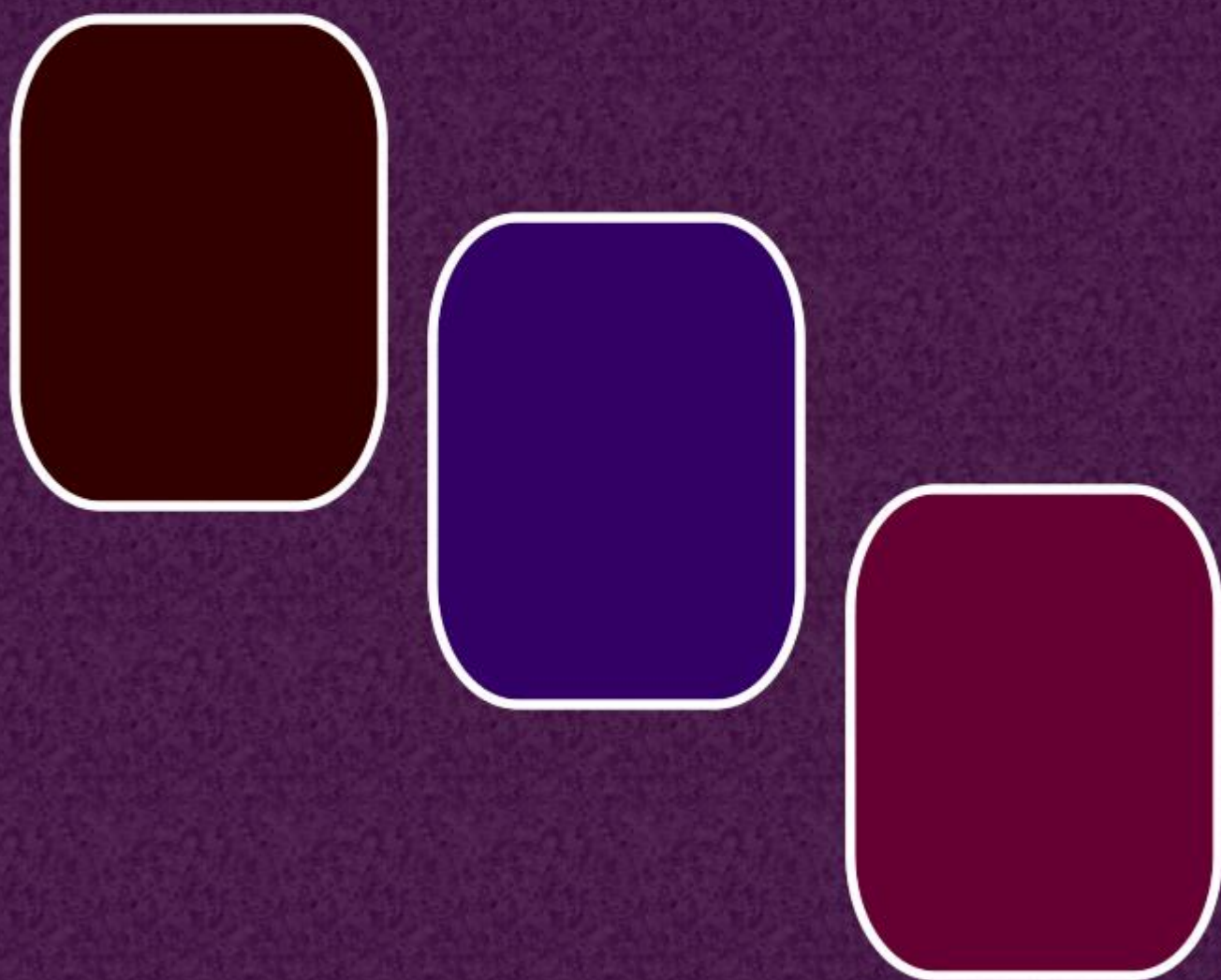


Tercer Número

ISSN 1853-6239

In Iure

Revista Científica Semestral de Ciencias Jurídicas y Notariales



Mayo de 2012. Año 2. Volumen 1.

Universidad Nacional de La Rioja



Autoridades UNLaR

Rector:

Dr. Enrique Daniel Nicolás Tello Roldán

Vicerrector:

Lic. Sergio Eduardo Martin

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Ab. José Nicolás Chumbita

Secretario Académico:

Mg. Marcelo Bonaldi

Revista IN IURE

Directoras:

Ab. Myrtha Argañarás de Mundet

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

IN IURE

AÑO 2 – VOL. 1 –

Dirección:

**Myrtha Argañarás de Mundet
Elsa Manrique**

Coordinación:

Maximiliano Bron

IN IURE

Tercera edición: 1 de Mayo de 2012, La Rioja, Argentina.

IN IURE

Av. Luis M. de la Fuente s/n.

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2012

© IN IURE, 2011 - 2012

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Myrtha Argañarás de Mundet y Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

ÍNDICE

- 0. TERCER NÚMERO DE LA REVISTA (Presentación).**
Elsa Manrique..... 8
- 1. IDENTIDAD E INSTITUCIONES SIMBÓLICAS.
REPRESENTACIONES SUBALTERNAS EN LA CULTURA
ARGENTINA.**
María Cristina Amuchástegui.....12
- 2. SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
NACIÓN REFERIDAS AL DERECHO AMBIENTAL COMO DERECHO
HUMANO**
Elsa Manrique.....22
- 3. LAS PROVINCIAS ARGENTINAS EN LA
ORGANIZACIÓN DEL ESTADO FEDERAL**
Juan Noriega.....72
- 4. LA DONACION DE ORGANOS EN LA ARGENTINA**
Ana Gabriela Brizuela.....87

5. IMPUTABILIDAD PENAL	
María Celeste Rinaldoni.....	103
6. AGRAVANTE DEL ART. 41 BIS DEL CÓDIGO PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	
Alejandra Andrea Nader.....	156
7. EL “DERECHO A REGRESAR” DE LOS REFUGIADOS PALESTINOS DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL	
Yazmín Sarquís Santamaría	176

TERCER NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Ab. Elsa Manrique

Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja
Directora Carrera de Escribanía y del Instituto
de Derecho Notarial

DATOS DE LA REVISTA:

URL:

<http://iniure.unlar.edu.ar>

Fecha de Publicación:

01/05/2012

Dirección de la Revista:

Myrtha Argañarás de
Mundet

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

La Universidad Nacional de La Rioja, fiel a su iniciativa de fomentar las publicaciones científicas dentro de su seno, presenta el tercer número de la revista In Iure, cuya mirada nos enriquece día a día, a través de un enfoque que muestra un comprometido interés por la sociedad y lo que en ella acontece en forma periódica.

In Iure es una revista científica con énfasis en la investigación que a través de su carácter interdisciplinario y el abordaje de las temáticas de actualidad en profundidad, aporta un amplio **marco de referencia** ineludible para el **desempeño profesional**, tanto en el ámbito público como privado.

Constituye un foro académico destinado a profesionales, estudiantes e investigadores de la ciencia jurídica. Destacados autores analizan en profundidad las temáticas que plantea la comunidad jurídica desde una

perspectiva actual fundamentando siempre cada institución u opinión en el marco legal vigente con aportes de derecho comparado.

En estas páginas encontraremos trabajos sobre distintos temas, así la abogada María Cristina Amuchástegui realiza un trabajo sobre Identidad y Cultura que son dos temas fascinantes, en este breve trabajo intenta analizarlos desde distintas perspectiva. Comenta que aun cuando el concepto de identidad adquiere centralidad en referencia a los problemas de los grupos sociales contemporáneos, no todos los científicos sociales coinciden en la pertinencia de su utilización. La aparición de una tendencia creciente a la reivindicación de formas alternativas de acción social que incluyen reclamos sustentados por diferencias que aluden a conductas culturales específicas, los que conformarían una identidad particular, la autora sostiene que hay opiniones encontradas. Las más mensuradas, son más prudentes; ante la proliferación de estas identidades étnicas, nacionales, sexuales, etc. Posteriormente, la escribana Elsa Manrique analiza algunas de las más significativas Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de La Nación controvertidas, referidas al derecho ambiental como derecho humano y revela como todos los derechos humanos se encuentran trasgredidos por la degradación ambiental, pudiendo llegar ésta a afectar incluso el derecho a la misma vida. Manifiesta que el desarrollo sostenible requiere una actividad equilibrada. Considera que el tema ambiental ha pasado a ser una cuestión trascendental, por un lado, por los alarmantes fenómenos naturales de inusitada gravedad que se registran en nuestro planeta y, por el otro, porque los gobernantes están tomando conciencia de los daños que se producen permanentemente a los recursos naturales.

Seguidamente el abogado Juan Noriega realiza un análisis y revela que desde la creación del virreinato del Río de La Plata, mediante Real Cédula del Rey Carlos III, el 01-08-1776 y hasta 1810, el territorio estaba organizado políticamente en un poder centralizado, con Buenos Aires como capital y un diseño de administraciones con sede en las ciudades de mayor población. Es así, como en este contexto histórico e institucional se enmarcó el proceso político-ideológico, sucedido en los acontecimientos del 25 de Mayo, de 1810, conocidos como la Revolución de Mayo, que ocasionaron un proceso de cambio en la

estructura institucional del Estado, hasta 1862, con el fin de la confederación. Por su parte la escribana Gabriela Brizuela, aborda el tema de la necesidad de flexibilizar el sistema de donación de órganos y extenderlo a situaciones de no-familiares que se hace sentir en millones de casos de pacientes que diariamente ven sesgado su futuro. En forma concluyente, sustenta que se pretende disminuir las listas de espera de personas para trasplantes, mediante un trabajo coordinado y sostenido de legisladores y de los sistemas sanitarios de todas las provincias. La cuestión de la salud de las personas es un tema concurrente del que se ocupan tanto el sistema de salud (público y privado) de un Estado como así también la legislación. Esta temática resulta de vital importancia y trascendencia para ambas áreas o sectores de todos los estados, ya que uno necesariamente lo implica y necesita del otro.

La abogada Celeste Rinandoni en su presentación analiza el artículo 34 inciso 1º del Código Penal Argentino y contempla los distintos supuestos en los cuales el hecho cometido por el agente no será punible. Uno de ellos es la inimputabilidad, entendida como la incapacidad de culpabilidad en sentido estricto. Además, examina brevemente los antecedentes legislativos relacionados al tema, el Derecho comparado, el concepto de imputabilidad y su evolución, los métodos para evaluar la imputabilidad, sus presupuestos biológicos (madurez mental, salud mental, conciencia), los efectos psicológico-valorativo-normativo (imposibilidad de comprender la criminalidad del acto, imposibilidad de dirigir las acciones), la llamada *actio libera in causa*, la capacidad de culpabilidad disminuida, los efectos de la inimputabilidad y, por último, cita jurisprudencia ilustrativa de la materia. Seguidamente la abogada Alejandra Andrea Nader efectúa un análisis de la introducción de la agravante genérica por el uso de arma de fuego al Código Penal Argentino, efectuada por el legislador mediante el artículo 41 bis, que desató un gran conflicto en torno a la norma y su relación con el principio de legalidad y su derivado de *lex certa*. En su trabajo trata de efectuar un examen de la cuestión a partir de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial existente al respecto. En cuanto a las razones de la sanción de esta calificante, sostiene que la doctrina afirma que tuvo en miras la especial protección que merecen los bienes jurídicos vida e integridad física frente al mayor poder vulnerante que presentan las armas de fuego, las cuales provocan un peligro superior a cualquier otra arma.

La abogada Yazmin Sarquis hace una reflexión sobre los diversos enfrentamientos armados que precedieron a la creación del Estado de Israel y que ocasionaron la dispersión de un gran número de habitantes de la Palestina. Su derecho a regresar ha sido reconocido por muchos documentos internacionales y ha dado lugar a numerosas interpretaciones. Analiza algunos de los aludidos documentos y bosqueja una posible solución del problema que demanda el compromiso de toda la comunidad internacional. Sostiene que la esencia del conflicto es de carácter prevalentemente político pero que ello no es óbice para analizarlo desde la óptica del Derecho Internacional y que la utilidad de tal análisis es innegable puesto que cualquier eventual solución que se alcance en el mismo deberá ser recogida en un texto legal y deberá ser abalada por las normas del Derecho Internacional.

Esta revista no se hubiera podido realizar sin el apoyo constante de nuestro señor Rector Dr. Enrique Tello Roldán, el señor Decano del Departamento Académico, Profesor Abogado José Nicolás Chumbita, el Señor Secretario Académico Magister Marcelo Bonaldi, a quienes agradecemos por la ayuda que nos han brindado, su apoyo y conocimientos para que este trabajo pueda concretarse en los cánones de la excelencia académica que fomenta esta Institución.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2011) "Tercer número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.08-11. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

**IDENTIDAD E INSTITUCIONES
SIMBÓLICAS.
REPRESENTACIONES SUBALTERNAS
EN LA CULTURA ARGENTINA.
IDENTIDAD Y CULTURA.**

Ab. María Cristina Amuchástegui

Abogada, Maestrando en Maestría en
"Estudios Sociales en América Latina".
Profesora Adjunta de Derecho Comercial III.
Profesora Titular de Derecho Internacional
Público en la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Identidad, cultura,
nación, acción social.*

Key words:

*Identity, culture,
nation, social action.*

Resumen

El tema de la multiculturalidad interesa tanto a juristas, sociólogos y antropólogos. Existen diversos tipos de multiculturalidad, basándonos en Néstor García Canclini podemos decir que hay modalidades principales: a) la multietnicidad de la que se ocupa tanto el folklor y la antropología y b) la multiculturalidad surgida de las formas modernas de segmentación y organización de la cultura.

Abstract

The issue of multiculturalism interest both to lawyers, sociologists and anthropologists. There are various types of multiculturalism, based in Nestor Garcia Canclini we can say that there are main patterns: (a) the ethnicity of the that it deals with both the folklore and anthropology and b) the multiculturalism that has resulted from the modern forms of segmentation and organization of culture.

Identidad y cultura son dos temas fascinantes, en este breve trabajo intentaré analizarlo desde distintas perspectiva. Aun cuando el concepto de identidad adquiere centralidad en referencia a los problemas de los grupos sociales contemporáneos, no todos los científicos sociales coinciden en la pertinencia de su utilización.

La aparición de una tendencia creciente a la reivindicación de formas alternativas de acción social que incluyen reclamos sustentados por diferencias que aluden a conductas culturales específicas, los que conformarían una identidad particular, hay opiniones encontrados. Las más mensuradas, son más prudentes; ante la proliferación de estas identidades étnicas, nacionales, sexuales, etc. Si bien hay acuerdo respecto de que la globalización ha destruido formas comunitarias de convivencia tradicionales y como consecuencia de esta nueva situación, los grupos tienden a reconstituir sus identidades con lo único que les queda, formas de pertinencia local.

Por el contrario y a mediados del siglo XIX los europeos y americanos del norte veían a sí mismos como un conjunto de pueblos muy similares constituidos en naciones, por tener la misma lengua, antepasados comunes, expectativas de futuro en común y se regían por los mismos principios de gobierno. El espíritu universalista de la Ilustración y de los defensores del Estado – Nación les impedía ver, como un obstáculo para la

expansión del progreso y la igualdad política, la diversidad y complejidad que tenía y aún conserva el mundo. Hoy hay "en el planeta más de 200 estados independientes, en ellas se hablan casi 6000 lenguas, se registran, más de 5000 grupos étnicos que reivindican su diferencia, a los que se suman cientos de religiones y concepciones del mundo con diversos grados..." (Garreta, 2001).

En la última mitad de este siglo se muestran procesos de traslación constante de contingentes de pueblos desde las periferias, hacia los centros, las desterritorializaciones suelen ser traumáticas ya que arrojan a estos grupos al mundo de la desocupación suburbana. Los problemas de estos grupos, son los que provocan la pregunta de qué hacer, que políticas y que derechos específicos deben desarrollarse para las poblaciones y las culturas minoritarias. Desde una perspectiva académica podría pensarse que hay 3 propuestas posibles para pensar estos problemas de la diversidad y la convivencia intercultural.

"El monoculturismo que impone la cultura dominante a las minorías. En cierto modo esta política no es más que la repetición del monismo cultural o el asimilacionismo de la Ilustración, cargada de buenas intenciones, pero fuertemente condicionada por prejuicios etnocéntricos absolutamente convencida de la superioridad de unas culturas sobre otras" (Garreta, 2001).

Una segunda posibilidad está planteada desde el multiculturalismo que asume la diversidad y la diferencia y reivindicando el desarrollo sin conflictos de las culturas minoritarias. Esta posición tiene como peligro la instalación del diferencialismo, la tolerancia y el relativismo. La defensa a ultranza de la identidad del grupo de que se trate, traería el surgimiento de "una ciudadanía diferenciada", que tendría privilegios contrarios al espíritu democrático. Lo importante es saber si el relativismo cultural puede llegar al extremo de negar la universalidad de determinados valores y la misma posibilidad de integración creciente de todos los grupos sociales. Es necesario preguntarse si el multiculturalismo no llegaría a

subordinar la identidad y los derechos individuales a una identidad y unos derechos colectivos; igualmente nos acerca a actitudes culturales de repliegue con el riesgo de diluir las ideas de democracia, ciudadanía, libertad e identidad individual. Frente a estos extremos siguiendo a M. Garreta – C Belleli (Comp.) se puede plantear una tercera vía, una propuesta que asumiendo la diversidad y la diferencia apueste a la convergencia, el diálogo, la alteridad y reciprocidad entre culturas. Se trata de intentar la construcción concertada y dialógica de un concepto de ciudadanía que supere las formalidades de los marcos jurídicos, equilibrados hasta la abstracción y que sea capaz de contener la diversidad. Una ciudadanía compartida que, citando a Jürgen Habermas (1985) se base en “la coexistencia de formas de vida con derechos iguales que aseguren a cada ciudadano la oportunidad de crecer en el mundo de una herencia cultural sin sufrir discriminación alguna por ese motivo”.

Relacionando lo expuesto hasta aquí y analizando el trabajo “El retorno del Ciudadano” de Kymlicka y Wayne Norman podemos decir: estos autores hacen un aporte valioso al analizar el concepto de ciudadanía y ligado estrechamente a la idea de los derechos individuales y a la noción de vínculo con una comunidad particular. Este vínculo con una comunidad particular nos remite al concepto de Nación de Mancini donde él recalca que es de la esencia de la Nación el carácter natural de la asociación. Esta relación natural surge del hecho del nacimiento de una pluralidad de personas en un mismo ámbito cultural y referido a un mismo ámbito geográfico.

El territorio puede faltar, pero la referencia a una tierra pasada o futura, o a la patria de los ascendientes o a la tierra prometida del futuro, es siempre necesaria. En definitiva lo que no puede faltar es una tradición que implica como bien conceptualiza Mancini un conjunto de valores; el destino común desde una misma expectativa y la conciencia de unidad del grupo. Cité aquí el concepto de Nación porque creo que está relacionado con la estabilidad de una democracia moderna que fundamentalmente depende de las cualidades y actitudes de sus ciudadanos.

Para que una democracia sea estable es necesario que en ella interactúen ciudadanos con fuerte conciencia de su identidad nacional, y con capacidad para tolerar y trabajar conjuntamente con individuos de diferentes cualidades.

Como bien observa Habermas "*las instituciones de la libertad constitucional no son más valiosas que lo que la ciudadanía haga de ellas*" (Habermas, 1992, pág.7). Desde otra perspectiva y analizando a Néstor García Canclini en su obra "*Narrar la multiculturalidad*", el autor dice que el debate multidisciplinario de fin de siglo se debe a que existen diversos tipos de multiculturalidad, él analiza dos modalidades a) la multiétnicidad de la que se ocupan el folclor y la antropología b) la multiculturalidad surgida de modernas formas de segmentación y organización de la cultura, que es analizada por los estudios comunicacionales y semióticos, y por áreas de estudios multidisciplinarios, especialmente las investigaciones sobre cultura urbana y sobre la industrialización de los procesos simbólicos.

Esta perspectiva está animada por los aportes hechos desde la crítica literaria a los estudios culturales. Lo que le preocupa al autor, y que me parece fascinante, es que se está haciendo al narrar la multiculturalidad y que se aporta con este proceso en las sociedades contemporáneas.

Las ciencias sociales y humanísticas consideran las identidades como históricamente constituidas, imaginadas en constante proceso de hibridación y transnacionalización. Otros movimientos sociales y políticas absolutizan la base territorial originaria de las naciones y étnias, como elemento constitutivo de las mismas, como requisitos fundante, y ajenos de los acontecimientos históricos y a los cambios contemporáneos.

Estos últimos movimientos, consideran a las identidades como pertenencia rígida a una esencia nacional o bien a una etnia, de ello deviene la exigencia de lealtades absolutas a los miembros de cada grupo. En muchos países, la defensa a ultranza de la nacionalidad se impone a las modernas corrientes que buscan relativizar, lo propio de cada etnia y nación en pos de lograr formas democráticas de convivencia y afianzar la multiculturalidad.

Es importante destacar aquí como los vínculos de la literatura, la filosofía y la antropología con el fundamentalismo de los dos últimos siglos se aliaron para que las tradiciones, el pasado y las expectativas de futuro común de los grupos étnicos y socioculturales quedaran conformadas jurídicamente en cerca de 200 naciones. Estas naciones, así configuradas debían tener una sola cultura homogénea, y una única identidad. Se estableció, como bien dice García Canclini; que tener una identidad equivalía a ser parte de una nación, delimitada geográficamente con conciencia de unidad del grupo. El derecho, especialmente el D. Internacional Público coincide conceptualmente al decir que: una Nación está constituida por un grupo determinado de personas que habitan un territorio común, pasado común, conciencia de unidad de grupo y expectativas de futuro común; destacando como elemento esencial de la Nación la conciencia de unidad. También podemos decir que para esta concepción "la carencia de territorio, no impide la subsistencia de la nación, y en cambio, si es obstáculo a ella, la carencia de tradición y de expectativa..." Baquero Lazcano, Pedro Enrique: "Tratado de Derecho Internacional Público profundizado" (Baquero Lazcano , 2001).

En este concepto de Nación, debemos señalar como esencial el carácter natural de la asociación. Esta relación natural surge del hecho del nacimiento de una pluralidad de personas en un mismo ámbito cultural y referido a un ámbito geográfico. El territorio puede faltar, pero la referencia a una tierra pasada o futura, a la patria de los ascendientes o a la tierra prometida del futuro, es siempre necesaria. Lo que sí es esencial es una tradición que implica un conjunto de valores; el destino común desde una misma expectativa y la conciencia de unidad del grupo.

Desde el punto de vista de la literatura, se muestra el carácter de ficción y arbitrariedad de los proyectos multiculturales fundamentados en los nacionalismos.

Las artes plásticas y la literatura siguen siendo fuentes del imaginario nacionalista; pero un sector cada vez más extenso de la producción del arte se realiza hoy de un modo desterritorializado. Se pregunta García Canclini si en el desplazamiento de las identidades

nacionales a la multiculturalidad global, el fundamentalismo no intenta ahora ser expresión del latinoamericanismo. El mercado y gran parte de la crítica, con su contribución a la exaltación del irracionalismo como supuesta esencia de lo latinoamericano, contribuyen a que las identidades nacionales se opongan a la visión constructivista de la multiculturalidad y así hoy en la concepción de las ciencias sociales la identidad aparece como una construcción imaginaria que se relata.

En la primera mitad del siglo XX los medios masivos de comunicación, la prensa, la radio y el cine, ubicaron los relatos de la identidad en una cultura audiovisual de masas que se organizaba con elementos nacionales.

En la segunda mitad de nuestro siglo la transnacionalización económica y el avance de las tecnologías comunicacionales, reorganizó a las comunicaciones en un sistema de globalizado. Todos los sistemas de las comunicaciones están estructurados transnacionalmente.

Ante las dificultades económicas de subsistencia del cine ha surgido la tendencia a acentuar la transnacionalización, dejando de lado los aspectos nacionales y regionales. A pesar de esto, las culturas regionales persisten. En el cine actual todavía hay lugar para las películas latinoamericanas, europeas y asiáticas, que al mostrar aspectos locales y regionales, captan el interés de numerosos públicos.

Esto muestra que la identidad nacional y la historia aún son importantes en las industrias culturales; simultáneamente con la desterritorialización de las artes hay fuertes movimientos de reterritorialización, que reivindican desde lo social y la literatura, lo local y lo autóctono.

Las naciones y las etnias siguen existiendo. El desafío actual es entender cómo se reconstituyen las identidades étnicas, nacionales y regionales en procesos de hibridación intercultural. Como bien dice García Canclini es necesario construir una teoría que responda a la reformulación multicultural de las identidades.

Debemos buscar una definición que relacione los referentes locales, nacionales y también con las culturas postnacionales. Para hablar hoy de identidad, necesitamos basarnos en varios referentes culturales, no solo en el folclor, la literatura y la actividad política sino también en las expresiones artísticas y en los medios de comunicación. Por todo esto su estudio debe ser multidisciplinario.

Las identidades nacionales pueden persistir en la medida en que los situemos en una comunicación multicontextual.

Así la identidad no será solo una narración repetida en forma monótona, se transforma en un relato que re – construimos en forma incesante y así la identidad es una co – producción.

Una teoría de las identidades debe respetar los modos diversos en que estas se reconstruyen en los desiguales circuitos de producción, y apropiación de la cultura.

Para finalizar este trabajo García Canclini va a redefinir los estudios culturales en un espacio definido: la mega ciudad de México. Aquí cita a Win Wenders cuando dice *"que el urbanismo nos coloca problemas semejantes, al de los constructores de relatos: se trata de describir caminos y orientaciones en un universo donde de lo contrario se podrían alcanzar miles de diferentes lugares sin llegar a ninguna parte..."*

Muchas ciudades latinoamericanas viven esa incertidumbre angustiada ante el urbanismo desordenado, crecidas sin plan y con vértigo. La ciudad de México actual no puede ser narrada como a principios de siglo. El patrimonio que identifica a la ciudad se mostraba como la representación realista de un territorio y una historia. En definitiva como todo patrimonio es la representación de una alianza social.

A fines del siglo XIX y principios del XX la vida urbana se configuraba combinando los monumentos históricos con los signos del desarrollo comercial moderno.

Para entender la ciudad de México hoy habría que resolver la cuestión de cómo conectar los múltiples relatos internos y externos que la atraviesan. Como tantas otras grandes metrópolis, la de México contiene lenguas de indígenas de casi todo el país que migraron hacia la capital,

también el inglés, el francés, el alemán, el español. La capital mexicana se determina multiculturalmente como el eje articulador de dispositivos de gestión y comercialización internacionales. En esta inmensa y bella ciudad conviven casi todos los lugares de América Latina y muchos del mundo. *"...Aún en las urbes cargadas con signos del pasado, como la capital mexicana, el agobio del presente y la perplejidad ante lo incontrolable del porvenir reducen las experiencias temporales y privilegian las conexiones simultáneas en el espacio..."* García Canclini Néstor: *Narrar la multiculturalidad* Revista de crítica latinoamericana Año XXI n^a 42, (Berkeley, 1995). A la actitud ciudadana de México es imposible describirla adecuadamente. Recorrer la ciudad es seguir la alternancia de iglesias de siglo XVII con edificios del XIX y del XX y entre ellos inmensos carteles publicitarios; todo es caótico y fragmentario. Para disfrutar la vida urbana hay que aprender el sentido de las visiones efímeras. García Canclini se pregunta y nos pregunta puede haber historias en estas nuestras urbes dominadas por la desorganización y la atomización? Ya no podemos imaginar un relato organizado desde un centro, desde el cual se trazaría el único mapa de una ciudad ordenada que dejó de existir. Solo podemos relatar reinenciones fragmentarias de barrios en donde podemos valorar signos de pertenencia y espacios múltiples de participación.

Quizás los únicos relatos totalizadores de la ciudad de México fueron los realizados por cronistas cuando describieron la participación solidaria luego de los sismos de 1985; siempre ante el caos los seres humanos realizamos la compasión y una cierta unificación nacional. Pareciera que solo el dolor y el drama incitan a recuperar el significado histórico y lo que significa pertenecer a una misma nación.

Para finalizar, parafraseando a Win Wenders, oscilamos entre dos posiciones, rechazamos la historia y necesitamos de la historia para reinventar una Nación.

Dice Wenders *"... En tanto que los hombres producen nexos y concatenaciones, las historias hacen la vida soportable y son un auxilio contra el terror"*.

Bibliografía.

_ Baquero Lazcano Pedro Enrique (2001); "Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado" Tomo I. Editorial Elias. Córdoba año.

_ García Canclini Néstor (1995); "Narrar la multiculturalidad" Revista de crítica Literaria Latinoamericana. Año XXI, N^a 42, Lima. Berkeley, 2do semestre, pp 9 - 20.

_ Garreta Mariano Juan (2001); Una mirada actual sobre el problema de las Identidades.

Cita de este artículo:

AMUCHÁSTEGUI, M. C. (2012) "Identidad e instituciones simbólicas. Representaciones subalternas en la cultura argentina.". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.12-21. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN REFERIDAS AL DERECHO AMBIENTAL COMO DERECHO HUMANO¹

Ab. Elsa Manrique

Abogada. Especialista en Docencia Universitaria,
Especialista en Contratos y Daños,
Doctorando de la UNC, Profesora de Derecho
Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales de la UNC y en la UNLaR, Directora del
Instituto de Derecho Notarial de la UNLaR.

Palabras claves:

Ambiente, derechos
humanos, degradación,
recursos naturales.

Key words:

Environment, human
rights, degradation,
natural resources.

Resumen

Es de observar que todos los derechos humanos se encuentran trasgredidos por la degradación ambiental, pudiendo llegar ésta a afectar incluso el derecho a la misma vida. El desarrollo sostenible requiere una actividad equilibrada.

¹ *Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de investigación subsidiado por SECyT-UNC, titulado "La Aplicación del Derecho Internacional en las Sentencias de la CSJN Argentina" (2008-2009), dirigido por la Dra. Zlata Drnas de Clément y co-dirigido por el Dr. Ernesto J. Rey Caro.

Abstract

It should be noted that all human rights are trasgredidos by environmental degradation, and may reach this to affect even the right to life itself. Sustainable development requires a balanced activity

INTRODUCCIÓN

El tema ambiental ha pasado a ser una cuestión trascendental, por un lado, por los alarmantes fenómenos naturales de inusitada gravedad que se registran en nuestro planeta y, por el otro, porque los gobernantes están tomando conciencia de los daños que se producen permanentemente a los recursos naturales.

La degradación del medio ambiente hostiga nuestro ecosistema. La contaminación ambiental y la disminución del agua potable, son unas de las tantas consecuencias adversas que alarman a los ambientalistas y a toda persona interesada por la preservación del medio ambiente.

Estamos atravesando un proceso de larga agonía, de empobrecimiento del oxígeno y de la capa de ozono. Los árboles de los bosques se talan, las aguas de los ríos se tornan malsanas, el Polo Norte se deshiela, miles de personas mueren por año por polución ambiental. En definitiva, los bienes renovables que posee nuestro planeta no lo son al ritmo de nuestro consumo, si la destrucción continúa de esta manera, irracional y desmesurada, comprometemos nuestro futuro. Las generaciones venideras tienen el derecho subjetivo de gozar de un desarrollo sustentable basado en un ambiente sano y equilibrado.

El problema es arduo y el derecho ambiental surge como la herramienta indispensable para solucionarlo, posee una función protectora regula la conservación del ambiente, es decir, el uso racional de los recursos naturales y la preservación de nuestro patrimonio cultural y natural.

DERECHO AMBIENTAL COMO DERECHO HUMANO

Los derechos humanos son facultades y prerrogativas inherentes a la persona que le pertenecen por su propia naturaleza, son necesarios para aseverar su pleno desarrollo en una comunidad organizada, deben ser reconocidos y respetados por las autoridades y garantizados por el orden positivo interno. (Martinez, s.f. para. 1).

Entre algunos de los pactos y declaraciones de los distintos organismos regionales que se refieren a los Derechos Humanos se pueden mencionar: el "Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales", la "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, "La Declaración de Bogotá" "La Declaración Americana de Derechos o Pacto de San José de Costa Rica".

Las principales características que se les atribuyen a los derechos humanos son:

Inherentes: son innatos a las personas sin distinción alguna, no necesitan ser reconocidos por el Estado.

Universales: se extienden a todas las personas en todo tiempo y lugar.

Absolutos: su respeto se puede reclamar a las autoridades o a cualquier persona que los vulnere.

