes requerir la producción de prueba, ello únicamente se da cuando se alegue un hecho nuevo –no conocido antes– que tenga incidencia en la resolución de la causa o cuando no se hubiere practicado la prueba ofrecida por el solicitante por motivos ajenos a su voluntad (circunstancias sumamente excepcionales que no transforman a la apelación fiscal en un nuevo juicio de ningún modo). Es decir, que cuando la Fiscalía impugna una sentencia no se vuelve a producir la prueba del juicio ni se reedita del debate; justamente lo que se busca es que se examine la valoración realizada por los magistrados judiciales respecto de la prueba producida (señalada en los agravios indicados en el recurso de apelación) y se revoque la inadecuada e

irrazonable interpretación jurídica efectuada por el Tribunal sentenciante en base a la misma.

Tampoco es cierto que se afecta la prohibición de la persecución penal múltiple, desde que el proceso no tiene sentencia condenatoria firme pasada en autoridad de cosa juzgada. Mientras no haya una sentencia firme no podrá aducirse que –por admitir la apelación contra sentencia absolutoria– se está sometiendo a nuevo juicio a un acusado, y ello en atención a la unicidad del proceso penal “a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Mohamed vs. Argentina” de fecha 23/11/2012). Por lo tanto, el recurso de apelación fiscal no busca volver a juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho, puesto que en realidad se trata de la continuidad del mismo procedimiento.

Y es aquí donde deben invocarse las explicaciones que efectúa el Dr. Maier, quien al preguntarse sobre la posibilidad que tiene el acusador público de recurrir la sentencia de los tribunales de juicio implica un bis in idem, el mismo autor señala que la concepción que existe en nuestros códigos procesales es “bilateral”. En efecto, Maier expone que los recursos son remedios contra las resoluciones judiciales consideradas injustas por y para alguno de los protagonistas del procedimiento, legitimados para intervenir en él y a

quienes la resolución alcanza, bajo la condición básica de que la resolución les provoque un “agravio”, esto es, decida en contra de sus intereses expresados en el procedimiento, concediéndoles algo menos de aquello que pretenden. Es más, aclara que tal concepción de bilateralidad de los recursos es aún más evidente en presencia de la sentencia definitiva como la derivada de un juicio.

Frente a una sentencia emanada de un juicio público, tanto el acusador como el acusado, tienen, en general, la facultad de impugnarla, cuando ella en su dispositivo perjudica el interés de quien recurre o el interés de aquél en nombre de quien se recurre: todo depende de aquello que decida la sentencia de su signo -absolución o condena-, y, en último de los casos, de la consecuencia jurídica que impone la decisión.

Es la firmeza del pronunciamiento -cuando pasa en autoridad de cosa juzgada- lo que torna operativo el principio del non bis in ídem, que hace improcedente la reapertura de la investigación por los mismos hechos, contra la misma persona y existiendo además identidad de causa.

Violación al principio de igualdad y de la concepción bilateral de los recursos

Por otro lado, cabe señalar que las posturas denegatorias

de la atribución legal del fiscal de apelar violan el principio de igualdad y la bilateralidad de las vías de impugnación. Existe violación manifiesta al principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la C.N. desde que, si partimos de la igualdad jurídica de las partes en el proceso, habrá que reconocerse que en la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley, el órgano acusador cuenta con las mismas posibilidades para recurrir.

Es más, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Arce” estableció que si bien la garantía de la doble conformidad judicial que surge de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (arts. 8.2 h, CADH y 14.5 PIDCP, respectivamente) ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado, ello no implica que las concesiones legales para recurrir del Ministerio Público Fiscal sean inconstitucionales. En efecto, la Corte concluyó que, si bien el órgano acusador no se encuentra amparado por la garantía de la doble instancia, ello no obsta a que el legislador, si lo estima necesario, le conceda igual derecho. La facultad de las partes procesales a recurrir encuentra su fundamento constitucional en el principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la C.N., desde que todas las partes merecen igual tratamiento de la norma por parte de los jueces. El principio de igualdad implica que todas las partes deben ser tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones. Y

en este punto vale citar al maestro Bidart Campos quien ha enseñado que no hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales.

Lo que se debe garantizar es la bilateralidad, en el sentido de respetar las reglas comunes establecidas para ambas partes (Defensa y Acusación) para intervenir en el proceso, siendo que el juez -como un tercero imparcial e imparcial- tiene que únicamente decidir para dirimir el conflicto planteado por las partes contrapuestas que actúan en defensa de sus respectivas posiciones: el acusador que pretende la aplicación de una pena y el acusado que ella resiste. Esas partes contrapuestas deben actuar con "igualdad de armas", siendo que, si bien el Estado tiene la competencia del *ius puniendi*, el acusado goza de algunas "desigualdades" que le permiten compensar el poderío del Estado que lo acusa, tal como el *in dubio pro reo*, *reformatio in pejus*, etc.

Existencia de diferentes mecanismos de control judicial

Por otro lado, se suele invocar como motivo al rechazar la concesión del recurso de apelación fiscal que existen diferentes mecanismos de control judicial previos al juicio y durante el debate oral, por lo que no tiene sentido dotar a

la Fiscalía de tantas herramientas procesales y vías de impugnación durante todo el procedimiento previo para luego admitir el recurso del actor penal cuando no comparte la valoración de la prueba efectuada por el tribunal del debate quien fue el único que gozó del principio de inmediación de la prueba producida.

Pues bien, debe precisarse que todas las audiencias de control realizadas antes y después del juicio en el nuevo sistema procesal penal son argumentativas (excepcionalmente se da la producción de prueba en las mismas y cuando se hace, se efectúa sólo respecto de cuestiones particulares incidentales a resolver). La única prueba que se produce y que es tomada en cuenta para decidir sobre la responsabilidad penal que le cabe a los acusados es la que se realiza en juicio. Por lo que la producción de prueba propiamente dicha (de manera integral, donde juega el principio de inmediatez, contraexamen de las contrapartes, oralidad, concentración, etc.) se da única y exclusivamente en juicio.

Si bien existe un fuerte mecanismo de control judicial en diferentes momentos de la I.P.P. y aún después del debate oral y público, el mismo es generalmente en base a argumentaciones que realizan las partes de las evidencias colectadas durante el desarrollo del procedimiento. Es más, la mayoría de las veces los testigos dan una versión de los hechos durante la I.P.P. y en juicio pueden declarar de otra

manera, siendo que lo que vale netamente como prueba es lo que manifiestan en el debate. Es por tal motivo que se permite la confrontación de sus testimonios con declaraciones previas o la posibilidad de refrescar la memoria de los testigos. No todo lo que consta en las evidencias durante la I.P.P. se transforma en prueba tal cual durante el juicio. Las personas tienen miedos, nervios, carecen de la confianza suficiente para enfrentar los interrogantes de los diferentes sujetos procesales, se enfrentan a la presencia inmediata y directa de los enjuiciados con sus defensores, el público, el Tribunal, pesando además el paso del tiempo. En definitiva, no es fácil ser testigo y ya no valen más las actas escritas del sistema inquisitivo que dotaban de fe lo que asentaban.

Dicho esto, cabe afirmar que el único órgano que controla la prueba que realmente es tomada en cuenta para la sentencia es el tribunal del debate, y el mecanismo de control anterior se basa principalmente en las argumentaciones que realizan los actores procesales sobre lo que dijeron los testigos, sobre lo que consta en los documentos que hasta ese entonces son meras evidencias sin valor probatorio alguno. Eso es lo que hace a la informalidad del sistema y lo que brinda a la etapa del juicio un rol determinante en el procedimiento. La argumentación previa al debate oral y público de ningún modo se puede igualar a la prueba producida durante el juicio y ningún juez valora la prueba fehacientemente como el Tribunal de juicio.

Y es en este aspecto donde debe notarse que existe posibilidad de error en esa única valoración que hace de la prueba producida el órgano judicial juzgador y esa mera chance de error debe poder ser disipada y resuelta por el control recursivo posterior. No es asistemática la facultad procesal del Fiscal a recurrir, se trata de evitar que los jueces del debate –únicos juzgadores de la prueba producida en juicio– sean concebidos como infalibles.

Mucho se ha reseñado en la doctrina procesal acerca de que el recurso como garantía se ha consagrado como exigencia para ejecutar una pena contra una persona y que sólo cabe si el condenado la requiere. Esta doble conformidad judicial implica que el derecho al recurso consiste en la facultad del condenado de poner en marca una instancia de revisión que podría dar mayor certeza a la legitimidad de la condena. Es decir, que el recurso parte de la base de que puede existir irregularidades en el debido proceso penal que motiven agravios que deban ser reexaminados. Pues bien, dichas causales también pueden ser invocadas por el órgano acusador, desde que la arbitrariedad existente en un procedimiento puede ser invocada por toda parte que encuentre lesión en su interés. La Fiscalía tiene la misión de evitar la impunidad de los hechos delictivos, velando en su actuación por la aplicación de la ley penal en reparación de los derechos afectados por las víctimas y por la materialización de justicia que exige la lesión colectiva que implica la comisión del delito (Art. 3, inc. 1 – Ley 13.013); requerir la jus-

ta aplicación de la ley, resguardando la vigencia equilibrada de todos los valores jurídicos consagrados en la Constitución Nacional, la ley y el debido respeto por los derechos humanos (Art. 3, incs. 2 y 3 – Ley 13.013).

Violación al principio de legalidad

La C.I.D.H. ha sentenciado en el caso Mohamed vs. Argentina que es garantía convencional el derecho del enjuiciado a un recurso que permita una revisión integral de una sentencia dictada en su contra en juicio. No obstante ello, que dicha potestad no se halle contemplada convencionalmente en favor del órgano estatal fiscal no conlleva a sostener que tenga que ser prohibida por medio de la ley por ser atentatoria de los derechos del imputado.

Es verdad que el recurso fiscal no goza de jerarquía constitucional ni convencional expresa, pero su fuente legal no puede desconocerse. En el fallo “Arce” la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la constitucionalidad de los límites impuestos al acusador público a la hora de recurrir la sentencia, aclarando que la potestad de recurrir del ministerio fiscal encuentra legitimación en la ley interna.

En la aplicación del poder penal del Estado, las partes procesales, en contraposición e independientes entre ellas, se

controlan mutuamente. El Ministerio Público de la Acusación, como custodio de la ley, colabora en la función que desempeña el órgano judicial en la averiguación de la verdad y en la actuación de la ley penal, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado. Para poder ejercer su función, el Ministerio Público Fiscal fue provisto de facultades procesales concretas, dentro de las cuales encontramos el poder interponer recursos. El Fiscal debe velar por la legitimidad y formalidad del procedimiento, controlar si los tribunales interpretan de manera adecuada las pruebas y aplican correctamente la ley en función de dicha valoración.

Y en este caso es muy claro Maier cuando explica que la situación es diferente en el sistema anglosajón, donde se da una interpretación más estricta de la prohibición de la múltiple persecución penal – ne bis in ídem-, principio formulado como la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal (double jeopardy), auxiliada por la inteligencia que reciben otros principios básicos del procedimiento penal, el juicio público ante jurados y la concepción del recurso del imputado contra la condena como una garantía procesal penal; todas estas circunstancias que impiden conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, oportunidad sintetizada en el juicio ante el jurado. Tales condiciones implican la negación al acusador del recurso para

obtener un nuevo juicio, por “injusto” que pueda ser presentado, en apelación, el veredicto final del primero.

En nuestro país, y en particular en nuestra provincia, la situación es totalmente diferente. No debe olvidarse que en nuestro sistema procesal penal todavía no se ha instaurado el juicio por jurados (garantía que hace a la democratización de la justicia). Es cierto que la ley 12.734 ha puesto en marcha un sistema de enjuiciamiento que concuerda con la ideología de la C.N. y de los tratados internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que el modelo procesal penal constitucional hoy en día es el acusatorio, público y oral. Pero ello no significa que la tarea esté concluida, todavía resta la misión de concretizar la democratización de la justicia a través del juicio por jurados (Art. 24 y 75, inc. 12 de la C.N.).

Al realizarse un examen de convencionalidad de la facultad legal del fiscal a apelar, cabe apreciar que no se limita facultad ni ejercicio de derecho alguno reconocido a las demás partes. La legitimación de la facultad del fiscal a apelar también encuentra su fundamento en la garantía a la tutela judicial efectiva que poseen las víctimas. El ejercicio de tal derecho no limita libertad alguna del imputado ni su defensa eficaz durante el procedimiento penal. La facultad que posee el Ministerio Público de la Acusación a recurrir surge de la ley procesal, de la igualdad ante la ley, cuanto se

protege la actuación de las partes en el proceso. Es más, en materia de D.D.H.H. se ha afirmado que se debe garantizar -aún por vía legal- el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (art. 25.1 C.A.D.H.). Que ese derecho comprende el de identificar y sancionar a los autores intelectuales de violaciones de D.D.H.H.; derecho éste que no puede tener excepciones, debiéndose crear disposiciones de derecho interno para cumplir con tales imposiciones internacionales. Y el derecho a la verdad comprende el esclarecimiento de hechos en perjuicio de las víctimas. No debe olvidarse la legitimación procesal que tiene el Fiscal en representación de los intereses de la sociedad.

Conclusión

Toda postura denegatoria de la competencia legal del fiscal a apelar sentencias es contraria a la concepción bilateral del recurso y a los principios de igualdad y legalidad procesales. Y si se sostiene que existen controles previos y durante al debate, debe realizarse el siguiente gran interrogante: ¿Quién controla a los jueces del debate? ¿Los jueces del juicio son infalibles?

En este sentido, explica el Dr. Erbetta que el objeto del recurso de apelación es obtener una revisión, por parte de un tribunal superior, respecto de aquellas resoluciones dic-

tadas por un órgano jurisdiccional de menor grado que le generaron algún tipo de agravio al recurrente. Ese agravio puede darse por un error recaído en la apreciación de los hechos, de la prueba o en la interpretación o aplicación del derecho al caso concreto. La actividad recursoria concedida a la parte tiene sustento en la falibilidad del juzgador, conatural con nuestra condición humana.

Y es aquí donde debe tenerse en claro que una cosa es la imposibilidad que se da en el derecho comparado –particularmente en el sistema norteamericano– de que el actor penal pueda apelar la sentencia absolutoria dispuesta por el veredicto emitido por un jurado y otra cosa es no poder apelar la decisión de uno o tres magistrados judiciales en un sistema donde no existe jurado; máxime cuando muchas veces los agravios se basan en cuestiones de interpretación jurídica que son propias de una ciencia social como el derecho donde bien es sabido que existen múltiples posiciones doctrinarias sobre mismos temas.

El juicio oral y público no es la única y última oportunidad que tiene la Fiscalía para hacer valer su pretensión punitiva porque los medios de impugnación están justamente para permitir que no exista arbitrariedad en la tarea del juzgador. Que las partes tengan amplitud probatoria para acreditar sus respectivas teorías del caso no significa que lo que resuelva el tribunal de juicio sea “palabra santa”, decisión propia de

un dios infalible, no susceptible de posterior revisión por un órgano de grado superior. Y respecto en este punto hay que ser claros: el Tribunal de juicio integrado por magistrados letrados no es un jurado popular que está exento de control en sus decisiones. Una interpretación contraria a ello llevaría a considerar al tribunal de juicio como el único órgano dentro del sistema republicano cuyas decisiones no son susceptibles de control alguno. Ello es inconcebible en un Estado de Derecho democrático y republicano como el nuestro.

No debe perderse de vista que el fundamento de los recursos es brindar un mecanismo de control de las decisiones judiciales para garantizar la menor posibilidad de error y adaptar de una mejor manera la decisión judicial a la idea política del Estado democrático de derecho. Es indudable que la actividad de los órganos encargados de resolver los conflictos es un factor importante de la seguridad jurídica. Dentro de tal contexto, es fundamental la tarea de interpretación jurídica. La expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible, es indispensable para que las decisiones de los actores políticos se tomen según la lógica de las reglas y no según la lógica de la discrecionalidad. Es por tales motivos que considero arbitraria toda decisión contraria a las concesiones legales previstas en favor del órgano acusador, conculcándose de tal forma su independencia en la misión de procurar con su actuación al aseguramiento de la justicia. ■

A black and white portrait of a woman with long dark hair, smiling, wearing a dark blazer over a white collared shirt. The background is an outdoor setting with trees and a blurred car. A green horizontal bar is at the bottom of the image.

myf

262

Dra. Alejandra M. R.
Algarra

Abogada Relatora de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N°2 de Rosario

Las notificaciones electrónicas

Introducción

No resulta novedoso referir al proceso de digitalización que, en términos generales, está vivenciando la humanidad.

En ese marco y refiriendo concretamente al Poder Judicial, en el caso el santafesino, podemos ubicar al -según la Corte local- "proyecto de informatización integral... y la incorporación de nuevas tecnologías al servicio de la gestión judicial"; a la "incorporación del Sistema de Gestión Judicial 'SISFE' en reemplazo del anterior sistema informático"¹; al "proyecto general de informatización y la implantación del sistema de gestión SISFE".²

Más allá de las diferentes aristas que presenta el tema, nos enfocaremos en una muy puntual: las notificaciones electrónicas.

Notificaciones electrónicas

Nos referimos a las cédulas digitales, las cuales hacen las veces de sus equivalentes convencionales -las de soporte papel- que por regla se diligencian a través de la Oficina de Notificaciones.

Pueden tratarse tanto de las cédulas electrónicas suscrip-

tas por el funcionario del órgano jurisdiccional con firma digital o bien de las cursadas entre los propios profesionales.

En cuanto a su puesta en funcionamiento, una primera etapa comprendió las mencionadas en primer lugar -notificaciones provenientes del órgano judicial-, en cuyo caso debían ser confeccionadas en el "Sistema de Gestión de Expedientes - SISFE", suscripta con firma digital del funcionario y publicada en el "Sistema de Consulta de Expedientes on line, debiendo el expediente y la cédula estar en carácter 'PÚBLICO'".³

El "Reglamento aplicable al Sistema de Notificaciones por medios electrónicos con firma digital", aprobado por Acuerdo de la Corte de fecha 07.03.19, Acta N° 7, apartado. 11, en 18 artículos, regula lo relativo a este tipo de notificaciones.

Con posterioridad, el Alto Tribunal, por Acuerdo del 01.12.20, Acta N° 43, aprobó las "Pautas de funcionamiento aplicables a la presentación y recepción de cédulas entre profesionales matriculados desde autoconsulta online" -con 19 artículos- y autorizó la puesta en marcha de dicho sistema de notificaciones a partir del 09.12.20, para ser aplicado a todos los Juzgados y Tribunales comprendidos en esa plataforma.

Analizadas ambas disposiciones, se observa que ellas guardan muchas similitudes. Se aclara, en referencia a los artículos que se citan seguidamente, que cuando su nume-

ración no coincide, se alude primero a la reglamentación para las notificaciones electrónicas efectuadas por parte de los funcionarios y en segundo lugar a la correspondiente a las cursadas entre los profesionales del Derecho.

Así, podemos mencionar: en cuanto al ámbito de aplicación, se dispone que serán aplicables “tanto en los casos donde las notificaciones electrónicas se encuentren establecidas por la legislación vigente, como en aquellos casos donde la Corte Suprema de Justicia lo disponga mediante la acordada correspondiente” (arts. 1); las cédulas tendrán “idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales” (arts. 2); las partes y los profesionales deberán igualmente constituir el domicilio procesal y/o real conforme lo estipulado en el Código Procesal pertinente y en concordancia con lo dispuesto en los dos artículos finales (arts. 3), los cuales establecen en qué caso las notificaciones quedan exceptuadas de realizarse electrónicamente; que “Los profesionales recibirán un ‘aviso de cortesía’ informando que en el Sistema... se encuentra disponible una cédula con firma digital” (art. 6; art. 11) a cuyos fines “deberán denunciar... un correo electrónico, obligándose a comunicar cualquier cambio”; este registro deberá ser efectuado por la totalidad de los apoderados y/o patrocinantes -en caso de existir más de uno- (arts. 7 y 8; art. 12); se establece que los usuarios se comprometen a ingresar periódicamente al Sistema (art. 9; art. 13); con respecto a la

“Fecha de la notificación”, se prevé que la misma “se tendrá por cumplida el día en que la cédula firmada digitalmente... quede disponible y visible para su destinatario en el Sistema..., independientemente de que el profesional ingrese o no...” y que “Los plazos se computarán según la normativa procesal que corresponda” (art. 14; art. 9); para el caso de que la notificación deba ir acompañada de copias de algún documento o escrito y las mismas estén disponibles en el Sistema, “se considerará válida la notificación por medios electrónicos” pero si dichas copias no estuvieren disponibles, queda exceptuada la notificación electrónica (art. 15; art. 14); en cuanto al “Agregado en soporte papel” se prevé que sólo para el caso de ser necesario, el funcionario podrá imprimir una copia de la cédula electrónica, con constancia actuarial de que fue firmada digitalmente (art. 16; art. 17); se establecen las excepciones a la notificación electrónica: las notificaciones que deban realizarse exclusivamente al domicilio real conforme legislación vigente; aquellas en las que el Juez o Tribunal disponga la realización por otro medio; y aquellas causas en las que por cualquier razón se produjera el desplazamiento de la competencia a un juzgado o tribunal que no tuviere en funcionamiento el sistema de notificaciones electrónicas (art. 17; art. 18); y cuando “el Sistema no estuviere disponible debido a interrupciones momentáneas por tareas técnicas de mantenimiento, o por causas ajenas al Poder Judicial como caso fortuito, fuerza mayor o situaciones de urgencia extrema (art. 18; art. 19).

El Alto Tribunal provincial ha dictado resoluciones en las que abordó algunas aristas del tema *sub-examine*.

Conocer dichas decisiones es sumamente importante puesto que como ha dicho ese Cuerpo “Es sabido que diversos principios informan el leal seguimiento de los precedentes de esta Corte”, refiriendo a “la autoridad y el poder jurisdiccional que la Constitución de la Provincia le ha acordado... en cuanto a máximo tribunal en el orden santafesino, posición que se traduce -entre otros aspectos- en el hecho de que sus fallos han de ser lealmente seguido por los tribunales de las instancias inferiores, dicho esto más allá de la obligatoriedad que exhiba su jurisprudencia, en particular cuando se trata de cuestiones que remiten al examen de normas de derecho público local, respecto de las cuales esta Corte inviste el carácter de intérprete final”.⁴

En “Luna”, del 25.08.20⁵, el Máximo Tribunal rechazó por extemporánea la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el actor contra una resolución dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, para lo cual computó el plazo desde la notificación por cédula electrónica del auto denegatorio.

Desestimó las alegaciones del actor de “nulidad de la cédula de notificación electrónica... como su planteo de inconstitucionalidad del Reglamento de Notificaciones Elec-

trónicas” a cuyo fin se hizo eco de una Resolución del Tribunal Ad quem que rechazara ambos planteos y de la que surgía que “frente al decreto” de fecha anterior a la notificación electrónica “por el cual la Sala hizo saber a las partes... respecto de la vigencia del reglamento..., no formuló ninguna objeción pese a encontrarse debidamente notificado” e incluso “al deducir el recurso de inconstitucionalidad el profesional denunció su correo electrónico, surgiendo así evidente para la Alzada su conformidad y consentimiento en torno al sistema”.

En orden al planteo de inconstitucionalidad contra el Reglamento por entender que se configuraba una contradicción entre el sistema de notificaciones electrónicas y el artículo 24 del Código Procesal Laboral⁶, destacó lo expuesto por la Sala de que “es el mismo artículo el que prevé que ‘A pedido de parte o de oficio, el juez o tribunal podrá ordenar la notificación por medios electrónicos, telefónicos o informáticos, dejándose constancia en autos por secretaría, conforme las leyes vigentes y la reglamentación que, al efecto, dictará la Corte Suprema de Justicia de la Provincia’, por lo que no se advertía vicio alguno desde que la propia norma ritual delegó en la Corte Suprema el dictado de la correspondiente reglamentación”.

En fin, consideró que la queja había sido deducida fuera del término legal estipulado (arts. 8, ley 7055 y 365 C.P.C.C.).

En “Chizzini” -29.09.20⁷- la Corte rechazó la queja planteada por la actora por denegación del recurso de inconstitucional contra la resolución de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Santa Fe que desestimara los recursos de revocatoria y nulidad planteados contra el decreto que había tenido por operada la deserción del recurso de apelación por encontrarse vencido el término respectivo.

Entre sus fundamentos la Corte expresó que la impugnante “centra su agravio refiriendo a una supuesta ‘falta de información’ sobre el empleo de medios electrónicos, aunque sin demostrar la decisividad de la cuestión que plantea, ni referir cómo ello habría cercenado en concreto su derecho de defensa”.

Sobre el particular, destacó que “la recurrente no cuestiona la notificación en sí, tampoco niega haber recibido la comunicación digital del ‘traslado para expresar agravios’, por lo que su planteo no trasunta más que un cuestionamiento abstracto y formal” siendo que “Para más, la propia parte refiere expresamente haber tomado conocimiento del mencionado acto procesal y permanecido pasiva pues ‘esperaba la recepción de la cédula de papel’ (afirma que ‘la realidad es que sabía... que se había decretado el traslado para expresar agravios...’)”.

Agregó que si bien la impugnante refería al Acuerdo de la Corte que dispusiera la notificación electrónica con carácter obligatorio como una mera “acordada interna”, lo cierto era

que “tampoco se hace cargo de la remisión efectuada por la Cámara al Código de rito laboral (conforme ley 13840) y, en especial, al artículo 29 bis⁸”.

En definitiva -como se anticipó- desestimó la queja.

En “Driussi”, en fecha 09.03.21⁹, la Corte rechazó por extemporánea la queja deducida por la actora por denegación del recurso de inconstitucionalidad que planteara contra una resolución dictada por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, para lo cual computó el plazo desde la notificación por cédula electrónica de dicho auto denegatorio.

En igual fecha -09.03.21¹⁰- desestimó el recurso de revocatoria planteado por el Ministerio Público de la Acusación contra el decreto que ordenara el pase a la Corte para resolver el recurso extraordinario federal interpuesto por el Servicio Público Provincial de la Defensa Penal; tuvo por no contestado el traslado del mencionado recurso de revocatoria; y dispuso que pasaran los autos a fallo a los fines de resolver dicho remedio extraordinario.

Para así decidir, evaluó que en autos obraba cédula de notificación electrónica comunicando al Órgano Fiscal el decreto que disponía el traslado del recurso extraordinario federal deducido por la Defensa “en cumplimiento de lo estipulado por este Tribunal” en las Acordadas sobre notificación

electrónica. Y que esa cédula “no fue impugnada a través de recurso alguno, motivo por el cual mantiene su plena vigencia y no resulta susceptible de invalidación”.

Agregó que la sentencia de la Corte declarando procedente el recurso de inconstitucionalidad incoado por Fiscalía y -en consecuencia- anulando la resolución de segunda instancia, había sido notificada por cédula en soporte papel y remitida físicamente a la sede del Ministerio Público Fiscal, por lo cual “constituía carga indelegable de aquel Órgano efectuar el seguimiento... de la causa a través del SISFE a los fines de tomar conocimiento del eventual recurso extraordinario que pudiera deducir -como efectivamente lo hizo- el Servicio Público de la Defensa” y que dicha carga “se acentuaba aún más frente a las numerosas medidas adoptadas por esta Corte en el marco de la pandemia de COVID-19 referidas a las notificaciones electrónicas y el acceso a los expedientes a través del SISFE”.

Desestimó el planteo de la Fiscalía quien adujo que “recién en agosto del año pasado se le otorgó matrícula y contraseña para entrar al sistema” por cuanto “con anterioridad también podía cumplir con la carga de acceder al mismo y consultar el trámite... a través de la solicitud de la clave particular”.

Similar decisión adoptó en “Sticconi” -26.10.21¹¹- oportunidad en la que reprodujo argumentos de la Alzada (Sala Pri-

mera de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario) cuando -se deduce- rechazara un “recurso de nulidad” de la recurrente contra el auto denegatorio de la concesión del de inconstitucional.

Cabe destacar que los fundamentos expuestos en el sub-líte, implicarían avalar la no decisividad del aviso de cortesía que se recibiría si se constituye un domicilio electrónico.

Así, señaló vgr. que “a fin de aventar cualquier tipo de hesitación respecto a la validez del acto de comunicación, la Sala puso de resalto que aun en el supuesto de que la presentante no hubiera recibido el “aviso de cortesía” -mediante correo electrónico-, ello no constituía óbice para considerarla notificada a partir de la fecha en que la cédula electrónica quedó visible para su destinatario en el 'Sistema de Consulta de Expedientes on line', al cual 'se comprometen a ingresar periódicamente' (artículo 9 del Reglamento Aplicable al Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos con Firma Digital...)”.

Sintetizados los Reglamentos que regulan las notificaciones digitales del Poder Judicial de Santa Fe y los fallos del Alto Tribunal que se ocuparon de la temática, cabe exponer, a modo de conclusión, que el sistema de cédulas electrónicas armoniza con los tiempos actuales, en donde la digitalización se ha venido imponiendo en todos los ámbitos de la vida, incluido -como no podía ser de otro modo- el de las actuaciones judiciales.

Si bien sería factible barruntar que la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19 podría haber influido de algún modo en el desarrollo de este proceso, en rigor, el mismo ya se había iniciado con anterioridad a su advenimiento, no dependiendo -por tanto- su implementación de esa situación excepcional. Es así como la Corte en fecha 05.10.21 Acta N° 36 dispuso que “sin perjuicio de las variables que puedan suscitarse ante un posible escenario de culminación de la pandemia... o por las necesidades propias del servicio... las notificaciones electrónicas continuarán siendo obligatorias en todo el ámbito de este Poder Judicial, de conformidad con los reglamentos oportunamente aprobados”. ■

CITAS

¹ Del “considerando” del Acuerdo de fecha 07.03.19, Acta N° 7, apartado 11.

² V. Circular N° 202 de fecha 02.12.20.

³ Art. 10 del “Reglamento aplicable al Sistema de Notificaciones por medios electrónicos con firma digital”, aprobado por Acuerdo de la Corte de fecha 07.03.19, Acta N° 7, apartado 11.