Inalienables: pertenecen en forma indisoluble a la esencia misma de la persona, no deben separarse del ser humano, no pueden transmitirse o renunciarse a ellos.

Inviolables: ninguna persona o autoridad puede accionar en forma legítima en contra de ellos, con excepción de las justas limitaciones impuestas en pos del bien común de la comunidad.

Imprescriptibles: no se pierden por el transcurso del tiempo.

Indisolubles: forman un conjunto inseparable de derechos.

Interdependientes: la vigencia de uno o unos es la condición para que se realicen otros; la transgresión o desconocimiento de alguno de ellos puede afectar otros derechos, como por ejemplo el derecho al trabajo puede afectar el derecho al medioambiente.

Irreversibles: todo derecho reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente adquirido y no puede perderse.

Progresivos: es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos.

Planetarios-Globales: el derecho a gozar de un ambiente sano y limpio es un derecho humano del cual debe disfrutar toda la humanidad.

Es de observar que todos los derechos humanos se encuentran vulnerados por la degradación ambiental pudiendo afectar incluso el derecho a la misma vida.

El desarrollo sostenible requiere una actividad equilibrada. Si bien las personas necesitan trabajar no deben realizar su actividad a expensas del medioambiente y de la biodiversidad que disfrutan. Se debe estimular el desarrollo económico de toda la comunidad, pero sin menoscabar el ecosistema que también pertenece a las futuras generaciones.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante Resolución 217 A (III) que sostuvo:

(...) como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan,

libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Esta Asamblea consideró a los derechos humanos como inherentes a la dignidad de la persona sin distinción de raza, sexo, religión y sin tener en cuenta las diferencias sociales, económicas, políticas, jurídicas e ideológicas. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclamó que todas las personas tienen derecho a la protección y mejoramiento de la salud, la educación, la vivienda y a gozar de un medio ambiente sano (Martinez, s.f. para. 5). También sostuvo la necesidad de que todas las personas tomen la responsabilidad de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones actuales y futuras.

En 1972 se redactó en la Conferencia de las Naciones Unidas la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano, la base que permite relacionar "los derechos humanos y la protección del medio ambiente" que asevera que las personas poseen el derecho a la libertad, la igualdad y a disfrutar de las condiciones adecuadas de vida en un ambiente sano que les permita desarrollar una vida con dignidad y bienestar.

En 1992 se celebró la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo que consagró el derecho a la información, participación y enmienda de las condiciones ambientales de nuestro ecosistema. En la misma se propuso reafirmar la declaración de la Conferencia de Estocolmo, a fin de disponer una alianza mundial que implique la cooperación de los Estados para crear acuerdos internacionales en donde se respeten los derechos de todas las personas y se proteja la integridad del medioambiente (Martinez, s.f. para. 9).

En el año 2001 la Asamblea General de la Organización de Estados

Americanos (OEA) mediante la Resolución 1819 instó a que sus otras

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

instituciones analizaran los posibles vínculos entre "los derechos humanos y el medio ambiente". Este documento reconoce la necesidad de promover la defensa del medio ambiente y de disfrutar del pleno goce de todos los derechos humanos, por tal motivo solicitó a la Secretaría General que efectúe un estudio sobre la relación entre "la protección ambiental y el pleno goce de los derechos humanos"².

Al año siguiente, la Asamblea General de la misma Organización aprobó la Resolución 1896 que estimuló la colaboración institucional en lo atinente a "los derechos humanos y el medio ambiente" en el contexto de la Organización en forma especial entre la CIDH y la USDE, la Asamblea resolvió:

Continuar acompañando el tema, poniendo especial atención a los trabajos que los foros multilaterales relevantes vienen desarrollando sobre el mismo y alentar la colaboración institucional en materia de derechos humanos y medio ambiente en el ámbito de la Organización, particularmente entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Unidad para el Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente.

En el año 2003 la Asamblea General de la OEA reunida en Santiago de Chile aprobó la Resolución 1926, por la cual continuó apoyando la cooperación institucional en el área de "los derechos humanos y el medio ambiente" efectuada con otras organizaciones. Asimismo, solicitó a su Secretaría General que mantenga un diálogo abierto con los Estados miembros y demás organizaciones de la sociedad sobre esta cuestión³.

² V. Informe de la Unidad de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente sobre sus Actividades en el Campo de Derechos Humanos y Medio Ambiente, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos.

También, podemos encontrar información relevante sobre "los derechos humanos y la protección del ambiente", en: "El Movimiento de los Pueblos para la Educación en Derechos Humanos", "El Comité Económico, Social y Cultural de las Naciones Unidas", "El Tercer Foro Mundial del Agua", "Integrating Human Rights and the Environment within the United Nations", "The American Association for the Advancement of Science", "Organización Mundial de la Salud", "Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment", "International Right to Know, Environment and Human Rights Project", etc.

Muchos ecologistas utilizan la transgresión de los derechos humanos como fundamento para estudiar los efectos nocivos de la destrucción ambiental que afectan la salud de las personas, consideran que muchas de las arbitrariedades realizadas en contra de la humanidad son ambientales. Afecciones importantes como por ejemplo el cáncer de piel, problemas respiratorios e intestinales, son las causas más comunes de muerte entre los sectores más vulnerables de la comunidad. La Organización Mundial de la Salud sostiene que pueden ser prevenidas si se brinda un medio ambiente seguro, sano y limpio a la población.

Es preciso impulsar el desarrollo de la protección de "los derechos humanos y del medio ambiente" en forma ordenada y complementaria entre los actores del sistema interamericano.

Las constantes violaciones a derechos humanos causadas por problemas ambientales son múltiples y graves, pues se trata de conductas o actividades producidas en forma sistemática que perjudican a personas o comunidades de manera continua y sus efectos se acrecientan y trascienden infringiendo los derechos humanos.

Las más expuestas son las personas carentes de recursos económicos, quienes soportan las secuelas de la degradación ambiental, ya sea, por

desconocimiento de las consecuencias de la problemática ambiental, la

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

insuficiente información disponible sobre las diversas situaciones potencialmente peligrosas, o las pocas posibilidades que poseen de acceder a la justicia. Estas arbitrariedades se producen en provecho económico de unos pocos e implican un ultraje a los derechos, la salud y la vida de las personas.

En la Convención Americana se convino respetar y garantizar los derechos allí dispuestos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que los Estados partes están obligados a organizar todas las estructuras necesarias, a fin de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Es así, que los Estados deben prevenir y sancionar toda vulneración de los derechos establecidos por la Convención y, en su caso reparar los daños producidos.

La responsabilidad que tiene cada Estado en las cuestiones en las que se infringe los derechos humanos causados por degradación ambiental asume distintas modalidades y tipos, pero la más importante se origina cuando su conducta produce directamente la degradación del medioambiente haciendo surgir su responsabilidad.

En nuestro continente se ha contaminado y degradado el ambiente con impunidad. Podemos observar el profundo deterioro natural que padecen los países de la región que se va acrecentando a través del tiempo.

DERECHO AL AMBIENTE SANO EN LAS SENTENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Aspectos preliminares

Lo sustentable es lo que permanece en el tiempo, es estable y se inspira en políticas de Estado en pos del bien de la comunidad. En la Cumbre de la

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A2.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

1992 se instó a la información y a la educación ambiental de la población, cuestiones que hemos desatendido demasiado.

Nuestra Constitución Nacional estatuye en:

Art. 41: *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo (...). Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales (...).*

La mayoría de las constituciones provinciales de nuestro país contienen en su articulado la protección al medioambiente en forma autónoma, como por ejemplo, las de las provincias de: Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Río Negro, Salta, Santa Cruz, Tierra del Fuego y Neuquén y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Otras constituciones, contienen la defensa del ambiente de forma incidental, o relacionado al tratamiento de la salud o los recursos naturales, como por ejemplo, las constituciones de Catamarca, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán. Finalmente, otras carecen de normativa sobre el tema, como por ejemplo, las de Entre Ríos, Santa Fe, Mendoza y Misiones (Drnas de Clement, 2008:144).

Para el presente trabajo expondremos sólo las Constituciones provinciales que han sido reformadas a partir del año 1994, que a continuación se detallan:

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1994), instala en:

Art. 28. *Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada. En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales. Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna. Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo.*

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), legisla sobre el Derecho Ambiental en los artículos 26, 27 y 30, a saber:

Art. 26. *El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer. (...) Toda persona tiene derecho, a su solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas.*

Art. 27. *La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el área metropolitana. Instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueve: 1. La preservación y restauración de los procesos ecológicos esenciales y de los recursos naturales que son de su dominio. 2. La preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora (...).b10. La regulación de la producción y el manejo de tecnologías, métodos, sustancias, residuos y desechos, que comporten riesgos (...)*

Art. 30. *Establece la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública.*

La Constitución de la Provincia de Corrientes (2007) en su Preámbulo ordena: (...) impulsar el desarrollo sostenible, preservar el ambiente (...), y en sus Art. 49, 50, 52 y 53, 56, 57, 65 y 66 dicen:

Art. 49. *Toda persona tiene el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado y el deber de preservarlo para las generaciones presentes y futuras.*

Art. 50. *Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho al acceso a la información sobre el impacto que las actividades públicas o privadas causen o pudieren causar sobre el ambiente y a participar en los procesos de toma de decisiones sobre el ambiente de conformidad con el procedimiento que determine la ley. El Estado está obligado a producir y a difundir amplia y oportunamente la información relacionada con el ambiente.*

Art. 52. *Toda persona puede interponer la acción prevista en el artículo 67 de esta Constitución, en protección del ambiente o con el objeto de hacer cesar las actividades que en forma actual o inminente causen o puedan causar daño ambiental, entendido como cualquier modificación o alteración negativa relevante al equilibrio del ecosistema, los recursos, los bienes o valores colectivos. Quien promueva la acción está eximido del pago de tasas judiciales. Las pericias, estudios, trámites o pruebas requeridas en el proceso para demostrar la afectación o daño producido serán solventados por el Estado, salvo que las costas fueran impuestas al demandado y conforme lo determine la ley.*

Art. 53. *El Estado Provincial fija la política ambiental, protege y preserva la integridad del ambiente, la biodiversidad, el uso y la administración racional de los recursos naturales, promueve el desarrollo productivo compatible con la calidad ambiental, el uso de tecnologías no contaminantes y la disminución de la generación de residuos nocivos, dicta la legislación destinada a prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, sanciona su incumplimiento y exige la reparación de los daños. La política ambiental provincial debe formularse teniendo en cuenta los aspectos políticos, ecológicos, sociales, culturales y económicos de la realidad local, con el objeto de asegurar el uso adecuado de los recursos naturales, optimizar la producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y promover la participación social*

en las decisiones fundamentales relacionadas con el desarrollo sustentable provincial.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

Art. 56. *El Poder Legislativo debe sancionar las normas complementarias a los presupuestos mínimos de protección ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional*

Art. 57. *La determinación previa del proceso de evaluación del impacto ambiental es obligatoria para todo emprendimiento público o privado susceptible de causar efectos relevantes en el ambiente.*

Art. 65. *Para la regulación del sistema de áreas protegidas, el Estado Provincial sancionará normas que establezcan: 1) La preservación, protección, conservación y recuperación de los recursos naturales y su manejo a perpetuidad. 2) La armonía entre el desarrollo perdurable de las actividades productivas, la preservación del ambiente y el mejoramiento de la calidad de vida. 3) El resguardo de la biodiversidad y la protección y el control de los recursos genéticos de especies vegetales y animales. 4) La regulación del tránsito y egreso de las especies autóctonas de la flora y de la fauna, imponiendo las sanciones que correspondan a su tráfico ilegal. 5) El ordenamiento territorial de dichas áreas, con la participación de los municipios y de las comunidades que habitan en la región. 6) La exigencia de evaluación previa sobre impacto ambiental para autorizar emprendimientos públicos o privados.*

Art. 66. *Se declara patrimonio estratégico, natural y cultural de la Provincia de Corrientes a los fines de su preservación, conservación y defensa: el ecosistema Iberá, sus esteros y su diversidad biológica, y como reservorio de agua dulce, en la extensión territorial que por ley se determine, previo relevamiento y fundada en estudios técnicos. Debe preservarse el derecho de los pobladores originarios, respetando sus formas de organización comunitaria e identidad cultural.*

La Ley Suprema de la provincia del Chaco en su preámbulo establece:

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A2.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

proteger el ambiente y los recursos naturales; dispone en:

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

Art. 38. *Todos los habitantes de la Provincia tienen el derecho inalienable a vivir en un ambiente sano, equilibrado, sustentable y adecuado para el desarrollo humano, y a participar en las decisiones y gestiones públicas para preservarlo, así como el deber de conservarlo y defenderlo. Es deber de los poderes públicos dictar normas que aseguren básicamente: 1º. La preservación, protección, conservación y recuperación de los recursos naturales y su manejo a perpetuidad. 2º. La armonía entre el desarrollo sostenido de las actividades productivas, la preservación del ambiente y de la calidad de vida. 3º. El resguardo de la biodiversidad ambiental, la protección y el control de bancos y reservas genéticas de especies vegetales y animales. 4º. La creación y el desarrollo de un sistema provincial de áreas protegidas. 5º. El control del tránsito de elementos tóxicos; la prohibición de introducir o almacenar en la Provincia residuos radiactivos, no reciclables o peligrosos, y la realización de pruebas nucleares. 6º. La regulación del ingreso, egreso, tránsito y permanencia de especies de la flora y de la fauna y las sanciones que correspondan a su tráfico ilegal. 7º. La fijación de políticas de reordenamiento territorial, desarrollo urbano y salud ambiental, con la participación del municipio y entidades intermedias. 8º. La exigencia de estudios previos sobre impacto ambiental para autorizar emprendimientos públicos o privados. 9º. El establecimiento de programas de educación ambiental, orientados a la concienciación social, en el ámbito educativo formal y no formal, y el desarrollo de la investigación. (...). 12º. Los recursos suficientes para el cumplimiento de lo establecido en este artículo. La Provincia o los municipios en su caso, establecerán la emergencia ambiental ante la existencia actual o el peligro inminente de desequilibrios o daños producidos por fenómenos naturales o provocados. En el **art. 205** dice que corresponde al Consejo Municipal (...) e) protección de medio ambiente (...).*

La Constitución de la Provincia de Chubut (1994) sostiene en su articulado referente al medio ambiente y en el:

Art. 103. *Todos los recursos naturales radioactivos cuya extracción, utilización o transporte, pueden alterar el medio ambiente, deben ser objeto de tratamiento específico.*

Art. 109. *Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano que asegura la dignidad de su vida y su bienestar y el deber de su conservación en defensa del interés común. El Estado preserva a la integridad y diversidad natural y cultural del medio, resguarda su equilibrio y garantiza su protección y mejoramiento en pos del desarrollo humano sin comprometer a las generaciones futuras. Dicta legislación destinada a prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, impone las sanciones correspondientes y exige la reparación de los daños.*

Art. 110. *Quedan prohibidos en la Provincia la introducción el transporte y el depósito de residuos de origen extraprovincial radioactivos, tóxicos, peligrosos o susceptibles de serlo. Queda igualmente prohibida la fabricación, importación, tenencia o uso de armas nucleares, biológicas o químicas, como así también la realización de ensayos y experimentos de la misma índole con fines bélicos.*

Art. 111. *Todo habitante puede interponer acción de amparo para obtener de la autoridad judicial la adopción de medidas preventivas o correctivas, respecto de hechos producidos o previsibles que impliquen deterioro del medio ambiente.*

En la Constitución de la Provincia de Formosa (2003), dispone:

Art. 38. *Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona humana, así como el deber de conservarlo. Es obligación de los poderes públicos proteger el medio ambiente y los recursos naturales, promoviendo*

la utilización racional de los mismos, ya que de ellos dependen el desarrollo y la supervivencia humana. Para ello se dictarán normas

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

que aseguren: 1-El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética, y la protección, recuperación y mejoramiento del medio ambiente. 2- La compatibilidad de la planificación económica, social y urbanística de la Provincia, con la protección de los recursos naturales, culturales y del patrimonio histórico y paisajístico. 3-La absoluta prohibición de realizar pruebas nucleares, y el almacenamiento de uranio o cualquier otro mineral radioactivo y de sus desechos, salvo los utilizados en investigación, salud y los relacionados con el desarrollo industrial, cuya normativa se ajustará a lo establecido por los organismos competentes. Todos los recursos naturales radioactivos, cuya extracción, elaboración o utilización puedan alterar el medio ambiente, deberán ser objeto de tratamientos específicos a efectos de la conservación del equilibrio ecológico. 4) El correcto uso y la comercialización adecuados de biocidas, agroquímicos y otros productos que puedan dañar el medio ambiente. 5) La protección de la flora y la fauna silvestre, así como su restauración. 6) El adecuado manejo de las aguas, tanto superficiales como subterráneas, protegiéndolas de todo tipo de contaminación o degradación, sea química o física. (...) 11) La implementación de medidas adecuadas tendientes a la preservación de la capa de ozono.

La Constitución de la Provincia de La Pampa (1994) prescribe en:

Art. 18. *Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Es obligación del Estado y de toda la comunidad proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida. Los Poderes Públicos dictarán normas que aseguren: a) la protección del suelo, la flora, la fauna y*

la atmósfera; b) un adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas; (...) Se declara a La Pampa zona no

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

nuclear, con el alcance que una ley especial determine en orden a preservar el ambiente (...).

La Constitución de la Provincia de Neuquén (2006) en su articulado sostiene:

Art. 54. *Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas o de cualquier índole, satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, así como el deber de preservarlo. Todo habitante de la Provincia tiene derecho, a solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causen o pudieren causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas. Consumidores y usuarios.*

Art. 55. *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada, veraz, transparente y oportuna; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno (...).*

Art. 74. *La organización de la economía y la explotación de la riqueza tienen por finalidad el bienestar general, respetando y fomentando la libre iniciativa privada, con las limitaciones que establece esta Constitución, para construir un régimen que subordine la economía a los derechos del hombre, al desarrollo provincial y progreso social.* **Art.76.** *El Estado se abstendrá de intervenir en la actividad privada comercial o industrial hasta donde ello sea compatible con el bienestar general de la población, a la que defenderá mediante la legislación adecuada, de los monopolios, trusts y de toda otra forma de abuso del poder económico.*

Art. 77. *La acción de gobierno, en cuanto a la promoción económica y realización de la obra pública, responderá a una planificación*

integral que contemple todas las relaciones de interdependencia de los factores locales, regionales y nacionales. Consejo de Planificación y Acción para el Desarrollo (COPADEV).

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

Art. 78. *La planificación será dirigida y permanentemente actualizada por el Consejo de Planificación y Acción para el Desarrollo (COPADEV), cuyos miembros serán designados por el Poder Ejecutivo con aprobación de la Legislatura. Estará compuesto por profesionales y técnicos universitarios de todas las disciplinas conducentes a su fin y representantes de las fuerzas de la producción, la ciencia y el trabajo. Todas las entidades públicas provinciales o municipales y las privadas, tendrán obligación de colaborar con el Consejo de Planificación y Acción para el Desarrollo en la realización de relevamientos o prospecciones necesarios para determinar el potencial económico de la Provincia. Obligación de suministrar información.*

Art. 89. *Toda entidad pública o privada que deba realizar estudios, proyectos, investigaciones, censos o relevamientos de cualquier orden, dentro de los límites de la Provincia, deberá recabar autorización para ello ante la autoridad provincial competente, y a su finalización o durante su transcurso deberá entregar a la misma los resultados autenticados, con planos, memorias y todo otro material correspondiente que le fuere indicado. Será obligación de quienes sean concesionarios, usuarios o permisionarios y sus dependientes, contratistas o subcontratistas, suministrar al Estado provincial toda información histórica, actual y futura generada en la investigación, exploración y explota de manera oportuna y completa, aplicando la más moderna tecnología utilizable en la generación y procesamiento de datos. Esta información será patrimonio del Estado provincial y deberá ser utilizada, entre otros fines, para ejercer el estricto control y fiscalización y para efectuar la planificación y evaluación respectiva.* **Art.90.** *(...) El Estado atiende en forma prioritaria e integrada las causas y las fuentes de los problemas ambientales; establece estándares ambientales y*

realiza estudios de soportes de cargas; protege y preserva la integridad del ambiente, el patrimonio cultural y genético, la biodiversidad, la biomasa, el uso y administración racional de los

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

recursos naturales; planifica el aprovechamiento racional de los mismos, y dicta la legislación destinada a prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental imponiendo las sanciones correspondientes. La Provincia garantiza la educación ambiental en todas las modalidades y niveles de enseñanza.

Art. 91. *Queda prohibido en el territorio de la Provincia el ingreso de residuos radiactivos peligrosos o susceptibles de serlo. Jurisdicción. Normas de presupuestos mínimos.*

Art. 92. *Corresponde a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales y de protección ambiental, de aplicación a todo su territorio, pudiendo los municipios dictar normas pertinentes de acuerdo a sus competencias. No se admite en el territorio provincial la aplicación de normas nacionales que, so pretexto de regular sobre presupuestos mínimos ambientales traspasen dichas pautas, excedan el marco de las facultades constitucionales delegadas a la Nación o menoscaben los derechos que la Constitución Nacional reconoce a las provincias en el artículo 124 párrafo segundo o su jurisdicción.*

Art. 93. *Todo emprendimiento público o privado que se pretenda realizar en el territorio de la Provincia y que pueda producir alteraciones significativas en el ambiente, deberá ser sometido a una evaluación previa de impacto ambiental conforme al procedimiento que la ley determine, la que, además, contemplará los mecanismos de participación. La potestad de evaluación y control ambiental alcanza a aquellos proyectos de obras o actividades que puedan afectar el ambiente de la Provincia, aunque no se generen en su territorio.*

Art. 94. *El Estado provincial establecerá por ley especial un sistema de parques, zonas de reserva, zonas intangibles u otros tipos de áreas protegidas y será su deber asegurar su cuidado y*

preservación. Se reivindican los derechos de dominio y jurisdicción de la Provincia sobre las áreas de su territorio afectadas por parques y reservas nacionales en orden a lo dispuesto por la Constitución

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

Nacional y, en particular, sobre el ambiente y los recursos naturales contenidos en la misma, sin perjuicio de coordinar con el Estado nacional su administración y manejo. Las autoridades provinciales están obligadas a defender estos derechos.

La Constitución de la Provincia de Salta de 1998 en el Preámbulo establece la protección del medio ambiente y en:

Art. 30. *Todos tienen el deber de conservar el medio ambiente equilibrado y armonioso, así como el derecho a disfrutarlo. Los poderes públicos defienden y resguardan el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida, previenen la contaminación ambiental y sancionan las conductas contrarias.*

En la Constitución de la Provincia de Santa Cruz (1998) instituye en:

Art. 73. *Toda persona tendrá derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo personal. El Estado y los particulares estarán obligados al cuidado y a la preservación del medio ambiente, así como a una explotación racional de los recursos naturales, para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.- Por ley se reglarán las acciones tendientes a impedir toda agresión contra el medio ambiente y se crearán los organismos a los que se encomendará la aplicación de estos preceptos. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley y se asegurarán estudios del impacto ambiental en los emprendimientos que se realicen.- Se prohíbe el ingreso al territorio provincial de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos o los de cualquier otra índole o naturaleza comprobadamente tóxicos, peligrosos o susceptibles de serlo en el futuro.*

Art. 74. *La ley agraria tenderá a la defensa de los suelos, fomentando la forestación, reforestación, riego, defensa de las*

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

especies vegetales y velará por la explotación racional de los mismos.

La Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (2005) sostiene en el:

Art. 35. *(...) derecho de todo habiente a un ambiente sano y a que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (...).*

El derecho a un ambiente sano es un derecho colectivo universal por su carácter *no excluyente* es que todos los habitantes somos titulares del derecho al ambiente. La obligación de efectivizarlo está a cargo del Estado representado por sus tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, y en sus niveles de descentralización autónoma, gobierno federal, provincial y municipal.

A continuación haremos referencia a algunas Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al derecho ambiental como derecho humano y analizaremos sus más destacados fallos en orden cronológico sobre esta temática.

TEMÁTICAS-CASOS

Recomposición de daños colectivos ambientales:

El ambiente se degrada como consecuencia del humo, los ruidos y los residuos que son arrojados por los distintos establecimientos hospitalarios, industriales y comerciales creando una situación de riesgo que perjudica no sólo a las personas, sino también a los animales y a la vegetación produciendo un deterioro gradual. Las grandes ciudades son agobiadas por

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A2.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

la emisión de gases nocivos que emiten los vehículos y otras fuentes creando polución sonora.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

CSJN, 04/07/2006. Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida c. Provincia de San Luis y otros. Doctrina Judicial 06/09/2006, 32.

La Asociación antes mencionada, cuyo objeto es la defender y promover el cuidado del medio ambiente y la calidad de vida de las personas, inició acción a fin de lograr la recomposición del medioambiente contra la Provincia de San Luis, una Municipalidad y veinte empresas más para que restauren los predios en que depositan residuos ubicados en territorio municipal y en subsidio el pago de una indemnización. Manifestó que los residuos son depositados en el lugar sin tratamiento previo, que el inmueble no posee las características técnicas necesarias para proteger el ecosistema, lo cual se agudiza por el gran número de industrias existentes en el lugar. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se declaró incompetente para tramitar el amparo en instancia originaria.

El Procurador Fiscal de la Nación dijo:

II.- (...) es dable tener en cuenta que aquí no se pretende el examen y revisión, en sentido estricto, de actos administrativos del Estado local, sino que el objeto principal de la demanda consiste en obtener el restablecimiento del daño ambiental al estado anterior a su producción.

Del voto de los Doctores: Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton De Nolasco, Carlos S. Fayt, Ricardo L. Lorenzetti y Carmen M. Argibay, destacamos:

2 (...) En el caso, ese principio obtiene concreción en el inequívoco reconocimiento a las autoridades locales de las atribuciones necesarias para aplicar, por un lado, los criterios de protección ambiental que consideren conducentes en orden a la consecución del

bienestar de la comunidad para la que gobiernan, tal como lo reconocen tanto en el art. 47 de la Ley Fundamental sanluiseña, como en el plexo normativo local enumerado por la actora a fs. 36

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

vta. /37; y, por el otro, también para valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Una conclusión de esta naturaleza hace pie en la Constitución Nacional que, si bien otorga poderes a la Nación para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente en su art. 41, anteúltimo párrafo, las jurisdicciones locales en la materia, que por su condición y raigambre no pueden ser alteradas (Fallos: 318:992, considerando 7º, Ley 25.612, art. 55).

3 Que en el caso no se encuentra acreditado —con el grado de verosimilitud suficiente que tal denuncia importa y exige para su escrutinio— que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales (...).

6 Que a fin de preservar la distribución de competencias prevista en las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales en juego, cabe concluir que son las autoridades judiciales locales las que, en aplicación del cuerpo normativo antes mencionado —respecto del cual no se señala su ineptitud— ordenarán, en su caso, restablecer el daño ambiental invocado en estas actuaciones, a cuyo fin deberán —como queda demostrado— examinar los actos locales de gobierno y aplicar el marco legal en que ellos se inscriben a fin de dictar —eventualmente— la sentencia de condena que persigue el amparo presentado (...).

La acción de amparo de recomposición ambiental entablada por la actora contra una provincia, una municipalidad y varias empresas no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues son las autoridades provinciales las que deben aplicar los criterios de protección ambiental que consideren pertinente para lograr el bienestar de

su comunidad, juzgando los actos que realicen en ejercicio de sus poderes y en pos de tal fin. Asimismo, tampoco le corresponde a la Corte entender en el caso si no se ha acreditado en autos que el hecho producido posee

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

entidad suficiente para producir contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales.

La Corte sostuvo que son delitos contra la salud pública y el medio ambiente envenenar o adulterar el agua, los alimentos, propagar las enfermedades peligrosas y contagiosas, como asimismo el incumplimiento de las Leyes de policía sanitaria animal. La Ley 24.051 reprime a la persona que utiliza estos residuos contaminando de una forma peligrosa el ambiente en general. Además, establece que la salud pública y el medio ambiente, son bienes jurídicos amparados por el derecho penal ambiental.

Esta acción se interpuso con el fin de que se aplique el artículo 41 de la Constitución Nacional y la Ley 25675 que establece los presupuestos mínimos indispensables para la protección de la diversidad biológica logrando un desarrollo sustentable.

CSJN, 22/08/2007. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios.

http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Fallo_Mendoza_Beatriz.pdf

En la cuenca Matanza Riachuelo de la provincia de Buenos Aires se produjo la contaminación ambiental promovida por un grupo de industrias que desde hace años vierten en ella sus efluentes sin tratamiento previo, esta situación ha provocado la petición de medidas por parte de la comunidad vecina de dicho lugar.

En el año 2004 se presentó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación la causa *Mendoza*. En dicha demanda se sostuvo que las empresas de la zona vierten en el Riachuelo residuos patológicos produciendo graves

problemas al medioambiente.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

El día 8 de Julio del año en curso la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios sobre la contaminación ambiental de la cuenca Matanza Riachuelo y condenó al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a ejecutar el programa de saneamiento que se formuló en el fallo⁴. La Corte Suprema enmarcó con claridad y precisión cuáles son las pretensiones esgrimidas por los demandantes a efectos de evaluar la procedencia de la competencia originaria (CSJN, 22/08/2007 - Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios, Considerando 5).

En el presente litigio un grupo de vecinos de la ciudad de Buenos Aires, Avellaneda, Dock Sud (Polo Petroquímico) y ribereños de la cuenca Matanza-Riachuelo, todos ellos víctimas de la contaminación ambiental, incoaron el 14 de julio de 2004 ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación una demanda y medida cautelar tendiente a la obtener no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos en particular en su salud (daños y perjuicios individuales), sino además la creación de un "*fondo de reparación ambiental*" inédito en nuestro país no obstante estar previsto por la Ley 25.675.

El Tribunal expuso en un pormenorizado fallo la recomposición de la cuenca del Riachuelo-Matanza que debía realizarse en forma urgente e impostergable. En la sentencia se criticó las imprecisiones formuladas en la demanda como así también del plan presentado y se insistió que se tomen medidas urgentes, enérgicas y eficaces que se detallan en el decisorio.

El programa de la Corte buscó obtener los siguientes objetivos: a).- el

⁴ De manera acertada, el máximo tribunal deslindó la competencia ordinaria en materia de daños y perjuicios, y mantuvo la originaria en razón del conflicto interjurisdiccional.

mejoramiento de la calidad de vida de los vecinos de la cuenca, b).- la recomposición del ambiente como derecho de incidencia colectiva y ante su imposibilidad el resarcimiento (art. 28 de la Ley 25.675), c).- la prevención

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

La Corte Suprema, en base a las potestades ordenatorias e instructorias conferidas por el art. 32 de la Ley 25.672 (Adla, LXII-E, 5118), estableció las siguientes acciones, a saber: a).- Información pública: en el término de treinta días ordenó concretarse un sistema de información pública digital vía Internet para todo el público, cuyo contenido sea claro, accesible y que disponga de todos los datos (informes, listado, cronogramas y costos actualizados). b).- Inspección de empresas: en el plazo de un mes mandó inspeccionar las industrias de la Cuenca para identificar las que contaminan; a partir de ese momento se previó otros treinta días para que dichas industrias presenten un plan de tratamiento eficaz a fin de solucionar el problema de la contaminación. c).- Saneamiento de basurales: la ACUMAR en un plazo de seis meses debe prohibir el funcionamiento de los basurales radicados sobre la Cuenca y en el término de un año deberán erradicarse los ilegales. d).- Limpieza de márgenes del río: la Sentencia ordenó que se informe los plazos y presupuestos indispensables para desratizar, limpiar y desmalezar la Cuenca. e).- Red de agua potable, desagües pluviales y saneamiento cloacal: sobre este tema, ya se están desarrollando planes oficiales, en virtud de ello se reclamó información pública sobre la evolución de cada obra. f).- Plan Sanitario de Emergencia: tomando como base un informe muy crítico que elaboraron las facultades de Medicina y de Farmacia y Bioquímica de la UBA, la Corte estableció 90 días para que la ACUMAR⁵ efectúe un mapa que permita establecer los factores ambientales de riesgo, la población vulnerable y los problemas de salud existentes.

La sentencia dispuso plazos perentorios y multas diarias ante los posibles

⁵ ACUMAR es la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo, ente interjurisdiccional, creado por la Ley Nacional n. 26.168 adherido por las Legislaturas de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que tiene a su cargo la ejecución del Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo.

incumplimientos del cronograma dispuesto por el Alto Tribunal⁶.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

La Corte delegó en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes el proceso de ejecución de la Sentencia con el objeto de garantizar el rápido cumplimiento de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su acatamiento. La competencia de este tribunal será exclusiva para lograr la uniformidad y consistencia de la interpretación de los temas que se presenten (Rodríguez, 2008-D: 465).