⁴ A. y S. T. 306, pág. 171, de fecha 20.04.21.

⁵ A. y S. T. 300, pág. 337.

⁶ Artículo 24 Código Procesal Laboral: “Cédulas: forma y firma (...) A pedido de parte o de oficio, el juez o tribunal podrá ordenar la notificación por medios electrónicos, telefónicos o informáticos, dejándose constancia en autos por secretaria, conforme las leyes vigentes y la reglamentación que, al efecto, dictará la Corte Suprema de Justicia de la Provincia”.

⁷ A. y S. T. 301, pág. 36.

⁸ Art. 29 bis incorporado al Código Procesal Laboral por ley 13.840/19: “Expediente electrónico. Facúltese a la Corte Suprema de Justicia para reglamentar la implementación gradual del expediente electrónico, de documento electrónico, de firma electrónica, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procedimientos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Provincia, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”.

⁹ A. y S. T. 304, pág. 355.

¹⁰ “P., J. D.”, A. y S. T. 304, pág. 360.

¹¹ A. y S. T. 312, pág. 252.



myf

270

Dr. Adolfo B. J. **Prunotto**

Ex Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario

***Derechos del paciente.
Historia clínica,
consentimiento
informado***

1. Introducción

En un programa televisivo, no recordamos si de Discovery Channel, observamos, que las autoridades de Europa y los EEUU, para atender con mayor efectividad las emergencias; han dispuesto que las personas tengan una versión digital de su historia clínica, en sus teléfonos celulares o incluso un chip implantado en una determinada parte de su cuerpo, dicha información, puede ser escaneada, cuando sea necesaria.

Conversando con un médico, sobre dicho tema, me contestó, que la *Historia Clínica era propiedad del efector privado de salud en el cual trabaja*, por lo cual le respondí, que *era de mi propiedad*, consultamos Infoleg, y la legislación que luego detallaremos, nos llevó a escribir este artículo; *obvio es mencionar que nos asistía la razón*.

Legislación consultada:

- a) Ley 26.529, "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud". Sancionada: Octubre 21 de 2009. Promulgada de Hecho: Noviembre 19 de 2009.
- b) Ley 26.742, modificatoria de la anterior. Sancionada: Mayo 9 de 2012. Promulgada de Hecho: Mayo 24 de 2012.
- c) Decreto Reglamentario de las dos anteriores, N° 1089/2012, Bs. As., 5/7/2012,
- d) Resolución N° 561/2014, Ministerio de Salud, Superintendencia de Servicios de Salud; Bs. As., 26/3/2014; que impone un Modelo de Consentimiento Informado.

e) Ley 25.326; Protección de los Datos Personales; Disposiciones Generales. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones. Acción de protección de los datos personales. Sancionada: Octubre 4 de 2000. Promulgada Parcialmente: Octubre 30 de 2000.

2. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud

a) Asistencia

Este derecho fundamentalísimo, no es comprendido, por los profesionales del Servicio Público de Salud; en oportunidad de haber sufrido un grave accidente, fui llevado por una ambulancia, al Hospital de emergencias de Rosario, Dr. Clemente Álvarez, al descubrir los médicos que tenía obra social, pese a correr riesgo mi vida, rechazaron seguir atendiéndome, por lo que tuvieron que peregrinar mis familiares y la ambulancia durante dos horas por distintos efectores de salud, hasta que me aceptaron en Terapia Intensiva del hospital Italiano.

Huelga decir que además de la mala praxis profesional, incurrieron en el delito de Abandono de Persona.¹ Y no olvidemos que la Vida es un Derecho Personalísimo, irrenunciable, de primera generación, que consagra nuestra Carta magna, desde su redacción original, y las Declaración, Pactos y Convenciones de Derechos Humanos, que

integran su texto actualizado.

Conducta que debieron seguir, conforme lo que dispone la legislación pertinente;

- Brindarme atención inmediata.
- Hacer los estudios y procedimientos pertinentes.
- Internarme.
- Estabilizarme.
- Contactar con mi Obra Social.
- Conseguir cama en otro Efecto de Salud, a fin de disponer mi derivación **sólo cuando hubiera desaparecido el riesgo de vida o de agravamiento de las condiciones de salud.**
- Derivarme.
- Presentar la cuenta por los servicios brindados a mi Obra Social.

No olvidemos, que el Sistema Público de Salud, se sostiene con los impuestos que pagamos, por lo que tenemos perfecto derecho a su uso todos los ciudadanos en caso de una **Emergencia**. Lo que no parecen comprender los burócratas municipales, que son los verdaderos responsables ideológicos de esas conductas delictuales de los médicos, con las instrucciones que les dan.

b) Trato digno y respetuoso

Claramente, dispone la ley que *“el paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera*

sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes”; la negrita nos pertenece.

El lenguaje del profesional de la salud interviniente, debe ser tal, que permita a un lego entender lo que dice, ya que es indispensable este entendimiento, **para que brinde su consentimiento debida y claramente informado.**

c) Intimidad

La intimidad y su resguardo es lo que permite al paciente expresarse libremente sobre su padecimiento, ante el profesional de la salud, de allí su trascendencia, este derecho va de la mano, con el que referiremos a continuación.

d) Confidencialidad

El paciente y por ende sus familiares; tienen derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada **por resolución debidamente fundada** de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente.

e) Autonomía de la Voluntad

Regula el legislador un derecho personalísimo, como por ejemplo donar sus órganos, o bien cremar sus restos.

La aplicación “Mi Argentina” de la Presidencia de la Nación; prevé entre otras cosas la expresión de voluntad de donar o no órganos.

El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

En el marco de esta potestad, *el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado.*

También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012).

f) Información Sanitaria

El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información.

La información debe ser completa, detallada y en un lenguaje que el paciente, sea cual fuere su desarrollo intelectual pueda comprenderla cabalmente, es decir un lenguaje sencillo, recurriendo incluso a dibujos, videos etc.

Lo que a un profesional de la salud le puede resultar fácil comprender, a un Físico Nuclear, puede resultarle confuso o inentendible.

En el artículo 3° la ley la define "A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, **de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente**, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos". La negrita nos pertenece.

g) Interconsulta médica

El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud; es lo que se conoce como buscar una segunda opinión; mal puede hacerse si, no se le entrega una **copia completa de su Historia Clínica.**

3. Consentimiento informado

Está definido en el artículo 5° de la ley, entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo

de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Esto guarda directa relación, con lo explicado *ut-supra*, a lo que nos remitimos *brevitatis causae*.

El Artículo 6°; al regular la obligatoriedad, dispone: “*Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario*”.

4. Forma de cumplimentar con el consentimiento informado

Artículo 7° — Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito:

- a) Internación;
- b) Intervención quirúrgica;
- c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos;

- d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley;
- e) Revocación.
- f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto. (Inciso incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/201.

5. Debemos conjugar lo normado en la ley que nos ocupa, con el Código Civil y Comercial y el Código Penal.

Es trascendente, compaginar la ley, con la reforma posterior que ha unificado los códigos civil y comercial; regula el artículo 9° ***“Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:***

- a) *Cuando mediare grave peligro para la salud pública;*
 - b) *Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo”.*
- La negrita nos pertenece.

En los supuestos de:

- a) Imposibilidad de prestar el consentimiento;

- b) grave peligro para la salud pública

Rigen las disposiciones del Código Penal, contenidas en el artículo 34.

6. Historia Clínica²

Incluimos el concepto, para que tanto a los legos, como a los profesionales de la medicina, nos quede claro a que nos estamos refiriendo.

Artículo 12. — *Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.*

Artículo 13. — *Historia clínica informatizada. El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.*

La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que ten-

drán a su cargo la guarda de la misma.

Este fue uno de los temas principales, que nos decidieron a escribir este artículo; como ya adelantáramos en la Introducción, nos asiste la razón en cuanto a quien es el verdadero propietario de la Historia Clínica.

El Artículo 14, que transcribimos a continuación, no ofrece ninguna duda, ni posibilidad de otra interpretación; **“Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia.**

Lo reafirma el decreto reglamentario³; Artículo 14.- **“Titularidad. El paciente como titular de los datos contenidos en la historia clínica tiene derecho a que a su simple requerimiento se le suministre una copia autenticada por el director del establecimiento que la emite o por la persona que éste designe para ese fin dentro del plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas. Los efectores de salud deberán arbitrar los recaudos para procurar entregar la historia clínica de inmediato, cuando el paciente que la requiera se encontrare en proceso de atención, o en situaciones de urgencia o gravedad, donde corre peligro su vida o su integridad física, hecho que será acreditado presentando certificado del médico tratante.**

A los fines de cumplimentar esta obligación las instituciones de salud deberán prever un formulario de solicitud de copia

de la historia clínica, donde se consignen todos los datos que dispone el paciente para su individualización, el motivo del pedido y su urgencia.

En todos los casos el plazo empezará a computarse a partir de la presentación de la solicitud por parte del paciente o personas legitimadas para ello.

Exceptuando los casos de inmediatez previstos en la segunda parte del primer párrafo de este artículo, y ante una imposibilidad debidamente fundada, los directivos de los establecimientos asistenciales o quienes ellos designen para tal fin, podrán entregar al paciente una epicrisis de alta o resumen de historia clínica, y solicitarle una prórroga para entregar la copia de la historia clínica completa, que no podrá extenderse más allá de los DIEZ (10) días corridos de su solicitud, conforme lo previsto por la Ley N° 25.326.

El derecho de acceso a qué se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos de SEIS (6) meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto, y en un número limitado de copias, por lo cual, si existieren más de tres solicitudes, podrá establecerse que se extiendan con cargo al paciente el resto de ejemplares.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales o personas comprendidas en los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, con los alcances y límites fijados en la misma.

En cualquier caso el acceso de terceros a la historia clínica motivado en riesgos a la salud pública se circunscribirá a los datos pertinentes, y en ningún caso se facilitará información que afecte la intimidad del fallecido, ni que perjudique a terceros, o cuando exista una prohibición expresa del paciente". La negrita nos pertenece.

También debemos resaltar que debe ser entregada en forma gratuita y completa, cada Seis meses; y que paciente puede elegir que sea en soporte papel o en soporte informático, que pueda ser cargada a una computadora y a un celular.

Contenido

Esta regulado por La Organización Mundial de la Salud⁴, a la que se refiere el Decreto Reglamentario, en su Artículo 15.- *"Asientos. En la historia clínica deberán constar fehacientemente, además de lo exigido por la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, el nombre y apellido del paciente, su número de documento nacional de identidad, pasaporte o cédula, su sexo, su edad, su teléfono, dirección y aquellos antecedentes sociales, y/u otros que se consideren importantes para su tratamiento.*

Todas las actuaciones de los profesionales y auxiliares de la salud deberán contener la fecha y la hora de la actuación, que deberá ser asentada inmediatamente a que la misma se hubiera realizado. Todos los asientos serán incorporados en letra

clara y con una redacción comprensible. Con esa finalidad, la Historia Clínica no deberá tener tachaduras, ni se podrá escribir sobre lo ya escrito. No se podrá borrar y escribir sobre lo quitado. Se debe evitar dejar espacios en blanco y ante una equivocación deberá escribirse "ERROR" y hacer la aclaración pertinente en el espacio subsiguiente. No se deberá incluir texto interlineado. Se debe evitar la utilización de abreviaturas y, en su caso, aclarar el significado de las empleadas.

Los asientos que correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del artículo que se reglamenta deberán confeccionarse sobre la base de nomenclaturas CIE 10 de la ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) o las que en el futuro determine la autoridad de aplicación"⁵. La negrita nos pertenece-

7. Conclusiones

Este tipo de temas tiene una gran importancia para la población en general, por ellos aplaudimos la página oficial, que desarrolla estos aspectos, <https://www.argentina.gob.ar/justiciacerca/historia-clinica>.

Creemos que debería complementarse, con talleres y charlas, en:

- a) Escuelas Primarias.
- b) Escuelas Secundarias.
- c) Universidades, debiendo introducirse una materia obliga-

toria, en aquellas relacionadas con la salud de las personas.

d) Hospitales, Sanatorios, Dispensarios.

e) Vecinales.

f) Sindicatos.

g) Obras sociales.

h) Asociaciones profesionales.

i) Congresos a los que asistan profesionales de la salud.

j) Centros de día.

k) Geriátricos Públicos y Privados.

Esperamos haber contribuido al esclarecimiento y difusión, de estos temas. ■

CITAS

¹ Abandono de personas Artículo 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión. (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

² <https://www.argentina.gob.ar/justiciacerca/historia-clinica>

En esta página oficial, están contenidas, las definiciones y reglas

que rigen el tema que nos ocupa.

³ Decreto 1089/2012. Apruébese la reglamentación de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742. Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

⁴ La Organización Mundial de la Salud (OMS) en español, es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestiones políticas de prevención, promoción e intervención a nivel mundial en la salud, definida en su Constitución como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. Inicialmente fue organizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que impulsó la redacción de los primeros estatutos de la OMS. La primera reunión de esta organización tuvo lugar en Ginebra (Suiza) en 1948. Los 195 Estados miembros de la OMS gobiernan el ente por medio de la Asamblea Mundial de la Salud, que está compuesta por los representantes de cada uno de estos países. En 2009, la institución fue galardonada con el Premio Príncipe de Asturias de Cooperación Internacional.

⁵ La CIE-10 es el acrónimo de la Clasificación internacional de enfermedades, 10.^a edición correspondiente a la versión en español de la versión en inglés ICD, siglas de International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems y determina la clasificación y codificación de las enfermedades y una amplia variedad de signos, síntomas, hallazgos anormales, denuncias, circunstancias sociales y causas externas de daños y/o enfermedad. El 18 de junio de 2018, la Organización Mundial de la Salud publicó la nueva edición de su manual de enfermedades. Esta edición (CIE-11) entrará en vigor en 2022 para sustituir a la vigente desde 1990



myf

280

SECRETARIOS



myf

281



Dra. Agustina Filippini

Secretaria del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 12ª Nominación de Rosario

La imagen del Juez, en su despacho, redactando una sentencia con un expediente de numerosos cuerpos extendidos en el escritorio se desmorona - en mi humilde opinión- por suerte, gracias a la aplicación a los procesos de conocimiento del conocido como "Plan Piloto de Oralidad".

Mucho se ha escrito en la bibliografía jurídica acerca de los beneficios que trae al proceso la herramienta de la oralidad no siendo yo quien vaya a aportar alguna idea novedosa al respecto con este breve comentario.

Simplemente, a través del presente, intentaré expresar mi vivencia personal como Secretaria de un Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial, hace ya varios años (mejor no detallaremos cuántos), los cuales me permiten efectuar una comparación entre el antes y después de este plan en el trámite de un expediente hasta obtener sentencia.

Antes de comenzar con el detalle, vamos a poner en contexto a quienes no conocen el tema.

El 29 de noviembre de 2017 entre la Corte Suprema de Justicia de nuestra provincia, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Gobierno de Santa Fe, se celebró un convenio ("Convenio de Asistencia y Cooperación

Técnica Recíproca") dentro del marco del Programa Justicia 2020, cuyo fin perseguía la idea de lograr acercar la justicia a la comunidad haciéndola más transparente y accesible logrando la justicia del caso en tiempos más reducidos.¹

El día 5 de diciembre de 2017, como consecuencia del convenio de mención, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe dictó la Acordada 48/2017. En la misma, expresamente se consigna que "...uno de los ejes del trabajo del Programa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación es avanzar en la Oralidad efectiva en Proceso de Conocimiento, a través del control efectivo de la duración del período de prueba, aumentar la calidad de las decisiones jurisdiccionales mediante la inmediatez del juez y concentración de la prueba en audiencias orales; y aumentar la satisfacción de los usuarios del sistema de justicia civil".

Este plan piloto de oralidad comenzó a regir el 9/4/2018² en los Juzgados de Distrito y Circuito de los Distritos Judiciales 1 y 2 de nuestra provincia, aplicable a las causas de conocimiento cuya traba de Litis se encontrara trabada al día de mención³. Luego, se amplió a los Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual de Rosario y Santa Fe⁴.

A pesar de cierta resistencia -como suele ocurrir cada vez

El “plan piloto de oralidad” como cambio de paradigma

que mueven ciertas estructuras (máxime cuando la propuesta implicaba modificar las prácticas procesales sin haberse modificado la legislación sino simplemente efectuando un replanteo de las vigentes)-, el proyecto fue recibido con expectativa atento al consenso generalizado de la necesidad de un cambio.

A los fines prácticos y como guía a los operadores del mencionado Plan, se elaboró un “Protocolo de Actuación” orientado a compatibilizar la normativa vigente a los objetivos planteados por el “Plan Piloto de Oralidad” sin modificaciones legislativas sino solo en base a replanteamientos de conductas que ya previstos en la normativa actual de aplicación a todos los procesos de conocimiento que se abra a prueba en los juzgados que fueron acogidos al plan.⁵

Como afirma Gabriel Abad, “...no se intenta ir por un proceso que se desarrolle exclusivamente en forma oral, sino a lo que se denomina un “proceso por audiencias”, el cual conserva la parte escritural en relación a la postulación y defensa, pero que intenta concentrar en audiencias orales presididas por el juzgador la totalidad de los medios probatorios a producir en el proceso”.⁶

Veamos qué dice, en líneas generales, este Protocolo.

El mismo establece que hasta la apertura de causa a prueba (o proveído de prueba en los procesos sumarísimos), continúa sin modificaciones el trámite del expediente por escrito con una sola salvedad: se sugiere que se avise en el primer decreto que al expediente en cuestión se le aplicará el Plan Piloto de Oralidad. Ello, ya que es una incorporación novedosa que no se encuentra en código de rito (al menos aún)⁷, por lo cual todos los intervinientes deben conocer las reglas con las que se operará en la causa.⁸

Una vez que se encuentre trabada la litis, se fija la **primer audiencia** llamada “de conciliación y proveído de pruebas” (si el procedimiento es ordinario o sumario se provee la apertura de causa a prueba conjuntamente). Ello, dentro de un plazo de entre 30 días o 40 corridos. En los juicios sumarísimos, se prescinde de la apertura y se convoca directamente a la audiencia dentro de los 15 días corridos (recordemos que ya se encuentra ofrecida la prueba). Estas providencias se notifica de oficio por el Juzgado.⁹

Una vez ya en la audiencia fijada, con las partes y profesionales intervinientes, el juez debe intentar previamente una conciliación (art. 19 y 21 del CPCC). En este punto, se deberá aclarar que todo lo que allí se converse, en dicha instancia precisa, es confidencial. Si el juez, además es mediador,

puede utilizar dichas técnicas para colaborar a que las partes arriben a un acuerdo.¹⁰

De no haber conciliación alguna, se pasa a proveer las pruebas, previa puesta en claro cuáles son los puntos controvertidos. Para ello, es sumamente conveniente que tanto el actuario, prosecretario o empleado que confeccione el acta que corresponda como el magistrado estén adentrados en el expediente, lo conozcan, sepan cuáles son los puntos en conflicto así como lo relativo a las pruebas ofrecidas por las partes (art. 145 CPCC). Ello, a fin de que introduzca las preguntas precisas que ayuden a que tenga éxito la conciliación acerca de los medios probatorios que se decretarán. **Es también un punto de conciliación ver qué pruebas serán las que se proveerán que ayuda a acortar tiempos**, a no repetir diligencias, a evitar ciertas pruebas superflua o innecesaria. Es decir, es importante que se efectúe un verdadero intercambio de ideas entre las partes y con el magistrado tratando este último de que las partes concilien cuáles pruebas resultan ser las conducentes para lo que cada parte pretende acreditar comprometiéndose a desistir de la que sea reiterativa o redundante, todo ello sin incurrir en prejuiciamiento. A título de ejemplo, en los juicios que se ofrece reconocimiento de documental para que se reconozca la póliza de seguros de la demandada, los apoderados de

la parte demandada no la niegan o reconocen directamente evitándose el proveído de reconocimiento de esa prueba. Lo mismo ocurre con ciertos oficios: muchas veces ambas partes ofrecen las mismas informativas (MPA, Registro de la Propiedad, etc) poniéndose de acuerdo quién las diligenciará evitando el doble libramiento de oficios hacia el mismo destinatario con lo que ello implica (tiempos, cantidad de hojas en el expediente, escritos con cargos, decretos, expediente en trámite interno dos veces por lo mismo).

En ese mismo plan de trabajo que surge al proveer la prueba en esta primera audiencia, es importante que el juez detalle qué prueba queda en cabeza de las partes impulsar y cuál a cargo del juzgado de modo de evitar malos entendidos así como para que toda la prueba se encuentre agregada a autos para la segunda audiencia.

Según el protocolo de gestión, la prueba que queda en cabeza del juzgado es la de las pericias. Este punto, en mi opinión, es uno de los puntos neurálgicos del cambio en materia de tiempos en el trámite de los expedientes. Personalmente, es algo que me llamaba la atención con anterioridad al surgimiento de este Plan, la cantidad de tiempo que se demoraban los expedientes cuyas pruebas poseían pericias. Con esto no quiero decir que los únicos respon-

sables de aquella situación hayan sido los peritos. Sin embargo, creo que bajo la vigencia plena del principio dispositivo propio de los procesos civiles, entre profesionales y peritos convertían los tiempos en períodos de tiempo que excedían notablemente los estipulados por la normativa vigente. Con el paso del control de este punto al juzgado, si el mismo lo cumple rigurosamente tal como lo estipula el protocolo, la diferencia es notable. Es conveniente en este punto que quien se encargue del seguimiento de pericias (empleado o Secretario), lleve su agenda para poder controlar que se cumpla con las tareas que sean necesarias para que la pericia pueda efectuarse en tiempo y forma y sea presentada con anterioridad (un mes antes) al día de la audiencia de producción. Así, los letrados deberán prestar la debida colaboración ante pedidos de documental, estudios médicos que pueda ir requiriendo el perito para efectuar su labor. En mi experiencia personal, ni bien sale sorteado el perito (sorteo que se efectúa durante la primera audiencia y en presencia de las partes y profesionales ya quedando notificados en ese acto del nombramiento), me comunico con el perito sorteado, le paso datos del expediente –previa vinculación al Sisfe- y combino día y hora (en el día o al día siguiente) para aceptación de cargo, la que la hago por videollamada dejando constancia con Acta en el expediente¹¹. Me exhibe el DNI por este medio, me brinda los demás

datos y en esa charla le explico en qué consistirá su tarea y los tiempos a los cuales debe ceñirse sin excepción consignándose la fecha límite de presentación incluso en el Acta y ya notificándolo para que concurra a la audiencia de producción de prueba.¹² Luego, también queda en cabeza de la Secretaria, Prosecretaria o empleado designado a tal fin según la distribución de cada juzgado, el seguimiento de la labor pericial. En este punto es interesante las prácticas den materia de prueba pericial volcadas en el debate en línea en www.justicia2020.gob.ar, donde se proponen sistema de “alertas” adoptado por Juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 7 de Morón que consiste en lo siguiente: a los 10 días de la audiencia para corroborar que efectivamente acepta el cargo; a los 30 de la audiencia para corroborar que fijó fecha de pericia y 30 días antes de la audiencia para corroborar que haya presentado la pericia. Esto permite intimar en caso de que no se haya cumplido.¹³

Con respecto a las periciales, más allá de mi impresión personal según lo que se vive día a día en el Juzgado respecto a los mismos, Martín Salvador Alfandari, expresa que “La producción de la prueba pericial en el proceso civil puede generar grandes demoras, siendo uno de los principales motivos por los cuales los juicios de conocimiento (típicamente daños y perjuicios) tienen una larga duración; esto

provoca la insatisfacción de la sociedad con la justicia civil que ve estos procesos como “interminables” (...) Esa problemática tiene dos notas comunes: una relacionada con la escasa cantidad de peritos inscriptos en las listas oficiales (...) La otra problemática está relacionada a la labor del perito: en muchos casos no aceptan el cargo y debe buscarse otro, además de la percepción de que quienes aceptan el cargo cumplen tardíamente con su labor.”¹⁴

Es imprescindible que todos los operadores que intervenimos en las causas nos comprometamos con el desenvolvimiento más eficaz posible en la gestión del expediente. Ello, debería ser un compromiso con cada una de las casas que pasan por nuestras manos, sin dudas. Es sólo que con la aplicación del Plan Piloto de Oralidad, en otras palabras, con el cara a cara, se hacen visibles algunas cuestiones que en la sistema escriturario puro pasaban desapercibidos.¹⁵

Con respecto a las testimoniales y confesional, es importante que se remarque que son los profesionales los que deben notificar con la antelación suficiente para que se pueda corroborar que se encuentran bien notificados previo a la segunda audiencia.

En lo referido a la informativa, también queda a cargo de las

partes así aclarándose en el Acta. Es práctica recomendable que las reparticiones que aceptan los oficios con firma del profesional así se haga remitiéndose la respuesta directamente al mail del juzgado (art. 25 del CPCC). De lo contrario, se ingresa el oficio a la firma. En ambos casos, de no obtener respuesta en tiempo y forma, pueden los letrados que se a través del juzgado se intime al cumplimiento de los mismos.

Por último, acuerdan las partes y el juez, si alegarán in voce o por escrito según las particularidades de la causa (se deja constancia en el proveído de pruebas).

Ya en esta primera audiencia se fija la segunda audiencia en el plazo máximo de 120 días quedando notificados todos los presentes en dicho acto.

Es fundamental que la agenda de las audiencias las maneje el juzgado no pudiendo diferirlas o suspenderlas bajo ninguna circunstancia (salvo fuerza mayor acreditable). Esto mismo es conveniente aclararlo en el primer decreto de trámite a los efectos de que las partes estén avisadas de cómo se procederá. Ello permite que cuando, en algunas oportunidades, concurre algún profesional peticionando el cambio de fecha por diversos motivos, puede insistirse en lo ya avisado en autos pudiendo los profesionales sustituir,

por ejemplo, poder si es necesario.

En la segunda audiencia, o audiencia de producción, es donde se da la verdadera inmediatez del juez con la producción de pruebas. Para este día es esencial ya contar con toda la prueba que no deba producirse in situ el día de la audiencia (por ejemplo, la pericial).¹⁶

Al igual que la primera audiencia, el juez debe invitar –en una primera etapa– a una primera fase de conciliación donde no se filma siendo que es confidencial.

De no llegar a un acuerdo, comenzará la audiencia la cual es videograbada.¹⁷

Se produce la confesional, testimonial, pedido de explicaciones al perito, se agregan informes y se establece cómo se desarrollará si queda prueba faltante (por ejemplo, oficios que no han llegado) o se decreta su desistimiento.

Finalmente, depende el trámite de la causa, en los casos de los juicios ordinarios o sumarios, se clausurará el período probatorio en dicha acta, y se pasan los autos para alegar. Si se fijó que los mismos serían in voce, se alega en dicho momento. De lo contrario, se otorgará plazo para ale-

gar (preferentemente común ya que no hace falta retiro de expediente atento a estar todo digitalizado). En el caso de los procesos sumarísimos, se alega sin más trámite siendo compatible con lo normado por el art. 413 CPCC.

Es en este punto donde podemos hablar de efectiva concentración de la prueba. Es notable como se pasó de innumerables audiencias donde las partes iban posponiendo las fechas lo que implicaba numerosos escritos, traslados, notificaciones a un solo momento concentrado, ahorrándose enorme cantidad de tiempo. Y, no es menor, la inmediatez, pasando de un juez que leía actas y alegatos a uno que los vive en vivo y en directo, incluso quedando grabado, pudiendo analizar el discurso gestual, el modo de efectuar respuestas, entre otras cosas. Se acortan plazos todos reunidos, ahora, en un solo acto y se vivencia la producción de pruebas en directo sin intermediarios ni escribientes de actas.

Héctor M. Chayer y Martín Salvador Alfandari, en el artículo “Resultados del proyecto de generalización de oralidad civil a nivel nacional”¹⁸, refiriéndose específicamente a la oralidad en nuestra provincia durante un período de recorte¹⁹, expresaron que 49 jueces de la provincia (34 juzgados unipersonales y 15 tribunales colegiados) aplican a la fecha

de mención el plan, pudiéndose ya notar con un año de andamiaje resultados positivos, a saber: "...se terminaron 457 juicios, destacándose que 301 (65,9%) fueron resueltos por acuerdo; el 45% de las audiencias de producción de prueba son realizadas en menos de 3 meses desde la celebración de la audiencia de proveído y el 68% en menos de 4 meses; ya se celebraron 1662 audiencias con presencia efectiva del juez. Se concretaron el 96% de las audiencias de proveído de prueba convocadas, y el 95% de las audiencias de producción de prueba convocadas, el juicio se concilió en el 10% de las audiencias de proveído de prueba celebradas y el 9% de las audiencias de producción de prueba celebradas, el 93% de los usuarios encuestados respondió que estaba satisfecho con la duración del proceso; más del 99% de los usuarios encuestados respondió que estaba satisfecho con el trato recibido en la audiencias".²⁰

A su vez, en las últimas estadísticas efectuadas por el personal encargado de realizar el seguimiento del Plan Piloto de Oralidad,²¹ se pueden cotejar los siguientes datos que reflejan los resultados del plan en cuestión en nuestra ciudad en lo relativo a conciliaciones:

. Juzgados de Distrito en lo Civil y Comercial de Rosario: 401 audiencias de proveído de prueba con 8,48% de tasa de con-

ciliación en las mismas y 318 audiencias de producción de prueba con un 9,12% de tasa de conciliación.

. Juzgados de Circuito en lo Civil y Comercial de Rosario: 384 audiencias de proveído de prueba con una tasa de conciliación del 13,28% y 222 audiencias de producción de prueba con una tasa conciliatoria del 27,48%.

. Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual de Rosario: 935 audiencias de proveído de prueba con una tasa de conciliación del 18,72% y 185 audiencias de producción de pruebas con un 46,49% de tasa de conciliación.

En este sentido, las estadísticas confirman que el cambio de paradigma funciona. No sólo con conciliaciones²², sino también en tiempos y en efectividad de todos los intervinientes.