Dispuso además, la eliminación de la actuación de cualquier tribunal intermedio, de tal forma que las medidas llevadas a cabo por este juzgado sólo podrán ser impugnadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El Juzgado Federal encargado deberá fijar la cuantía de las referidas multas.

Las autoridades demandadas deben cumplimentar los mandatos establecidos y alcanzar los resultados previstos quedando dentro de sus facultades la forma de efectivizarlos.

Consideramos que la Sentencia dictada en esta causa constituyó un gran avance en la evolución de la protección ambiental en nuestro país e implicó un antecedente significativo a fin de solucionar otras situaciones de conflicto ambiental existentes en nuestro país (Manrique, 2008:3).

Para la Fundación Ambiente y Recursos Naturales este fallo constituyó una gran oportunidad para poner en funcionamiento una política a nivel nacional en el área ambiental, a fin de obtener respuestas precisas y claras a la situación de conflicto que afecta a la Cuenca Matanza Riachuelo cuestión que hasta ahora continúa siendo una disciplina pendiente.

En el mes de marzo del presente año la Secretaria de Ambiente manifestó que el saneamiento del Riachuelo estaría listo para el mes de

⁶ La aplicación de la multa es para quien ocupe el cargo de presidente de la Autoridad de la Cuenca, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 2º de la Ley 26.168. (ARTICULO 2º. La Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo estará compuesta por OCHO (8) integrantes, entre ellos el titular de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros, quien ejercerá la presidencia).

julio del año 2016. Además, observó que el Riachuelo no debe tener residuos de ninguna naturaleza, ni sólidos domiciliarios, ni industriales, ni

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

cloacales, pues son las principales fuentes de contaminación. Destacó que las industrias vecinas deben declarar en forma periódica las sustancias que vierten en el Riachuelo y sostuvo que el ACUMAR está haciendo más inspecciones que nunca.

Lo más novedoso, original y sin antecedentes de la resolución dictada por este Alto Tribunal residió en la conformación de un cuerpo colegiado que controlara la implementación del Plan de Saneamiento que comprende al Defensor del Pueblo de la Nación, y las ONG Fundación Ambiente y Recursos Naturales, el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Asociación Vecinos de La Boca y Greenpeace.

Otra cuestión importante observada en el fallo es que estableció una diferencia entre el daño ambiental *individual* del *colectivo*. La lesión de los *bienes individuales* del daño a los *bienes colectivos o públicos* (Bidart Campos, 2002-A: 1377).

Es interesante destacar como la Corte en su fallo recuperó el rol institucional de diferentes instancias del Estado, como por ejemplo, la Auditoría General de la Nación, a la que otorga el control sobre los recursos y la ejecución presupuestaria del Plan Integral de Saneamiento. Además, concedió competencias al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para revisar la actuación de la ACUMAR.

En definitiva, podemos decir que lo resuelto en esta causa permite y permitirá la continuación de las tareas de remediación y limpieza del Riachuelo tantas veces prometida, la creación de bases de datos y registros de enfermedades derivadas de la contaminación ambiental, la atención de la salud de la población y la reparación de los daños y perjuicios.

La contaminación del Riachuelo es un delito de competencia federal que

vulnera lo dispuesto por los arts. 55, 56 y concordantes de la Ley 24.051 y

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

nos va destruyendo a todos progresivamente. Tenemos la firme convicción de que no se deben olvidar los aspectos penales de la contaminación, pues son conductas criminales producidas por las personas que contaminan y de quienes ignoran su deber de denunciar estos delitos. Opinamos que esta obligación de denunciar incumbe a todos los ciudadanos, principalmente a los integrantes de los poderes del Estado. Este Alto Tribunal ha expresado: *"(...) Cumple un insustituible papel rector: cada sentencia de la Corte de Justicia, contiene un mensaje relevante a la comunidad (...)"* (Morello, 2005: 655).

La Corte ordena como única obligación para el caso de incumplimiento de la Sentencia por parte del funcionario una multa diaria. Estos últimos son responsables personalmente por el incumplimiento de las órdenes judiciales en los plazos procesales (Lorenzetti, 2008: 155). Sostenemos que es exigua la sanción establecida.

En nuestro ordenamiento jurídico contamos con la tutela constitucional, es decir, utilizando las armas que el mismo orden normativo nos brinda para lograr un ambiente mejor para nosotros y las generaciones venideras.

CSJN, 26/08/2008. Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Y.P.F. S.A. y otros. La Ley Online

En esta causa la actora impetró una acción de daño ambiental, a fin de lograr la recomposición del perjuicio ocasionado por la actividad hidrocarburífera en la "Cuenca Neuquina". La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió hacer lugar a la excepción de defecto legal incoada por las demandadas y, en consecuencia, estableció un plazo para que la actora subsane lo observado.

En el Voto en Disidencia del Señor Presidente Dr. Luis Lorenzetti y de Dra. Carmen M. Argibay (se remitieron a lo dicho en la sentencia dictada en la misma causa con fecha 29 de Agosto de 2006):

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

4) (...) En efecto, en aquella decisión se precisó que la generalidad de los términos del escrito de demanda hacía extensible la pretensión a toda alteración del medio ambiente eventualmente producida en la denominada "Cuenca Neuquina", y que tuviera su origen en la explotación del hidrocarburo en cualquiera de sus formas, con total indiferencia por precisar la causa fuente del daño, o la pluralidad de ellas, por individualizar a los agentes productores de éste, por diferenciar la aportación de cada uno de ellos en el proceso causal del deterioro que se invoca resultante y, en su caso, la gravedad de la alteración postulada.(considerando 15 del fallo resuelto en la misma causa el día 29/8/2006).

Asimismo, se puntualizó que no resultaba claro si la demanda asociaba el daño ambiental a la explotación de petróleo en general o a ciertas prácticas negligentes o defectuosas relacionadas con dicha actividad, tales como derrames por descontrol de los pozos, instalaciones sin las previsiones para la protección ambiental o incorrecta disposición de residuos, etcétera. Subrayó que este defecto en el modo de proponer la demanda era crucial, puesto que la actora pretendía eximirse de identificar a los causantes del daño ambiental e imputar a los demandados una responsabilidad por pertenecer al grupo que realizaba la actividad con invocación del art. 31 de la Ley 25.675.

Se dijo en aquella oportunidad, que la protección de derechos supraindividuales o colectivos incorporados como garantía de rango constitucional e infraconstitucional no excluía la exigencia de exponer: 1- cómo tales derechos habían sido lesionados por una conducta antijurídica, 2- en qué consistía esa actividad u omisión, 3- quién era el autor de ellas y 4- cuál sería el daño en concreto -ya sea por vía de la recomposición

ambiental o de su indemnización- o el daño futuro que se pretendía evitar. Sin embargo, se puntualizó que en todos los casos siempre debía tratarse

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

de un daño que reuniera el recaudo de certidumbre (considerando 17 resuelto en la misma causa el día 29/8/2006).

Se concluyó que para atribuir la responsabilidad a los demandados, los hechos debían ser afirmados y narrados en forma total e íntegra, pues es inadmisibles en nuestro sistema procesal la "integración del hecho" en otra etapa que no sea la demanda, todo ello a fin de preservar el derecho que tienen los demandados de identificar al verdadero autor del eventual daño. Como asimismo, proteger el derecho de los demandados de saber por qué se los demanda y cuál es el monto por el que podrían ser condenados en la sentencia judicial (considerandos 18, 19 y 22 de la resolución dictada en la misma causa el día 29/8/2006). Así, expresó:

8) (...) Pero A.S.S.U.P.A. no precisa en forma circunstanciada, tal como se le exigió a fs. 765/771, qué suelos o qué tramos de los cursos de agua estarían contaminados; en su caso, por qué empresas lo son, de acuerdo a las distintas actividades vinculadas con la industria petrolera y a la mayor o menor cercanía con los cursos de agua o los suelos en cuestión; qué empresas utilizarían cuáles de esas sustancias, en qué grado de concentración y su nivel de permanencia en el ambiente; de qué modo se produciría la contaminación dentro y fuera del área de concesión de cada empresa, como pretende; y, finalmente, la gravedad de la alteración producida.

El hidrocarburo una vez derramado no puede ser recuperado y reciclado para su reutilización en otros procesos productivos, pues habiendo sido abandonado para su degradación natural dejó de ser un insumo o un producto.

El reclamo específico no fue por dinero sino por la recomposición de los daños provocados por la explotación hidrocarburífera en Neuquén, Río

Negro y una parte de Mendoza. Los damnificados son todos los habitantes de las provincias sometidos a esta explotación y no solo los superficiarios.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

Las medidas ambientales deben prevenir y atacar el origen de la degradación ambiental.

La Ley General del Ambiente reglamenta la obligación de recomponer las cosas al estado anterior (el art. 1083, CC). No obstante, nada impide que de no ser viable esta posibilidad se adopten (art. 34, 2º parte) aquellas medidas razonablemente sustitutivas o equivalentes que permitan la recomposición del ambiente, aunque se efectivice en forma progresiva, como por ejemplo, la plantación de árboles, o en acciones antipolutorias que conviertan a los daños anormales que soportan las personas en molestias consideradas normales.

Amparo ambiental:

El artículo 43 de la Constitución Nacional establece que están legitimados para iniciar amparo ambiental:

Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la Ley.

El artículo 30 de la Ley 25.675 dispone que producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para alcanzar la recomposición del ambiente dañado el afectado... (SAGÜÉS, Néstor P, 2004-d).

La Cámara Federal de la Plata manifestó:

Será menester dejar de lado el concepto iusprivatista individualista del daño resarcible dejando paso a una 'tendencia nueva pública, colectiva de tipo preventiva y represiva', donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

efectos dañosos. Uno de los medios para resolver la cuestión está en la dilatación de la legitimación de las personas afectadas para consagrar una expansividad horizontal con fundamento en la protección de intereses legítimos o humanos que envuelven a una colmena de perjudicados, (CFed. La Plata, Sala III, Giménez Domingo y otra c/ Estado Nacional, Ejército Argentino, fallo del 8/8/88, La Ley Online).

Con la incorporación en la Constitución Nacional de los derechos humanos de tercera generación o de incidencia colectiva se establece que en lo concerniente a los derechos que protegen el ambiente podrán interponer acción de amparo: *"el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la Ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"* (art. 43 C.N.). Además, la Ley 25.675 de Política Ambiental Nacional en armonía con nuestra Carta Magna, otorga legitimación para accionar a las Asociaciones no gubernamentales a fin de obtener la recomposición del ambiente (art. 30), (CSJN, Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ Enre y Edesur", Sala II, Cámara Federal de la Plata, 8 de Julio de 2003, La Ley Online).

La justificación de la acción popular reside en la obligación que tenemos los habitantes de la Nación de defender el medio ambiente.

CSJN, 08/09/2003. Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T´Oi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable. LA LEY 2004-C, 277.

La Corte de Justicia de la Provincia de Salta admitió la acción de amparo incoada por la comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T´Oi dejando sin efecto los actos administrativos emitidos por la Secretaría Provincial de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable que habían autorizado el

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

desmante de algunos inmuebles rurales. La fiscalía de Estado de la Provincia salteña dedujo contra dicha sentencia apelación federal la que fue concedida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación debió declarar mal concedido el recurso extraordinario incoado contra la sentencia del Superior Tribunal provincial que hizo lugar a la acción de amparo promovida por la comunidad indígena antes mencionada y dejó sin efecto los actos administrativos cuestionados, pues lo resuelto no tiene carácter definitivo. El a quo atribuyó la nulidad de esas resoluciones a lo siguiente: 1ro) no haber realizado el estudio de impacto ambiental y social, 2do) el recurrente no probó la existencia de un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. Además, los agravios expresados en el recurso deben perjudicar a la parte que los esgrime y en el presente caso la demandada no es titular del dominio de los bienes en cuestión.

Del voto de los Doctores: Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio, Enrique S. Petracchi, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano, Guillermo a. F. López, Adolfo R. Vázquez y Juan C. Maqueda destacamos:

8 (...) Enfatizó esta Corte que la amparista había sido desoída en las alegaciones que formuló con relación a la tutela de sus derechos - que no encontraban cauce adecuado por las vías ordinarias- y que se vinculaban con la existencia y eventual agravamiento de diversos daños al medio ambiente provocados por la actividad autorizada por la administración.

Frente a ello y las diversas motivaciones del a quo, devienen ineficaces e insuficientes los agravios de la fiscalía de Estado provincial que pretenden afirmarse en la observancia de normas

técnicas que autorizarían la desforestación y en la inexistencia de "pruebas" de los efectos dañosos. Precisamente -y de conformidad con el mandato de esta Corte- frente a las solicitudes de la comunidad amparista, el a quo calificó de arbitraria la simplificación

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

del tema al cumplimiento de los requisitos para la actividad de desmontes (confr. fs. 601 vta.). Esta situación pone en evidencia un serio desacierto en la interpretación del fallo recurrido, el que con toda claridad puso en cabeza de la administración provincial la comprobación de las alegaciones del pueblo indígena, cuyos derechos a la participación en la gestión vinculada a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten están asegurados por la Constitución Nacional. Y ello resultaba del igualmente claro mandato de esta Corte en su decisión anterior en la causa, cuando expresó que debía ponderarse si se había respetado lo dispuesto por el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional (fs. 557).

9 Que igualmente inconducentes resultan los agravios vinculados a las facultades del gobierno local en materia de protección del medio ambiente, toda vez que el aseguramiento de la participación de los pueblos indígenas en cuestiones como las planteadas en la causa y su perfecta compatibilidad con las mencionadas facultades ya fueron consideradas y asumidas por esta Corte -como no pudo ser de otro modo- al exigir la comprobación antedicha (...).

10 (...) Más aún si se considera, como puso de relieve el a quo, que con el dictado de la Ley nacional 25.549, se declararon de utilidad pública y sujetas a expropiación las tierras que fueron objeto de los actos administrativos impugnados en autos, las que -una vez finalizado el proceso expropiatorio- deberán ser adjudicadas en propiedad comunitaria a la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek To'i (art. 2º).

En el presente caso está en juego la observancia y correcta aplicación del art. 43 de la Constitución Nacional, que reconoce la procedencia del amparo

como recurso judicial idóneo para lograr la tutela de los derechos controvertidos. Además, se encuentra también en juego la aplicación del art. 41 de la misma que prevé el derecho a gozar de un medio ambiente sano y el deber del gobierno provincial de resguardarlo recomponiendo el

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

daño ya sufrido por la negligencia de los organismos pertinentes. También, está implicada la aplicación de la Ley 25.675 que establece los Presupuestos Mínimos para la Gestión Sustentable del Medio Ambiente disponiendo en su articulado: a) la obligatoriedad de realizar una evaluación de impacto ambiental y b) el reconocimiento del derecho de todo individuo interesado a ser consultado y a opinar en procedimientos administrativos que tengan por objeto la preservación y protección del ambiente.

Este fallo implica un enorme logro en la lucha que las organizaciones e instituciones que forman parte de la *Mesa de Tierras de Salta* vienen realizando para que se respeten los derechos a las tierras y territorios de las comunidades indígenas y familias campesinas de la zona.

Los argumentos expresados por las comunidades indígenas Wichí y Guaraní y una organización de pequeños productores se fundamentaron en la protección que establece nuestra Carta Magna a vivir en "un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano", situación que sería transgredida por la deforestación indiscriminada. Lo resuelto por el tribunal local menoscaba en forma directa e inmediata el derecho al debido proceso adjetivo protegido por el art. 18 de la Constitución Nacional, (CSJN Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'oi en la Causa Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable", (Considerando6), <http://www.cippecc.org/espanol/justicia/archivos/comunidad%20indigena%20secretaria%20medio%20ambiente.pdf>).

No oír el reclamo de estas comunidades indígenas constituye una violación al derecho de propiedad comunitaria de estos pueblos, dispuesto

en los arts. 14, 16, 17, 31 y 75, inc. 17, de la Constitución Nacional, los arts. 2º y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los arts. 17 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los arts. 1º y 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

En el mes de Diciembre de 2008 la legislatura provincial aprobó el ordenamiento territorial exigido por la Ley de Bosques. Según el precepto legal cada provincia debe efectuar un catastro que establezca las categorías de bosques según colores: rojo (que no deben talarse), amarillo (de aprovechamiento limitado) y verde (que podrían talarse).

CSJN, 23/11/04. Intendente de Ituzaingó y otro c. Entidad Binacional Yacyretá. LA LEY 2005-B, 725.

El Intendente Municipal y el Presidente del Consejo Municipal de Ituzaingo, Provincia de Corrientes promovieron ante el juez federal de esa provincia acción de amparo contra la Entidad Binacional Yacyretá (EBY) con fundamentos en los arts. 41, 43, 121 y 124 de la Constitución Nacional, a fin de que no se eleve la cota de embalse de su nivel actual de 76 metros sobre el nivel del mar hasta tanto no se efectúen y aprueben todos los estudios de evaluación del impacto ambiental previstos en la Ley 5067. Estos estudios científicos tienen por objeto determinar si es posible el trasvasamiento de agua desde el lago de Yacyretá hacia los Esteros del Iberá, pues esto podría originar daños ambientales irreversibles y modificar el macrosistema del lugar que es considerado reserva y parque natural provincial.

La EBY contestó el informe previsto en la Ley 16.986 y solicitó el rechazo *in limine* del amparo. El Juez Federal de Corrientes se declaró incompetente considerando al caso de competencia originaria de la Corte en razón de las personas que intervienen. La Corte Suprema se declaró competente pero rechazó el amparo.

La Corte dijo:

Que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva. (Fallos: 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097, entre muchos otros). Conforme a ello, debe ser rechazada la acción no se advierte que los actos del poder administrador evidencien arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que justifiquen su procedencia.

Se desprende de lo manifestado por los demandantes que los estudios científicos realizados no son claros con respecto a las razones por las cuales se eleva los niveles de agua en los esteros del Iberá, jurisdicción territorial de Ituzaingó. Por ello, la Corte resuelve rechazar el amparo.

El desborde de las aguas origina entre otros males la erosión del suelo, este problema se está acelerando en todo nuestro continente produciendo la degradación de miles de hectáreas de tierra de cultivo y pastoreo representado una seria amenaza. Cada año, la erosión de los suelos y otras formas de degradación de las tierras ocasionan una pérdida de entre 3 y 5 millones de hectáreas de tierras cultivables. El menoscabo de las tierras de cultivo y la tala de los bosques merma la capacidad de conservación de la humedad de los suelos y añade sedimentos a las corrientes de agua, lagos y embalses.

Existe una serie de principios que deben ser obligatorios para todas las decisiones políticas del Estado. Algunos poseen especial relevancia para nuestra agenda ambiental en relación a la política de integración, como por

ejemplo, el principio de precaución. Además, debemos destacar la naturaleza constitucional de los derechos comprometidos.

CSJN, 17/72007. Villivar, Silvana Noemí c. Provincia del Chubut y otros.
LA LEY 27/04/2007.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

El Juez de primera instancia admitió una acción de amparo ambiental y condenó a la Provincia del Chubut y a una empresa minera a paralizar los trabajos de exploración y explotación de una mina, hasta tanto la autoridad provincial de aplicación convoque a una audiencia pública y modifique o rechace el estudio de impacto ambiental presentado por la empresa minera. La Cámara confirmó tal decisión. El Superior Tribunal local rechazó los recursos impetrados. La empresa minera codemandada interpuso recurso extraordinario y, ante su rechazo, una queja.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario por el cual se cuestionó el fallo que acogió la acción de amparo ambiental y ordenó a la empresa minera detener los trabajos propios de su actividad hasta que la autoridad provincial convoque a una audiencia pública y además apruebe, rectifique o rechace el estudio de impacto ambiental (el presente caso se trata de una mina de oro a cielo abierto en la que se emplea cianuro contrariando lo dispuesto en la Ley 5001 de la Provincia del Chubut, Ley que no fue cuestionada en el pleito).

La Corte destacó que no hay colisión entre la Ley 4032 y el Código de Minería, pues la Ley provincial dispone que los proyectos, actividades y obras, sean públicos o privados que posean entidad suficiente para degradar el ambiente deben someterse a una evaluación de impacto ambiental y a una audiencia pública. La autoridad correspondiente después de analizar el estudio y las observaciones efectuadas en la audiencia, deberá tomar una decisión antes de iniciar las actividades. El art. 233 del Código de Minería establece que los mineros pueden explotar sus minas con toda libertad respetando las normas relativas a la seguridad, policía y medio

ambiente y, en su art. 250 estatuye que la autoridad provincial aplicará las normas de protección del medio ambiente debiendo evaluar y expedirse sobre el informe de impacto ambiental ante de iniciar las actividades mineras. El art. 11 de la Ley Nacional 25.675 dispone como presupuesto mínimo común para toda actividad susceptible de degradar el ambiente o

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

afectar la calidad de vida de las personas de manera elocuente que debe someterse a un procedimiento de evaluación ambiental previo a su ejecución. El art. 20 de la misma ley ordena que las autoridades de aplicación deben institucionalizar las audiencias públicas obligatorias previas a la autorización de dichas actividades.

En definitiva, no se advierte la contradicción entre los dispositivos provinciales y nacionales invocados, pues todos fueron dictados en armonía con el art. 41 de la Constitución Nacional que dispone que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las normas necesarias para complementarlas.

El art. 1º de la Ley provincial 5001 prohíbe la actividad minera metalífera "a cielo abierto" y la utilización de cianuro en los procesos de producción minera en el territorio de la Provincia del Chubut. El art. 2do de la misma ley concede al Consejo Provincial del Ambiente la responsabilidad de delimitar el área de la provincia destinada a la explotación minera previendo la modalidad de producción autorizada para cada caso. El art. 3º dispone que la demarcación de las zonas y modalidades de producción deben ser aprobadas por una nueva ley que incluya las áreas exceptuadas de la prohibición establecida en el art. 1ro. En consecuencia, la Corte en virtud de tales preceptos desestimó la queja.

En nuestro derecho es suficiente para interponer la acción de amparo acreditar que existe *peligro de daño ambiental* para lograr el cese de las actividades generadoras de menoscabo ambiental colectivo, así lo prevé el artículo 30 de la Ley 25.675 (Ley General del Ambiente).

CSN. Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/ Jujuy,
Provincia de y otros s/ amparo. C. 1196. XLVI. Junio de 2011.

La Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos inició acción de amparo, a fin de que se condene a la provincia a arbitrar las medidas

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

indispensables para que se efectivicen sus derechos de participación y consulta y, como resultado, puedan formular el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentran desarrollando en sus tierras.

Exponen que pretenden hacer efectivos sus derechos en los expedientes administrativos en trámite en los que las autoridades concedieron autorizaciones de exploración y explotación de litio y borato en el área de la sub cuenca Laguna de Guayatayoc-Salinas Grandes, en razón de la omisión de la previa consulta, información y participación en que incidieron dichas autoridades en relación a las comunidades que habitan esa zona.

Asimismo, esta Comunidad requiere que se disponga el dictado de una medida cautelar por la cual se ordene abstenerse de conceder los permisos administrativos de cateo o exploración y explotación minera en el área mencionada, fundamentalmente las relativas a la explotación del litio y borato, así como también que se suspenda la realización de los permisos ya autorizados.

Del fallo de la Cortes Suprema de la Nación extrajimos:

De tal manera, de acuerdo a lo que surge de los elementos incorporados al proceso, y en el marco de la intervención asumida por el Tribunal en las causas "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro" (Fallos: 330:111), "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra — Provincia del Chaco—" (Fallos: 330:4134) y "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional" (Fallos: 331:2925), se dispondrá en

el caso la comparecencia a una audiencia pública las comunidades demandantes y del señor gobernador de la Provincia de Jujuy....

Por ello, oída en esta instancia la señora Procuradora Fiscal, y sin perjuicio de la decisión que en definitiva se adopte, se resuelve: Convocar a una audiencia a realizarse en la sede de esta Corte el 28 de marzo de 2012 a la hora 10, en la cual los citados deberán

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

expedirse en forma oral y pública ante el Tribunal sobre la situación que se denuncia. Notifíquese a la actora por cédula, y al señor gobernador de la Provincia de Jujuy mediante oficio. Comuníquese al señor Procurador General y al señor Defensor Oficial ante esta Corte.

En el año 2010 se ha informado en revistas y diarios sobre nuevas exploraciones en esta zona de un mineral denominado *el oro blanco del siglo XXI*: el litio. Este escenario creó intranquilidad en las comunidades de las Salinas quienes nunca habían sido consultadas acerca de estas exploraciones y sus eventuales consecuencias en el equilibrio ecológico de la zona.

Creemos que es necesario conceder a la población las herramientas necesarias para transparentar los procesos de participación e información a fin de que los ciudadanos puedan asumir un rol activo en la defensa de sus derechos. La pretensión de las comunidades indígenas se encuentran fundadas en los artículos 16, 41, 75, incisos 17 y 18 de la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos enunciados en el inciso 22 de ese precepto, en el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y en los artículos 1º, 2º, 4º y 31 de la Ley General del Ambiente.

Podemos aseverar con toda certeza que el amparo está reservado a la protección de los derechos fundamentales y que a partir del nuevo artículo de la Constitución Nacional (reforma del año 1.994) se ha constituido en un

derecho o garantía concreta (garantía por antonomasia) para solicitar la protección de los derechos fundamentales.

El recurso de Amparo es el mecanismo más rápido para obtener justicia, y los mecanismos ordinarios son la manera más eficaz para lograr la seguridad jurídica.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

El gobierno tiene una misión primordial que es la conservación del ambiente de modo tal que se favorezca y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta permitiendo contribuir al desarrollo integral, social, económico y cultural de toda la comunidad en permanente armonía con su entorno.

Indemnización por los daños y perjuicios:

La acción de reparación pecuniaria por el perjuicio colectivo ocasionado sólo será procedente siempre y cuando se acredite la existencia efectiva del daño. Esta acción no excluye de manera alguna la que pudieren incoar en forma separada los damnificados que hubieren sufrido un perjuicio en sus derechos individuales.

Para que el Estado incurra en responsabilidad se necesita que exista una relación de causalidad entre el hecho, acto u omisión y el daño ocasionado, decimos que la omisión es causal si se hubiera intentado llevar a cabo la acción pergeñada y el resultado obtenido probablemente hubiera sido otro.

En el Derecho Público para que exista responsabilidad se necesita que se establezca tres requisitos: a) un daño, b) la imputabilidad de ese daño al Estado, c) que el daño sea producido por un acto o hecho lícito o ilícito.

La responsabilidad del Estado tiene su fundamento jurídico en nuestra Carta Magna, que permite ejercer las acciones pertinentes cuando se produce algún daño por el accionar de cualquiera de sus órganos afectando

a las personas, transgrediendo los derechos que la misma Constitución y los Tratados disponen.

CSJN, 05/06/2007. Ramírez, Juan C. c. Entidad Binacional Yacyretá. Dju
<http://www.estrucplan.com.ar/Noticias/VerNoticia.asp?IDNoticia=4794>

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

Un pescador demandó a la Entidad Binacional Yacyretá reclamándole el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le produjo el quebranto de su actividad comercial a raíz de la construcción de la represa hidroeléctrica Yacyretá. El juez federal admitió la demanda. La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia y destacó que el ente binacional había obrado con imprevisión para preservar el medio ambiente de la zona cuestionada. La accionada impetró recurso extraordinario sosteniendo que no es admisible presumir la existencia de un derecho subjetivo particular sobre recursos naturales de un río y que además otorgue derechos indemnizatorios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó esa sentencia rechazando la demanda. Se remitió a lo manifestado por la Procuración General de la Nación que sostuvo que es improcedente la petición de que se condene a la Entidad Binacional Yacyretá a resarcir a un pescador por el deterioro de su actividad económica como consecuencia de la construcción de una represa hidroeléctrica, ya que no existe un derecho o interés incorporado a su patrimonio. El Estado no tiene la obligación de mantener una determinada cantidad y calidad de especies de peces en el río, de lo contrario extendería irrazonablemente su responsabilidad.

El juez Zaffaroni votó en disidencia manifestando que es procedente la acción entablada contra la Entidad Binacional Yacyretá. Además, dijo que la demandada debe indemnizar el daño ocasionado por su obrar ilícito que consistió en dejar desprotegidos a los peces que habitan el río y con ello la fuente de trabajo del demandante. La pérdida del pescador se identifica con

la incapacidad laboral de una persona que ha trabajado en el ejercicio lícito y regular de una industria.

El Estado se encuentra obligado por el art. 14 de la Constitución Nacional a preservar el medio ambiente, este compromiso adquiere importancia cuando es fuente tradicional de industria artesanal y medio de

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

supervivencia de las personas. La Constitución garantiza a todos los habitantes el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita (arts. 14 y 14 bis). Asimismo, consideró correcta la apreciación que realizó la Cámara acerca de la ilicitud de la conducta de la demandada al no preservar los peces que capturaba el actor. Sostuvo que debe regir el principio "*alterum non laedere*", la consideración de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación que establece la Constitución Nacional en el presente caso.

Destacó que el Estado cuando realice actos lícitos con bienes de su dominio y ocasione un perjuicio le incumbe el deber de atender las necesidades de los perjudicados, en armonía con el principio republicano de gobierno y del respeto a la dignidad de la persona que impide a la República invocando los intereses de la mayoría, sacrificar la vida y la subsistencia de las minorías. El gobierno no puede ejecutar políticas públicas cuyas consecuencias produzcan la exclusión y marginalidad social de parte de su población.

Hay responsabilidad del Estado y debe indemnizarlo cuando una persona padece un perjuicio material o moral ocasionado directamente por el Estado, no importa que la conducta que origina el menoscabo sea lícita o ilícita (Aberastury, 2005, para. 6.)

Los bienes de dominio público pertenecen a toda la comunidad. Esa esencia colectiva es la que nos permite que una persona obtenga un resarcimiento a título individual ante la afectación de un bien que es todos.

Es decir, que cuando *un bien que pertenece a toda la comunidad* produce un daño a una persona no se le puede negar la reparación correspondiente.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

REFLEXIONES FINALES

Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente seguro y saludable, así como a otros derechos humanos primordiales relacionados con la conservación del medio ambiente.

Los derechos humanos vinculados al medio ambiente se encuentran instituidos en los tratados básicos de derechos humanos y comprenden: derecho a un desarrollo ecológicamente sustentable, derecho a un estándar de vida apropiado, derecho de las futuras generaciones para vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo físico y mental, derecho a una participación de todas las personas en las decisiones vinculadas con el medio ambiente, derecho a gozar de ambientes seguros de trabajo y el derecho a la educación e información relacionada con medio ambiente.

Las provincias argentinas fueron las primeras en consagrar el derecho ambiental en sus constituciones en la década del 80. En el año 1994, la Nación incorporó el *derecho a un ambiente sano* en la Constitución Nacional e instituyó el amparo colectivo ambiental (Cafferatta, 2011, para. 2).

Los deberes, derechos y garantías de nuestra Constitución Nacional no son expresiones de anhelos sino que por el contrario poseen el carácter de obligatorios para todas las personas, las autoridades y el Estado, en el caso "Mendoza, Beatriz y Otros c. Estado Nacional y Otros, La Corte Suprema de la Nación dijo:

El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A2.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostiene la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna.

Los litigios ocasionados por las crisis económicas padecidas en las últimas décadas hacían muy difícil que la Corte se concentrara en temas ambientales, pero hoy, hay un clima favorable para la resolución de estos conflictos. En julio de 2004 en la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios", pudimos advertir que los temas ambientales no eran de tratamiento prioritario para este Alto Tribunal. Pero, posteriormente con la agitación por las papeleras uruguayas y la intervención de la Corte en este caso por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la contaminación del río Matanza-Riachuelo nuestro máximo tribunal exteriorizó otra predisposición más propicia.

Observamos, en general, que la C.S.J.N. en sus pronunciamientos no ha acompañado los avances normativos internacionales vigentes en Argentina ni la plenitud de los significados que contiene la Ley General del Ambiente (a excepción de algunos de sus Magistrados en votos en disidencia).

La protección del medio ambiente necesita de la participación activa de la Judicatura, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(Morello, 2002: 85). Esta es la nueva era de las Cortes Verdes (Cafferatta, 2007-B: 423).