Los autores de mención Chayer y Alfandari son categóricos: "La mediana de duración de los procesos con trámite oral finalizados entre el 9/4/2018 y 31/3/2019 fue un poco más de un año"²³, cuando todos los que tenemos unos años de servicio judicial sabemos que ello no ocurría.

A mi modo de ver, y a modo de síntesis, el éxito en la apli-

cación de este Protocolo reposa en el cumplimiento lo más riguroso posible en los siguientes puntos:

- la fijación de las dos audiencias dentro de los plazos señalados por el protocolo con fechas no sujetas a cambio alguno;
- en cada una de las audiencias resulta imprescindible que el juez le dedique cierto tiempo a que las partes puedan arribar a una conciliación;
- de no conciliar y pasar a proveer las pruebas, es trascendental que el magistrado participe activamente guiando este proveído para lo cual es recomendable el estudio y armado de un borrador previo con los puntos cruciales a debatir a los efectos de evitar proveer pruebas repetitivas o redundantes que no hacen más que abultar el proceso física y temporalmente;
- si se ha proveído pericial, es imprescindible que el juzgado impulse todo el procedimiento que los concierne. Esto es: efectuar el sorteo vía Presidencia de Cámara, llamado al perito para aceptar cargo, explicación del plan piloto de oralidad y de la importancia del respeto por la fecha de presentación de la pericia, así como luego, durante el procedimiento efectuar el seguimiento de que efectivamente sea presentada en tiempo y forma a los efectos de que el día de la audiencia de producción ya las partes o el juez hayan po-

dido plantear en el expediente las aclaraciones pertinentes; -preparar previamente el expediente, el acta y tener estudiado el expediente para la audiencia de producción de pruebas.

El célebre pensador romano Séneca expresó que “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”, frase que trascendió dentro del léxico jurídico popular para convertirse en la hoy conocida frase “justicia que tarda no es justicia”.

A ello le agregaría, que además de en tiempos se ganó en calidad en la prestación de un servicio de justicia más humano, real y cercano a la comunidad. Las partes conocen al Juez que le resolverá el conflicto en la primera audiencia volviéndolo a ver en la segunda audiencia. No sólo lo ven físicamente sino que pueden corroborar que responsable de resolver su conflicto conoce el “caso”. Ello, sin dudas, acorta la brecha entre la imagen de justicia que sabemos tiene la sociedad y lo que en verdad es. El Plan Piloto, en este sentido, constituye una herramienta que intenta desterrar esa imagen demostrando que nuestra labor no es más que un servicio para ellos, para la comunidad. En definitiva, el “Plan Piloto de oralidad” más que un plan, es un verdadero cambio de paradigma. ■

CITAS

¹ Al 1 de enero de 2019 eran las siguientes provincias quienes se encuentran adheridas al Plan Piloto de Oralidad: Buenos Aires, San Luis, Formosa, Mendoza, Santa Fe, Entre Ríos, la nacional, Tucumán, Santiago del Estero, Chaco, San Juan y Tierra del Fuego. Chubut se incorporó el 1/3/2019.

² Acta N° 8, 13/3/2018, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

³ Acta N° 10, 27/3/2018, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

⁴ Acta N° 7, 7/3/2019, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

⁵ Conforme expresamente se cita en la revista de “Oralidad civil efectiva en Argentina”, Ediciones SAIJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo 2019, pag. 339, dicho documento fue elaborado por Juan Pablo Cifré y Juan José Bentolilla, más de 30 jueces de la provincia de Santa Fe y los miembros del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en noviembre de 2017.

⁶ GABRIEL ABAD, “La oralidad 48/2017: Oralidad civil en Santa Fe”, “Oralidad civil efectiva en Argentina”, Ediciones SAIJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo 2019, pag. 122.

⁷ Se encuentra previsto en los anteproyectos de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

⁸ De hecho, existen planteos de revocatoria contra la aplicación del plan piloto. Para citar algunos: Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala II, Mercedes, Buenos Aires “Alzuela Gerardo c Transportes La Perla SA s/ daños y perjuicios”, 5/2017, Libro S-77; Cámara Apelaciones en lo civil y comercial Sala I Formosa, “Reinoso Miguel Eduardo c/ Volkswagen SA s/ juicio ordinario” 10/5/2018, Tomo 2018 N 18756, citados en la revista “Oralidad civil efectiva en Argentina” de mención, pag. 265 y 271 y siguientes. En ambos se resolvió en favor de la aplicación del plan.

⁹ Capítulo aparte merecería el avance que se ha efectuado en cuanto a tiempos y costos, con la cédula digital.

¹⁰ Esta audiencia es en el despacho del juez según el protocolo, habiéndose luego autorizado a realizarse por vía no presencial atento al avenimiento de la Pandemia.

¹¹ Dicha práctica ha quedado como herencia de la Pandemia y ha resultado sumamente satisfactoria atento a lo práctico que resulta. El mismo protocolo permite la utilización de whatsapp, llamadas, etc.

¹² Sería recomendable que tanto en el sorteo de Presidencia (que tiene la base de datos de los formularios de inscripción de la Corte), como las ba-

ses de datos que provienen de los distintos colegios, vengan ya el email cargado así como vienen otros datos. Ya que insume una pérdida de tiempo el cargado de los mismos además del posible error en dicha carga.

¹³ Citado por MARTÍN SALVADOR ALFANDARI en el artículo “*Herramientas para la producción pericial en tiempo oportuno*”, Revista “Oralidad civil efectiva en Argentina”, Ediciones SAIJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo 2019, pag. 144.

¹⁴ MARTÍN SALVADOR ALFANDARI, “*Herramientas para la producción de la prueba pericial en tiempo oportuno*”, Revista “Oralidad civil efectiva en Argentina”, Ediciones SAIJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo 2019, pag. 136.

¹⁵ Otra sugerencia sería que el Plan Piloto de Oralidad sea explicado en los distintos colegios profesionales para que los peritos sepan cómo se ha modificado el modo de hacer su trabajo ya que es frecuente encontrar ciertas resistencias de parte de los mismos que dificulta la tarea cotidiana en cuanto a tiempos, al compromiso de modo personal de confección de la pericia y en el trato con el juez, el deber de concurrir a la audiencia de producción de prueba.

¹⁶ Esta segunda audiencia se desarrolla en la Sala de Audiencias de Oralidad, las cuales han sido específicamente preparadas a tales fines y cuentan con la tecnología necesaria para llevar adelante las audien-

cias grabando las mismas.

¹⁷ Tanto las partes como el Juez pueden solicitar una copia siendo ello muy útil para efectuar los alegatos.

¹⁸ HÉCTOR M. CHAYER Y MARTÍN SALVADOR ALFANDARI, “*Resultados del proyecto de generalización de la oralidad civil a nivel nacional*”, Publicado en la Revista “Oralidad civil efectiva en Argentina”, Ediciones SAIJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo 2019, pags. 193/255

¹⁹ Período del 9/4/2018 a 31/3/2019.

²⁰ HÉCTOR M. CHAYER Y MARTÍN SALVADOR ALFANDARI, *artículo de mención*, página 220.

²¹ Período analizado del 1 de enero hasta el 30 de junio del año 2022, recibida por mail al Juzgado. Información recibida por email al correo electrónico del Juzgado enviado por la oficina de recursos humanos de nuestra Corte Suprema con firma de Luis Carnivale (encargado de estadísticas).

²² Las cuales, con anterioridad, sólo quedaban en cabeza del magistrado que utilizaba la herramienta de la audiencia del art. 19 del CPCC.

²³ HÉCTOR M. CHAYER Y MARTÍN SALVADOR ALFANDARI, *artículo de mención*, página 221.

Dr. Arturo Audano

*Secretario del Juzgado de Primera Instancia
de Distrito en lo Civil y Comercial
de la 1ª Nominación de Rosario*



El estado actual del SISFE es el resultado de una evolución que se inició hace una década y se aceleró en tiempos de pandemia. Sin embargo, su utilidad para trabajar con expedientes exclusivamente digitales todavía se halla limitada por algunas carencias en su funcionalidad. Se proponen aquí algunas ideas netamente prácticas que quizá puedan servir como punto de partida para debatir acerca de la revisión del sistema, con el fin de volverlo más amigable para el operador judicial.

1. Presentación

Desde su incorporación a nuestra rutina laboral en el ya lejano 2014, el sistema informático con el cual trabajamos, el viejo IURIX, rebautizado SISFE, ha sido objeto de una evolución por momentos paulatina y por momentos repentina gracias a la cual se ha transformado en un protagonista indiscutible del trabajo judicial santafesino.

Mucho se ha avanzado en lo que respecta a los actos procesales que realizamos a través del SISFE (notificaciones electrónicas, dictado de decretos, ingreso de cargos) y mucho se ha logrado desde el punto de vista técnico. Así, hoy -habiendo transitado un recorrido algo tortuoso en los dos años que duró la pandemia- podemos decir que contamos con una herramienta de trabajo suficientemente estable.

Este reconocimiento no quita que todavía quede mucho camino por andar, en la medida que el SISFE todavía puede ser mejorado en numerosos aspectos, algo que es común a todos los programas informáticos. Tanto en lo que hace a la incorporación de nuevas funcionalidades, como en lo relativo a la mejora de las ya existentes.

Desde estas líneas, entonces, se propone hacer una contribución aportando algunas ideas que se estiman relevantes para el progreso del sistema, apuntando siempre hacia el trabajo con expedientes digitales.

Como aclaración inicial, en este breve texto se dejan intencionalmente de lado las críticas vinculadas con la lentitud y las caídas del sistema. Es que si bien no se desconoce ni se niega que allí hay reiterados inconvenientes, se entiende que la solución se vincula con la falta de infraestructura y ello puede relacionarse con la realidad presupuestaria, por lo que poco puede aportarse desde aquí a esa problemática.

2. El expediente digital y el expediente SISFE

En la actualidad resulta prácticamente ineludible que la labor jurídica, como todo el trabajo intelectual en general, se

SISFE: ¿expediente digital?

Dilemas y propuestas

desarrolle cada vez más con elementos digitalizados.

Es que la revolución tecnológica que el mundo ha experimentado en los últimos 40 años, y los avances en herramientas informáticas que con ella se han incorporado, provocan que la idea de seguir trabajando indefinidamente con el expediente papel suene anacrónica, y es probable que pocos de nosotros tengamos esa intención para lo futuro.

Esto además participa de una tendencia a nivel internacional y también nacional que se hace eco de la nueva forma de trabajar en la oficina judicial¹, en la cual se apunta hacia la digitalización de los trámites. Tendencia que, por lo demás, puede notarse con solo mirar a nuestro alrededor, pues está presente en todos los ámbitos de gobierno y en todas las relaciones del ciudadano con el Estado.

No podemos dejar de reconocer en este sentido que, en el campo judicial, los tiempos en que nos toca trabajar presentan como características la mayor complejidad en las causas, un crecimiento en el índice de litigiosidad (que no viene acompañado de un aumento proporcional de las estructuras), y una mayor exigencia de la comunidad respecto de la calidad de la respuesta de los tribunales. Esto último se debe tanto al mayor acceso a la

información como a la existencia de estándares jurídicos supranacionales, todo lo cual ha redefinido a la “tutela judicial efectiva”². Ninguna mejora en esta área puede alcanzarse si no es a través del empleo de herramientas de gestión más adecuadas, entre las cuales se destaca el expediente digital³.

En este contexto, actualmente resulta inexorable el avance hacia una mayor integración de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TIC) en el trabajo judicial, y ello, a paso lento pero firme, va concretándose en el expediente digital. Se destaca en este sentido su reciente adopción formal por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dentro de su ámbito, con la misma validez que su equivalente en papel⁴.

Ahora bien, aun cuando especulemos con que el expediente papel ya tiene su condena a muerte, lo cierto es que faltan años para poder ejecutar la sentencia. De nuestra contribución como operadores judiciales depende que ese momento llegue antes o después.

Volviendo al objeto de nuestro trabajo -el SISFE-, la experiencia acumulada en estos años de convivencia lleva a reconocer que es cierto aquello que se decía hace unos años

en el sentido de que el expediente digital “no implica en sí mismo ausencia de trámite sino transporte del trámite de un modelo acumulativo de papeles a otro acumulativo on line”⁵. En otras palabras, no hay aquí grandes cambios en el desarrollo del proceso, pues no se trata más que de un cambio de soporte. Sin embargo, la digitalización en teoría hace que este nuevo soporte sea mucho más flexible y mucho más eficaz como herramienta de trabajo, superando limitaciones que presenta por su propia naturaleza el expediente en papel.

Decimos que ello es en teoría porque, en su implementación actual, SISFE es una herramienta útil para trabajar en forma conjunta con el expediente papel, pero no en forma independiente de éste.

Es que es cierto que, por una parte, el sistema actual viabiliza el ingreso de escritos en forma electrónica, permite la consulta de las causas en forma remota (sólo la consulta, no el trabajo), permite practicar notificaciones electrónicas, y es un respaldo de lo que existe en soporte papel.

Sin embargo, por otro lado, su valor como herramienta autónoma de trabajo halla importantes limitaciones que merecen ser atendidas previo a terminar la transición hacia el

formato puramente digital. Haremos una mención no exhaustiva de algunas de estas dificultades.

3. Los aspectos problemáticos

3.1. Acerca de la visualización del expediente

Para tomar algún punto de partida, podríamos decir que un primer requisito que debería tener un expediente digital es la presentación organizada de todo lo acontecido en la causa judicial. El expediente papel, en este sentido, nos ha acostumbrado al orden cronológico de las actuaciones, que no es el único y puede no ser el mejor, pero es un orden al fin.

Pues bien, nos hallamos aquí con uno de los puntos débiles del SISFE: la experiencia de usuario, que tiene mucho por mejorar y quizá podría ser objeto de una revisión exhaustiva. No se hará en este ámbito una crítica pormenorizada sobre esa cuestión, pero sí se hará mención al impacto que ella tiene en el trabajo con los expedientes.

Así, en primer lugar, debe ponerse de resalto que la visualización del expediente desde el punto de vista del operador

judicial no puede hacerse en forma integral. Es decir, no hay una forma de ver todo el listado de escritos, decretos, resoluciones, notificaciones y demás, en un orden lógico o cronológico y en una misma pantalla. Esto dificulta la tarea de seguir el hilo conductor del proceso, porque multiplica innecesariamente las tareas que deben ejecutarse a la hora de “leer” la tramitación de cada juicio.

A modo ilustrativo, y admitiendo lo tedioso de la explicación, daremos algunos ejemplos de lo que referimos:

a) Para poder conocer qué se decretó a una presentación determinada (pensemos en un escrito presentado por un letrado) hay que:

1. ingresar al expediente,
2. concurrir a la pantalla de “escritos”,
3. tomar nota de la fecha de esa presentación,
4. descargar el adjunto en PDF para ver en qué consiste,
5. salir de esa pantalla,
6. ingresar a la que se denomina “actuaciones”,
7. buscar en el listado la que corresponde a esa fecha -o a los días subsiguientes-,
8. abrir la actuación para su lectura, que con algo de suerte será la que buscábamos, pero puede no serlo, en cuyo

caso deberemos seguir abriendo actuaciones hasta dar con la correcta.

b) Luego, para ir al escrito siguiente, es necesario:

1. salir de la pantalla de “actuaciones”,
2. volver a la pantalla de “escritos”,
3. repetir todo el procedimiento.

c) En cambio, para ver si esa actuación está notificada, se debe:

1. salir de la pantalla de “actuaciones”,
2. ingresar en “notificaciones”,
3. abrir una por una las cédulas de fecha posterior, hasta dar con alguna que contenga el texto en cuestión.