También, distinguimos que este alto Tribunal en materia de competencia sostuvo en varios fallos, entre ellos: "Provincia del Neuquén c. Y.P.F. S.", "Fundación Medam c. Estado Nacional y otro", "Asociación Civil para la

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

defensa y Promoción del cuidado del Medio ambiente y Calidad de Vida c. Pcia. de San Luis y otros", que si bien la propia Constitución establece que le corresponde a la Nación dictar las normas que establezcan los presupuestos mínimos de resguardo reconoce a las jurisdicciones locales establecer los dispositivos legales que las complementan sin que aquellas alteren las jurisdicciones provinciales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación establece en varias sentencias que las medidas precautorias su preservación y manutención en un pleito sobre cuestiones ambientales no deben ser revocadas, bajo el pretexto de que el tribunal que las dictó era incompetente, pues la Constitución dispone que se debe impedir la degradación de medioambiente sin perjuicio de remitir las actuaciones al juez competente.

En algunos fallos como, por ejemplo, el caso Mendoza, Beatriz y Otros c. Estado Nacional y Otros" y "Villivar, Silvana Noemí c. Provincia del Chubut y otros" que provienen de este máximo órgano judicial creemos que merecen nuestro elogio por las profundas reflexiones que realiza y el valor de las resoluciones tomadas.

Con el transcurso del tiempo, la Corte va tomando conciencia en torno a la problemática ambiental, pues hay una mayor comprensión de la materia y actualización en cuanto a los temas del medioambiente. Pensamos que los jueces deben recurrir con más frecuencia a los derechos humanos al fundamentar sus sentencias sobre *el medio ambiente*, el conocimiento y aplicación de la temática todavía es insuficiente en nuestro país. Los fallos

de este Órgano Judicial pueden tener impactos increíbles de amplio alcance. Las consecuencias finales de las decisiones que toma respecto al aire que respiramos, el agua que bebemos y nuestros sistemas naturales, nos aquejan a todos.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

La problemática abordada en estos y otros polémicos casos son complejas, difíciles, de interés social y, nos han dejado una importante enseñanza en una rama del derecho que se encuentra en plena formación. Consideramos estas sentencias judiciales trascendentales en el proceso de consolidación del derecho ambiental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERASTURY, Pedro. (2005). Responsabilidad aquiliana del Estado por hechos y actos administrativos. Publicado en: Todo el Derecho, www.todoelderecho.com.

BIDART CAMPOS, Germán J. (2002-A). Otra vez los bienes colectivos. *LA LEY*.

CAFFERATTA, Néstor A. (2007-B). El tiempo de las Cortes Verdes. *LA LEY*.

DRNAS DE CLEMENT, Zlata, (2008) *El Principio de Precaución Ambiental la Práctica Argentina*, Lerner Editora SRL.

LORENZETTI, Ricardo Luis. (2008). Teoría del Derecho Ambiental. *LA LEY*. Bs. As.

MANRIQUE, ELSA, (2008). Comentario al fallo: *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional s/ daños y perjuicios*, dictado el día 8 de Julio de 2008 en Actualidad Jurídica on line.

MARTINEZ, Edgar Humberto Cruz. (s.f.). Derecho a un medio ambiente

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A2.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

sano, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13.

MORELLO, Augusto M. (2005). *El nuevo horizonte del derecho procesal* Rubinzal-Culzoni.

MORELLO, Augusto M. (2002). *La justicia frente a la realidad*. Rubinzal-Culzoni.

ELSA MANRIQUE: "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano".

RODRIGUEZ, Carlos Aníbal. (2008-D). La prevención de la contaminación del Riachuelo: la sentencia definitiva. *LA LEY*.

SAGÜÉS, Néstor P., (2004-A). El Amparo Ambiental (Ley 25.675)", *LA LEY*,

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2012) "Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referidas al Derecho Ambiental como Derecho Humano"...
Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1.
pp.22-71. Recuperado (Fecha de acceso), de

LAS PROVINCIAS ARGENTINAS EN LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO FEDERAL

Ab. Juan Noriega

Abogado, Especialista en Docencia Universitaria; Maestrando de la Maestría en Administración Pública; Docente Adjunto de las Cátedras: Derecho Público Provincial y Municipal, Criminología General; del Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y Económicas. Docente Adjunto de las Cátedras: Introducción a la Filosofía y Filosofía del Derecho, del Dpto. de Humanidades, en la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

Estado, autonomía, provincia, federal, constitución, Estado, Organización, institución.

Key words:

State, autonomy, province, federal constitution, State institution, organization.

Resumen

Desde la creación del virreinato del Río de La Plata, mediante Real Cédula del Rey Carlos III, el 01-08-1776 y hasta 1810, el territorio estaba organizado políticamente en un poder centralizado, con Buenos Aires como capital y un diseño de administraciones con sede en las ciudades de mayor población.

En este contexto histórico e institucional se enmarcó el proceso político-ideológico, ocurrido en los acontecimientos del 25 de Mayo, de 1810, conocidos como la Revolución de Mayo, que originaron un proceso de

cambio en la estructura institucional del Estado, hasta 1862, con el fin de la confederación.

Abstract

Since the creation of the viceroyalty of the Río de La Plata, by Royal Charter of King Charles III, the 08-01-1776 and up to 1810, the territory was organized politically in a centralized power, with Buenos Aires as its capital and a design of administrations with headquarters in the cities of greater population.

In this historical context and institutional process is marshalled the politico-ideological, happened in the events of May 25, 1810, known as the Revolution of May, which gave rise to a process of change in the institutional structure of the State, until 1862, with the end of the confederation

I.- Introducción

La actual República Argentina, como Italia, España o Japón, fueron en su historia inicial, un agrupamiento de personas con un mínimo interés que les permitía convivir asociados, con el objeto de consolidar su organización, a partir de la legalidad institucional y determinar sus autoridades, en su espacio jurisdiccional.

Estos países, como todas las organizaciones estatales, presentan alguna particularidad que los diferencia (forma de Estado, forma de gobierno), y caracteres que sostienen en común (la legalidad, el territorio, la población, su cultura), de manera que cada país cobra su propio perfil, su historia y su organización.

Argentina no estuvo al margen de este proceso, que dio vida orgánica a la república, considerando dos etapas a saber: la primera, la conquista y

colonización española, entre 1492 y 1810; y la segunda, en el proceso de organización interna, desde 1810 a 1853, en que la visión prototípica del Estado no se podía concretar.

Sobre este tramo de la historia Oszlak, expresa, *"La formación del Estado es un aspecto constitutivo del proceso de construcción social. De un proceso en el cual se van definiendo los diferentes planos y componentes que estructuran la vida social organizada"* (Oszlak, 1997:2). Y de ello el poder estatal.

De manera que las condiciones para constituir el nacimiento del estado argentino, estaban subdivididas en dos periodos con sentido opuesto, 1810 a 1820, con un perfil centralizado sostenido por Buenos Aires, y desde 1820 a 1853, una concepción descentralizada del poder, promovida por el ideario provincial.

Algunos jalones históricos marcan aquella realidad, la idea de una monarquía con un poder central propuesta en el Congreso de Tucumán, la constitución de 1819, de carácter unitario, por lado; el rechazo de las provincias a regirse por esa carta magna, la primera batalla de Cepeda, (1820), indicaban la visión federal.

II.- El poder de la autonomía provincial

Buenos Aires en 1810, era la ciudad influida por el iluminismo europeo y el utilitarismo de Bentham (1948) que inspiró a los revolucionarios de mayo, y aunque este movimiento intelectual no llegó a los pueblos del interior, se convocó a las ciudades a participar de la Junta Grande, en calidad de representación local.

Sobre el tema expone Barrera Buteler(1995: 137):

Después de 1810 y al amparo de las libertades recientemente conquistadas, el sistema cultural sobre el que se asentaba la sociedad criolla, que se había desarrollado aislada de todo de tipo de influencia extraña durante casi tres siglos, entra en relación con otras formas de pensar....

Hasta 1810, las denominadas provincias, habían sido ciudades del virreinato fundada estratégicamente por los españoles con el objeto de dominio del territorio conquistado y su colonización, con la sola función de meras administraciones, y sin participación en las definiciones políticas de la autoridad virreinal.

El concepto de organización que se comenzó a desenvolver a partir del 25 de Mayo, tenía base ideológica en la visión del nuevo paradigma institucional, pero con acentuado interés tradicional centralista, que persistía en la idea de monarquía propuesta en el debate del Congreso General Constituyente de Tucumán.

De manera que, hasta 1819 las Provincias Unidas del Río de la Plata, eran componentes de las intendencias agrupadas en administraciones, y por motivos de la crisis política de estos años, comenzaron a declarar su autonomía y a dictar su propios Estatutos o constituciones, desconociendo la autoridad nacional.

De esta manera surgieron las distintas provincias con carácter autónomo que a continuación describimos en el siguiente esquema de información:

Cuadro N° 1: Declaración de la autonomía provincial

Provincia	Instrumento	Fecha	Primer Gobernador
Córdoba	Reglamento Provisorio	31-01-1821	J. B. Bustos
San Juan	Estatuto provisional	15-07-1825	Salvador del Carril
San Luís	Estatuto provincial	01-03-1820	José Santos Ortíz
Mendoza	Reglamento	03-07-1820	Tomás Godoy Cruz
La Rioja	Estatuto Provincial	01-03-1820	F. Ortiz de Ocampo
Tucumán	Constitución	06-09-1820	Bernabé Aráoz
Santiago del estero	Manifiesto	27-04-1820	Felipe Ibarra
Catamarca	Constitución	25-08-1821	N. Avellaneda y Tula
Salta	Constitución	09-08-1821	Facundo Zuviría
Jujuy	Constitución	18-11-1834	José María Fascio
Buenos Aires	Reglamento	16-02-1820	Manuel de Sarratea
Santa Fe	Estatuto Provincial	23-07-1819	Estanislao López
Entre Ríos	Estatuto Provincial	29-09-1822	Francisco Ramírez
Corrientes	Reglamento Provisorio	11-12-1821	Pedro Ferré

Cuadro de elaboración propia. Fuente: Historia 5, Juan Antonio Bustinza

Esta situación implicó un gran avance hacia la materialización del ideario federal en la organización institucional del Estado, que después quedara plasmada en el preámbulo de la Constitución Nacional de 1853-1860, *conditio sine qua non*, que los estados autónomos provinciales exigían considerar.

Este poder de carácter provincial, dio origen a un periodo convencional, de sucesivos acuerdos, tratados o pactos interprovinciales, de los que podemos mencionar a modo de ejemplo, el Tratado de Pilar(firmado por Santa Fe, Entre Ríos, y Buenos Aires, el 01-02-1820); Tratado del

Cuadrilátero (firmado por Santa Fe, Entre Ríos, y Buenos Aires, el 25-01-1822); Pacto Federal (firmado por Santa Fe, Entre Ríos, y Buenos Aires, el 04-01-1831); el Tratado de San Nicolás de los Arroyos (firmado por Santa Fe, Entre Ríos, y Buenos Aires, el 31-05-1852).

Este proceso histórico de las Provincias Unidas del Río de La Plata, motiva así estos interrogantes: ¿Qué fuerza de cohesión mantuvo a las provincias en un mismo criterio de organización? ¿Cuál fue la importancia de las provincias en la creación del Estado federal argentino? ¿Por qué fue necesaria la organización de un Estado federal?

En los próximos párrafos responderemos sobre cada una de estas cuestiones que tienen causas subjetivas arraigadas en la cultura de los pueblos, que se traduce en un modo de ser y de actuar particular, y causas objetivas, de origen e historia, que fueron construyendo la identidad que las provincias no querían resignar.

III. La fuerza de cohesión de los Estados provinciales

Las ciudades fundadas, organizadas y gobernadas por los españoles, eran solo administraciones del virreinato, con una amplia zona de influencia territorial, organizadas bajo el sistema de administraciones, que vieron abrirse un nuevo panorama de status con los acontecimientos de la revolución de Mayo de 1810.

Estas unidades geográficas, centraban sus intereses en la figura institucional de del cabildo, habían abrigado en el transcurso del proceso histórico vivido y su espacio existencial, un espíritu ideológico propio que las identificaba, no solo como administración, sino como entidades con suficiente legitimación.

La fuerza de cohesión que mantuvo la unidad indestructible del pueblo de las provincias, no fue un frenesí espontáneo de demostración de rebeldía expuesta en la escena política, fue la valentía y la convicción de los caudillos locales, que encarnaban las legítimas aspiraciones de autonomía de los pueblos del interior.

Se trataba sí, de motivaciones mucho más profundas, proveniente de la historia de esos pueblos, de necesidades compartidas, de silencio forzado que imponía la corona, era la conciencia colectiva que quería estallar en protagonismo de ideales democráticos, un fruto de la unión plasmada en la diversidad.

Era el compartir, el sentido de ser reconocido en su identidad, de vivir y expresar su filosofía de vida y su cultura, elementos fundantes que les confería el saberse hacedoras de la patria que querían construir, por sobre la soberbia del centralismo virreinal primero, y el unitarismo porteño que se pretendía imponer.

Por todas estas razones sobrevino la primera batalla de Cepeda de 01-02-1820, pues, era necesario escribir la historia propia de las provincias, la de los pactos entre la hermandad de los pueblos del interior, una legítima identidad reconocida a partir de la batalla de Caseros el 03-02-1852, que dio paso a la gestación de una nueva nación.

En esa cultura, esa filosofía, reside el verdadero origen del federalismo y la importancia de las provincias en la construcción de la organización federal, fundado en el sentido de pertenencia del pueblo originario, dueño de la tierra, y los ideales de la etnia mestiza, hija de esta tierra que protegían con la espada y la razón.

El federalismo fue antes que todo, una historia de imposición y esperanzas sobre el habitante del interior, y de ello emergió la cohesión de los pueblos que la Corte Suprema de Justicia ha interpretado diciendo, "*... la Constitución ha fundado una unión indestructible de estados indestructibles...*" (Corte Suprema de Justicia de la Nación: 1937, Causa Bressani, Fallo: 178:9).

La organización institucional del país era así una necesidad impostergable, frente a los 40 años de ideas contrapuestas y conflictos armados entre las dos concepciones: unitarios y federales, que, de no haber sido posible la organización de un Estado federal, el conflicto aun persistiría, sin haber alcanzado una solución.

¿Por qué? Porque el legítimo reclamo de las provincias estaba arraigado en la cultura, en el espíritu y los ideales federales del hombre y los pueblos

del interior no podían ser desplazados de ese sitio, toda vez que, al margen de cualquier interés centralista, así no era posible construir la unión nacional.

Porque el federalismo es por sobre todo, una simbiosis del ser humano con la tierra donde habita, su ideario, su cultura, y el sentido de pertenencia que le confiere un derecho de heredad, y exige ese reconocimiento sin sujeción a ningún otro poder por encima de sus decisiones y su organización institucional.

IV. El proceso político institucional del Estado federal

Con el triunfo del Ejército de la Confederación al mando de Urquiza sobre el ejército de Buenos Aires, comandado por Rosas, en la Batalla de Caseros (conflicto armado entre el ejército de la Confederación y el de la Provincia de Buenos Aires, 03/02/1852), se puso fin a las pretensiones de unitarismo político en la organización institucional del Estado y la conformación de las funciones del poder.

Después de vencer a Rosas en Caseros, Urquiza se presentó en la provincia como el Jefe del ejército aliado, situando su sede en Palermo y ordenó una serie de definiciones políticas a los fines de demostrar su autoridad, en la provincia de Buenos Aires, y también en las demás provincias de la Confederación.

La firma del Protocolo de Palermo, en forma conjunta entre los gobernadores de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe y Corrientes, el 6 Abril de 1852, le confirió a Urquiza la dirección de las relaciones exteriores, y en su cláusula más importante se convocatoria a los gobernadores a reunirse en San Nicolás.

De esta manera, y en cumplimiento de su función de Director Supremo de la Confederación Argentina, la misión de Urquiza era organizar institucionalmente el país, sobre lo que podemos considerar un proceso de cuatro etapas:

1)- Se firma el Protocolo de Palermo, entre el gobierno de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe y Corrientes y se ratifica el Pacto Federal. (06-04-1852).

2)- Se requiere a los gobernadores que envíen dos representantes a los fines de conformar el Congreso General Constituyente. (08-04-1852).

3)- Los gobernadores firman el acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, a los fines que el país se organice bajo el sistema federal. (31-05-1852).

4)- El Congreso General Constituyente, reunido en la ciudad de Santa Fe sanciona la Constitución Nacional el 1º de Mayo de 1853.

Aprobada la Constitución en 1853, quedó claramente definido la existencia de dos Estados: la Confederación Argentina (nombre de la República Argentina desde el Pacto Federal hasta la batalla de Pavón, 17-09-1861) y el Estado de Buenos Aires. La confederación, organizada bajo la institucionalización de la Constitución Nacional, y el Estado de Buenos Aires, regida por su constitución provincial.

V. El perfil institucional del Estado federal

La primera respuesta fehaciente que podemos entregar, sobre la existencia y perdurabilidad del poder provincial, esta expuesto en el Preámbulo de la Constitución Nacional, en estos términos, "*Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente...*" (Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina, 1853/60).

Esta expresión contenida en el Preámbulo irradia el reconocimiento del pueblo de las provincias y el poder soberano que reside en él y delega en sus representantes jurisdiccionales, para que, "*...por voluntad y elección de las provincias que la componen...*" (Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina, 1853/60) a la nación, se alcance el propósito de organización.

Lo expuesto hasta aquí, indica que en el Congreso General Constituyente, estaban representadas todas las provincias, excepto Buenos Aires, con la misión de constituir un Estado Nacional federal, "*...en cumplimiento de*

pactos preexistentes..." (Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina, 1853/60); celebrados entre las provincias desde 1820 hasta 1852.

Es necesario resaltar, que el Congreso General Constituyente, las disposiciones constitucionales establecidas en el texto constitucional, solo fue posible por la decisión del pueblo de cada provincia, y por la voluntad de las provincias en la persona de sus congresales, para construir la naciente confederación.

A las partes iniciales del Preámbulo que analizamos, es preciso adicionar el estudio de algunos artículos de la Constitución Nacional y de las constituciones provinciales, que nos harán comprender por qué las provincias fueron el núcleo principal, al momento de la organización del país.

Tomando como inicio de nuestro estudio el artículo primero de la Constitución Nacional, encontramos tres definiciones fundamentales a considerar, "*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución*" (Constitución Nacional Argentina: Artículo 1).

La forma representativa se refiere a la forma de gobierno, de carácter democrático que será elegido por el pueblo (voto del ciudadano), porque él es el titular soberano del poder y el gobierno, un depositario de ese poder, obligado a materializar la misión de administrar los intereses de la sociedad.

Sobre la forma republicana, el constituyente de 1853, puso en responsabilidad del mandatario una serie de condiciones como son, la periodicidad en la función, responsabilidad del funcionario público, publicidad de la gestión de gobierno, que restringe la discrecionalidad del funcionario para administrar.

En lo referente a la forma federal, la definición significa una forma de Estado, que instituye una descentralización de tres aspectos fundamentales: territorial, político y jurídico entre el Estado Nacional y los Estados provinciales, que conforme al Art. 33 del *Código Civil Argentino*, son personas jurídicas de existencia ideal.

Al respecto y siguiendo el análisis del Artículo 1º de la Constitución Nacional que realiza Zarini (1995: 27) sobre el término "federal", expone que, "*El Estado federal o nacional es soberano, mientras que las provincias*

son unidades autónomas, independientes unas de otras, que componen nuestra federación”.

La descentralización territorial y jurídico-política que implica la organización del Estado federal, se materializa en el nacimiento de las relaciones, como lo expone Bidart Campos, de subordinación, de participación y de coordinación, entre la nación y cada provincia, en el plano de este vínculo institucional.

En este contexto, tomando en el análisis algunos detalles fundamentales, cobran vitalidad, en la Constitución Nacional los Art. 5, 31, 123, y 75. Inc. 22 y 24, referidos a la relación de coordinación que consideraremos en este en este tramo del estudio, y que la doctrina a denominada, la Supremacía Federal.

Al respecto (Zarini 1995:37), expresa en su “comentario”,

De conformidad con nuestra estructura federal (Art. 1º), el poder, a partir de la reforma de 1994, se descentraliza de la siguiente forma: a) el Estado federal o nacional, que es soberano; b) los otros Estados miembros, que las provincias tienen autonomía –no soberanía- ...,

Además, sigue diciendo el autor, “...disponen de poder constituyente para organizarse, se dan sus propias instituciones, se rigen por ellas y conservan todo el poder no delegado al Estado federal (Arts. 5º y 121 a 123 ...”;

lo que nos hace discernir, la existencia de dos jurisdicciones integrantes de un mismo país.

A manera de ejemplo, vamos a exponer la recepción de esta descentralización emanada del Art. 5 y 123, de la Constitución Nacional, que realizan las constituciones provinciales, en el cuadro que describimos a continuación:

Cuadro N° 2: Relación de subordinación, nación -provincias

Provincia	Artículo	Contenido
Córdoba	1	<i>"La Provincia de Córdoba..., es parte integrante de la República Argentina, y se organiza como Estado Social de Derecho, sujeto a la Constitución Nacional..."</i>
Santa Fe	1	<i>"La Provincia de Santa Fe, como miembro del Estado federal argentino, y con la población y el territorio que por derecho le corresponden, organiza sus instituciones fundamentales..."</i>
Salta	1	<i>"La Provincia de Salta, como parte integrante de la República Argentina...", "Reafirma su inquebrantable unidad de destino con las demás provincias, territorios nacionales..., en el marco del federalismo"</i>
La Rioja	2	<i>"La provincia de La Rioja, parte integrante de la República Argentina, ... y en ejercicio de su autonomía, no reconoce más limitaciones a su poder que las expresamente delegadas en la Constitución Nacional al Gobierno Federal"</i>
Mendoza	1	<i>"La Provincia de Mendoza es parte integrante e inseparable de la Nación Argentina y la Constitución Nacional es su Ley Suprema"</i>
Chubut	1	<i>"La Provincia del Chubut, como integrante de la República Argentina de acuerdo con el régimen federal de la Constitución Nacional..."</i>

Las restantes 18 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, consignan la definición de ser parte del territorio de la República Argentina y declaran tener autonomía, en los términos dispuestos en el Art. 5 y 123 de la Constitución Nacional, consolidan así, la organización de un Estado federal.

Esto significaba: Buenos Aires, el ideario monárquico; las provincias el ideario federal entre 1810-1853, por lo que Bidart Campos (1972:171) expresa, *"Y aquí, dentro de Mayo como «idea», se van a debatir dos posiciones de las que, finalmente, la genuinamente popular y democrática, que era la federal iba a cosechar el triunfo"*. Final.

Conclusión

Con el propósito de alcanzar el cierre de la temática abordada, exponemos las siguientes conclusiones, a través de estas líneas que detallamos a continuación:

1) Las ciudades-administración del virreinato, aún cuando se produjo la emancipación, continuaron hasta 1820, en esa condición.

2) Las ciudades del virreinato fueron el núcleo de las provincias, a partir de su territorio, población y administración, hasta 1920.

3) Las ciudades-administración coloniales, carecían de un sustento normativo que les diera el status de persona jurídica ideal.

5)- El federalismo es un hecho natural de la condición social humana que crea relación política, que refleja su personalidad cultural.

6) La auto-proclamación de las provincias en 1820, les dio status de autonomía, reconocido en 1853, en la Constitución Nacional.

7) El espíritu sociocultural local que las identificaba en igualdad de condiciones, fue lo que las mantuvo en su espíritu de cohesión.

8) La voluntad de los pueblos del interior fue la esencia y existencia de la constitución formulada en cada Estado provincial.

9) El sentir y los ideales de identidad del pueblo interior, sostuvieron la unión y la fuerza de realización del Estado federal.

10) Sin reconocer la identidad de las provincias como ente político e institucional, no era posible la organización federal país.

11) La organización del Estado federal era una necesidad que no podía dejar de subsistir indemne, por debajo del poder central.

12)- Todo ello, porque es esencia espiritual de los pueblos, tener identidad y ejercer sus derechos libremente, desde su integridad.

BIBLIOGRAFIA

CONVENCIÓN GENERAL CONSTITUYENTE: (1997) Nueva Constitución de la República Argentina, Buenos Aires, Editorial Betina.

ASTOLFI, José C: (1982) Historia 3, La argentina y el mundo hasta nuestros días. Buenos Aires, Editorial Kapeluz. Argentina.

BARRERA BUTELER, Guillermo: (1995) Las creencias constitucionales en Becerra Ferrer y otros, Manual de Derecho Constitucional Tomo I. Córdoba, Editorial Advocatus. Argentina

Bentham, Jeremy: (1948) Introducción a los principios de moral y legislación, New York, Hafner Press. Estados Unidos de América

BUSTINZA, Juan Antonio: (1994) Historia 5, Instituciones políticas y sociales, Argentina y América. Buenos Aires, A-Z Editora. Argentina.

BIDART CAMPOS, Germán (1972). El proceso político-constitucional de la República Argentina desde 1810 a la actualidad. Argentina.

OSZLAK, Oscar y O'Donnell Guillermo: (1995) Estado y políticas estatales en América Latina, hacia una estrategia de investigación, en Redes Revista de Estudios Sociales de la Ciencia, Nº 4 vol. 2. Buenos Aires, Centro de estudios e Investigaciones, universidad Nacional de Quilmes. Argentina.

ROMERO, Luis Alberto: (1993) Breve Historia Contemporánea de la Argentina. Buenos Aires, Editorial Fondo de Cultura Económica. Argentina.

SAN MARTINO DE DROMI, María Laura: (1990) Intendencias y provincias en la Historia argentina. Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración SRL. Argentina.

ZARINI, Helio Juan: (1995) Constitución Argentina Comentada y concordada. Buenos Aires, Editorial Astrea. Argentina.

Página web:
www.fmmeduccion.com.ar/Bibliotecadigital/Oszlak_elementos

Cita de este artículo:

NORIEGA, J. (2012) "Las provincias Argentinas en la organización del estado federal". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.72-86. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA DONACIÓN DE ORGANOS EN LA ARGENTINA

Ab. Ana Gabriela Brizuela

Abogada, Escribana Pública Nacional,
(Universidad Nacional de La Rioja).
Profesora Jefe de Trabajo Prácticos de
Derecho Registral, Derecho Notarial II
de la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

*Transplantes de
órganos, donantes.*

Key words:

*Organ transplants,
donor.*

Resumen

La necesidad de flexibilizar el sistema de donación de órganos y extenderlo a situaciones de no- familiares se hace sentir en millones de casos de pacientes que diariamente ven sesgado su futuro.

En definitiva, se pretende disminuir las listas de espera de personas para trasplantes, a través de un trabajo coordinado y sostenido de legisladores y de los sistemas sanitarios de todas las provincias.

Abstract

The need for more flexible organ donation system and extend it to non family situations is felt in millions of cases of patients seen daily skewed their future.

In short, it aims to reduce waiting lists of people for transplantation, through acoordinated and sustained efforts of legislators and health systems in all provinces.

Historia.

Cuestión Social

La cuestión de la salud de las personas es un tema concurrente del que se ocupan tanto el sistema de salud (público y privado) de un Estado como así también la legislación.

Este tema resulta de vital importancia y trascendencia para ambas áreas o sectores de todos los estados, ya que uno necesariamente lo implica y necesita del otro.

La necesidad de sustituir un órgano enfermo por uno sano es la meta de muchas personas que viven situaciones angustiantes y ha resultado un desafío profesional y científico para muchos médicos e investigadores de la salud.

La historia y sus legados nos marcan que en el siglo XV, a través de la representación del óleo "Milagro de San Cosme y San Damián" se plasma y vislumbra el trasplante con un donante cadavérico con fines terapéuticos.+

Es a los hermanos médicos citados (siglo III) a quienes se les atribuye el reemplazo de la pierna de un soldado con cáncer por la de un hombre que acaba de fallecer.

Pero es recién en el siglo XIX donde surgen, gracias a los avances de la ciencia médica, los primeros trasplantes.

En los inicios del siglo XX es cuando el procedimiento para irrigar los órganos injertados abre la posibilidad técnica y quirúrgica de realizar un trasplante.

En nuestro país, Argentina, contamos con el *Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI)*. Este es el organismo que impulsa, normatiza, coordina y fiscaliza las actividades de donación y trasplante de órganos, tejidos y células.

El ámbito territorial de actuación comprende, las provincias argentinas, junto a 24 [organismos jurisdiccionales](#) de ablación e implante con el fin de brindar a la población un acceso transparente y equitativo al trasplante.

Este organismo nacional depende jerárquicamente de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud de la Nación, como entidad descentralizada.

Estructura y autoridades¹ del INCUCAI

El Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (Incucai), es el organismo que en la Argentina impulsa, normatiza, coordina y fiscaliza las actividades de donación y trasplante de órganos, tejidos y células.

¹ <http://www.incucai.gov.ar/institucional/estructura.jsp>

Su jurisdicción comprende todas las provincias del país.

Esta entidad, descentralizada, depende de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del [Ministerio de Salud](#) de la Nación.

El objetivo principal de este organismo es:

- Promover
- Regular
- Coordinar las actividades relacionadas con la procuración y el trasplante de órganos, tejidos y células en el ámbito nacional, garantizando transparencia, equidad y calidad.

La estructura se plasma de la siguiente manera:

Autoridades Nacionales

- Presidencia de la Nación

Presidenta: Dra. Cristina Fernández

- Ministerio de Salud de la Nación

Ministro: Dr. Juan Luis Manzur

consultas@msal.gov.ar

- Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos

Secretario: Dr. Gabriel Eduardo Yedlin

consultas@msal.gov.ar

INCUCAI

- **Directorio**

Presidente: Dr. Carlos Alberto Soratti

presidencia@incucai.gov.ar

Vicepresidente: Dr. Martín Torres

presidencia@incucai.gov.ar

- **Dirección Médica**

Director: Dr. Ricardo Ibar

direccionmedica@incuca.gov.ar

- **Dirección de Administración**

Director: Cdor. Fabio Pérez

administracion@incuca.gov.ar

- **Dirección Científico Técnica**

Directora: Dra. Liliana Bisignano

direccioncientificotecnica@incuca.gov.ar

- **Dirección del Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas**

Director: Dr. Víctor Hugo Morales

registro@incuca.gov.ar

- **Departamento Jurídico**

Coordinadora: Dra. Adriana Carballa

juridico@incuca.gov.ar

- **Departamento de Comunicación Social**

Coordinadora: Lic. Roxana Fontana

relacionesinstitucionales@incuca.gov.ar

- **Prensa**

Coordinadora: Lic. Rosario Wernicke

prensa@incuca.gov.ar

- **Departamento de Informática y Sistemas**

Coordinadora: Lic. Daniela Hansen Krogh

informatica@incuca.gov.ar

- **Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante (SINTRA)**

Director: Ing. Mariano Soratti

informatica@incucaigov.ar

- **Unidad Auditoría Interna**

Auditor interno titular: Dr. Carlos Nava

uai@incucaigov.ar

- **Consejo Asesor de Pacientes**

Secretario general: Dr. Alejandro González

cap@incucaigov.ar

- **Consejo Asesor de Profesionales**

Secretario general: Dra. Elvira Cristina Aguirre

caprofesionales@incucaigov.ar

Normativa Aplicable

Respecto a la normativa que regula a este organismo nacional, la misma es vasta y principalmente se compone de:

Leyes:

- [Ley 24.193](#). Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos – texto actualizado por Ley 26.066 y 26.636
- [Ley 26.066](#). Modificación de la Ley 24.193
- [Ley 25.392](#). Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH).
- [Ley 25.505](#). Ley Nacional de Inscripción de Donantes de Órganos.
- Boletín oficial con el Decreto Reglamentario 1949/06. Decreto reglamentario de la Ley 24.193 (T.O. Ley 26.066)

Resoluciones del Incucaigov sobre:

- Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina – SINTRA

- Habilitación de establecimientos y equipos profesionales para trasplante de órganos y tejidos
 - Habilitación de bancos de tejidos y laboratorios de histocompatibilidad
 - Inclusión en lista de espera
 - Situaciones especiales en lista de espera para trasplante
 - Criterios para la distribución y asignación de órganos y tejidos para trasplante
 - Células Progenitoras Hematopoyéticas

Del organismo

Regularmente el INCACAI promueve las donaciones de órganos cadavéricas, y sólo en forma excepcional la donación de órganos no vitales entre personas vivas.

Asimismo y por imperio de la Ley 26.066 la legislación ha incorporado la figura del donante presunto en su artículo 5, al establecer:

ARTÍCULO 5º.- *Incorpórase a la ley 24.193, como artículo 19 bis el siguiente:*

Artículo 19 bis: La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado.