Esta brevísima esquematización busca evidenciar que por cada presentación cuyo proveído se desee rastrear deben realizarse pasos innecesarios en forma sucesiva y reiterada. Para esa tarea, y para conocer el estado de notificación de cada providencia debe ingresarse en múltiples sectores distintos de la aplicación. El contraste con el expediente papel es notorio, puesto que allí la información está a vuelta de página. Sin embargo, descartamos que se trate de una

ventaja intrínseca de las formas antiguas de trabajar, en la medida que pueden imaginarse soluciones que optimicen el sistema informático.

3.2. La búsqueda de información

Como segunda materia pendiente, el sistema no contiene un método realmente efectivo para una actividad en la cual la informática se destaca como herramienta de trabajo, que es la búsqueda de información. En este sentido, destacamos que no es posible hallar los eventos que tuvieron lugar a lo largo del proceso si no se cuenta con la ayuda del expediente papel, pues la consulta en SISFE supone saber cuándo ocurrieron las diversas presentaciones.

Es que sin el formato físico, nos encontramos ante un listado de actos procesales imposibles de distinguir, lo que impone la tarea de comprobar en forma manual, uno por uno, los elementos que conforman esa lista. Tampoco se cuenta con un procedimiento que permita saber cuándo se hizo determinado planteo, cuestión o diligencia, cuándo se acompañaron pruebas, o cuándo se cumplieron determinados recaudos. Para todas estas actividades aun es necesario recurrir al soporte papel, pues la

única forma de dar con un acto procesal determinado es conociendo su fecha de presentación o número de cargo: es una búsqueda “a la inversa”, pues para efectuarla es necesario saber dónde está ubicada la información que se quiere visualizar.

3.3. Acerca del manejo del expediente

En este aspecto, tras algunos años acumulados en carácter de usuarios notamos que en el desarrollo del SISFE se ha hecho énfasis en la robustez del sistema. En este sentido, destacamos que, por una parte, en tiempos recientes ha mejorado su rendimiento; por otro lado, se ha consolidado su utilización como plataforma de consulta del expediente. Esto último se refleja en el hecho de que es el soporte en el cual se ingresan los cargos, y se crean y visualizan las actuaciones judiciales, las cuales ya no pueden modificarse una vez que se han firmado. Reconocemos en esta área un importante aporte a la transparencia en el trámite de las causas.

Ahora bien, lo cierto es que, como contrapartida, nos encontramos con un programa cuyo potencial no se ve desarrollado en su totalidad en la medida que, por la falta de algunas

funciones, o por una implementación incompleta de algunas de las existentes, se desaprovechan posibilidades que podrían facilitar el trabajo cotidiano.

Para ilustrar este aspecto de la temática proponemos detenernos en el control de los requisitos formales. Esta es una tarea crítica que insume buena parte del trabajo judicial, y que es especialmente importante en determinados momentos puntuales de los juicios (v.gr. antes de dictar sentencia, al librar pagos, ante el levantamiento de cauteles, etc.), e involucra el control manual de una serie de exigencias fiscales y procedimentales -pagos de sellados, certificación de poderes, pago de boletas de aportes, requerimientos de documentación probatoria, etc-. La forma en que ello se realiza es mediante el recorrido manual, foja por foja, del expediente papel, lo cual, si bien puede resultar algo rudimentario, no implica más que la vuelta de cada página.

Ocurre que en la actualidad esta labor es imposible con el sólo empleo del SISFE, pues a las dificultades en la visualización del expediente -señaladas en los puntos anteriores- se suma el hecho de que la apertura de cada cargo o escrito insume un tiempo considerablemente mayor que la simple vuelta de página.

Por otra parte, el sistema tampoco prevé una forma de listar qué exigencias formales deben cumplirse y de identificar su concreción. Existe una única especie de funcionalidad -las alertas- que es limitada y no tiene criterios para su uso, por lo que termina empleándose para almacenar datos que no guardan relación con el trámite de la causa (ej., el caso típico, para indicar en qué casillero va guardado un expediente).

3.4. Algunas tareas puntuales que podrían optimizarse

Un análisis minucioso de la dinámica de trabajo diario podría llevarnos a extender indefinidamente el catálogo de cuestiones a revisar en el sistema informático, de forma innecesaria; a los fines de este artículo basta con mencionar sólo tres aspectos más que resultan de interés.

El primero refiere al libro de cargos. Es valiosa la llegada del ingreso de escritos en forma virtual, eliminando la necesidad de que el letrado concurra presencialmente a mesa de entradas para efectuar cada presentación. Ello, sumado al mandato de que la documental se adjunte en forma electrónica, configura un gran avance en lo que hace a la distribución del trabajo en la oficina, puesto que descompri-

me parcialmente la labor de la atención al público (tanto en mesa de entradas como en la Secretaría) y la del empleado encargado de organizar la documental -habitualmente, el encargado de libro de cargos-. Cabe preguntarse, en este punto, si sigue teniendo algún sentido práctico que la asignación de cargos todavía requiera de la intervención activa de uno de los empleados.

El segundo se relaciona con el control de las notificaciones. El sistema genera incertidumbre acerca de los destinatarios de las cédulas digitales, puesto que no los indica con claridad: por cada pieza solo aparece un único destinatario, cuando pueden ser varias las matrículas en las cuales se hizo impacto. Ni siquiera el texto de la cédula es garantía de la notificación, puesto que en este puede incluirse literalmente cualquier cosa, y es frecuente que los profesionales notifiquen a la parte contraria transcribiendo pura y exclusivamente el decreto que se anuncia (esto es, sin siquiera redactar el cuerpo de una cédula, ni escribir el nombre del letrado al cual va dirigida). En muchos casos esto es problemático porque se necesita certeza respecto de qué matriculados están efectivamente anunciados de un decreto o resolución (v. gr. en discusiones arancelarias, donde cada uno de ellos debe estar notificado por sí mismo).

El tercero se halla vinculado a la interacción entre el juzgado y las distintas oficinas que integran el poder judicial (v. gr. Registro Público, Registro de Procesos Universales), lo que puede hacerse extensivo a organismos afines como es el caso de la Caja Forense. Es notorio que no existe uniformidad en los mecanismos y criterios para la remisión de expedientes, vistas, contestaciones, creación de actuaciones, etcétera⁶. Ello provoca que para cada una de estas oficinas deba operarse con un protocolo distinto, lo que vuelve innecesariamente complejo el trabajo cotidiano.

4. Algunas propuestas

Algunos de los pormenores que venimos apuntando quizá podrían superarse con soluciones que como las se proponen a continuación. Estas pueden presentar distintos grados de dificultad técnica, pero ninguna de ellas debería ser inalcanzable.

4.1. Visualización

En primer término, es imperioso contar con una pantalla desde la cual ver todo el expediente de corrido, con infor-

mación completa, y con la posibilidad de acceder en forma directa y simple a cada acto procesal. Es lo que ocurre en el acceso a través de autoconsulta con el que cuentan los abogados, al cual se puede acceder mediante la clave de acceso. Esto es, por fuera del SISFE.

En este orden de ideas, tomando como base los esquemas que ya existen en SISFE, imaginamos que podría implementarse una de las tantas tablas en las cuales se presenta la información en la interfaz del sistema, pero que exprese todo el siguiente contenido, ordenado cronológicamente:

- a. Escrito: Fecha de presentación, número de cargo, presentante, título, tipo de escrito, observaciones, archivos adjuntos.
- b. Decreto: Fecha, cargo al cual se relaciona, texto o archivo adjunto.
- c. Resolución: Fecha, número de resolución, texto o archivo adjunto.
- d. Notificación: Fecha, decretos que se notifican, profesionales notificados.

Por lo demás, en dicha tabla debería ser sencillo identificar cuáles son los escritos y cuáles los decretos. Una solución muy sencilla sería que haya un color de fondo para los escritos y otro distinto para las actuaciones.

De la presentación actual de la información, merece destacarse la existencia de la pestaña “Ficha” en la cual se visualiza el texto de decretos y resoluciones en formato HTML y no en PDF, lo que abrevia sustancialmente los tiempos de carga; esta opción debería extenderse hacia los demás actos procesales.

4.2. Notificaciones

Respecto de las notificaciones, es necesario enfatizar que debería estar indicado expresa y específicamente, respecto de cada cédula, qué decreto se ha notificado, y cada uno de los profesionales que resultaron destinatarios de la notificación, quienes deberían aparecer claramente como tales.

Otra funcionalidad que sería de utilidad en este punto es la posibilidad de “marcar” a las actuaciones como notificadas (sea de forma automática, sea a consideración del tribunal) para facilitar la revisión.

4.3. Búsquedas

La capacidad de búsqueda dentro de los expedientes se presenta como una de las grandes deudas del SISFE.

Actualmente ocurre que los contenidos de los archivos -o, al menos, de los escritos- no son objeto de indexación⁷ por lo que no hay forma alguna de abarcarlos en una búsqueda; en todo caso, tampoco la búsqueda de actuaciones -lo que es especialmente útil respecto de las resoluciones, para usarlas como precedentes- opera de modo eficaz.

Se propone entonces que se trabaje sobre la indexación de los contenidos de los archivos para que las búsquedas permitan encontrar escritos y resoluciones, de forma análoga a lo que ocurre con cualquier explorador de archivos.

4.4. Gestión del expediente y de los actos procesales

En lo que hace al manejo del expediente, sería de muchísima utilidad la posibilidad de clasificar y etiquetar los escritos y actuaciones para su posterior identificación y hallazgo.

En este sentido, resulta apropiado que los cargos y actuaciones no puedan modificarse una vez creadas y firmadas, respectivamente, pues ello forma parte de la seguridad y transparencia que debe garantizar el expediente digital. Sin

embargo, a los fines de la manipulación interna del expediente, deberían admitirse algunos tipos de etiquetas que puedan ser objeto de cambios.

Así, en primer lugar, el “tipo” de escrito debería ser editable, etiquetable o clasificable las veces que cada operador lo considere -sin que se trate de una “edición del cargo”- para poder facilitar las posteriores búsquedas. Por ejemplo, sería útil en cada expediente tener a disposición la posibilidad de buscar los escritos que sean “demanda”, “contestación de demanda”, “ofrecimiento de pruebas”, etcétera, pero también “boleta colegial”, “sellado”, “revocatoria de honorarios”, entre muchas otras clasificaciones útiles. El catálogo de posibles tipos de escritos debería ser consultado con secretarios y empleados para que no se vea limitado en la misma forma que ocurre en la actualidad.

En segundo lugar, también sería útil que pudiera indicarse de alguna manera cuándo se genera un incidente o cualquier tipo de cuestión procesal que requiera atención, y que ello genere algún tipo de alerta. Por ejemplo, “marcar” en un escrito que se introdujo una revocatoria, que se hizo un planteo de nulidad, que la presentación no se hizo en forma, que falleció una de las partes, etcétera.

Luego debería poder desmarcarse cuando esa cuestión dejó de ser relevante. Es algo similar a lo que hoy ocurre frente a la existencia de escritos sueltos, circunstancia ésta que sí genera una alerta.

En tercer lugar, y siendo que el potencial aquí es amplísimo, el sistema informático podría también ser de utilidad para listar las exigencias formales e ir marcando su cumplimiento a medida que se produce⁸. Ello podría hacerse creando de algún tipo de base de datos dentro de cada expediente, que facilite el trabajo que actualmente se realiza mediante anotaciones en las fojas, planillas en la contracarpátula o en apuntes, y que pueda ser tratada con libertad por los integrantes del órgano judicial.

4.5. Cargo automático

El hecho de que los cargos deban ser ingresados por un empleado del juzgado hace que se destinen recursos -tiempo y dedicación- a una tarea que bien podría realizarse en forma automática desde el propio sistema.

No se desconoce que normativamente el cargo es responsabilidad del secretario o secretaria, pues así lo establece

el artículo 52 del Código Procesal Civil y Comercial. Sin embargo, tampoco parece que ello sea un verdadero impedimento para que el número y hora de cargo se asignen en forma electrónica y automática.

La automatización del ingreso de cargos parece el siguiente paso natural luego de haberse dispuesto la presentación electrónica de escritos. Se insiste en que esto tendría la ventaja de simplificar un puesto de trabajo y quizás destinarlo a otras tareas que, es imperioso señalar, no se han reducido, sino que se han transformado con la digitalización, y algunas son incluso más complejas que antes.

Por su parte, podría pensarse la posibilidad de que cada presentación letrada pueda contener más de un archivo adjunto. Es una queja recurrente de los profesionales la imposibilidad de acompañar todas las constancias probatorias que necesitan en un único archivo de tamaño acotado, como impone hoy el sistema. Vale apuntar que este obstáculo técnico no fomenta que las partes moderen sus presentaciones, sino todo lo contrario: la solución que hallan hoy a este escollo es la introducción de documental copiosa en numerosos cargos sucesivos⁹, costumbre que entorpece la posterior consulta del expediente digital en la medida que luego no hay forma de identificarlos.

4.6. Uniformidad

Finalmente, debería promoverse el trabajo con criterios comunes para todas las oficinas que intervienen en la tramitación del expediente digital (las integrantes del poder judicial, como los registros, y las vinculadas con éste, como las cajas profesionales), de forma tal que la comunicación y la manipulación del expediente sea uniforme en todo el ámbito del trabajo judicial. En esencia, debería haber una única forma de remitir los expedientes, una única forma de notificar, y una única forma de ingresar escritos, oficios y contestaciones. Ello redundaría en una simplificación de las tareas y en un mejor aprovechamiento de los recursos humanos que interactúan con el sistema informático.

5. Conclusión

Nos encontramos en una transición hacia el expediente digital que se ha visto acelerada en los tiempos recientes, gracias a los cambios que impuso el distanciamiento social motivo de la pandemia del año 2020.

En este marco, el SISFE como herramienta de trabajo viene

siendo objeto de mejoras permanentes que le han brindado mayor utilidad. Se han presentado una serie de ideas -todas de corte práctico- que apuntan a poner a la vista algunas de las cuestiones que se hallan pendientes para terminar de dar el salto hacia la independencia respecto del soporte papel. Sin que ninguna de ellas implique una reforma sustancial ni un cambio significativo, en conjunto pueden pensarse como un punto de partida para obtener un programa más flexible, un "SISFE 2.0" que se use no sólo para generar actos procesales en el expediente, sino también para diseñar un mejor trabajo interno en la oficina judicial, aspecto en el cual hay mucho por camino para recorrer. ■

CITAS

¹ Ministerio de Justicia del Gobierno de España, La nueva oficina judicial y el nuevo modelo procesal, Boletín de información, febrero 2010, pág. 56; CHAYER, MARIO Y MARCET, JUAN PABLO, *Nueva gestión judicial. Oralidad en los procesos civiles*, Infojus, Buenos Aires, 2016, pág. 17; MARTÍNEZ, ALBERTO, *Reporte de la situación del expediente electrónico judicial en el Paraguay*, en Revista Sistemas judiciales. El rol de las nuevas tecnologías en el sistema de justicia, N° 16, Centro de Estudios de Justicia

de las Américas, Año 9, N° 16.