Este artículo entrará en vigencia transcurridos NOVENTA (90) días de ejecución de lo establecido en el artículo 13 de esta ley, que modifica el artículo 62 de la ley 24.193.

ARTÍCULO 6º.- Incorpórase a la ley 24.193 como artículo 19 ter el siguiente:

Artículo 19 ter: *En caso de fallecimiento de menores de Dieciocho (18) años, no emancipados, sus padres o su representante legal, exclusivamente, podrán autorizar la ablación de sus órganos o tejidos especificando los alcances de la misma.*

El vínculo familiar o la representación que se invoque será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas la documentación respectiva.

La falta de consentimiento de alguno de los padres eliminará la posibilidad de autorizar la ablación en el cadáver del menor.

En ausencia de las personas mencionadas precedentemente, se dará intervención al Ministerio Pupilar, quien podrá autorizar la ablación.

De todo lo actuado, se labrará acta y se archivarán en el establecimiento las respectivas constancias, incluyendo una copia certificada del documento nacional de identidad del fallecido. De todo ello, se remitirán copias certificadas a la autoridad de contralor. Las certificaciones serán efectuadas por el director del establecimiento o quien lo reemplace. El incumplimiento de lo dispuesto en el presente párrafo hará pasible a los profesionales intervinientes de la sanción establecida en el artículo 29.

De esta manera, por una ficción legal, todos los ciudadanos mayores somos donantes de órganos presuntos, salvo que se realice una expresa manifestación en sentido contrario.

Esta nueva incorporación al sistema de donación de órganos ha venido a superar situaciones que se producían respecto de personas que no habían expresado la voluntad de donar órganos y sus familiares suplían su voluntad mediante una negativa.

Asimismo supera el excesivo formalismo que existía para poder manifestar la voluntad de constituirse en donante de órganos.

Una situación a revisar

La legislación argentina ha limitado la posibilidad de la donación de órganos entre vivos, a través de otra reglamentación. Así ha establecido el tope hasta parientes en el orden del cuarto grado de consanguinidad.

ARTICULO 15º - *Sólo estará permitida la ablación de órganos o tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos.*

En todos los casos será indispensable el dictamen favorable del equipo médico a que se refiere el artículo 3º.

De todo lo actuado se labrarán actas, por duplicado, un ejemplar de las cuales quedará archivado en el establecimiento, y el otro será remitido dentro de las setenta y dos (72) horas de efectuada la ablación a la autoridad de contralor. Ambos serán archivados por un lapso no menor de diez (10) años.

En los supuestos de implantación de médula ósea, cualquier persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá disponer ser dador sin las limitaciones de parentesco establecidas en el primer párrafo del presente artículo. Los menores de dieciocho (18) años -previa autorización de su representante legal- podrán ser dadores sólo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados en el citado precepto.

El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada.

La retractación del dador no genera obligación de ninguna clase.

Esta situación ha generado innumerables situaciones que atentan contra la vida de las personas. A saber, si existe un amigo muy cercano que desea donar un órgano a otro, debe pedir una autorización judicial, con las demoras que este trámite implica.

A su vez deberá probar todas las circunstancias que motivan tal decisión a fin de aclarar el panorama y desechar la posible idea de una venta del órgano.

Otras legislaciones, como la española, han avanzado en la materia, incluso creando figuras novedosas al establecer "la donación cruzada".

En España con la creación de las coordinaciones de trasplante y la Organización Nacional de Trasplantes en 1989, se ha conseguido afrontar a lo largo de los últimos 20 años, de manera más eficiente que en el resto de los países, la escasez de donantes fallecidos con la consecuente reducción en el porcentaje de donación de vivo para el trasplante renal.

La ONT dentro de su actual plan para aumentar el número de donantes y consecuentemente el acceso al tratamiento del trasplante por los pacientes que lo precisan, apuesta decididamente por el impulso de la donación de vivo que debe beneficiar fundamentalmente a los pacientes más jóvenes.

La limitación que supone la existencia de una incompatibilidad de grupo sanguíneo o de una prueba cruzada positiva entre donante vivo y receptor,

si bien puede superarse por medios farmacológicos, con un coste económico y un riesgo para el receptor superiores, puede ser obviada a través de un "programa de donación renal cruzada", mediante el esfuerzo organizativo de la ONT y la red de coordinación, y el esfuerzo cooperativo de los equipos de trasplante renal que estén dispuestos a ofrecer esta modalidad terapéutica. Además, el esquema del trasplante cruzado de donante vivo, puede ayudar a conseguir un emparejamiento donante-receptor por edad más adecuado².

Este tipo de figuras legales han venido a generar un paliativo para aquellas familias en las que no existiendo compatibilidad pueden recibir un órgano de otra persona que sin poseer lazos sanguíneos, atraviesa idéntica situación.

Es importante generar un movimiento en pos de lograr mayor celeridad y previsibilidad en la legislación argentina teniendo como horizonte lograr mejor calidad de vida para personas que se encuentran en el listado de espera de un órgano vital.

Donante altruista

Se ha denominado *donante altruista* (Ministerio de Sanidad política Social e Igualdad, s.f) o *buen samaritano* a aquella persona que dona un órgano a otra desconocida que necesita un trasplante.

Esta donación se puede realizar de dos maneras:

a. Por medio de la donación del órgano a una persona de la lista de espera (no conocida y anónima)

b. Por medio de la donación renal cruzada

² <http://www.seden.org/files/programa.pdf>

Antes del cambio de la legislación, desde la ONT (Organización nacional de Transplantes. España) no se había previsto la posibilidad de la donación altruista.

Este tipo de previsiones legales implica un fuerte trabajo medico. Esto se traduce en la necesidad de garantizar una alta probabilidad de éxito y seguridad para el donante. Además de una valoración psicológica más profunda, del donante.

Aquí se debe arbitrar los medios para desechar la idea de la donación no sea desinteresada.

La Ética

La ética cuando se aplica o se refiere a la medicina recibe el nombre de bioética. Podemos establecer algunos principios que son de aplicación en todos los procesos médicos, y más precisamente en la toma de decisiones en los trasplantes.

Los principios básicos son³: autonomía de la persona en la toma de decisiones, no maleficencia: no hacer daño, justicia: Distribución equitativa, y beneficencia: procurando hacer el bien.

³ Manual de procuración de órganos y tejidos, para el coordinador hospitalario de donación. México, Julio 2009 - http://salud.edomexico.gob.mx/cetraem/doc/Manuales/manual_procuracion.pdf

Testimonios

La página oficial del INCUCAI ⁴ pone de manifiesto evidencias de donaciones de órganos que reflejan situaciones de dolor, pero a la vez de vida y esperanza para muchas familias argentinas.

Alejandro T.

Familia Donante

Pensábamos que la donación no era para nosotros. Hasta que un domingo al mediodía, un accidente hizo que en un par de horas nos encontráramos con Antonella muriendo. No lo habíamos charlado antes, pero con mi esposa decidimos donar los órganos de nuestra hija de 6 años. Lo hicimos no por cómo murió, sino por cómo vivió. Porque la donación tiene más que ver con la vida que con la muerte. Si uno no dona su afecto, su tiempo, su vida todos los días a quienes tiene al lado, ¿cómo va a pensar en donarle algo a alguien que no conoce? Hay que vivir de tal manera que cuando uno muera lo único que le quede por donar sean sus órganos, en este sentido decimos que donar órganos es donar vida. Pero no continúa la vida de quien falleció. Al donar podemos ayudar a otras personas.

Cecilia A.

Voluntad a favor de la donación

Ahora tengo 26 años. A los 18, cuando fui a sacar el documento, dije que sí a la donación de órganos. Pienso que es un acto de solidaridad hacia otra persona. Un acto de amor. Si alguien en estado de desesperación en un momento necesita esos órganos, qué mejor que poder aliviarle el sufrimiento. No consulté la decisión con mis familiares, pero sí les informé que soy donante. Me gustaría que todos los argentinos fueran donantes. Hay que tomar conciencia. Antes no sabía bien de qué se trataba, en otros

⁴ <http://www.incucai.gov.ar/comunidad/testimonios.jsp>

países hay noticias de robos y demás que me habían asustado. Pero después me informé y me quedé tranquila. Uno siempre se fija en uno y no en el vecino. Me gustaría que nos fijemos más en el otro.

María Rosa B.

Familia Donante

Mi hijo falleció en julio de 2005 por un golpe que recibió en la cabeza a raíz de una caída de la moto y ahí decidimos, al estar con signos de muerte cerebral, donar sus órganos. Como estaban muy dañados solamente pudimos donar las córneas. En ese momento tenía 30 años. Lo primero que yo sentí es que dos personitas iban a seguir viendo por Cristian. Esa era la idea que él tenía siempre. Así que cumplí su voluntad. Para mí fue un logro poder donar sus córneas.

Para responder a necesidades concretas de la comunidad, el Incucai desarrolla actividades de diversa naturaleza en relación a la donación y el trasplante de órganos, tejidos y células. Estas acciones, pensadas en función de objetivos puntuales, permiten satisfacer requerimientos, brindar soluciones e impulsar el crecimiento.

Una esperanza a través de una incorporación a nuestra legislación

El procedimiento de donación de órganos resulta complejo tanto en lo que normativamente se refiere como al acto médico que lo instrumenta.

Este acto constituye una responsabilidad profesional y a fin de optimizar tanto la donación como los trasplantes, es preciso recordar:

- *Detectar y diagnosticar la muerte encefálica precozmente*
- *Proporcionar los cuidados necesarios para un adecuado mantenimiento hemodinámico con las menores dosis posibles de drogas vasoactivas.*
 - *Evitar en lo posible la administración de desmopresina.*
 - *Maximizar los cuidados para evitar infecciones*
 - *Ajustar la hidratación para que manteniendo una suficiente presión venosa no se perjudiquen los pulmones como órganos para trasplante.*
 - *Facilitar buena información y atenciones a la familia donante.*
 - *Contactar lo antes posible con el coordinador de trasplantes para valoración potenciales donantes.*

La necesidad de flexibilizar el sistema de donación de órganos y extenderlo a situaciones de no- familiares se hace sentir en millones de casos de pacientes que diariamente ven sesgado su futuro.

Tomar el ejemplo de España al prever la donación cruzada de órganos resultaría un compromiso de los legisladores ante una realidad angustiante para muchas personas.

En definitiva, se pretende disminuir las listas de espera de personas para trasplantes, a través de un trabajo coordinado y sostenido de legisladores y de los sistemas sanitarios de todas las provincias.

En relación con la donación y el trasplante de órganos y tejidos, la salud y la educación van de la mano. Por la complejidad de la temática, la formación, la discusión y el conocimiento son fundamentales para la toma de decisiones conscientes y responsables. Apelamos entonces a la escuela, como canal privilegiado en donde jóvenes, docentes, familia, amigos y vecinos cuentan con un espacio de intercambio de lecturas, información y opiniones, que puedan ser sostenidas en el tiempo y con el propósito del bien común⁵.

⁵ http://www.incucai.gov.ar/docs/manuales/manual_para_docentes.pdf

Por último debemos instar a fomentar la cultura de la donación de órganos desde muy pequeños a través de la incorporación de esta temática en los planes de estudios de los alumnos de primaria y secundaria.

BIBLIOGRAFIA

1.- De FRUTOS, Miguel A.; DAGA Domingo; RUIZ Pilar; REQUENA. María Victoria. (S.f.).Donación de Órganos.

<http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/pdguanabo/transp.pdf>

2.-Ministerio de Sanidad política Social e Igualdad. (s. f). Protocolo de donación renal altruista. España.

http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/Prococolo_donaci%C3%B3n_renal_altruista.pdf

4.- Manual de procuración de órganos y tejidos, para el coordinador hospitalario de donación. México, Julio 2009 -

http://salud.edomexico.gob.mx/cetraem/doc/Manuales/manual_procuracion.pdf

Cita de este artículo:

BRIZUELA, A. G. (2012) "La donación de órganos en la Argentina". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.87-102. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

IMPUTABILIDAD PENAL

Ab. María Celeste Rinaldoni

Abogada, Especialista en Derecho Penal (UNC)
Especialista en Derecho Penal Económico
(Universidad de Castilla-La Mancha)
Adscripta en las asignaturas Derecho Penal I
y Derecho Penal II de la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional
de Córdoba, Argentina.

Palabras claves:

Antecedentes legislativos; Derecho comparado; concepto y evolución; presupuestos; actio libera in causa; capacidad de culpabilidad disminuida; efectos; jurisprudencia.

Key words:

Legislative precedents; compared Law; concept and evolution; budgets; actio libera in causa; capacity of diminished guilt; effects; jurisprudence.

Resumen

El artículo 34 inciso 1º del Código Penal Argentino contempla distintos supuestos en los cuales el hecho cometido por el agente no será punible. Uno de ellos es la inimputabilidad, entendida como la incapacidad de culpabilidad en sentido estricto. Este trabajo analiza brevemente los antecedentes legislativos relacionados al tema, el Derecho comparado, el concepto de imputabilidad y su evolución, los métodos para evaluar la imputabilidad, sus presupuestos biológicos (madurez mental, salud mental, conciencia), los efectos psicológico-valorativo-normativo (imposibilidad de comprender la criminalidad del acto, imposibilidad de dirigir las acciones), la llamada *actio libera in causa*, la capacidad de culpabilidad disminuida, los efectos de la inimputabilidad y, por último, cita jurisprudencia ilustrativa de la materia.

Abstract

The article 34.1 of the Argentine Penal Code contemplates different suppositions in which the act committed by the agent will not be punishable. One of them is the unimputability understood as the disability of guilt in strict sense. This work analyzes brief the legislative precedents related to the topic, the compared Law, the concept of imputability and his evolution, the methods to evaluate the imputability, his biological budgets (mental maturity, mental health, conscience), the psychological-appraisive-normative effects (inability to understand the criminality of the act, inability to direct the actions), the call *actio libera in causa*, the capacity of diminished guilt, the effects of the unimputability and, finally, mentions illustrative jurisprudence of the matter.

CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA: Art. 34 C.P.:

“No son punibles:

1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso”.

§ 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 34 contempla distintos supuestos en los cuales el hecho cometido por el agente no será punible, y que de modo general podríamos agrupar en:

- *causas de exclusión de la culpabilidad*, es decir, todas aquellas relacionadas con la incapacidad o aptitud del sujeto para ser culpable, quedando abarcadas dentro de este supuesto la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad en sentido estricto y el error de prohibición invencible (inc. 1º);

- *causas que excluyen la acción*, en las que el autor del hecho por motivos externos (fuerza física irresistible y movimientos reflejos o involuntarios) o internos (estado de inconsciencia), actúa involuntariamente, desapareciendo el concepto de acción desde el punto de vista jurídico penal, y por ende, el delito (inc. 2º);

- *causas de justificación*, ubicándose en esta esfera la legítima defensa propia o de un tercero, el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber. En todos estos casos, el sujeto sabe lo que hace y actúa de acuerdo con ese conocimiento, pero el hecho típico es eximido de castigo al no ser reprochable puesto que, si bien se produce el ataque a un bien jurídicamente protegido, dicho ataque se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico, excluyéndose de este modo la antijuridicidad (incs. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º).

§ 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El 5 de diciembre de 1864, el presidente Mitre encomendó a Carlos Tejedor la redacción de un proyecto de Código Penal, siendo presentada en 1865 la parte general y en 1868 la especial. Así, el Código de 1868 proyectado por el Dr. Tejedor, utilizaba como método para evaluar la imputabilidad la fórmula biopsicológica, y siguiendo los lineamientos del Código Bávaro, en su art. 22 eximía de pena a los menores de diez años (inc. 1º); a los furiosos, los locos y los que hayan perdido completamente el uso de la inteligencia y cometan un crimen en ese estado (inc 2º); a los imbéciles incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad (inc. 3º); a las personas que hayan perdido su inteligencia por efectos de senectud (inc. 4º); a los sordomudos que no hayan recibido la educación conveniente, para conocer la criminalidad de sus actos, ni siendo instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda (inc. 5º). El art. 3 inc. 3º a su vez establecía que el sujeto estará exento de pena "siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación mental de cualquiera de los sentidos, o de la inteligencia no imputable del agente y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad". El proyecto Tejedor, si bien no llegó a ser sancionado por el Congreso, fue adoptado como ley local por once provincias.

El proyecto Pérez-Ugarte-Quintana de 1881, eximía de pena en el art. 93 inc. 3º al que hubiere cometido el hecho en estado de demencia, sonambulismo, enajenación mental o imbecilidad absoluta. Este proyecto no logró sanción parlamentaria, siendo adoptado como código local sólo por la Provincia de Córdoba.

El Código de 1886, realizado sobre las bases del Proyecto Tejedor -al cual el Congreso introdujo importantes modificaciones-, fue sancionado como primer Código Penal de la Nación mediante ley 1920 el 15 de noviembre de 1886, comenzando a regir el 1º de marzo de 1887. Dicho cuerpo legal

preveía en el art. 81 inc. 1º la exención de pena para quien “ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria y siempre que el acto haya sido resuelto, consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante el cual éste no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad”.

El proyecto de 1891, elaborado por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, trataba el tema en el art. 59 donde, dejando de lado el aspecto psicológico y adhiriendo sólo al biológico, eximía de responsabilidad criminal al que hubiera cometido el hecho bajo la influencia de una enajenación o enfermedad mental cualquiera, en estado de embriaguez completa y accidental sobrevenida sin culpa suya, o a quien hubiera ejecutado el hecho en virtud de una sujeción hipnótica a la que no ha prestado su consentimiento. Este proyecto fue presentado al Ejecutivo en junio de 1891, no logrando sanción legislativa.

En 1895 el proyecto elaborado por Lisandro Segovia, eximía de pena en el art. 15 inc. 1º al que hubiere "...cometido el acto en estado de demencia u otra morbosa alteración de la inteligencia que prive de la conciencia o de la libre determinación de su voluntad". Esta norma aclaraba especialmente que quedaban comprendidos dentro de la misma los supuestos de imbecilidad y beodez completa, el sonambulismo y el hipnotismo no provocados.

En 1904 el Poder Ejecutivo Nacional encargó la revisión del Código Penal a una comisión integrada por Piñero, Rivarola, Beazley, Saavedra, Moyano Gacitúa y Ramos Mejía, quienes presentaron su proyecto al Congreso de la Nación en septiembre de 1906, no siendo tratado a pesar de las críticas favorables.

En el año 1916, una comisión a cargo del diputado Rodolfo Moreno, retomó el proyecto de 1906, y luego de efectuarle algunas modificaciones,

redactó el llamado proyecto de 1917 que, luego de ser reformado parcialmente por el Senado, fue sancionado el 30 de septiembre de 1921 por el Congreso como Código Penal de la Nación mediante ley 11.179, comenzando a regir el 30 de abril de 1922. Aunque con numerosas reformas parciales, este código ha mantenido su vigencia hasta hoy, correspondiéndose fielmente el texto actual del art. 34 con el originario de la ley 11.179.

El proyecto elaborado en 1936 por los positivistas Jorge Coll y Eusebio Gómez, no incluía en su normativa la exención punitiva de los inimputables. Esta tendencia queda plasmada en la página 15 de la Exposición de motivos, en donde sus autores refieren: "Todo autor de delito, sea cual fuere el grado de su desarrollo mental, sea cual fuere el estado de su salud mental, proceda o no conscientemente, debe ser sometido a la sanción adecuada a sus condiciones. Consagramos, pues, sin reservas ni limitaciones de ningún género, el principio de la responsabilidad legal, que es el único compatible con las exigencias de la defensa colectiva". Finalmente, este proyecto no fue tratado por el Congreso.

El proyecto de Código Penal presentado por José Peco en septiembre de 1941 -que tampoco tuvo tratamiento parlamentario- declaraba inimputable en su art. 26 inc 2º al que obrare "en situación de trastorno mental transitorio, sin carácter patológico, cuando no pueda discriminar la naturaleza ética de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos".

El 1º de agosto de 1951, fue remitido al Congreso el proyecto elaborado por el Profesor Isidoro De Benedetti, donde se declaraba inimputable al autor del hecho que "no hubiera podido comprender la criminalidad del mismo o inhibir sus impulsos criminales en consecuencia con dicha comprensión, por insuficiencia o alteraciones morbosas de sus facultades psíquicas." Esta elaboración que seguía los lineamientos neo-positivistas del proyecto de 1941 no tuvo cabida legislativa.

El proyecto elaborado por Ricardo Levene (h), Horacio Maldonado y Francisco Laplaza en 1953, establecía que era inimputable quien "...en el momento de cometer el hecho, no puede comprender la criminalidad de su conducta y dirigirla de acuerdo con esa comprensión, sea por enfermedad mental, insuficiencia de sus aptitudes psíquicas, o trastorno mental transitorio involuntario".

En 1960, Soler elaboró otro proyecto que declaraba inimputable al que "...no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a insuficiencias de facultades, alteraciones morbosas, aunque sea transitoria, o grave perturbación de la conciencia". Esta elaboración, que fue elevada al Poder Ejecutivo en marzo de 1960, ingresó al Congreso de la Nación, interrumpiéndose luego su tratamiento a raíz del golpe militar de 1962.

Por último, el art. 5 inc. 2º del proyecto 1974-1975 establecía que no era punible "el que al momento del hecho no hubiera podido comprender su criminalidad o dirigir sus acciones, sea por insuficiencia de sus facultades, por alteración de las mismas o por grave perturbación de la conciencia que no le fuera imputable". El tratamiento de este proyecto también fue suspendido por una nueva interrupción del orden constitucional en 1976.

§ 3. DERECHO COMPARADO

3.1. Código penal español

Dicho cuerpo legal trata "De las causas que eximen de la responsabilidad criminal", en el Capítulo Segundo del Título Primero, Libro Primero, a saber:

Artículo 19: "Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

Artículo 20: “Están exentos de responsabilidad criminal:

1º. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2º. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3º. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

(...)

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código”.

A su vez, el código penal español trata “De las medidas de seguridad” en el Título IV. A continuación se transcribe parte de la normativa vinculada al tema:

Artículo 96: “1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de la libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

1ª. El internamiento en centro psiquiátrico.

2ª. El internamiento en centro de deshabitación.

3ª. El internamiento en centro educativo especial.

3. Son medidas no privativas de la libertad:

1ª. La inhabilitación profesional.

2ª. La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

3ª. La obligación de residir en un lugar determinado.

4ª. La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

5ª. La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

6ª. La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

7ª. La privación el derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

8ª. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

9ª. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

10ª. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

11ª. La sumisión o tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.

12ª. El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

Artículo 101: "1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración

psíquica que se aprecie o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de éste Código". [El artículo 97 contempla la posibilidad que el Juez o Tribunal, durante la ejecución de la sentencia, mediante un procedimiento contradictorio y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pueda mantener, hacer cesar, sustituir o suspender la medida de seguridad privativa de libertad impuesta].

Artículo 102: "1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2º del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código".

Artículo 103: "1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3º del artículo 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el artículo 97 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza”.

Artículo 104: “1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.

2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código”.

3.2. Código penal alemán

El legislador alemán regula la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad en los párrafos § 19, § 20, y § 21 del código penal, dentro del Capítulo II denominado “El hecho”, Título I “Fundamentos de la punibilidad”:

§ 19. Incapacidad de culpabilidad del niño

Es incapaz de culpabilidad quien en el momento de la comisión de un hecho aún no ha llegado a la edad de los catorce años.

§ 20. Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas

Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz por

una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión.

§ 21. Capacidad de culpabilidad reducida

Si la capacidad del autor por las razones señaladas en el § 20 está considerablemente reducida en la comisión del hecho o para comprender lo injusto del hecho o para actuar de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser disminuida conforme al § 49 inciso 1.

Y el parágrafo 49 inciso 1º dispone:

§ 49. Causas legales especiales de atenuación

(1) Si se prescribe una atenuación conforme a este precepto o se autoriza, entonces para la atenuación rige lo siguiente:

1. En lugar de pena privativa de la libertad perpetua se aplica una pena privativa de la libertad no menor de tres años.

2. En los casos de pena privativa de la libertad temporal se permite imponer como máximo tres cuartos del máximo impuesto. En los casos de multa rige lo mismo que para el número máximo de los importes diarios.

3. El aumento del mínimo de una pena privativa de la libertad se disminuye

- en los casos de un mínimo de diez o de cinco años a dos años,
- en los casos de un mínimo de tres o de dos años a seis meses,
- en los casos de un mínimo de un año a tres meses,
- en los restantes casos al mínimo legal.

En cuanto a las "medidas de corrección y seguridad" el código penal alemán establece:

§ 63. Internamiento en un hospital psiquiátrico

Si alguien comete un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad (§ 20) o con capacidad de culpabilidad reducida (§ 21),

entonces el tribunal ordenará la internación en un hospital psiquiátrico cuando de la valoración en conjunto del autor y de su hecho resulte que como consecuencia de su estado son de esperar relevantes hechos antijurídicos y por ello es peligroso para la comunidad.

§ 64. Internamiento en un establecimiento de desintoxicación

(1) Si alguien tiene la inclinación a tomar en exceso bebidas alcohólicas o cualquier otra sustancia embriagante y siendo condenado por un hecho antijurídico cometido en embriaguez o atribuible a su inclinación o solo no se condena porque su incapacidad de culpabilidad es comprobada o no excluible entonces el tribunal ordena la internación en un establecimiento de desintoxicación, cuando exista el peligro de que como consecuencia de su inclinación cometa relevantes hechos antijurídicos.

(2) La orden no tiene lugar, cuando una internación en un establecimiento de desintoxicación desde el principio parece inútil.

§ 4. DOCTRINA

4.1. El concepto de imputabilidad y su evolución

La imputabilidad puede ser analizada desde la óptica de la medicina, de la psicología, de la sociología o estrictamente desde el punto de vista jurídico penal. En este último sentido -que se encuentra estrechamente vinculado a los anteriores- definiremos a la imputabilidad como el conjunto de facultades mínimas que debe reunir un sujeto para ser considerado culpable por la comisión de un hecho típico y antijurídico.

Dicho de otro modo «para reprocharle una conducta típica y antijurídica (un injusto o ilícito penal) a un autor es menester que éste haya tenido cierto grado de capacidad psíquica, que le hubiera permitido disponer de un ámbito de autodeterminación» (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR², 2006:540).

Tradicionalmente, se ha hecho referencia a dos conceptos de imputabilidad:

1) Para los autores clásicos o neoclásicos -desde CARRARA hasta WELZEL-, la imputabilidad es la capacidad vital o existencial del individuo de comprender y actuar conforme al valor. De esta manera se divide a los individuos en *imputables* (capaces de autodeterminación, de ser libres) e *inimputables* (aquellos que no poseen dicha capacidad: locos, niños, etc.). Con ello «el concepto de inimputabilidad lleva aparejada la idea o estigma o etiqueta de minusvalía, de desigualdad existencial de los hombres libres y el de los que no lo son. A los hombres superiores les corresponde la protección de los inferiores y éstos deben aceptarla sin ninguna otra posibilidad» (BUSTOS RAMÍREZ, 1997:281/282).

2) Con el positivismo naturalista italiano (Escuela Positiva: LOMBROSO, GARÓFALO, FERRI, etc.), desaparece la distinción entre sujetos imputables e inimputables puesto que el fundamento de la responsabilidad penal ya no radica en la libre voluntad sino en la responsabilidad social. Ahora, «lo que interesa poner en claro es más bien la capacidad de los individuos para atentar contra el orden social (de ser peligrosos) y no su capacidad o incapacidad de autodeterminación (...) En este sentido, el llamado "inimputable" presentará rasgos de elevada peligrosidad, hasta el punto de ser considerado el criminal por excelencia, muy cercano al "delincuente nato" (o loco moral) de que hablara LOMBROSO» (SOTOMAYOR, 1996:50).

De las visiones expuestas *supra*, podemos decir que en la actualidad predomina el concepto clásico, aunque con distintos matices al estar estrechamente vinculado al de culpabilidad -el cual se encuentra en "crisis"-

No obstante, algunos autores han advertido la necesidad de un *replanteamiento crítico del concepto de imputabilidad*, aduciendo que tanto la versión tradicional como la positivista, parten del mismo presupuesto: la

existencia de valores sociales objetivos absolutos. Mientras los clásicos, frente a este orden racional absoluto, dividen a los individuos en racionales e irracionales, apoyándose en el concepto de libre albedrío considerado existencialmente; los positivistas -basados en la idea de peligrosidad- lo hacen entre individuos normales y anormales.

Por ello, BUSTOS RAMÍREZ, recurre a la perspectiva sociológica de la teoría de las subculturas y a la perspectiva psicosiquiátrica de la psiquiatría alternativa, las cuales vienen a cuestionar la existencia de un solo mundo (social cultural), la "verdad única" del sistema, contraponiendo los mundos de los grupos, las subculturas y las culturas, por una parte, y por otra, el mundo del propio individuo como tal.

Desde el punto de vista de la *teoría de las subculturas*, afirma que el individuo actúa siempre en grupos, los cuales pueden coincidir, diferenciarse o hasta rechazar el planteamiento valorativo hegemónico del Estado. Así, dentro de una sociedad democrática y pluralista, el sujeto siempre pertenecerá a distintos ámbitos culturales, que no pueden ser pasados por alto en su enjuiciamiento.

Por otra parte, haciendo suyos los postulados de la *psiquiatría alternativa*, sostiene que la locura no puede ser entendida como un simple problema físico-biológico, como un problema de mal funcionamiento del organismo, sino que «en la locura está involucrada la persona en cuanto tal, que es una entidad superior a la suma de sus diferentes órganos y funciones, y además en cuando referida a la persona necesariamente una entidad social (...) la locura ha de entenderse antes que nada como un fenómeno social, como una contradicción que puede darse en cualquier tipo de sociedad y frente a la cual reacciona dicha sociedad (...) significa entonces un conflicto entre normas y valores de un sistema social determinado, en definitiva de la verdad del sistema social con la verdad que expresa el loco» (BUSTOS RAMÍREZ, 1987:298/299).

De este modo, para determinar el concepto de imputabilidad, es preciso tener en cuenta dos niveles:

1) El *primer nivel del juicio de imputabilidad* consiste en la asignación del individuo dentro de una sociedad, a un cierto orden racional existente dentro de ella, no pudiendo ser en modo alguno un juicio de invalidación o minusvalía del sujeto, puesto que ningún orden racional, cultural o grupal puede ser discriminado en un Estado de derecho, ya que ello implicaría la destrucción de sus propias bases al negar al individuo.

2) El *segundo nivel del juicio de imputabilidad*, significa el reconocimiento de un orden racional hegemónico dentro del Estado de derecho, que constituye su base orgánica. En virtud de ello, sólo cuando el sujeto cometa un hecho que se contradiga con los valores fundamentales del orden hegemónico, podrá entonces juzgarse la compatibilidad o no de la racionalidad de ese individuo con dicho orden. Por lo tanto, tampoco habrá aquí un juicio de invalidación o minusvalía, sino simplemente un juicio valorativo.

Por lo expuesto, BUSTOS concluye definiendo a la imputabilidad como un juicio de atribución subjetiva negativo («expresión de la intolerabilidad de la incompatibilidad demostrada por la racionalidad del sujeto en su hecho en relación a la racionalidad del sistema»), mientras que la inimputabilidad sería un juicio positivo (expresión de tolerabilidad del sistema con la incompatibilidad demostrada).

4.2. Métodos para evaluar la imputabilidad

Los códigos penales, en general, establecen cuáles son las causas y/o efectos requeridos para que una persona pueda ser declarada inimputable, constituyendo éstos casos de excepción, ya que lo normal es la imputabilidad.

A los fines de evaluar la imputabilidad del agente, existen tres posibles métodos o sistemas:

- *Método biológico*: Por medio de esta fórmula, se descartará la imputabilidad del sujeto ante un estado de anomalía o enfermedad mental, destacándose el carácter patológico del trastorno que excluye la responsabilidad (vgr. demencia), pero sin hacer referencia a los efectos del mismo.

Este fue el sistema seguido por el anterior código penal francés, el código prusiano y la ley penal austriaca de 1768 que establecía que "no es capaz de delito el que obra sin el uso de la razón -inteligencia- o de la libre voluntad".

Debido a esta exigencia de base patológica, se afirma que es realmente difícil incluir un completo catálogo de enfermedades mentales, por lo que será la jurisprudencia y los peritos (psiquiatras) quienes deben determinar qué alteraciones o anomalías mentales causan la inimputabilidad del sujeto (CONDE PUMPIDO - FERREIRO², 1990:298/299).

- *Método psicológico*: Este sistema no se detiene en el aspecto biológico del sujeto sino en el psicológico, refiriéndose este último al efecto de inimputabilidad que se traduce en la perturbación de la capacidad de comprender lo ilícito del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión. Así, por ejemplo, el código austriaco de 1852, que para diagnosticar una inimputabilidad alude al "enteramente privado de razón" que "no sea consciente de su acción".

- *Método biológico-psicológico, biológico-normativo o mixto*: se trata de una construcción normativa compuesta de dos niveles. En primer lugar, debe darse la existencia del presupuesto biológico que exige alguna anomalía o alteración psíquica, para luego verificarse las consecuencias normativas provenientes del presupuesto biológico, y que consisten en que

al momento de actuar, el agente no haya tenido capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de dirigir su conducta conforme a dicha comprensión.

De este modo, la determinación de las causas patológicas corresponderán al perito legista y el efecto psicológico será reservado al juez, quien realizará el juicio de inimputabilidad tomando como base el dictamen médico.

ROXIN plantea que el médico perito ha malinterpretado su función en la determinación de las causas de inimputabilidad, ya que erradamente piensan que sólo deben limitarse a verificar la existencia o no de una alteración o anomalía psíquica, sosteniendo este autor que el perito también puede pronunciarse sobre el efecto de inimputabilidad, esto es, manifestando «hasta qué punto el sujeto era asequible a la norma en el momento del hecho», «si la norma jurídica tuvo siquiera la posibilidad de surtir efecto en el proceso de motivación del sujeto. La función del perito consiste en mostrar a través del estado psíquico del sujeto si éste fue un destinatario idóneo de la norma» (ROXIN, I, 1997:836/837). Al final -entiende este autor- lo determinante es la convicción del juez atendiendo a criterios valorativos, y en este campo el experto perito no puede suplantarlos.

Esta fórmula mixta es la seguida por la mayoría de los códigos actuales, vgr., el código penal español, que en su art. 20.1º distingue, por un lado, *las anomalías o alteraciones psíquicas* que se deben comprobar como presupuesto y, por otro, la exclusión de la *posibilidad del autor de comprensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión*, que se debe verificar como consecuencia de aquellas anomalías.

También han escogido este sistema los códigos penales de Paraguay, México, Alemania, y el código Penal argentino, que en su art. 34, inc. 1º, a los fines de eximir de responsabilidad penal al agente, exige que la

“insuficiencia de las facultades”, “la alteración morbosa de las mismas” o el “estado de inconsciencia” produzcan como efecto la incapacidad del sujeto para “comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

4.3. Presupuestos de la imputabilidad

4.3.1. *Presupuestos biológicos*

4.3.1.1. Madurez mental

«La madurez mental es el desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto ejecutado y dirigir las propias acciones» (NÚÑEZ, 1999:182).

En nuestro país, la ley 22.278 (Régimen penal de la minoridad) publicada el 28 de agosto de 1980 y modificada por ley 22.803 (B.O. 09/05/83), en su art. 1º reza: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación”.

De este modo, podemos realizar la siguiente distinción:

1) *Menores que no han cumplido los dieciséis años*: no son punibles. Son absolutamente incapaces, constituyendo su inimputabilidad una presunción *iure et de iure*, por lo que no admite prueba en contrario.

2) *Menores que han cumplido los dieciséis años pero que no han cumplido los dieciocho*: al llegar a los dieciséis años de edad, la ley presume que ya han alcanzado madurez mental suficiente, siendo por ello imputables y punibles.

La excepción estará dada cuando cometan delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. En estos casos, si bien dichos menores son imputables, no serán punibles, obedeciendo esta exención de pena a razones de estricta política criminal.

En todos aquellos supuestos en los que el menor resultare inimputable, si bien no se le aplicará una pena, quedará sujeto a las medidas tutelares que el Tribunal interviniente considere apropiadas para su resguardo y vigilancia.

En otros países -al igual que en el nuestro- también existen regímenes especiales para los menores de edad que delinquen. Por ejemplo en España, el art. 19 del código penal, exime de responsabilidad criminal a los menores de dieciocho años, estableciendo que los mismos quedarán sujetos a lo que disponga la ley que regula la responsabilidad penal de los menores.

En Alemania, el § 19 establece la inimputabilidad de los niños que al momento de comisión del hecho delictivo no hayan cumplido aún los catorce años de edad. En estos casos, se excluye la responsabilidad del menor debido a su falta de asequibilidad a las normas o porque no existe necesidad preventiva de pena, pues «los hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y como la imposición de sanciones criminales contra los niños está preventivoespecialmente contraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad» (ROXIN, I, 1997:848).

Respecto del adolescente que tiene catorce años de edad pero que aún no ha cumplido los dieciocho, el § 3 JGG alemán, prevé que será jurídicopenalmente responsable si en el momento de cometer el delito fue suficientemente maduro, según su desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión. En estos supuestos, se deberá constatar la imputabilidad en cada caso en particular.

No obstante, «en los adolescentes, aun cuando exista la capacidad de comprensión del injusto, a menudo sigue faltando la capacidad de inhibición» (ROXIN, I, 1997:848). Así, por más que exista en el joven una pequeña medida de culpabilidad, podrá excluirse de responsabilidad al mismo, cuando ello se funde en razones preventivas y sea más oportuno la aplicación de otras medidas distintas a la pena criminal (v.gr. medidas tutelares).

4.3.1.2. Salud mental

De acuerdo al art. 34 inc. 1º del C.P., podremos decir que el autor del delito será sano mentalmente si no padece una “insuficiencia de sus facultades” o una “alteración morbosa de las mismas”.

Como se advierte, estos elementos normativos requieren una valoración científica a los fines de su interpretación.

En este sentido, entendemos por *insuficiencia de las facultades mentales* al retraso mental o insuficiencia del normal desarrollo psíquico de quien la padece, y que tiene su origen en causas congénitas, en lesiones sufridas durante el embarazo o en la temprana edad.

El término “insuficiencia de las facultades” es comprensivo de todas las oligofrenias que, conforme el grado de desarrollo mental alcanzado por el sujeto, pueden clasificarse en:

- *Debilidad mental*: el sujeto tiene una edad mental de entre ocho y once años y un coeficiente que varía entre el cincuenta y el ochenta por ciento del índice normal, el cual se ubica entre noventa y ciento diez. Dentro de las oligofrenias, la debilidad mental constituye el límite más cercano a la normalidad.

- *Oligofrenia media o imbecilidad*: son supuestos en los que la persona tiene una edad mental de entre cuatro y ocho años y un coeficiente que oscila entre el veinticinco y el cincuenta por ciento de los valores normales, no pudiendo llevar ya una vida independiente.

- *Idioci*a: constituye el grado más profundo de oligofrenia. La edad mental del sujeto es inferior a los cuatro años y su coeficiente de agudeza intelectual se sitúa en un veinticinco por ciento o menos respecto del normal. Estas personas necesitan atención y custodia permanente, faltando en ellas a menudo la capacidad de hablar.

La relevancia jurídico-penal de la insuficiencia intelectual estará condicionada a que excluya en el agente la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones.

Con la expresión *alteraciones morbosas de las facultades* se alude a las enfermedades mentales que producen un trastorno psíquico patológico en el sujeto.

«La alteración será patológica en sí cuando consista en una enfermedad, afección o dolencia mentales que importen un deterioro mental sumamente marcado y una desintegración de la personalidad del sujeto» (AGOSTINETTI, 2002:485).

Dentro de las alteraciones morbosas, encontramos las psicosis exógenas y endógenas, las neurosis y psicopatías graves, «siempre que sean equiparables en sus efectos a las psicosis» (BACIGALUPO, E.³, 1994:143).

La *psicosis* es un trastorno mental grave, caracterizado por la pérdida del sentido o del juicio de la realidad, en el cual el deterioro de la función mental ha alcanzado un grado tal que interfiere marcadamente con la introspección y la capacidad para afrontar las demandas de la vida diaria o mantener un contacto adecuado con la realidad.

Las *psicosis exógenas u orgánicas* son definidas como «el grupo de enfermedades psíquicas que pueden ser atribuidas a una alteración somática que afecte directamente al cerebro o que, afectando importantes órganos o sistemas funcionales (...) terminen repercutiendo sobre la función cerebral» (GISBERT CALABUIG Y SÁNCHEZ BLANQUE⁴, 1991:875).

Dentro de este tipo de psicosis se agrupan las traumáticas (por lesiones cerebrales), las psicosis por infección (como la parálisis progresiva), el delirium tremens, la esclerosis, etc.

Algunos autores incluyen dentro de este grupo a la epilepsia (vgr. ROXIN, GISBERT CALABUIG Y SÁNCHEZ BLANQUE), pese a que la misma no figura en la Décima revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales efectuada por la Organización Mundial de la Salud (CIE 10 - OMS), ni tampoco en la realizada por la Asociación Psiquiátrica Americana (DMS IV), «por tratarse de una enfermedad neurológica y las manifestaciones epilépticas que van acompañadas o dan lugar a cuadros específicos son objeto de estudio al tratar de diversas enfermedades mentales» (CEREZO MIR, 2001:474).

Las *psicosis endógenas o funcionales* son aquellos trastornos psíquicos «cuya base corporal-orgánica no ha sido demostrada claramente hasta el momento, pero que la ciencia presume (postula)» (ROXIN, I, 1997:827). En estos casos se desconocen con exactitud las causas que desencadenan el cuadro, involucrándose factores genéticos, sociales y hereditarios.

Los casos más comunes son la esquizofrenia, los trastornos delirantes persistentes (paranoia) y la psicosis maníaco-depresiva (trastorno bipolar), entre otros.

Las *neurosis* «son enfermedades de la personalidad caracterizadas por conflictos intrapsíquicos que inhiben las conductas sociales» (GISBERT CALABUIG Y SÁNCHEZ BLANQUE⁴, 1991:922).

Generalmente, las neurosis no provocan inimputabilidad, siendo las personas neuróticas sujetos que gozan -por lo común- de dominio sobre su capacidad de obrar y de dirigir sus acciones.

Sin embargo, pueden darse situaciones en las que la voluntad de estas personas sea vea perturbada a raíz de ciertos miedos o repulsiones instintivas e indomables (fobias), o por impulsiones que les llevan a realizar determinado tipo de actos (manías). En estos supuestos, sólo se podrá eximir de responsabilidad criminal, en los casos más graves en los que haya existido en el sujeto una falta absoluta de comprensión de la antijuridicidad de su conducta.

Si el trastorno neurótico no ha incidido de manera profunda en capacidad de comprensión de la criminalidad del acto y en la dirección de la conducta, el sujeto será imputable, al no existir en nuestra legislación estados intermedios que puedan dar lugar a una atenuación de pena.

Respecto de las *psicopatías*, se ha dicho que estas consisten en «variantes de personalidad, congénitas, que rebajan la capacidad de adaptación social del respectivo sujeto» (MAURACH Y ZIPF, I, 1994:616).

Psicópata es aquél que sufre de un trastorno de la personalidad, siendo algunas de sus características:

- incapacidad para internalizar pautas;
- personalidad antisocial;
- son grandes manipuladores;
- comportamientos agresivos;
- despreocupación imprudente por su seguridad y la de los demás;
- irresponsabilidad;
- coeficiente intelectual superior a lo normal;
- impulsividad o incapacidad para planificar el futuro;
- manifiestan excesiva frialdad afectiva, pudiendo cometer los hechos más crueles;

- son egocéntricos, denotan conductas egoístas y gran afán de protagonismo;
- perpetración repetida de hechos delictivos;
- no sienten remordimientos por los hechos que realizan.

El trastorno psicopático, que ha sido incluido dentro de la Clasificación de Enfermedades Mentales de la Organización Mundial de la Salud y de la Asociación de Psiquiatría Americana, sólo conducirá a la inimputabilidad del agente cuando, en el caso concreto, el dictamen del perito médico permita encuadrar el estado mental del afectado dentro del concepto de alteración morbosa de las facultades previsto por el art. 34 inc. 1º del C.P., y le haya impedido al sujeto comprender la criminalidad del acto realizado o la dirección de sus acciones.

En este sentido, se ha dicho que “los vocablos ‘alteraciones morbosas’ del artículo 34, inciso 1º del Código Penal no deben en modo alguno entenderse como simples sinónimos de enajenación o alienación mental, sino de manera más amplia, comprensiva tanto de las enfermedades mentales rigurosamente delimitadas y descriptas por las nosografías psiquiátricas, como de otros estados o situaciones que, como las neuropatías y aun las formas más graves entre las denominadas personalidades o constituciones psicopáticas pueden en circunstancias excepcionalísimas, provocar la inimputabilidad del sujeto si en el caso concreto yace excluida la capacidad de comprender la criminalidad del acto o la posibilidad de dirigir su conducta” (CNCCorr., Sala VI, 17-11-78, “Ramos, C.E.”, voto del Dr. García Torres).

Asimismo, debemos distinguir las constituciones psicopáticas (o psicopatías) que venimos tratando, de aquellas personas que presentan rasgos psicopáticos.

Respecto de las primeras, si bien la mayoría de los jueces consideran a estos sujetos imputables, sólo en casos excepcionales podrán ser

declarados incapaces de culpabilidad, cuando sus efectos sean de tal gravedad, que le impidan comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En relación a las segundas, se ha dicho que "los rasgos psicopáticos que se presentan en personalidades normales no pueden asimilarse a las personalidades psicopáticas, ya que cualquier individuo de ordinario presenta notas distintivas de la esquizofrenia, la manía o cualquier otra, sin que por ello sea alienado ni inimputable" (CNCrim.Corr., Sala I, 20/08/91, LL, 1991-E-725) y que "en tanto la ley penal no consagra la imputabilidad disminuida, la existencia de una personalidad con rasgos psicopáticos sólo puede ser considerada en el momento de graduar la sanción, arts. 40 y 41 del Cód. Penal" (CNCrim.Corr., Sala IV, 29/03/90, LL, 1990-D-151).

Las psicopatías representan un problema de alta complejidad para el Derecho Penal, puesto que no afectan la inteligencia ni la voluntad, sino sólo la afectividad del sujeto. Es por ello, que los psicópatas padecen de graves dificultades de adaptación, y los tratamientos aplicados a estos raramente conducirán a su resocialización, careciendo de sentido todo tratamiento curativo.

La jurisprudencia ha afirmado que "aún cuando dogmáticamente resulte inobjetable concluir que el sicópata no es inimputable, no se puede ocultar que el sicópata dista de ser una persona síquicamente normal. Es posible que la sicopatía genere criminalidad y que el poder disuasivo de la amenaza penal, sea nulo o de efectos restringidos, y que tanto la prevención general como la especial, no satisfagan sus objetivos en el plano de una política criminal razonable y realista. En tal hipótesis, la imposición de la pena habrá fracasado como medio intimidatorio, su ejecución no habrá cumplido ninguno de los objetivos perseguidos por la ley penitenciaria nacional (art. 1º)" (CNCCorr., Sala VII, 14-06-85, E.D. 115-616).

En virtud de lo expuesto, no faltan quienes propugnan para estos casos la aplicación de penas privativas de la libertad perpetua, siendo esto inadmisibles en un Estado de Derecho respetuoso de los principios democráticos y de las garantías constitucionales.

Al igual que MIR PUIG, creemos que es muy dudoso que el psicópata posea la misma capacidad de autocontrol que una persona normal (MIR PUIG⁶, 2002:584). Ello, sumado a la ineficacia de la pena en estos casos, debería ser tenido en cuenta -al menos- al momento de la determinación judicial de la pena.

4.3.1.3. Conciencia

La conciencia, como característica de la capacidad delictiva, es la cualidad psicológica que tiene el individuo de conocer y valorar sus propios estados, ideas, sentimientos, voliciones, etc., o algo exterior (NÚÑEZ⁴, 1999:183).

El estado de inconsciencia al que alude el art. 34 inc. 1º del C.P., debe ser interpretado -en realidad- como una "perturbación profunda de la conciencia", y requiere un mínimo de participación anímica del sujeto, puesto que si la misma faltara de manera absoluta, directamente no existiría acción.

Estas perturbaciones graves de la conciencia, son de carácter transitorio, afectan a un sujeto capaz y mentalmente sano en general, y se caracterizan por una «confusión o una exclusión parcial de la conciencia de sí o del mundo exterior» (MAURACH Y ZIPF, I, 1994:613).

Deben quedar excluidos de este concepto, todos aquellos trastornos de la conciencia que no sean "profundos" y que se mantengan todavía dentro los márgenes de lo normal (por ej. disminuciones de la conciencia debidas al

agotamiento, excitación, falta de sueño, etc.). Tales estados, si bien no podrán ser tenidos en cuenta como causas de inimputabilidad, podrán ser valorados al momento de medir la culpabilidad del agente.

Los trastornos profundos de la conciencia pueden originarse tanto en causas fisiológicas como patológicas (en contra, NÚÑEZ⁴, 1999:183 y LAJE ANAYA, I, 1985:86/87, quienes sólo admiten el origen en causas fisiológicas).

Dentro de las primeras, encontramos el estado de somnolencia -en el que el sujeto se encuentra entre dormido y despierto-, la fiebre, la intoxicación total y no patológica por ingestión de bebidas alcohólicas o drogas -sin llegar al estado de coma que excluya la acción-, el envenenamiento, las acciones realizadas bajo hipnosis y los estados pasionales de alto grado.

En el segundo grupo, podemos mencionar los estados crepusculares con base histérica epiléptica o esquizofrénica, y la embriaguez patológica total e involuntaria que no se trate de una psicosis alcohólica con deterioro de las facultades mentales encuadrable como alteración morbosa de las facultades.

«Lo fundamental es que la afectación de la conciencia no juegue como un factor en sí mismo patológico, aunque la génesis de su privación o intensa perturbación pueda provenir de una enfermedad de cualquier índole, inclusive mental» (AGOSTINETTI, 2002:487).

La afectación de la conciencia eximirá de responsabilidad penal al agente sólo cuando le impida comprender la criminalidad del acto o se vea afectada la facultad de dirigir su conducta. Además, esta perturbación profunda de la conciencia deberá ser accidental o fortuita, puesto que si tal estado ha sido generado intencionalmente por el sujeto, serán de aplicación los principios de la *actio libera in causa*.

4.4. Efectos psicológico-valorativo-normativos

La fórmula mixta consagrada en el art. 34 inciso 1º del código penal argentino, exige además de la existencia de un presupuesto biológico, que éste produzca -al momento del hecho- el efecto psicológico de impedir la comprensión de la criminalidad del acto o la dirección de las acciones.

4.4.1. *Imposibilidad de comprender la criminalidad del acto*

El autor comprenderá la criminalidad de su acto, si sabe lo que hace y comprende el significado socialmente disvalioso del mismo.

La comprensión a la que hace referencia el artículo 34 inciso 1º CP, no significa sólo entender o conocer en un sentido racional o intelectual, sino que implica también vivenciar los valores, «exige algo mucho más que una intuición sensible o intelectual: requiere una intuición emocional que supone adscribir cálida y emocionalmente al valor, que es, en definitiva, lo que insufla carácter delictivo al acto» (FRÍAS CABALLERO, 1991:909/910).

En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia:

“Comprender no es lo mismo que conocer. La antijuridicidad de una conducta es un desvalor, no es un ente del mundo físico, sino una valoración jurídica. Tener la posibilidad de comprender una valoración jurídica no es sólo tener la posibilidad de conocerla. Los valores no se conocen solamente, sino que se internalizan o introyectan, siendo la posibilidad de internalizar el valor jurídico lo que exige nuestro Código” (CNCCorr., Sala VI, 11-02-86, “Sanz Valiente, M.”).

“Comprender está asociado al sentido de algo, de modo que sólo se comprende cuando se puede hacer transparente lo real, lo que debe ser transparente para el sujeto no es sólo el sentido, sino la criminalidad de la acción” (CNCCorr, Sala I, 22-05-90, “Ullmann, Alejandro”).

De este modo, diremos que el sujeto no comprendió la criminalidad de su acto, cuando no haya podido conocer que la antijuridicidad de su conducta era penalmente relevante, no advirtiéndolo como negativo el disvalor insito en la misma, razón ésta que le impedirá motivarse conforme a derecho.

4.4.2. Imposibilidad de dirigir las acciones

El autor estará imposibilitado de dirigir sus acciones, cuando -al momento de comisión del hecho delictivo- se vea impedido de gobernar su conducta o autodeterminarse, no obstante haber comprendido la criminalidad del acto.

En estos casos, por más que el agente comprenda la antijuridicidad de la conducta, no podrá adecuar la misma conforme a dicha comprensión, debido a la existencia de alguno de los presupuestos biológicos previstos en el artículo 34 inc. 1º del C.P., que actúan impidiéndole contrarrestar sus impulsos mediante la inhibición de los mismos.

Estos trastornos recaen, no tanto en la esfera intelectual o afectiva del sujeto, sino principalmente sobre su voluntad, encontrándose el autor «seriamente limitado, en forma análoga a la coacción, sólo que la limitación no proviene en este caso del medio externo, sino del propio psiquismo del autor...» (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR², 2006:599/600).

La jurisprudencia ha dicho que “es inimputable el agente que obró afectado de un cuadro mental denominado ‘depresión melancólica’ que le impidió dirigir sus acciones, aunque haya podido comprender la criminalidad de sus actos” (Cfed. de La Plata, Sala II, 25-11-69, E. D. 37-40).

También podría verse excluida la capacidad de control sobre la conducta, en ciertos estados de embriaguez, en algunas compulsiones e impulsiones (vgr. neurósis fóbicas), y en el llamado síndrome de abstinencia en los casos de dependencia a una sustancia tóxica, siempre que le haya impedido al sujeto gobernar su conducta.

Tanto la capacidad de comprensión como la de dirección de la conducta, no deberán verificarse en abstracto, sino en cada caso concreto respecto del tipo delictivo en cuestión. En este sentido, la jurisprudencia alemana ha afirmado que "...sólo raras veces se puede responder de forma unitaria en delitos de distinta clase. Así, una persona ebria que ya no puede dominar su instinto sexual, probablemente puede que aún sea perfectamente capaz de interponer inhibiciones frente al motivo de un robo; quien a consecuencia de su embriaguez se deja arrastrar de manera no culpable a una injuria sigue pudiendo ser responsable de lesiones con medios o circunstancias peligrosos" (BGHSt 14, 114 [116]).

4.5. El momento del hecho. La actio libera in causa

Para que alguien pueda ser declarado responsable penalmente, deben concurrir las condiciones de imputabilidad al momento de la realización del hecho típico.

Sin embargo, este principio se ve alterado en los casos de la llamada *actio libera in causa* (una acción libre en la causa, en adelante a.l.i.c.), que son aquellos supuestos en los cuales el sujeto se ha colocado voluntariamente en situación de inimputabilidad al momento de ejecución del hecho, con el propósito de delinquir o cuando hubiera previsto o debido prever la comisión del delito.

Hasta los años sesenta, la jurisprudencia consideraba a la ebriedad voluntaria como una acción ilícita, aplicándose a estos supuestos la solución procedente del principio del *versari in re illicita*, «según el cual quien observaba voluntariamente una conducta de carácter ilícito era responsable (penalmente) por todos los efectos causados por el desarrollo de dicha acción, aunque el sujeto no los hubiese asumido (comprendido, conocido) como consecuencias de ella; entonces el dolo de la acción inicial se "transfería" a la "causación" de todos sus resultados, cualesquiera que fuesen» (CREUS⁵, 2003:263).

Así, se sostuvo la idea de que todo delito cometido en estado de ebriedad completa y voluntaria, debía ser atribuido a su autor siempre a título de dolo, por más que al momento del hecho el agente hubiera actuado bajo una perturbación profunda de la conciencia. De este modo, la pena no se derivaba de la verdadera participación subjetiva del autor en su hecho, sino sólo de la voluntad de embriagarse, constituyendo la solución del *versari in re illicita* la admisión de una responsabilidad objetiva, incompatible con un derecho penal moderno y respetuoso del principio de culpabilidad.

Al advertirse esta situación, principalmente a partir de fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional "Segura, Néstor" del 13/8/64, cuyo primer voto correspondió a Jorge Frías Caballero, se comienza a aceptar doctrinariamente que todos aquellos casos en los que el autor se embriaga voluntariamente para delinquir, deben resolverse según los postulados de la *actio libera in causa*, apreciándose la capacidad de culpabilidad del sujeto al instante de la ingesta de alcohol. En efecto, si al momento de embriagarse el agente es imputable y obra con dolo o culpa respecto del futuro resultado, la realización delictiva ulterior le será atribuida a uno u otro título. Vgr.: quien se embriaga hasta perder la conciencia con el objeto de dar muerte a su mejor amigo, será responsable penalmente y a título de dolo por el delito de homicidio, aún cuando éste haya sido realizado en estado actual de inconsciencia. Diferente es el conocido caso de la madre que al recostarse con su pequeño niño, sin quererlo y producto de la calidad de su sueño, le produce la muerte por asfixia. En este último supuesto, el delito de homicidio sólo podría serle imputado a la madre, como *actio libera in causa*, a título de culpa.

«Si no existió dolo o culpa al tiempo de producirse el estado de embriaguez, la conducta posterior cumplida con la conciencia perturbada restará inculpable. Del mismo modo se llegará a la impunidad si ha existido culpa y la ley no prevé expresamente el tipo culposo para esa hipótesis» (SANDRO, 1978:72).

En cuanto a la fundamentación de la a.l.i.c., la doctrina ha manejado básicamente dos modelos teóricos:

- El *modelo de la excepción (Ausnahmemodell)*, defendido por HRUSCHKA y rechazado por un amplio sector de la doctrina alemana (STRATENWERTH, ROXIN, JESCHECK, HEIDELBERG, OTTO...), según el cual se ha sostenido que la figura de la a.l.i.c. constituye una excepción de derecho consuetudinario a la disposición referida a la inculpabilidad de quien no haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (§20 del código penal alemán, que se corresponde con el art. 34 inc. 1º primer párrafo del código penal argentino). De esta manera, se castigará la conducta del sujeto que comete un delito en estado de ebriedad, pese a carecer de imputabilidad en ese momento.

En un fallo de gran relevancia de fecha 22 de agosto de 1996 (4StR 217/96 - LG Osnabrück), el Tribunal Superior Federal Alemán (BGH), expresó su oposición a este modelo, señalando que si se utilizara la figura de la a.l.i.c. como excepción, se estaría configurando una violación al principio constitucional de legalidad.

En igual sentido se ha pronunciado ROXIN, al señalar que el modelo de la excepción es insostenible, pese a su sugestiva sencillez. El mismo atenta contra el principio *nullum crimen sine lege*, el cual tampoco puede ser derogado por el Derecho consuetudinario (prescindiendo de que la jurisprudencia en modo alguno se basa en el "modelo de la excepción"). Además -enseña el autor alemán- atenta contra el principio de culpabilidad, «pues si se prescinde de la conexión causal de la conducta previa con el resultado como base de la imputación, el dolo y la imprudencia pierden su relación con el hecho y ya no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad por el hecho; flotan entonces en el aire como puras actitudes internas y disposiciones incorrectas» (ROXIN, I, 1997:851).

- El *modelo del tipo (Tatbestandslösung)*, predominante en la doctrina y jurisprudencia alemana, considera que la conducta llevada a cabo por el autor en estado de inculpabilidad no es lo que fundamenta la pena, sino el haber determinado dicho estado, puesto que sin este comportamiento anterior -doloso o culposo-, el tipo penal no se habría realizado. En este sentido, se trataría de un caso de autoría mediata, en donde el autor se estaría colocando a sí mismo en un estado de incapacidad de culpabilidad, comenzando con ello la ejecución del hecho, y convirtiéndose luego en su propio instrumento no responsable de sus actos.

Al igual que ENRIQUE BACIGALUPO, quien entiende que «la solución del tipo es la correcta» (BACIGALUPO, E.², 1999:458), para CLAUS ROXIN, la vía de punición sólo puede pasar por el modelo del tipo. Advierte este último autor, que si bien este modelo ofrece algunas dificultades constructivas, las mismas son superables, siempre que no se extienda la punibilidad más allá de los principios de la imputación reconocidos en los demás casos (ROXIN, I, 1997:851).

Este modelo de a.l.i.c. tampoco ha estado exento de críticas, planteándose mayores dificultades en el ámbito del delito doloso. Al respecto, se ha dicho entre otras cosas, que es dudoso que la conducta previa sea causal de la acción formalmente típica cometida en estado de inimputabilidad, que la conducta consistente en embriagarse con el propósito de cometer un delito no es todavía objetivamente típica y que con esta solución se priva al inimputable de la posibilidad de desistimiento.

En cuanto a la crítica que sostiene que no se puede demostrar que todo no habría ocurrido de la misma manera sin la embriaguez, ROXIN afirma que ello no es correcto, puesto que en muchos casos no se habría llegado al hecho sin la desinhibición debida al alcohol, y que, «cuando sin embargo no se pueda excluir la posibilidad de que el sujeto hubiera producido también el resultado en estado sobrio, al menos se modifica por la embriaguez la forma de la producción; pues un curso causal controlado responsablemente

se desarrolla de manera distinta a la conducta de quien ha perdido el control sobre su conducta» (ROXIN, I, 1997:852).

En relación al argumento de que la conducta consistente en embriagarse para cometer un delito no es aún objetivamente típica, ROXIN señala que para el delito consumado doloso-culpable sólo se precisa que el sujeto ponga en marcha el comienzo de la ejecución en estado responsable. El hecho de colocarse a uno mismo en estado de inimputabilidad con el dolo de cometer posteriormente un delito, implicaría ya el comienzo de la tentativa. Así, con el "último trago" antes de que se produzca la inimputabilidad existiría ya una tentativa acabada, porque el sujeto ha hecho cuanto era necesario para la provocación culpable del resultado.

Por último, se objeta que el modelo del tipo privaría al inimputable de la posibilidad de desistimiento (vgr. el sujeto en estado de ebriedad, que por compasión baja el revolver que ya había levantado, no podría obtener la exención de pena). Sin embargo, se aduce en desmedro de esta objeción, que el desistimiento voluntario de la tentativa es una causa de exclusión de la responsabilidad fundada en necesidades de política-criminal. Por ello, sólo dependerá de las finalidades que se proponga el legislador el que el mismo exija o no su imputabilidad para la exención de pena del que desiste. Además, en el ejemplo citado, el modelo de la excepción «se encontraría con el mismo problema: pues el apuntar con la pistola también sería ya una tentativa aun cuando se considere que ésta comienza sólo al disponerse a realizar el hecho cometido en estado de embriaguez (ROXIN, I, 1997:854).

En Argentina, ZAFFARONI, ha rechazado la teoría de la a.l.i.c. para los delitos dolosos, sosteniendo dicho autor que cuando se alude a esta construcción para fundar la punibilidad, se están confundiendo -en realidad- dos conductas distintas e incompletas por sí solas. Así, *la conducta previa* que consiste en embriagarse con el propósito de cometer un delito (por ej. lesionar a alguien), no es objetivamente típica, ya que beber, es a lo sumo un acto preparatorio, pero nunca comienzo de ejecución del delito. Al no

haber tipicidad objetiva, esa intención de beber para consumir un delito no puede calificarse como dolosa. A su vez, *la conducta posterior* (lesionar) llevada a cabo en estado de ebriedad sí es típica objetivamente, pero durante ella no habrá culpabilidad, pues el individuo "en el momento del hecho" es inimputable.

En efecto, «no se puede con dos conductas diferentes armar un delito, tomando la pretendida culpabilidad de una acción atípica (beber) y completándola con la tipicidad de un injusto inculpable (lesionar)» (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR², 2006:565).

Este razonamiento, al margen de vulnerar el principio de culpabilidad (por aplicarse pena a quien realizó el tipo legal en estado de inimputabilidad), viola simultáneamente el principio de legalidad, ya que importa atribuir al juicio de reproche (por el acto de beber) la virtualidad de crear un injusto que objetivamente todavía no existe.

Asimismo, este autor considera inútil la aplicación de la a.l.i.c. para los delitos culposos, bastando que el sujeto sea capaz al tiempo de la transgresión al deber de cuidado, aplicando para resolver estas hipótesis, los principios propios de la tipicidad culposa.

De compartir esta crítica, que supone el abandono de la teoría de la *actio libera in causa*, y la consecuente adecuación a los principios de legalidad y culpabilidad, debería hallarse otra solución dogmática con el objeto de dar respuesta a la necesidad político-criminal existente en los casos de inculpabilidad provocada.