² CAMPS, CARLOS ENRIQUE, *El Derecho Procesal y la Informática*, La Ley 30/04/2014, 1 – La Ley 2014-C, 657 – AR/DOC/1243/2014.

³ ARAZI, ROLAND, *Hacia un nuevo Código Procesal Civil y Comercial*, La Ley 26/09/2016, 1 - AR/DOC/2924/2016.

⁴ CSJN, Acordada N° 20/2022; <https://www.cij.gov.ar/nota-38880-La-Corte-aprob--el-uso-del-expediente-electr-nico.html> (fecha de consulta: 12/08/2022).

⁵ ARAZI, ROLAND, *La oralidad del proceso civil como instrumento de cambio*, en Derecho Privado (Infojus), Año II Número 7, El proceso civil en tiempos de cambio, Directores: Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, pág. 87.

⁶ A modo de ejemplo: mientras el RPU no trabaja con SISFE y contesta las vistas por correo electrónico, Caja Forense lo hace a través de la presentación de un escrito cargo -previa vista por correo electrónico-. En tanto, las fiscalías lo hacen a través de un escrito -previa remisión informática del expediente por SISFE-; ello, excepto que se trate de una notificación, en cuyo caso no presentan un escrito, sino que elaboran un decreto, al cual se le debe asignar cargo igual que si se tratase de un escrito.

⁷ Las herramientas de búsqueda informática trabajan mediante la indexación de contenidos. Esto es, los sistemas crean un índice de todo el material que tienen a su disposición mediante la exploración automática de los archivos, tarea que se encuentra a cargo de algoritmos. Con ello la almacenan de una forma predeterminada y, a la hora de responder a una consulta del usuario, consultan dicho índice, lo que acelera la presentación de resultados.

⁸ Sólo por dar algunos ejemplos: por cada profesional que se incorpora al expediente, podría haber una alerta de “falta boleta colegial”, y también alguna forma de indicar si se adeudan o ya se pagaron los aportes. Podría haber una alerta de “sellado de la demanda” y otro de “sellado previo a la sentencia” para los expedientes contenciosos. Incluso podría servir esta funcionalidad para temas procesales: podría haber una alerta de “vista a fiscalía” para los expedientes de consumidor, y podría preverse la posibilidad de agregar exigencias manualmente (ej. Para el caso que se advierta que hay menores, indicar que en algún momento se deberá correr vista a defensoría). Se insiste: esto no debería hacerse sin consultar con los operadores de los distintos juzgados para conocer con precisión qué exigencias formales tiene cada trámite.

⁹ No es infrecuente recepcionar presentaciones que insumen dos, cinco, diez o inclusive más cargos consecutivos, uno para el escrito y los restantes para la documental.



Dr. Agustín M. Crosio

*Secretario de la Cámara de Apelación
de Circuito de Rosario*

Introducción

Nadie puede dudar que la Pandemia que atravesamos incidió fuertemente en las formas de trabajo de los distintos operadores jurídicos. Particularmente, y en lo que hace a la tarea judicial, introdujo cambios importantes en el ámbito de la gestión.

En la doctrina procesalista se viene hablando, ya desde hace varios años, de la aparición de un nuevo “proceso electrónico” que trae consigo un importante cambio de paradigma y nos desafía a innovar en las estrategias y en las formas de trabajo para estar a la altura de la respuesta que la sociedad de hoy demanda.

Habremos de reflexionar brevemente acerca de cómo han impactado estos profundos cambios en la actividad judicial, aportando algunas ideas con el fin de contribuir al logro de una gestión adaptada a esta nueva época.

Implicancias del nuevo contexto en el procedimiento civil y comercial. Algunas propuestas

Yendo al núcleo del tema que nos convoca, podemos mencionar, a título meramente enunciativo, algunas de las tantas aristas en donde se refleja claramente el cambio operado en las tareas más importantes de la gestión judicial.

1. Notificaciones electrónicas

Si hay un tópico que resulta clave en la estructura del procedimiento, ese es el de las notificaciones, actos procesales de comunicación que materializan el principio de bilateralidad y que permiten que las resoluciones judiciales adquieran eficacia.

Uno de los cambios que trajo esta nueva clase de proceso fue en materia de notificaciones procesales, las cuales abandonaron su tradicional formato en papel para adoptar el tipo electrónico, quedando reservadas las primeras sólo para algunos casos excepcionales.

Este nuevo régimen de notificaciones por medios electrónicos fue puesto en marcha por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, inicialmente, mediante Acuerdo de fecha 7 de marzo de 2019, Acta N° 7, punto 11, en el ámbito de los expedientes involucrados en la prueba piloto de Oralidad y en la Oficina de Procesos Sucesorios y luego fue extendiéndose progresivamente en su aplicación a las distintas oficinas y juzgados hasta llegar a la actualidad, en que se aplica en la totalidad de los fueros.

En un primer momento las notificaciones eran realizadas por los juzgados y con posterioridad la Corte Suprema, mediante Acuerdo del 1 de diciembre de 2020, Acta N° 43, dis-

Reflexiones acerca de la actividad judicial en el nuevo contexto tecnológico. Balance y perspectivas

puso que las mismas pasen a ser efectuadas directamente por los profesionales matriculados desde el sistema de autoconsulta online del Poder Judicial, en congruencia con el principio dispositivo que rige en el proceso civil y comercial.

Lo relevante en este punto es que -conforme se declara en el reglamento aplicable a dichas notificaciones- las mismas poseen idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que las cédulas convencionales, lo que resulta fundamental a la hora de resolver cualquier planteo acerca de su validez y eficacia.

Esta equiparación fue receptada en numerosos precedentes jurisprudenciales, entre los cuales podemos destacar el dictado por la Cámara de Apelación de Circuito de Rosario en el mes julio de 2021 que trató directamente dicha cuestión.¹

En el caso, se había petitionado la nulidad de una notificación electrónica alegando la incidentista el no haber sido notificada de manera personal o por cédula de acuerdo a lo dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial vigente.

Al resolver y rechazar la incidencia, la Cámara consideró que el reglamento aplicable a las notificaciones electrónicas (creado por el Acuerdo de la C.S.J.S.F antes mencionado) ha dado a la notificación digital "idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales" (artículo 2 del reglamento de notificaciones).²

Ponderó que el sistema de notificaciones electrónicas dejó de tener un carácter opcional y voluntario, viniendo a reemplazar a la cédula convencional en formato papel - salvo las excepciones específicamente previstas - desde que la Corte dispuso su aplicación obligatoria a raíz de las exigencias que trajo aparejada la pandemia del Covid-19.

También sostuvo, -en lo que considero un criterio muy acertado- que son plenamente aplicables a las notificaciones por medios electrónicos los principios generales propios del régimen de nulidades de las notificaciones.

En definitiva, esta nueva modalidad de notificación trajo consigo un cambio esperado y favorable para el procedimiento.

Ahora bien, surge el siguiente interrogante: ¿el principio dispositivo debe ceder cuando el órgano judicial cuenta con herramientas tecnológicas que de modo muy sencillo -como vimos- permiten que las partes vayan tomando conocimiento de manera automática y en tiempo real de las distintas novedades del trámite del proceso?

A favor de esta postura se propone desde un sector que al sustraer de la actividad de los profesionales la tarea notificadora, la notificación deja de quedar supeditada a la voluntad de impulso de las partes, pudiendo ser des-

pachada de oficio, y el proceso adquiere, así, mayor dinamismo evitándose toda eventual posibilidad de dilación del procedimiento.³

Se habla, en este caso, del llamado “principio de oficiosidad” considerándose que el nuevo panorama tecnológico, en el que se insertan las notificaciones electrónicas, brinda posibilidades excelentes para revertir el mal de las demoras y alongamientos de los tiempos notificadorios.

De este modo, al mismo tiempo que se dicta una resolución judicial, el mismo órgano judicial da lugar a su inmediato anoticiamiento por la vía de las notificaciones electrónicas. Y de esta forma, mediante la notificación inmediata y oficiosa por las vías electrónicas pertinentes se habrá de cumplir con el mandato de la eficacia procesal que se requiere de estas innovaciones del trámite.

2. Nuevos canales de comunicación

En otro orden de cosas, la reconversión de la tarea judicial que venimos describiendo ha determinado, asimismo, la aparición de nuevos canales de comunicación entre los diferentes operadores (profesionales, auxiliares de la justicia y público en general) que ha complementado y – en muchos casos– suplantado la tradicional atención presencial en las

mesas de entrada de los juzgados y oficinas.

De este modo, aparecen como nuevos canales de comunicación –además de los que se siguen utilizando, como la comunicación telefónica– otros como la mensajería a través de WhatsApp y los correos electrónicos, para evacuar consultas y responder a requerimientos de los distintos profesionales e interesados.

Asimismo, algunos actos procesales de comunicación que tradicionalmente se efectuaban en formato físico o papel pasaron a realizarse de manera electrónica, tales como los oficios (en muchas de sus variantes), las vistas a los distintos organismos judiciales y extrajudiciales, entre otras principalmente.

En este ámbito los secretarios y secretarias de nuestro poder judicial han sabido, una vez más, estar a la altura de las circunstancias, internalizando y utilizando estas nuevas vías de comunicación de manera muy idónea, marcando una bisagra en lo que a la gestión respecta y sorteando con creces los diferentes obstáculos y contratiempos que se fueron presentando en el camino.

Considero que estos nuevos canales han significado también, un gran avance, dado que permiten optimizar los tiempos en la gestión judicial y brindar una respuesta eficaz y rápida.

3. Documentación y registro digital

La documentación constituye, sin dudas, una de las principales tareas que están ligadas a la función judicial y de manera muy particular, a la función del secretario.

Y en este ámbito aparece, actualmente, la digitalización de los actos y trámites como una instancia necesaria e imprescindible en la gestión judicial.

Digitalizar significa pasar a formato digital documentos analógicos, vale decir, convertir un instrumento físico en algo inmaterial, en un lenguaje informático codificado en algoritmos, y que sólo puede ser comprendido o interpretado por nuestros sentidos a través de un artefacto o elemento tecnológico que lo haga inteligible.

En este sentido, existe, hoy día, una obligación a cargo de los órganos judiciales de digitalizar correctamente todos los actos procesales físicos. Ello permite un adecuado seguimiento de la tramitación del expediente, así como la disponibilidad absoluta de la información existente en el mismo, lo cual resulta imprescindible para todos los operadores (profesionales, agentes judiciales, etc.).

El nuevo escenario judicial postpandemia encontró a los profesionales digitalizando sus presentaciones y a los ope-

radores judiciales nos encontró digitalizando las actuaciones de los expedientes, tanto los escritos judiciales como los demás documentos que antes se presentaban exclusivamente en formato papel. Esta mecánica - además de economizar costos y espacios - garantiza la intangibilidad e inalterabilidad de los diferentes elementos, es decir, asegura su conservación.

Ahora bien, es necesario destacar la importancia de que la tarea de digitalización se desarrolle con corrección, prolijidad y claridad. Si ello sucede, resulta sumamente llevadera la compulsión (electrónica y remota) de las constancias digitales de los expedientes.

Si en cambio, esto no es así, es decir, si por ejemplo, faltan constancias del expediente, no se digitalizan adecuadamente algunas de ellas o las providencias y resoluciones no son claras o no contienen la indicación expresa de los escritos a los que refieren mediante su número de cargo, etc.; el trabajo a distancia se vuelve más complejo.

A tal punto es importante este tema que entre los “principios procesales” se habla, hoy en día, de un *principio de claridad digital*, que entendemos debe presidir la actividad digital de todos los involucrados en el proceso y comprendería las nociones de claridad, accesibilidad además de la -muy trascendente- integralidad (indispensable para el adecuado ejercicio

de la defensa en juicio) del expediente digital.⁴

Emparentado con ello, se encuentra el *principio de economía procesal* que -adecuado a este nuevo contexto-, tiene que ver con la necesidad de que -en la tramitación digital- tanto el órgano judicial como los letrados, partes, auxiliares y demás involucrados en el funcionamiento del sistema cumplan sus funciones con pleno ajuste a un standard de claridad, que posibilite la tramitación más célere y sencilla.

Ambos principios contribuirán directamente a hacer posible el objetivo de la "eficacia procesal", hoy más necesaria que nunca en tiempos en que se requiere el cierre de los procesos judiciales en un tiempo razonable.

Mirando de cara al futuro, es lógico pensar que las diferentes formas de documentación y registro digital irán perfeccionándose aún más, allanando el camino de la tarea judicial y dotando de mayor eficacia al proceso.

4. Los escritos judiciales electrónicos. La firma digital

El cambio principal operado en este terreno fue que los profesionales dejaron de presentar los escritos judiciales de manera presencial y en formato papel para pasar a hacerlo de manera electrónica, pudiendo hacerlo en la comodidad

de sus estudios o domicilios particulares, sin tener que acudir a la mesa de entradas del Juzgado u oficina como fuera tradicionalmente, salvo casos excepcionales.

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe por Acuerdo de fecha 15 de diciembre de 2020, Acta N° 46, dispuso que a partir del 1 de enero del 2021 los escritos judiciales se presenten únicamente de manera electrónica a través del Sistema de autoconsulta online del Poder Judicial de conformidad al reglamento que se confeccionó a esos efectos.

Sin dudas, esta nueva funcionalidad nacida en casi todas las jurisdicciones provinciales con motivo del aislamiento que se dispuso a raíz de la pandemia dinamizó notablemente el proceso.

En relación a esta nueva forma de presentación electrónica de los escritos judiciales se han planteado algunas cuestiones que los tribunales han tenido que resolver.

Uno de los casos que se ha dado con frecuencia es la presentación errónea de un escrito en otro organismo.

En este punto, el criterio que ha ganado terreno hasta el momento es el de considerar como válido al escrito judicial presentado electrónicamente en organismo judicial distinto al del trámite de la causa.

Así, en un caso donde una Cámara de Apelación tuvo por perdido el derecho de una de las partes a presentar un escrito de expresión de agravios por haberlo enviado electrónicamente a otro organismo fue considerado un “exceso ritual”

El caso llegó al Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, el cual, para fundar su decisión, sostuvo que en la actual coyuntura, donde se encuentra en pleno cambio el antiguo paradigma del proceso en papel y se transita hacia el proceso electrónico, muchas son las inquietudes e incertezas que aún existen en el ámbito del ejercicio de la abogacía frente a este desafío, ante la existencia de acordadas que regulan la materia pero manteniéndose aún sin cambios el Código Procesal Civil y Comercial.

Consideró, además, que, si bien resulta una exigencia propia del buen orden procesal que las presentaciones judiciales se efectúen ante el órgano que se encuentra entendiendo en la causa, esta regla admite excepciones. Que los recaudos procesales tienen por fin cuidar ciertas exigencias de orden externo, pero no para que los derechos se vean vulnerados sino -por el contrario- para que su realización resulte en todos los casos favorecida. De otro modo, ese orden devendría en ritualismo, es decir, en una forma vacía de contenido ético, sin que pueda válidamente perderse de vista que el derecho no es una forma, sino un contenido. Así,

el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos con una finalidad, destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva en el conflicto de derechos que vincula a las partes.

Asimismo, ponderó aquel superior tribunal que en el caso se trató de un error de hecho cuya ocurrencia -por un lado- se ha visto facilitada por la circunstancia de que, luego de la implementación del sistema de presentaciones electrónicas, el presentante ya no necesita asistir físicamente a la mesa de entradas del órgano ante el cual pretende dejar el escrito judicial, exigencia que -otras veces- podría resultar de utilidad a la hora de alertar sobre semejante proceder; a la vez que -por otro lado- dicha anómala actuación -cabe reconocer- bien podría haber sido impedida o mitigada mediante la más adecuada disposición de los recursos y estrategias de programación del software diseñado para poner en funciones el mentado régimen, mediante herramientas -como el doble conforme- que resultan hoy de cotidiana utilización en la operatoria de múltiples servicios que -como el de Justicia- emplean medios informáticos.⁵

Finalmente, a esto cabe agregar que de acuerdo al criterio sentado por la Corte Nacional deben ponderarse con flexibilidad las cuestiones suscitadas en torno a la operatividad de los recientes regímenes de presentaciones

y notificaciones electrónicas.⁶

Otra de las cuestiones que se presentan en el mundo de los escritos electrónicos es que al digitalizarse éstos últimos se pone en duda la carga de acompañar copias de los escritos, carga que -en el caso particular de nuestro ordenamiento procesal-, viene impuesta por el art. 35 del Código Procesal Civil y Comercial santafesino.

Así, en un caso planteado sobre dicho tópico que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la accionante había planteado revocatoria contra una providencia de llamamiento de autos para resolver un recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, denunciando el incumplimiento por parte del recurrente de su obligación de adjuntar copias para la contraparte de su escrito.

En dicho caso, y luego de corroborar -a través de informe requerido a la Secretaría de Informática- que la presentación del recurso estuviera disponible para su visualización en la Mesa de Entradas virtual, la Corte resolvió rechazar el recurso planteado, considerando que el trámite en el cual se ha producido la interposición del recurso de inaplicabilidad de ley por parte de la demandada, efectuada en formato digital de conformidad con las disposiciones contenidas en el Reglamento para las Presentaciones por Medios Electrónicos no ha causado un agravio a la contraparte recurrida

y que el texto del recurso se hallaba plenamente accesible para la parte contraria a través de la Mesa de Entradas virtual (MEV), de modo que la parte no tuvo un obstáculo o dificultad al elaborar su respectivo memorial.⁷

En la misma línea, encontramos un conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual nuestro máximo tribunal descalificó por arbitraria la resolución del Juez A quo quien previo a una simple notificación por nota de la necesidad de presentar copias electrónicas, tuvo por no presentada la expresión de agravios y ordenó su desglose para luego declarar desierto el recurso de apelación; considerando que dicha sanción resulta desproporcionadamente gravosa y pone en evidencia que la Cámara incurrió en un exceso de rigor formal que afectó, en consecuencia, el derecho de defensa en juicio, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.⁸

Finalmente, y en otra de las cuestiones que se han suscitado, se ha preguntado un sector de la doctrina procesalista si es que aún conserva su razón de ser el llamado "día de gracia", fundando dicho cuestionamiento en que en el nuevo proceso electrónico las partes pueden presentar sus escritos las 24 horas del día, tanto en horas hábiles como inhábiles.

En este punto, considero más acertada la opinión de quie-

nes se inclinan por mantener el plazo de gracia, y ello, principalmente, porque en algunas jurisdicciones provinciales -como el caso de la nuestra- los escritos sólo pueden ser ingresados al sistema informático en el horario de funcionamiento del tribunal, esto es, de 7.15 a 12.45 horas.

Es decir, el abogado no cuenta con las 24 horas del día del vencimiento para presentar su escrito por lo que estamos frente a las mismas circunstancias que fundamentan la existencia del día o plazo de gracia.⁹

Abocándonos, ahora, a la *firma digital*, -en cuanto nuevo recaudo que deben cumplir los escritos judiciales y que es consecuente con su nuevo formato electrónico-, se ha avanzado muchísimo en nuestra provincia, contando la gran mayoría de los profesionales ya con sus firmas digitales debidamente autorizadas y en funcionamiento.

Así, la Corte santafesina mediante Acuerdo de fecha 5 de Octubre de 2021, Acta N° 36, siguiendo la tendencia predominante en la actualidad, dispuso habilitar que las demandas a iniciarse por ante los diferentes órganos jurisdiccionales provinciales así como las presentaciones electrónicas a efectuarse y las notificaciones electrónicas entre profesionales puedan ser suscriptas por los profesionales intervinientes con certificado de firma digital otorgado por un Certificador licenciado habilitado por la Autoridad Certi-

ficante Raíz, en el marco de la infraestructura de firma digital de la República Argentina.

Actualmente, y según lo dispuesto por el alto tribunal, rige la obligatoriedad del uso de la firma digital para los profesionales, procedimiento que debe efectuarse estrictamente de conformidad con los reglamentos para el inicio electrónico de demandas y las pautas de funcionamiento para la presentación electrónica de escritos.¹⁰

La firma digital es, en concreto, una secuencia única e irrepetible de letras y números que vinculan al firmante con un documento electrónico determinado.¹¹

Constituye una tecnología de avanzada y que reporta notorias ventajas ya que se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma. Y se presume también, salvo prueba en contrario, que un documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma. Estas características de la firma digital confieren al procedimiento una seguridad única y permite evitar los riesgos a que están expuestas las otras variantes tales como la firma ológrafa o la electrónica.

Entre las importantes funciones que viene a cumplir la firma digital, me parece oportuno destacar las siguientes: 1.

Indicativa (en cuanto a la identidad del autor), 2. Declarativa (en cuanto a la conformidad del firmante con su contenido, 3. Integridad (no alteración del mensaje) y 4. Probatoria (en cuanto vincula al autor con el signatario y acredita el contenido en forma indubitable).

5. La figura del abogado como depositario judicial

Esta figura cobra protagonismo junto con la incorporación de las tecnologías de la Información y la comunicación al proceso y la presentación electrónica de los escritos y documentación que realizan las partes.

Como sabemos, desde hace tiempo, el papel como contenedor de información se ha convertido en un obstáculo para la gestión, principalmente porque los trámites en formato papel son poco ágiles y porque los espacios físicos para almacenarlo suelen ser escasos.

Así las cosas, el “documento electrónico” se convierte en el punto clave para una gestión adecuada a los tiempos que corren. Y tal como hemos mencionado, las nuevas tecnologías permiten digitalizar todos los documentos originados en formato papel para ser incorporados al expediente judicial como documentos electrónicos, permitiendo su utilización en forma remota.

Esto lleva a preguntarnos que ocurre con las piezas originales en papel una vez que las mismas son digitalizadas e incorporadas al expediente judicial.

Para responder a este interrogante, se acude a la figura del abogado como “depositario judicial”, que ya viene abriéndose paso en muchos proyectos de reforma procesal y que puede definirse como aquel auxiliar de la justicia al que el juez o el tribunal designa inexcusablemente a efectos de constituirlo con la posesión física de determinados instrumentos referidos a la tramitación de un expediente, en pos de consagrar la efectiva digitalización de las actuaciones.¹²

En nuestra provincia, encontramos una recepción de esta institución en el Reglamento para la presentación electrónica de escritos firmados digitalmente confeccionado por la Corte Suprema, donde se menciona que cuando un escrito vaya acompañado de copia de documental, la misma podrá incorporarse dentro del documento único que constituye el escrito firmado digitalmente. Y se dispone que si la incorporación de la copia de la documental dentro del escrito no fuera posible atento su característica y volumen, el presentante dejará expresa mención de esa circunstancia en el escrito firmado digitalmente. En ambos casos, deberá acompañar la documental original en papel por ante el órgano judicial donde tramita el expediente, el mismo día que remite la presentación del escrito firmado digitalmente o el

día hábil siguiente; o en la ocasión en que así lo requiera el órgano interviniente (punto 34 del referido reglamento).¹³

Asimismo, se dispone que en el caso de las demandas o escritos que dan inicio a un expediente con patrocinio letrado, si la parte patrocinada no contase con un certificado de firma digital emitido por la Autoridad Certificante de la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI), el funcionario del órgano o dependencia judicial confeccionará el documento, lo imprimirá y lo hará firmar en su presencia por el patrocinado. Luego, incorporará a través del sistema de gestión SISFE su imagen digitalizada dentro del documento único que constituye el escrito firmado digitalmente.

En esta situación se menciona expresamente que el funcionario firmante asume el carácter de depositario judicial de los documentos que ingrese bajo la modalidad señalada, con cargo de presentar los originales que haya digitalizado cuando se lo requiera el órgano o dependencia donde tramitará el expediente (punto 14 del mismo reglamento).

En definitiva, se trata de que el ingreso de las copias digitales constituye al letrado como depositario de sus originales y se prevé que el tribunal tendrá la facultad de requerirle de oficio o a pedido de parte, y en cualquier estado del proceso, la documentación original.

Esto hace que el abogado deba extremar los cuidados para conservar la documentación original durante todo el tiempo que insuma la tramitación de la causa.

Sin dudas, deberemos aguardar un tiempo para verificar si efectivamente esta nueva figura es recepcionada en los diferentes ordenamientos procesales y de que manera se reglamenta su funcionamiento, pero celebramos su aparición y creemos que constituye una novedosa y útil herramienta para la gestión que se viene.

Conclusiones

Luego de todo lo expuesto, podemos concluir que las tecnologías han dado nueva vida al procedimiento y han venido para quedarse.

Constituyen una herramienta fundamental para la respuesta que los órganos judiciales están llamados a dar a una sociedad con problemas cada vez más complejos y diversos, y con necesidades que no son las de hace algunos años, cuando no había más soporte que el papel.

La aparición de nuevas herramientas tecnológicas implicó la adaptación necesaria en materia de gestión y capacitación en cada uno de los juzgados y oficinas. Con ello, se ha

demostrado, una vez más, la gran versatilidad en el desempeño de los distintos funcionarios de nuestros tribunales que han sabido estar a la altura de los desafíos propuestos.

Sin dudas, la incorporación de nuevas tecnologías como las aquí descritas (notificaciones electrónicas, escritos y documentos electrónicos, firma digital, entre otras) proporciona mayor eficacia, celeridad, economía, transparencia y seguridad al proceso, posibilita una notable mejora en la gestión de los órganos judiciales y contribuye a incrementar la capacidad de respuesta que el sistema de justicia debe proporcionar.

Nos encontramos en una etapa de transición hacia lo que será la digitalización total de la gestión y la instauración definitiva del “expediente digital”.

En efecto, la gestión de hoy recae sobre un expediente “mixto”, donde conviven simultáneamente el formato papel y el formato digital.

Como toda transición, implica cambios e incertidumbres que deben abordarse con la firmeza y la paciencia necesarias.

El Derecho Procesal electrónico, como nueva rama dentro del Derecho Procesal, aporta nuevos principios (oficiosidad, claridad digital, entre otros) que se constituyen en una va-

liosa ayuda a tener en cuenta para solucionar los conflictos jurídicos que la hora presenta.

La labor de la jurisprudencia, por su parte, irá sentando las reglas para el funcionamiento de las nuevas instituciones.

Finalmente, y como corolario de esta transición, será necesario que las legislaciones procesales locales se adapten a estos cambios, incorporando a los diferentes códigos normas claras y precisas que regulen el correcto funcionamiento del nuevo proceso; asegurando, de esta forma, el logro de la siempre buscada “eficacia procesal”. ■

CITAS

¹ Cámara de Apelación de Circuito de Rosario, autos “Perez Carina Lorenna c/ Boston Cía Arg. de Seguros S.A. s/ demanda sumaria”, resolución N° 116 del 6 de julio de 2021, publicada en el sitio web del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe (www.justiciasantafe.gov.ar).

² Reglamento aplicable al sistema de notificaciones por medios electrónicos con firma digital, aprobado por Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe de fecha 7 de marzo de 2019, Acta N° 7, punto 11 (disponible en www.justiciasantafe.gov.ar) que en su

artículo 2 dispone: Las notificaciones que deban realizarse a los profesionales en los procesos previstos por el artículo precedente, consistirán en una cédula electrónica con firma digital, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Los profesionales, quedarán notificados automáticamente de cualquier providencia, auto o resolución, de conformidad con lo establecido en este reglamento en sus artículos 9 y siguientes.

³ CAMPS, CARLOS ENRIQUE, *“Tratado de Derecho Procesal Electrónico”*, La Ley, Buenos Aires, segunda edición, 2019, capítulo I.

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, “Ferreira, Raúl Antonio c. Serra, Diego Nicolás y otros s/ daños y perj. autom. c/les. o muerte (exc.estado)”, 28/04/2020. Cita: TR LALEY AR/JUR/14892/2020.

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa C. 123.514, “Culjak, María del Carmen contra Municipalidad de Quilmes. Daños y Perjuicios. Resp. Contractual Estado”, sent. de 21-X-2020.

⁶ C.S.J.N., en autos “Bravo Ruiz, Paulo César c/ Martocq, Sebastián Marcelo y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, Fallos 339:635.

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Causa A. 75.461 “Los Cipreses De Bahía S.A. y otros c/ Municipalidad de Bahía Blanca d/ Pretensión Declarativa de Certeza. Recurso Extraordinario

de Inapl. de Ley”, resol. de 8-V-2019.

⁸ C.S.J.N., en autos “Bravo Ruiz...”, Fallos 339:635, op. cit. en nota 6.

⁹ MANTEROLA, NICOLÁS I., *“Acordada 31/2020 de la CSJN: El nuevo proceso electrónico y la plena vigencia del plazo de gracia”*, publicado en: RDCO 305, 27 Cita: TR LALEY AR/DOC/3208/2020.

¹⁰ Acuerdo de fecha 22 de febrero, Acta N° 5 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

¹¹ GIL DI PAOLA, JERÓNIMO A., *“Adelantos tecnológicos del procedimiento civil mendocino”*, publicado en LLGran Cuyo 2021 (diciembre), 1 Cita: TR LALEY AR/DOC/3289/2021.

¹² BIELLI, GASTÓN E. Y NIZZO, ANDRÉS L., *“El letrado depositario judicial de documentación y escritos a la luz del proyecto de reforma del código procesal civil y comercial bonaerense”*, publicado en LLBA2020 (febrero), 1. Cita Online: AR/DOC/3658/2019.

¹³ Reglamento del sistema para la confección de los libros de las distintas unidades jurisdiccionales y presentación electrónica de escritos firmados digitalmente dentro del sistema informático SISFE, aprobado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Acuerdo del 5.10.1999, Acta N° 39, Punto 11 y sus modificatorias -Acuerdo del 24.9.2019, Acta N° 39, punto 6 y Acuerdo del 14.12.2021, Acta N° 46, punto 6-, disponible en www.justiciasantafe.gov.ar.



Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe



REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

myf