4.6. Capacidad de culpabilidad disminuida

No existe un límite concluyente entre la capacidad de culpabilidad y la incapacidad. Así, encontraremos que en la realidad, se dan estados

intermedios en los cuales un sujeto, ya sea por insuficiencia de sus facultades o por alteración morbosa de las mismas, sólo padecerá una disminución en su capacidad para comprender la criminalidad del acto o para dirigir sus acciones. Estos son los denominados supuestos de *imputabilidad disminuida*, en los cuales no ha desaparecido por completo la capacidad de culpabilidad, sino que esta se encuentra mermada, siendo el agente todavía imputable, por ser aún capaz de comprender el injusto realizado y de actuar conforme a dicha comprensión.

En nuestro país, «el código penal de 1886, siguiendo a los códigos españoles de 1848 y 1850, reguló la imputabilidad disminuida estableciendo como atenuantes a las condiciones anormales, orgánicas y psíquicas que no constituían enajenación mental completa (art. 81, inc. 1º), pero no previó medidas de seguridad para los casos en que el individuo es peligroso, por lo que el instituto fue decayendo» (VERGARA LUQUE, 2002:255).

También tuvo acogida dicho instituto en el proyecto Soler de 1960, al prever en su art. 25 que “si por efecto de alguna de las causas a que se refiere el art. anterior -las de posible inimputabilidad-, se halla gravemente afectada en el momento del hecho la capacidad del agente para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, la pena será atenuada de acuerdo con el art. 74 -tentativa-...”.

Si bien el código penal de 1922 -actualmente vigente- no reguló de manera expresa la imputabilidad disminuida (no existen en nuestra legislación grados intermedios: se es imputable o no se lo es), algunos autores nacionales encuentran a lo largo del código penal casos de culpabilidad disminuida, v.gr. la emoción violenta del inc. 1º del art. 81 o las circunstancias extraordinarias de atenuación en el caso del parricidio del art. 80 (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR², 2006:566), o incluso el de los menores de más de dieciséis y menos de dieciocho años -art. 4º, 2do. párrafo de la ley 22.278, modificada por ley 22.803- (BACIGALUPO, E., 1994:145).

En los últimos tiempos, se advierte en nuestro país la necesidad de dar cabida a todos estos supuestos, y muestra evidente de ello sea quizá lo plasmado en el reciente anteproyecto de reforma integral del código penal argentino, que en su artículo 35 inc. e) dispone una disminución de pena: "Al que, en el momento del hecho, tuviera considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, por uno de los motivos establecidos en el inciso h) del artículo 34. La pena será la prevista para la tentativa".

En la actualidad, muchos de los códigos penales modernos contienen previsiones para los casos de imputabilidad disminuida, ya que si bien el reproche penal no se excluye, la culpabilidad es menor, correspondiendo - en consecuencia- atenuar la pena. Esto no ocurre en nuestra legislación, en donde al juez, en tales supuestos, no le quedará otra opción que graduar la pena conforme los lineamientos generales de individualización de la misma contenidos en el artículo 41 del código penal.

El código penal español, en su artículo 21.1 prevé como eximentes incompletas o circunstancias atenuantes a "las causas expresadas en el capítulo anterior, -refiriéndose a aquellas que eximen de responsabilidad criminal- cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

En estos supuestos, en los cuales no se dan las condiciones necesarias para excluir por completo la capacidad de motivación, pero la misma se encuentra considerablemente reducida, incidiendo en la capacidad de entendimiento del agente o de su posibilidad de obrar de acuerdo con él, será de aplicación el artículo 68 que dispone: "En los casos previstos en la circunstancia 1ra. del artículo 21, los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos en número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes".

Por su parte, el código penal alemán, contempla en el § 21 una causa de atenuación (facultativa) de la pena, para todos aquellos supuestos en los cuales, aún existiendo capacidad de control, esta se encuentra sustancialmente reducida, disminuyendo la culpabilidad.

Esta imputabilidad notablemente disminuida, es mucho más frecuente en la práctica que la exculpación por inimputabilidad y tiene su ámbito de aplicación:

sobre todo en los supuestos por defectos paralíticos o esquizofrénicos leves, en las manifestaciones incipientes de demencia arterioesclerótica y senil, en las formas leves de epilepsia o de la oligofrenia, en las lesiones cerebrales con escasas repercusiones psíquicas, en los estados pasionales, estados de embriaguez, neurosis, psicopatías y anomalías del instinto sexual (ROXIN, I, 1997:839).

En el citado § 21, el legislador alemán exige que la capacidad de control disminuida sea "notable". El límite entre la disminución "notable" y la que no lo es, queda librado a la valoración del juez, pero básicamente será menester que la constitución psíquica del agente se aparte claramente de la media normal aproximándose a la inimputabilidad. En aquellos casos en los que la merma de asequibilidad normativa (imputabilidad) no es grave ("notable"), la pena se fijará dentro del marco penal normal.

4.7. Efectos de la inimputabilidad

Si se comprueba que el autor -en el momento del hecho- no tuvo salud mental o que ha obrado con un trastorno profundo de la conciencia, de tal modo que no pudo comprender la criminalidad del acto realizado o dirigir su conducta, podrá ser declarado inimputable y eximírsele de pena.

En estos casos, la inimputabilidad deberá ser declarada exclusivamente por el juez, quien actuará con el auxilio de peritos psiquiatras y psicólogos.

Si bien las personas declaradas inimputables no pueden ser mereedoras de una pena, sí se les podrá aplicar una medida de seguridad mientras revistan peligrosidad para sí o para terceros.

Las *medidas de seguridad* son medios curativos sometidos al principio de legalidad, que el juez le impone al autor de un delito en atención a su peligrosidad, evitando de este modo que se dañe a sí mismo o a los demás.

También se las ha definido como «un medio preventivo y profiláctico de lucha contra la delincuencia, aplicado respecto de personas socialmente peligrosas con motivo de la comisión de una infracción» (BETTIOL, 1965:776).

En este sentido, el criterio tenido en cuenta por el legislador ha sido la peligrosidad del individuo, constituyendo ésta el fundamento de la medida de seguridad, así como la culpabilidad lo constituye de la pena.

En efecto, el artículo 34 inciso 1º, en su segundo párrafo, prevé que en caso de enajenación mental, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

Es considerado *enajenado mental* quien, al momento del hecho, no pudo comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a una insuficiencia o alteración morbosa de sus facultades mentales.

En estos casos, la medida de seguridad será facultativa para el juez, quien puede considerar innecesaria su imposición si el enajenado no representa peligro para sí o para terceros. Pero en caso de imponerla, al juez le bastará con apoyarse en un diagnóstico serio, requiriendo al momento de hacerla cesar el dictamen de un perito especialista.

Respecto del lugar de internación, NÚÑEZ entiende que el concepto de *manicomio* «ya no puede interpretarse como establecimiento destinado al alojamiento y atención de locos o alienados, sino a los destinados a la internación de enfermos mentales, cualquiera sea su afección mental» (NÚÑEZ, 1988:119).

El tercer párrafo de la disposición en análisis establece para los demás casos en que se absolviese a un procesado por las causales del artículo 34 inciso 1º, primer párrafo, que el tribunal ordenará la reclusión de los mismos en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que le hicieran peligroso.

En este supuesto, la imposición de la medida será obligatoria para el juez, quedando comprendidos en este apartado, los sujetos que al momento de cometer el hecho, actuaron bajo un trastorno profundo de la conciencia que les impidió comprender la criminalidad del acto o dirigir su conducta.

El *establecimiento adecuado* al que hace alusión el texto legal, no debe ser necesariamente un establecimiento especializado (vgr. para bebedores o toxicómanos), sino que alcanzará con que sea apropiado a los fines que el sujeto pueda realizar el tratamiento pertinente.

Una vez comprobada la desaparición de las causas que tornaban peligroso al recluso, el juez -previo dictamen de peritos- hará cesar la medida.

Se advertirá, que en aquellos casos en los cuales la incapacidad del agente es irreversible, correspondería a éste la aplicación de una medida de seguridad de carácter perpetuo, lo cual devendría a todas luces inconstitucional, implicando una grave restricción a la libertad personal, además de colocar al inimputable -a quien el Estado no ha querido castigar- en peor situación que el sujeto capaz a quien se le ha impuesto una pena.

Respecto de los menores de edad, en los cuales la ley presume falta de madurez mental, los mismos quedarán sujetos a un Régimen Penal Especial (Ley 22.278 y su modificatoria 22.803), siendo aplicable a los mismos medidas de seguridad de tipo educativo, también llamadas *medidas tutelares*. En aras a la brevedad, nos remitimos a lo explicado en el punto 4.3.1.1.

§ 5. JURISPRUDENCIA

1. Dado que el alcoholismo crónico no elimina necesariamente la capacidad de comprensión y la dirección de las acciones declarar imputable al individuo que sufre dicho trastorno no significa de por sí violar el artículo 34, inciso 1º del Código Penal, por lo que no basta la mera cita de tal precepto para descalificar el pronunciamiento y deberá probarse que medió inconsciencia por ebriedad como causal de inimputabilidad.

El alcoholismo crónico no elimina necesaria y permanentemente la capacidad de comprensión y la dirección de las acciones, por lo que no siempre significa ser inimputable.

SCJBA, 26/08/97, "Aguirre, José S."

2. La imputabilidad es un concepto cultural de índole compleja: psiquiátrico-psicológico-valorativa.

El artículo 34, inciso 1º del Código Penal exige la concurrencia de dos extremos para que se configure la causal de inimputabilidad por alteración morbosa de las facultades: la existencia de la alteración morbosa y que esa perturbación tenga la magnitud suficiente como para impedir que el sujeto comprenda la criminalidad del acto, lo que debe ser decidido, en definitiva por la justicia.

El hecho, comprobado en el caso de autos, de que el procesado sea un psicópata o puede conducir, de por sí, a la afirmación de su inimputabilidad, toda vez que hay que analizar específicamente en cada caso si el sujeto es o no inimputable, dado que no puede afirmarse dogmáticamente que a un procesado por el solo hecho de ser psicópata tenga que considerársele inimputable.

CNCCorr., Sala III, 04/11/82, "Sánchez, Omar", c. 14.451.

3. En relación a la especial excusa absolutoria receptada por el artículo 1 de la ley 22.278, autorizada doctrina sostiene que para la comprensión del régimen instaurado por esta ley es necesario precisar y relacionar los conceptos jurídicos de "edad", "imputabilidad" y "punibilidad".

Por imputabilidad se entiende "la aptitud o capacidad personal para comprender lo injusto o antijurídico del hecho y para dirigir sus acciones conforme a esa comprensión" (Núñez Ricardo, obra cit. pág. 181/182; Soler Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, pág. 19/20; González del Solar, José H., "Delincuencia y derecho de menores", Ed. Di Palma, 2da. edición, pág. 173). Pero no basta que haya condiciones biológicas y psicológicas suficientes para hablar de imputabilidad, porque ésta tiene que

estar dirigida a un hecho injusto concreto, respecto del cual interesa saber si, en el momento de la ejecución, estuvo dada la capacidad de discernir y decidir que sustente la culpabilidad del agente.

Tratándose de menores comprendidos entre los dieciséis y los dieciocho años de edad, el artículo 1 de la ley citada, los exime de pena cuando cometen delitos de acción privada o de acción pública reprimidos con pena no privativa de libertad que no exceda de dos años. De este modo, la ley al tomar como base la gravedad del hecho cometido, se emancipa de la real existencia de madurez que presume *juris et de jure* la edad de dieciséis años y resuelve en consecuencia la exención, en base a otro motivo que el de la inimputabilidad; en el caso, la existencia de una excusa absoluta, por razones de política criminal.

De este modo, la legislación "protege a los adolescentes frente a las torpezas frecuentes que brotan de su labilidad personal y que tienen por su entidad escasa trascendencia social" (Cfr. "González del Solar, José H., obra citada, pág. 176), configurando una auténtica excusa absoluta que libera a quienes podrían haber sido perseguidos en virtud de su edad, dando preferencia a un sistema de medidas tutelares y reeducativas para los mismos.

El fundamento de la renuncia que realiza el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, se asienta en la leve trascendencia social atribuible a los delitos incluidos en la previsión beneficiante que habiendo sido cometidos por menores de dieciocho años (con plena capacidad penal para ser responsables del hecho como propio) tornan desaconsejable su mera represión la que deberá dejar paso a un tratamiento tutelar adecuado que permita encauzar al menor inadaptado al medio social que integra, priorizando su protección y evitando su estigmatización.

T.S.J. Cba., sent. nº 78 del 06/09/2004, voto de la Dra. María Esther Cafure de Battistelli *in re* "Villegas, Damián Alberto p.s.a. Robo Simple - Recurso de Casación-".

4. No es necesario pronunciarse respecto de la controvertida cuestión referida a si aquellas anormalidades mentales que la ciencia psiquiátrica excluye del concepto de psicosis (sean "trastornos de la personalidad", "personalidades psicopáticas", *borderlines*, u otras) pueden incluirse dentro de la noción de alteración morbosa que prevé el artículo 34, inciso 1º del Código Penal.

Ello es así porque la fórmula mixta de nuestra ley de fondo exige, para que una persona sea considerada inimputable, no sólo que concurra el requisito de la alteración morbosa, sino también que ésta ocasione alguno de los dos efectos psicológico-normativos previstos por la norma: la ausencia de comprensión de la criminalidad del acto o la imposibilidad de dirección de su accionar.

De manera que aun cuando se aceptare que el referido grupo de trastornos mentales pueda ocasionar la inimputabilidad del sujeto -como lo sostiene un sector de la doctrina-, ello no sería así en todos los casos, sino solamente en aquellos supuestos en que tal estado determinara la concurrencia de alguno de los referidos efectos psicológico-normativos.

Y en el caso, conforme a lo resuelto en el ámbito fáctico, el a quo tuvo por acreditado que el imputado comprendió la criminalidad del acto y pudo dirigir sus acciones, lo que alcanza para resolver que, aun cuando el sujeto pueda considerarse "anormal", de todas formas es imputable en los términos del artículo 34, inciso 1º del Código Penal (conf. c. 9129, "Serulle, Miguel J. s/ Recurso de casación", sent. de fecha 05/11/2002, reg. 723).

TCas.Pen. de Buenos Aires, Sala II, 23/03/2004, "M., A. M. s/ Recurso de casación".

5. El Código no exige una falta absoluta de conciencia, sino simplemente una profunda perturbación de ella. Tal perturbación acarreará la inimputabilidad "si" produce la incapacidad de comprender la criminalidad del acto, pero también "si" excluye la posibilidad de dirigir la conducta conforme a dicha comprensión. El grado de perturbación resultará del examen crítico de los más distintos elementos procesales: prueba testifical, versión del procesado, sintomatología en el momento del hecho, informes médicos, personalidad biopsicológica, pericias químicas (dosaje del alcohol en sangre o en orina, etc.) (del voto del Dr. A. Sandoval).

El estado de inconsciencia alegado no debe interpretarse como un concepto puramente psiquiátrico rayano con la alienación o demencia, sino como un estado en el que el sujeto activo es incapaz de adecuar su conducta a la norma jurídica; es decir su incapacidad no para comprender o cometer una acción sino a la imposibilidad de comprender la antijuricidad de ese hecho (del voto del Dr. H. Almenara).

C2da.Crim. de Formosa, 29/09/97, "Soria, Juan s/ Homicidio".

6. El procesado especificó que sólo toma los fines de semana, cuando cobra y que en ese estado muchas veces se pierde, ello lleva a sostener que al colocarse voluntariamente en estado de ebriedad debió prever las consecuencias que podía traer aparejada su alcoholización y que esa falta de previsión hace que deba responder a título de culpa por el resultado final de su obrar, esto es, la muerte de su hermano, apareciendo por ende aplicable en el *sub iudice* la teoría de la "*actio liberae in causa*", tal como lo tiene reiteradamente resuelto la sala (voto de la mayoría).

Sin desconocer la seriedad e importancia que doctrinaria y jurisprudencialmente se reconocen a la teoría de la *actio liberae in causa*, la cual por otra parte es seguida por la mayoría de los Tribunales de nuestro país, he de adherir, a la corriente doctrinaria que en nuestro país encabezan Jorge A. Sandro (*Inculpabilidad voluntaria y responsabilidad objetiva*, en *Doctrina Penal*, Año I, ps. 71 y ss.) y Eugenio Zaffaroni (*Tratado de Derecho Penal*, t. III, ps. 439 y ss., Nº 379) en cuanto a la crítica que estos autores formulan a la teoría de la *actio liberae in causa*, dado que su aplicación viola el principio de culpabilidad o el de legalidad en cuanto termina sancionando una conducta penalmente atípica, cual es la de embriagarse voluntariamente, extendiendo de tal modo la tipicidad, retrotrayéndola al momento mismo en que el sujeto se embriaga, excediéndose así el campo de la culpabilidad del acto para entrar en el de la responsabilidad objetiva y en el de la culpabilidad del autor -también llamada de personalidad o del carácter o de la conducción de vida- reprochando al autor no su acto típico, sino extendiendo su responsabilidad al acto de embriagarse como una manifestación de su personalidad, el cual no puede ser pasible de sanción penal (voto de la minoría).

CCrim. de Concordia, Sala I, 11-08-98, "P.G.A. s/ Homicidio simple".

7. El estado de alcoholismo alcanzado por el imputado no llega a ser completo como se exige, si obró en este caso disminuyendo ello sus frenos inhibitorios, pero no como para no saber lo que hacía y así dio muerte. Y entonces se podrá aludir a una situación de imputabilidad disminuida, que como he señalado en fallos anteriores podrá dar lugar a una atenuación en el momento de la mensuración de la sanción, pero jamás a una causal de inimputabilidad, porque sabido es que no existen en nuestra legislación estados intermedios; o se es imputable o no se lo es.

En efecto, de las pruebas receptadas e incorporadas en el debate puedo decir que el prevenido se encontraba en 2do. grado de embriaguez

(informe químico de Policía Judicial) pues tenía en sangre 141 MGR o 1,41 Gs de alcohol. Ahora bien, desde la recolección de la muestra y la ocurrencia del hecho habrían pasado más de 4 horas y según explicó la bioquímica los porcentajes varían al producirse una degradación de la concentración en sangre. Tomando, entonces, como promedio, una cifra intermedia entre el bebedor habitual y aquél que no lo es (situación en la que podría colocarse el imputado "al decir que tomaba sólo los fines de semana"); esa cifra sería de unos 15,1 MGR de degradación por hora, o sea que si contáramos cuatro horas nos daría 201 MGR (la profesional citada lo ubicó en 208,5 MGR) o si tomáramos 5 horas nos daría 216,5 MGR.

De cualquier forma dicho porcentaje se ubica en la denominada 2da fase embriaguez (150 a 250 MGR). Esta fase como lo señalara el informe psiquiátrico firmado por los tres facultativos si bien implica una disminución en la capacidad mental del agente de ninguna manera anuló su conciencia. No existió una ebriedad completa que le anulara la conciencia a tal punto que impidiera al imputado comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

a) El encartado acomete primero a una testigo y le dispara varias veces primero con un arma larga después con un revólver, recriminándole que sabía que le iban a robar, al gatillar con el revólver le cuenta "1, 2, 3 a la quinta sale..", b) después de cometido el hecho de sangre les dice al grupo: hagamos que fue un accidente, c) dice un testigo "Asís...es como que en una oportunidad se perdió (cuando increpó al hermano) pero se entendía lo que decía y mantenía su equilibrio, d) el testigo dijo ...Asís no estaba tan borracho hasta que me dormí, e) se da a la fuga, f) manifiesta "nos robaron la plata", g) le confiesa en llantos a la policía "era mi amigo, yo lo maté", h) le cuenta a los médicos psiquiatras detalles del hecho, i) llama a la ambulancia... *Me pregunto ¿Quién es dueño de todas estas acciones puede decirse que estaba en un estado tal de ebriedad que no comprendía lo que hacía? La respuesta no puede ser otra que la negativa.*

Cám. 6ta. del Crimen Cba, sent. N° 9 del 27/03/2007, voto del Dr. Alberto E. Crucella *in re* "Asís, Domingo Daniel p.s.a. Homicidio agravado por el art. 41 bis".

8. Corresponde sobreseer por aplicación de lo dispuesto en el art. 34, inc. 1º, párr. 3º, del Cód. Penal, y disponer la internación para ser sometido al tratamiento específico de rehabilitación (...), si resulta en forma indudable que el imputado no pudo, en el accionar que se le atribuye, comprender la antijuridicidad de su conducta y mucho menos, en atención a ello, motivarse en la norma y actuar en consecuencia. En los encuentros científicos modernos, se ha demostrado mediante experiencias concretas, que la ingesta de importante número de psicotrópicos, como en el caso de autos, disminuye la capacidad de selectividad de las respuestas ante los estímulos de premio y castigo. Ello permite afirmar que bajo el efecto de drogas, más si éstas se hallan potenciadas (p.ej., con alcohol), el sujeto no distingue los valores prohibido o no prohibido, sino que se precipita en conductas sin comprender ni valorar el significado de las mismas (...) En el informe médico se concluyó que el imputado era portador de una personalidad con graves anomalías estructurales en razón de ser un toxicómano de muy antigua data (aproximadamente desde los catorce años) y abusador de politóxicos, tanto por vía inyectable como oral (cocaína, psicofármacos alcohol), considerándose que esas ingestas seguramente interfirieron en su capacidad de obrar y, más allá de su estado de intoxicación aguda, que se trataba de una persona donde la severa cronicidad de su adicción lo ha estigmatizado en el deterioro que invade todos los aspectos de su personalidad, en especial, los éticos, sociales y morales con el perfil de una significativa, progresiva y consolidada autodestrucción. En su declaración indagatoria, el acusado manifestó que la noche anterior a la destrucción había estado consumiendo drogas, a las que era adicto, había tomado tres pastillas de Rohipnol con vino y que, entre que las tomó y se despertó en la comisaría, no recordaba absolutamente nada".

TOral Crim., 29/07/1993, "Rodríguez Larreta, P."

9. En la presente causa se ha omitido incorporar una prueba fundamental como es la realización de una pericia psiquiátrica en la persona del imputado que establezca si el mismo pudo o no comprender la criminalidad del hecho que se le endilga, siendo así ya que de lo actuado surge que la conducta desplegada por el mismo no refleja, precisamente, un comportamiento que pueda entenderse como "normal", por ello debe recalcar que según los dichos del damnificado, el encartado se presentó en su negocio con un cuchillo tipo tramontina en la mano con el que, sin mediar palabra, rompió el candado de un freezer de helados, y siendo que en ese momento y al decirle que llamaría a la policía, éste se retiró volviendo a los diez minutos, con el mismo cuchillo desplegando nuevamente el mismo accionar, por lo que cabe al menos, plantearse la existencia de algún desequilibrio en la conducta del imputado.

La capacidad psíquica resulta imprescindible al momento de efectuar el análisis sobre la culpabilidad que le cupo al imputado en el hecho que se le atribuye. Por todo ello, no encontrándose completa la investigación, estimo que debe revocarse la prisión preventiva dispuesta.

Juzgado de Control N° 2 Cba., a.i. 22/02/2006, "Piña Novoa Raúl Enrique p.s.a. Robo - Tentativa".

10. Corresponde el cierre definitivo e irrevocable del proceso seguido en contra del encartado, sin imposición de medida de seguridad curativa. En abono de esta última tesitura debo señalar que, de conformidad al criterio doctrinal predominante y a la propia inteligencia del art. 34 inc. 1° del C.P., el fundamento particular que -en caso de verificarse obliga al juez a la imposición de esta clase de medidas- no es otro que el **peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás**, debiendo permanecer en tal

caso en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones o causas que por hacerlo peligroso motivaron la decisión del tribunal.

Siendo ello así y toda vez que, de acuerdo a las conclusiones a que arriban los profesionales tratantes en la pericia psiquiátrica practicada, éste "...al momento actual no revela índice de peligrosidad psiquiátrica para sí ni para terceros..." motivo por el cual toda medida de seguridad deviene formal y sustancial improcedente. Asimismo, en relación a lo solicitado por el Sr. Fiscal de Instrucción, el suscripto entiende que las mismas razones antes señaladas -esto es, la ausencia de peligrosidad de que el nombrado se dañe a sí o a terceras personas- deviene improcedente la imposición por parte de este Tribunal de tratamiento especializado alguno en forma ambulatoria.

Juzgado de Control N° 2 Cba., a.i. /04/2006, "Piña Novoa Raúl Enrique p.s.a. Robo - Tentativa".

BIBLIOGRAFÍA

AGOSTINETTI, MARCELO J., (20029), "La culpabilidad" en *Derecho penal. Parte general. Libro de Estudio* (dirigido por CARLOS J. LASCANO), Advocatus, Córdoba.

BACIGALUPO, ENRIQUE, (1994) *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ra. edición renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires.

BACIGALUPO, ENRIQUE (1999); *Derecho penal. Parte general*, 2da. edición renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires.

BETTIOL, GIUSEPPE (1965); *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá,.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1987); *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona.

CEREZO MIR, JOSÉ, (2001); "La eximente de anomalía o alteración psíquica. Ámbito de aplicación" en *Temas fundamentales del Derecho Penal* (dirigida por EDGARDO ALBERTO DONNA), Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires.

CONDE PUMPIDO - FERREIRO, CÁNDIDO (1990); *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición revisada y puesta al día, Colex, Madrid.

CREUS, CARLOS, *Derecho penal. Parte general* (2003); 5ta. edición actualizada y ampliada, Astrea.

FRÍAS CABALLERO, JORGE, "Responsabilidad penal de las personalidades psicopáticas" (1991-D); en *La Ley*, págs. 909-910.

GISBERT CALABUIG, JUAN ANTONIO, (1991); *Medicina legal y toxicología*, 4ta. edición, Masson-Salvat Medicina.

LAJE ANAYA, JUSTO, *Comentarios al Código Penal. Parte general*, (1985); Vol. I, Depalma, Buenos Aires.

MAURACH, REINHART Y ZIPF, HEINZ, *Derecho Penal. Parte general* (1994); trad. por J. BOFILL GENZSCH Y E. AIMONE GIBSON, Tomo I, Astrea, Buenos Aires.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte General* (2002); 6ta. edición, Reppertor, Barcelona.

NÚÑEZ, C. RICARDO, *Manual de derecho penal. Parte general* (1999); 4ta. edición actualizada por ROBERTO E. SPINKA Y FÉLIX GONZÁLEZ, Marcos Lerner, Córdoba.

NÚÑEZ, C. RICARDO, *Las disposiciones generales del Código Penal* (1988); Lerner, Córdoba.

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (1997); Traducción y notas por LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, DE VICENTE REMESAL, JAVIER, Civitas, Madrid.

SANDRO, JORGE ALBERTO (1978); "Inculpabilidad voluntaria y responsabilidad objetiva" en *Doctrina Penal*, Año 1, Depalma, Buenos Aires,.

SOTOMAYOR, JUAN OBERTO, *Inimputabilidad y Sistema Penal* (1996); Ed. Temis, Bogotá.

VERGARA LUQUE, JOSÉ ANTONIO, *Imputabilidad e inimputabilidad penal* (2001); Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual* (2006); *de derecho penal. Parte general*, 2da. edición, Ediar, Buenos Aires.

Cita de este artículo:

RINALDONI, M. C. (2012) "Imputabilidad Penal". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.103-155. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

AGRAVANTE DEL ART. 41 BIS DEL CÓDIGO PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Ab. Alejandra Andrea Nader

Abogada, Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España).
Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha (España).
Maestrando en Derecho y Argumentación de la Universidad Nacional de Córdoba.

Palabras claves:

Agravante genérica; uso de arma de fuego; art. 41 bis C.P.; principio de legalidad; jurisprudencia.

Key words:

Generic aggravating; use of a firearm; art. 41 Bis C. P. ; principle of legality; jurisprudence.

Resumen

La introducción de la agravante genérica por el uso de arma de fuego al Código Penal Argentino, efectuada por el legislador mediante el artículo 41 bis, desató un gran conflicto en torno a la norma y su relación con el principio de legalidad y su derivado de *lex certa*. En el presente se procura realizar un examen de la cuestión a partir de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial existente al respecto.

Abstract

The introduction of the generic aggravating for the use of a firearm to the Argentine Penal Code, made by the legislature through the article 41 bis, unleashed a great conflict around the standard and its relationship to the principle of legality and its derivative of *lex certa*. In the present efforts are made to conduct a review of the issue from the doctrinal interpretation and existing case law in this regard.

I. Introducción

La Ley 25297 (B.O., 22/9/2000) incorporó el artículo 41 bis al Código Penal Argentino, agregándose con él una agravante genérica de la pena, por la cual se aumentan en un tercio el mínimo y el máximo de las escalas penales de los delitos cuando fueren cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego.

En cuanto a las razones de la sanción de esta calificante, la doctrina afirmó que se tuvo en miras la especial protección que merecen los bienes jurídicos vida e integridad física frente al mayor poder vulnerante que presentan las armas de fuego, las cuales provocan un peligro superior a cualquier otra arma.

En este trabajo se propone el análisis de la norma desde su contacto (o falta de él) con el principio de legalidad y su derivado de *lex certa*. Para ello, comenzaremos la exposición refiriéndonos brevemente al contexto político y social en que se sancionó la ley, repasaremos los conceptos de los principios de legalidad y certeza, para luego adentrarnos en el análisis que realiza la doctrina y culminar con la opinión de los Tribunales en torno a la existencia o no de la determinación de los delitos atrapados por el art. 41 bis en general, y en relación al delito de homicidio en particular.

II. Texto del artículo 41 bis del Código Penal

Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder del máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

III. Contexto Político Social de la Reforma

La ley que introdujo la agravante por el uso de arma de fuego al Código Penal se sancionó, como otras leyes, en respuesta a la demanda de seguridad de la ciudadanía y frente a la presión que ejercían los medios de comunicación que recogían las protestas de la población.

Al respecto se ha señalado que la inseguridad que motivó esta reforma no existía con igual magnitud en todas las ciudades de Argentina, sino más que nada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires, y atendió en especial a las estadísticas que mostraban el creciente número de robos cometidos con arma de fuego como los homicidios en ocasión de robo.

No obstante ello, la reforma se concretó y no con la mejor técnica legislativa como veremos más adelante, lo cual generó y sigue generando aún hoy serios problemas de interpretación.

IV. Principio de Legalidad. *Lex certa*

El principio de legalidad constituye desde la Revolución Francesa el pilar del Derecho penal moderno y postulado básico del Estado de Derecho. En las primeras décadas del siglo XIX fue formulado por Feuerbach en latín como *nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale* (no hay delito ni pena sin previa ley penal), y encuentra recepción en nuestro sistema argentino en el artículo 18 de la Constitución Nacional al decir "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*"

Este principio de legalidad incluye la exigencia de *lex certa*, esto es, que las normas penales deben ser claras y precisas para saber a qué atenerse, deben establecer con suficiente grado de certeza las conductas que constituyan delito (tipicidad) y la pena aplicable. Este principio de determinación (certeza o taxatividad también) le exige al legislador que formule la ley penal con la máxima precisión evitando así las cláusulas legales difusas o indeterminadas.

En este marco ubicamos la cuestión de constitucionalidad de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal que vamos a tratar, pues por su carácter general es que su texto resulta poco claro e impreciso y ha generado dudas respecto de su aplicabilidad a los delitos en particular. Así, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia a lo largo de estos años se han brindado muy dispares soluciones.

Sancinetti (2006:231) expresa "*si el juez tiene que adivinar a qué tipos penales se vincula realmente la agravante, es porque no se cumple con la lex certa sin más ni más, es decir, que esa regulación es contraria al principio de legalidad*".

Por su lado, Reinaldi (2004a:218) opina que

...la crítica ha pecado, muchas veces, de exagerada, pese a reconocer que pudo haberse legislado mejor. Así, cuando se la considera violatoria del principio de legalidad, que exige una lex certa no se repara en que, al incorporarse una agravante genérica

se exige un doble encuadramiento típico –el previsto en el delito compatible con una comisión violenta o intimidatoria mediante el empleo de un arma de fuego- y precisa la escala penal –la contemplada para ese delito más un tercio en su mínimo y en su máximo-, ya se satisfacen las exigencias de aquel principio.

V. Doctrina

Aquí veremos la elaboración de los doctrinarios respecto de cuáles delitos se encuentran atrapados por la norma en análisis. Seguiremos fundamentalmente en la exposición a Reinaldi (2004a:215).

Regla 1: Se aplica a los delitos contemplados en el Código Penal y leyes complementarias y por aplicación del art. 4, a los delitos especiales cuya comisión no resultare incompatible con el empleo de violencia o intimidación contra las personas con un arma de fuego.

Esta primera regla exige que el delito cometido sea compatible con el empleo de violencia o intimidación en contra de las personas mediante el uso de un arma de fuego. No resulta suficiente la portación o tenencia del arma, debe haber violencia física o moral causada por el efectivo uso del arma de fuego.

No es compatible, por ejemplo, el delito de estafa (art. 172 C.P.), el cual se realiza mediante ardid o engaño, si lo son los delitos de homicidio (art. 79 C.P.) y homicidio con motivo u ocasión de robo (art. 165 C.P.).

También son compatibles, entre otros, los delitos de evasión (art. 280 C.P.) o los atentados contra la autoridad (art. 237 C.P.), los cuales expresamente exigen para su configuración la violencia o intimidación, e inclusive delitos como la violación de domicilio (art. 150 C.P.) que no exige el empleo de violencia o intimidación pero estas modalidades de comisión no obstaculizan la configuración del tipo.

Excepción de la regla: el segundo párrafo del art. 41 bis establece que la agravante no será aplicable cuando se prevea como elemento constitutivo o calificante del tipo la utilización violenta o intimidante de un arma de fuego. Por lo tanto, no se aplica la agravante al delito previsto en art. 104 C.P. el cual exige para su configuración un disparo de arma de fuego contra una persona sin hierirla, o aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave. Tampoco se aplica al delito de robo previsto en el art. 166 inc. 2 párrafo 1 C.P. dado que exige el uso de un arma de fuego calificando de este modo el robo así cometido y elevando la escala penal.

Regla 2: Se aplica a los delitos que se cometieron con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego cuando podía cometérselos con otro tipo de armas o prescindiendo de ellas.

Explica Reinaldi (2004a:228):

El fundamento de la agravante se halla en el hecho de haberse valido su autor de un medio como el arma de fuego, con alto poder letal o lesivo, que lanza proyectiles a distancia con sólo presionar el gatillo con un dedo, lo cual priva a la víctima de la posibilidad de defenderse¹, a diferencia de otros medios que se utilizan prácticamente cuerpo a cuerpo, lo que, a la par que brindan alguna posibilidad defensiva a la víctima, hacen correr al victimario algún riesgo.

En este sentido sería aplicable la agravante a los delitos de lesiones graves y gravísimas (arts. 90 y 91 C.P.), homicidio (art. 79 C.P.), homicidio con motivo u ocasión de robo (art. 165 C.P.). En relación a este último delito Laje Anaya² se manifiesta en contra (citado en Reinaldi, 2004a:227).

Por su parte, D'Alessio (2005) expone que es discutida la aplicación de la agravante a la figura del homicidio desde que dicho delito ya incluye la seguridad del daño mayor imaginable en las personas (la muerte).

¹ Por ello la agravante no se extiende a las armas de fuego utilizadas en forma impropia.

² Laje Anaya, J., *El Homicidio... en la Doctrina Judicial Argentina*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, p. 259.

Regla 3: Se aplica a las modalidades delictivas violentas por el empleo de armas en sentido amplio.

Se agravan los delitos para cuya configuración es necesario el uso de armas cuando no se especifique que sean armas de fuego, como el delito de abuso sexual cometido con armas (art. 119, párrafo 4 inc. d C.P.), el atentado y resistencia contra la autoridad con armas (art. 238 inc. 1 C.P.), las amenazas y coacciones (arts. 149 bis y 149 ter inc. 1 C.P.).

Regla 4: Se aplica a delitos dolosos.

Ello es así debido a que se ha deseado castigar con más severidad los delitos cometidos mediante el empleo intencional de armas de fuego, lo cual es incompatible con la culpa.

Regla 5: Se aplica en los casos que el arma de fuego es operativa.

Lo que significa que el arma debe ser apta para disparar, que debe estar cargada y que las municiones también deben resultar aptas. No abarca ni la portación ni la tenencia ni el uso del arma de fuego en forma impropia como así tampoco el arma de juguete o descargada. Esto es porque la agravante tiene como razón el mayor contenido de injusto del hecho que deriva del peligro concreto para la víctima, por lo que el peligro debe ser real y efectivo respecto de su vida o salud.

Regla 6: la agravante no se aplicará cuando la pena prevista para esta excediera el máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Advierte De la Rúa³ (citado por Barberá de Riso, 2002) que para parte de la doctrina no funcionaría la agravante en el caso del homicidio, "pues el límite impuesto por la última parte del primer párrafo del art. 41 bis superaría el monto de la especie de pena que se trata, cuyo máximo está determinado por la pena del art. 79 C.P.", para luego manifestar la autora estar de acuerdo con su aplicación.

En relación a los homicidios calificados, dice Reinaldi (2004a:223) que no es aplicable la agravante debido a que un aumento de la escala penal en un

³ De la Rúa, J., *Código Penal Argentino*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 1000, nro. 25.

tercio es incompatible con una pena como la de reclusión o prisión perpetua prevista para ellos⁴, excepto cuando al homicidio calificado se aplica la escala del homicidio simple por haberse admitido circunstancias de atenuación (art. 80 último párrafo C.P.).

VI. Jurisprudencia. El caso del Homicidio

Los Tribunales han interpretado la norma en cuestión de diversas maneras, a continuación haremos referencia a algunos fallos.

En los autos "**Nieto Víctor Hugo p.s.a. Homicidio, etc. -Recurso de Casación**", el *Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*, a través de la Sala Penal y mediante Sentencia Número Setenta y Cuatro del veintisiete de agosto de dos mil tres, dice en relación a la naturaleza jurídica del art. 41 bis del C.P. y a sus consecuencias dogmáticas, que la regla no es una mera agravante general, sino que la repercusión sobre la magnitud de los marcos punitivos establecidos en los delitos de la Parte Especial y las leyes complementarias, se produce por la incorporación de una modalidad típica de ejecución de un delito violento (uso de arma de fuego) no contemplada por aquéllos.

Señala que durante el debate parlamentario el Senador Agúndez, justificando la técnica legislativa adoptada, sostuvo, por un lado, que resultaba imposible modificar delito por delito, y que dicha ubicación de la norma en cuestión iba a permitir su mejor sistematización ("*Anteceds. Parlams. La Ley 2001-A, p. 184*") y, por el otro, que las razones de política criminal proporcionadas se conectan principalmente con la prevención general negativa de la delincuencia armada, tanto para disuadir la tenencia de tantas armas de fuego, como para reprimir con mayor severidad porque endurece las penas, levantando los mínimos.

⁴ Reinaldi cita el voto del Dr. Spinka en la Sentencia de la Cámara Novena del Crimen de la ciudad de Córdoba en la causa "Mercado".

Indica que la ventaja dogmática que reporta situar la regla de tal manera se relaciona con el principio de culpabilidad, ya que como es sabido éste debe alcanzar a los elementos del tipo; y también con la participación criminal y la consecuente exigencia que el dolo de los que no intervienen como autor o co-autores incluya esa modalidad típica (el fallo cita "*en tal sentido, Barberá de Riso, María Cristina, "Arma de fuego y política criminal - su empleo, un enfoque crítico-. El agravamiento dentro del sistema", Pensamiento Penal y Criminológico, Edit. Mediterránea, Córdoba, Año III - 2002-, n° 5, ps. 106*"). Expone que tales consecuencias no resultarían posibles si el art. 41 bis se limitase a introducir una circunstancia agravante sin conexión con los tipos objetivos.

Explica que siguiendo tal razonamiento cabe sostener que la regla del art. 41 bis del C.P. actuará generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que éstos no incluyan el empleo de armas, y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas como modalidad de ejecución típica.

En consecuencia, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de esta agravante los delitos no dolosos, los delitos dolosos que no exijan violencia o intimidación contra las personas y los delitos dolosos que ya contemplen como circunstancia agravante el empleo de armas⁵.

Más adelante responde a la pregunta: ¿Es posible aplicar el art. 41 bis del C.P. al delito de homicidio simple? Y responde que observando que, respecto de la figura del homicidio simple (art. 79 C.P.) no se dan los

⁵ El Alto Cuerpo sigue el mismo criterio en los autos "Lezcano, José Luis p.s.a. homicidio simple-Recurso de casación", Sentencia Número Ciento Dos del diecisiete de octubre de dos mil tres; "Ceballos Murúa, Nicolás Ramón p.s.a. homicidio-Recurso de casación", Sentencia Número Ciento Quince del primero de diciembre de dos mil tres; "Márquez, Cristian Ariel y otros p.s.a. homicidio simple, etc.-Recurso de casación", Sentencia Número Sesenta del siete de julio de dos mil cuatro; "Mercado, Franco Augusto p.s.a. homicidio en ocasión de robo, etc.-Recurso de casación", Sentencia Número Ciento Ocho del once de octubre de dos mil cinco; "Agüero, Franco Sebastián p.s.a. homicidio-Recurso de casación", Sentencia Número Ciento Seis del veintiseis de octubre de dos mil cuatro.

supuestos de exclusión aludidos en el párrafo anterior, pues se trata de un delito doloso, la acción típica sin duda exige violencia en contra de la víctima, y la figura penal no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego (el fallo cita "en similar sentido, Reinaldi, op. cit¹., pág. 95; Laje Anaya, Justo, "El art. 41 bis del Código Penal y las andanzas del diablo -Ley n° 25.297-", S.J. n° 1318, 23/11/2000, p. 641")

Agrega que, además, la mentada circunstancia tampoco resulta contemplada por ninguna de sus figuras calificadas (agravadas o atenuadas) (art. 80, y 81, pto. 1 inc. a. C.P.).

Dice que de este modo lo entendió el legislador al fundamentar la inclusión de la norma en cuestión al Código Penal en las alarmantes estadísticas sobre homicidios cometidos con armas de fuego, y reproduce las palabras del Senador Agúndez: "Uno de los delitos fundamentales considerado es el delito mayor... el homicidio... En el delito de homicidio con armas de fuego (las) penas se aumentan en esta ley..." (el fallo cita "Anteceds. Parlams. supra cits., pág. 183").

Adita que a más de las razones de política criminal del legislador, resulta claro que cuando el autor de este delito emplea un arma de fuego como medio violento, ello le brinda más seguridad, al mismo tiempo que anula las posibilidades defensivas de su víctima, todo lo cual revela una superior magnitud de injusto⁶.

Otra opinión expresa el *Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos*, mediante Sentencia pronunciada en los autos "**Clari, Gaspar M. p.s.a. Homicidio -Recurso de casación**" con fecha 16 de junio de dos mil cuatro, en la que se dice que sólo es posible considerar que la utilización de un arma de fuego no determina *per se* un agravamiento de la respuesta punitiva, sino sólo cuando ello hubiera importado una violencia innecesaria, suplementaria, sumatoria a la sancionada por el ilícito respectivo, lo que impone su examen en cada suceso en particular. En este caso, se sostiene

⁶ El Tribunal sigue el mismo criterio en los autos Lezcano, Ceballos, Márquez, Agüero (ver cita 13).

que la aplicación de la norma no es automática, analizando caso por caso si el uso del arma de fuego significó una violencia innecesaria y adicional a la prevista por el tipo del que se trate, es decir, no debe aplicarse la norma solamente porque el ilícito se cometió con un arma de fuego.

El mismo Tribunal dictó Sentencia en los autos "**Wasinger, Luis Miguel p.s.a. Homicidio Simple -Recurso de casación**" con fecha 13 de abril de dos mil cinco, y el Sr. Vocal Dr. Miguel Augusto Carlín recuerda que, tal como sostuvo en los autos Clari –reseñados anteriormente-, entiende que no se avizora que la utilización del arma de fuego importara una mayor carga de violencia que justificara la aplicación de la agravante punitiva a la conducta prevista en la norma básica (art. 79 C.P.).

Explica que el homicidio es un delito que entraña en si mismo una fuerte violencia ya que se consume nada menos que con el quite de la vida a un semejante.

Considera que el art. 41 bis no puede agravar la fuerza demoledora de la vida de la víctima, que ya es propia del ilícito del art. 79 del C.P., sino cuando la operación sea realizada con un ejercicio de la "vis absoluta" o "la vis compulsiva" que implique en el desenvolvimiento del obrar del autor un adicional que se suma a la dañosidad de la conducta propia de la figura que quiere agravar, en el caso, al homicidio.

Refiere que se ha dicho que el legislador penal ha dejado "en blanco" ciertos aspectos referidos a los modos a partir de los cuales se podrían cometer los delitos que prevé. Resume que la norma puede esquematizarse así: "no matarás, luego, si lo haces, sufrirás una pena". Explica que ese es el esquema de una norma penal regular y que de allí no surge el modo, el cómo, de comisión del verbo típico.

Luego, dice que la posibilidad que tiene el magistrado de elegir una sanción que fluctúe en la escala penal determinada para el delito entre el mínimo y el máximo, deberá ajustarse a los dispositivos legales que el mismo código le provea. Expone que tal dispositivo ya existía en el Código Penal Argentino, es el contenido en el art. 40 del C.P. cuando se refiere a la naturaleza de los medios empleados.

Seguidamente, plantea que la función que aparentemente tendría el cuestionado art. 41 bis ya era relevada por el art. 40, y reitera que la utilización de un arma de fuego no determina *per se* un agravamiento de la respuesta punitiva, sino sólo cuando ello hubiera importado una violencia innecesaria, suplementaria, sumatoria a la sancionada por el ilícito respectivo, lo que impone su examen en cada suceso en concreto.

Admite que la interpretación de la norma ingresa en una suerte de nebulosa cuando se trata de delitos como el de homicidio. Sin embargo, nos sitúa frente a los delitos contra la integridad sexual para poder advertir con más claridad el agregado de violencia del que habla. Parte del supuesto de que no es lo mismo obligar a una persona a soportar un ataque sexual en base a amenazas, que vencer la resistencia de la víctima con la ofensividad propia del arma de fuego en mano. Extrae del ejemplo como conclusión, que probablemente las amenazas hubieran bastado, pero el uso del arma demuestra un mayor grado de virulencia que permitiría eventualmente sustentar la agravante del cuestionado art. 41 bis del C.P.

Explica que, en definitiva, la norma del 41 bis debe ser entendida como una formulación que el legislador efectúa, advirtiendo acerca de la mayor ofensividad que puede operarse en aquellos hechos en los cuales se utilicen armas de fuego, donde la violencia o intimidación emergente de su uso importen una adición a la figura respectiva.

En Córdoba, la Cámara de Acusación sometió a estudio la cuestión de la constitucionalidad de la norma en cuestión en los autos "**Arce, José Alberto p.s.a. Homicidio Agravado por el art. 41 bis**". Así, dictó el Auto Número Trescientos Seis, con fecha veintiséis de junio de dos mil nueve, en el que los Vocales Gabriel Pérez Barberá y Francisco Horacio Gilardoni refieren, en primer lugar, los precedentes del Tribunal Superior de Justicia en los que la norma contenida en el art. 41 bis del C.P. ha sido entendida como una circunstancia típica calificante o agravante de distintos tipos penales de la parte especial, que por tanto debe ser abarcada por el dolo, y no como una circunstancia agravante como las previstas en los arts. 40 y 41 del mismo cuerpo legal para la determinación de la pena. Señalan

seguidamente que dicha norma, así entendida, resulta a su juicio inconstitucional, dado que es violatoria del principio de legalidad, en tanto no respeta el mandato de *lex certa*, derivado directamente de aquél (CN art. 18, CADH arts. 8.1 y 9, PIDCyP arts. 14.1 y 15.1).

Entienden que por definición una calificante genérica no se vincula específicamente con ninguna conducta típica de la parte especial del Código Penal, por lo que no resulta sencillo determinar a qué tipos penales concretos esa agravante es aplicable, más allá de la intención expresa del legislador. Interpretan que dicha dificultad es una prueba de la indeterminación de su formulación.

Manifiestan que el art. 41 bis del C.P. resulta inconstitucional por violar de modo manifiesto e indudable el principio de legalidad en su derivado específico de prohibición de leyes o sanciones indeterminadas (*nullum crimen, nullum poena sine lege certa*), y ello es así porque no es de ninguna manera claro que dicho artículo sea aplicable a los delitos a los que paradigmáticamente –según la intención del legislador– pretende agravar: lesiones y homicidio, en lo fundamental.

Resaltan que a tal punto dicha aplicabilidad resulta dudosa que existen, al menos, dos posibilidades interpretativas de similar peso y con resultados opuestos: uno a favor y otro en contra de la aplicabilidad de la agravante genérica a dichos tipos penales.

Señalan que podría replicarse que la falta de precisión de la ley puede suplirse con la intención del legislador, que aquí es muy clara, ya que en la exposición de motivos se expresa que la razón de su inclusión persigue como objetivo generar mayor prevención en los delitos de homicidio, cometidos por lo general con armas de fuego. Aducen que, sin embargo, no puede dejar de tenerse presente que, aún cuando la intención del legislador sea clara, si también es claro que dicha intención colisiona gravemente con otras normas del sistema o se opone a principios constitucionales, es obvio que precisamente por ello la norma debe ser fulminada con la pertinente declaración de inconstitucionalidad. Agregan que el legislador debe plasmar su intención respetando la Constitución.

Advierten que no debe perderse de vista ante todo que el propio art. 41 bis establece -en su segundo párrafo- que no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella -el empleo de un arma de fuego- ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate. Aclaran que aplicada esta regla correctamente, lo que resulta es que sólo surgen serias dudas acerca de la posibilidad de aplicar el primer párrafo del art. 41 bis como agravante a algún tipo específico de la parte especial del Código Penal.

Indican que en este sentido, deben tenerse presente dos tesis: aquella que afirma que la determinación acerca de si el empleo de un arma de fuego está contemplado o no como constitutivo de un delito ha de inferirse sólo a partir del texto expreso de los distintos tipos penales (tesis del TSJ de Córdoba), y aquella que entiende que dicha determinación debe efectuarse a partir no sólo de un examen gramatical de cada tipo penal sino, también de un análisis sistemático de todas las figuras involucradas, tesis esta última que les resulta no menos convincente que la primera.

Explican que la primera tesis es fuerte porque se funda en la indudable claridad que surge a partir de una mención expresa en la ley de la circunstancia en discusión. Pero la segunda tesis también lo es, pues, de no llevarse a cabo una interpretación sistemática, podría resultar violado el principio de razonabilidad de las leyes, derivado directo del art. 28 de la C.N.

Entonces, dicen que si se aplica el método sistemático de interpretación, un resultado posible sería el siguiente: el art. 104 del C.P. establece que merecerá pena de uno a tres años de prisión el que dispare un arma de fuego contra una persona sin hierirla, y que esa pena se aplicará igualmente si se causare una herida a la que corresponda una pena menor, esto es, una lesión leve (art. 89 C.P.), por lo peligroso que resulta el medio empleado. Si se le causa -dolosamente- una lesión más grave (las previstas en los arts. 90 y 91 del C.P.) o -dolosa o imprudentemente- la muerte (arts. 79, 84), corresponde ya que se apliquen estos últimos artículos, más severos que el 104. Postulan que queda claro que conforme a las valoraciones efectuadas

por el legislador específicamente para los distintos tipos de la parte especial del Código Penal, la utilización de un arma de fuego no es motivo suficiente para agravar la pena que corresponde a la causación de lesiones dolosas de cierta entidad (las graves y las gravísimas), ni tampoco para agravar la causación dolosa o imprudente de una muerte. Pues si la herida es mortal o alcanza determinada entidad, por imperio del propio texto del art. 104 (a la vez absorbente y subsidiario) la utilización de un arma de fuego queda absorbida por esos otros tipos penales, de lo cual se infiere que está contemplada en sus tipos básicos y que, por lo tanto, en virtud a su vez del art. 41 bis, segundo párrafo, la agravante genérica prevista en el primer párrafo de esta última norma no es aplicable a aquellos.

Afirman que, así, resulta evidente que conforme a esta interpretación sistemática, quedaría descartada la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis a cualquier hipótesis de lesiones, en tanto sean dolosas, y a cualquier hipótesis de homicidio, doloso o incluso imprudente: si se trata de una lesión leve (provocada por un disparo de arma de fuego), la agravante genérica no se aplicaría porque, por imperio del principio de especialidad y por la propia letra del segundo párrafo del art. 41 bis en conjunción con la del art. 104, correspondería aplicar este último; y si se trata de una lesión grave o gravísima o de un homicidio doloso o imprudente no se aplicaría porque el mismo art. 104 –que prevé la utilización de un arma de fuego como medio– se autoexcluye en términos de subsidiariedad si el delito que se consuma –con un arma de fuego– es más grave (por prever, ya en su escala básica, una pena mayor, como de hecho ocurre con el homicidio simple y las lesiones graves y gravísimas).

Estiman que la conclusión a la que se arribaría conforme a esta interpretación sistemática de la ley sería la siguiente: el empleo de un arma de fuego como modo comisivo para la causación de lesiones graves o gravísimas y de homicidios ya ha sido contemplado en los tipos penales básicos respectivos, pues ello es lo que resulta de interpretar dichos tipos en conjunción con aquel que expresamente valora la utilización de un arma de fuego en contra de una persona: el art. 104 del C.P. Entienden que aún

aceptándose, y solo a título de hipótesis argumentativa, la validez del primer párrafo del art. 41 bis, estaría claro, ya por imperio de su segundo párrafo y del art. 104 del C.P., que la agravante genérica que aquel introduce no es aplicable a dichos delitos.

Resumen que lo que surge hasta aquí es esto: respecto a la aplicación del art. 41 bis al tipo de homicidio simple (y lo mismo vale para los tipos de lesiones y amenazas agravadas), hay una tesis –que denominan ‘tesis de la exclusión por previsión expresa’– que conduce, plausiblemente, a su aplicabilidad, y otra –que denominan ‘tesis de la exclusión por previsión implícita’– que, también plausiblemente, conduce a su inaplicabilidad. Hay buenas razones tanto a favor de una de las tesis como de la otra.

Por tal motivo se preguntan qué corresponde hacer. Y responden que no queda otro camino que declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, porque la existencia de buenos argumentos tanto para aplicarla como para no aplicarla a un tipo penal como el que aquí nos ocupa demuestra, ante todo, que ella es indeterminada y viola, por tanto, el principio de *lex certa*.

Concluyen que para evitar dudas de aplicación incompatibles con el principio de legalidad debió evitarse la inclusión de un agravamiento de la pena a través de una calificante genérica. Exponen que frente a la estructura legislativa propia de la parte especial del Código Penal, para establecer la extensión de un aumento de la punibilidad en virtud de la inclusión, en el nivel de la tipicidad, de una circunstancia agravante con la precisión que la Constitución le exige, no le queda otro camino que establecer agravantes específicas para cada delito en particular que, a su juicio, merezca ese mayor reproche. Mencionan en este contexto el caso del actual art. 166 inc. 2º, párrafos 2º y 3º del C.P. destacando que el TSJ en pleno se pronunció a favor de su constitucionalidad en la causa “Mercado”, en sentencia del veinte de diciembre de dos mil siete.

Por su parte, la minoría, Dr. Carlos Alberto Salazar, postula que por genérica que sea la agravante, puede ser comprendida por cualquier persona, que con claridad puede entenderse que quien mata a otro y lo

hace con un arma de fuego, merecerá un castigo mayor. Afirma que el art. 41 bis no es contrario al principio de legalidad, razón por la cual debe tenérselo por válido en el caso del homicidio del art. 79 del C.P.

VII. Palabras Finales

Como surge de lo expuesto, la introducción del art. 41 bis al Código Penal ha desatado opiniones encontradas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto a la utilización del recurso de la agravante genérica como a la redacción del texto del artículo. Ello desde el momento mismo en que se han generado tantas interpretaciones diversas con fundamentos igualmente serios que las sustentan.

El legislador optó por incluir una agravante genérica que justamente por su generalidad resulta imprecisa. Tal vez debió modificar aquellos delitos que creía adecuado agravar por su comisión mediante arma de fuego, uno por uno. Así lo hizo cuando por la ley 25087 agravó el abuso sexual por el empleo de arma a través del inc. d del art. 119 C.P. y cuando por la ley 25882 agravó el robo con arma del art. 166 C.P.

De esta manera, se le hubiera restado complejidad a la interpretación de la disposición, evitando la vulneración del principio constitucional de legalidad en la parte que exige determinación de los delitos, ya que hubiera estado claro cuáles son los que resultarían agravados.

En el estado actual de la cuestión, parece que la única solución en nuestro sistema es la declaración de inconstitucionalidad de la norma, lo cual provoca su no aplicación a aquellos casos a que precisamente iba dirigida, motivo por el cual la labor del legislador se torna abstracta. Por ello, es necesario que el legislador no soslaye los principios constitucionales que rigen nuestra legislación.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, E. (1999a). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, editorial Hamurabi, Buenos Aires.

BACIGALUPO, E. (1999b). *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., editorial Hamurabi, Buenos Aires.

BAIGÚN, D., ZAFFARONI, E. y otros (1997). *De las Penas*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

BAIGÚN, D., ZAFFARONI, E. y otros (2007). *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Parte General, Tomo 2 A, 2da. ed., editorial Hammurabi, Buenos Aires.

BARBERÁ DE RISSO, M. C. (2002). "Arma de Fuego y Política Criminal (su empleo, un enfoque crítico). El Agravamiento dentro del Sistema", Pensamiento Penal Criminológico, Revista de Derecho Penal Integrado, Año III, Nº 5, editorial Mediterránea.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros (2010). *Curso de Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., ediciones Experiencia, Barcelona.

BREGLIA ARIAS, O. (2010). *Código Penal Comentado*, 2da. ed. actualizada y ampliada, editorial Astrea, Buenos Aires.

CRESPO, A. E. y MORENO, M. S. "La Discutida Constitucionalidad de la Agravante Genérica del Art. 41 bis del Código Penal: su Compatibilidad con el Principio de Legalidad en su Derivado de *Lex Certa*", Actualidad Jurídica Penal, Volumen 149, p. A – 633.

D'ALESSIO, A. J. (2005). *Código Penal Comentado y Anotado*, Parte General, editorial La Ley, Buenos Aires.

GUALDA, R. A. (2002). "El Art. 41 bis del Código Penal", Doctrina Judicial, Nº 36, 4/9/2002.

LAJE ANAYA, J. (2000). "El Art. 41 bis y las Andanzas del Diablo", Semanario Jurídico, Tomo 83, 2000-B.

LAJE ANAYA, J. (2009). "El Hecho de Matar a una Persona con un Arma de Fuego, ¿Es Inconstitucional el Art. 41 bis del Código Penal?", Revista Jurídica Semanal Zeus Córdoba, Nro. 367, Año VIII, Tomo 15, 24/11/09.

LAJE ANAYA, J. (2010). "Sentencias Penales del Tribunal Superior de Justicia", Colección de Breviarios de Derecho Penal Nro. 11, Alveroni Ediciones, 1ra. ed., Córdoba.

LURATI, C. (2004). "La Intervención de un Menor y el Uso de Armas como Agravantes en la Parte General", Reformas Penales, Donna, E. A. Coordinador, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé.

NÚÑEZ, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal Parte General*, 5ta. ed., Lerner Editora S.R.L., Córdoba.

REINALDI, V. F. (2004a). *Delincuencia Armada*, 2da. ed., editorial Mediterránea, Córdoba.

REINALDI, V. F. (2004b). "¿Es Aplicable la Agravante Genérica del Art. 41 bis CP al Delito de Homicidio (art. 79 CP) y al Robo Calificado por Homicidio (art. 165 CP)?", *Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de Derecho Penal Integrado*, Año V, Nº 8.

ROMERO VILLANUEVA, H. J. (2010). *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia*, 4ta. ed. ampliada y actualizada, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

SANCINETTI, M. (2006). *Casos de Derecho Penal. Parte General*, 3ra. ed, editorial Hammurabi, Buenos Aires.

SIMAZ, A. L. "Algunas Reflexiones sobre el Art. 41 bis del Código Penal Argentino. Agravación Genérica -o no tanto- por el empleo de Armas de Fuego", *Doctrina Judicial* Nº 38.

SKOLAR, A. W. (2002). "Artículo 41 bis", en *Código Penal y Normas Complementarias, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Tomo II, arts. 35/78, Parte General, editorial Hammurabi, Buenos Aires.

SOBERANO, M. (2002). "El Art. 41 bis del Código Penal o la Venganza del Principio de Legalidad", *Nueva Doctrina Penal*, 2002-A, Editores del Puerto, Buenos Aires.

TROTTI, M. V. "Dificultades Dogmáticas surgidas en torno a las llamadas Agravantes Genéricas. El Caso del Art. 41 bis del Código Penal", en www.jovenespenalistas.com.ar/Agravantes_genericas_Trotti_Valeria.pdf.

VALDEZ, E. R. (2010). "Análisis de las Agravantes Genéricas como Producto de una Legislación de Emergencia (Arts. 41 bis y 41 quater del C.P.)", La Ley Córdoba, Año 27, Nro. 8, Septiembre 2010.

YACOBUCCI, G. J. (2002). *El Sentido de los Principios Penales*, editorial Ábaco, Buenos Aires.

Cita de este artículo:

NADER, A. A.: "Agravante del Art. 41 bis del Código penal y el principio de legalidad" . *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.156-175.
Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL "DERECHO A REGRESAR" DE LOS REFUGIADOS PALESTINOS DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Ab. Yazmín Sarquís Santamaría

Abogada, Auxiliar de Primera, Cátedra de
Derecho Internacional Público, Universidad
Nacional de La Rioja – La Rioja, Argentina.

Palabras claves:

*Palestina; Israel; ONU;
refugiados; derecho a
regresar.*

Key words:

*Palestine; Israel; ONU;
refugees; right of return.*

Resumen

Resumen: Los distintos enfrentamientos armados que precedieron a la creación del Estado de Israel provocaron la dispersión de un gran número de habitantes de la Palestina. Su derecho a regresar ha sido reconocido por muchos documentos internacionales y ha dado lugar a numerosas interpretaciones. Analizaremos algunos de los mencionados documentos y esbozaremos una posible solución del problema que requiere el compromiso de toda la comunidad internacional.

Abstract

The armed confrontations that lead to the creation of the State of Israel caused the dispersion of a great number of Palestinian inhabitants. Their right to return has been recognized by many international documents and has been the object of numerous interpretations. Those international documents will be analyzed and a possible solution to the problem of Palestinian refugees, one that requires the participation of the whole international community will be outlined.

1. INTRODUCCIÓN.

En los últimos tiempos, debido a la magnitud que los fenómenos migratorios han adquirido, se han acrecentado los esfuerzos de los Estados, los Organismos Internacionales y los estudiosos del Derecho Internacional a fin de sistematizar los derechos y garantías de que gozan los inmigrantes y de poner en práctica mecanismos que sirvan para asegurar el goce efectivo de los mismos. Numerosos documentos internacionales reconocen a las masas migrantes derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la educación, a la salud.

No obstante los no menores y para nada despreciables esfuerzos de la Comunidad Internacional en esta materia, es de fundamental importancia recordar que el principal derecho de las personas migrantes es el "derecho a no partir", a permanecer en su tierra, a no ser expulsados del lugar en que, a través del paso del tiempo y en muchos casos por generaciones, han llevado adelante una existencia pacífica en respeto de las normas locales e internacionales de convivencia.

El caso del pueblo palestino no es excepcional: en el siglo XX, millones de personas de origen alemán fueron obligadas a abandonar sus hogares en Europa del Este luego de la Segunda Guerra Mundial; cuando el subcontinente indio se dividió en India y Pakistán, se llevó a cabo un

intercambio de poblaciones musulmanas e hindú que obligó a millones de personas a abandonar su tierra nativa; millones de armenios, griegos, turcos, búlgaros, kurdos, entre otros, fueron arrancados de sus tierras y reubicados en otro lado. ¿Qué tiene, entonces, de particular la cuestión de los refugiados palestinos? Siguiendo la suerte del propio conflicto palestino-israelí – el cual dura ya sesenta y cuatro años – quienes fueron expulsados de Palestina como producto de las guerras de 1948 y 1967 se han perpetuado en su calidad de refugiados reclamando para sí el derecho a regresar a la tierra de la que fueron expulsados.

La esencia del conflicto es de carácter prevalentemente político pero ello no es óbice para analizarlo desde la óptica del Derecho Internacional y la utilidad de un tal análisis es innegable puesto que cualquier eventual solución que se alcance en el mismo deberá ser recogida en un texto legal y deberá ser abalada por las normas del Derecho Internacional.

2. El cuestionado "derecho a regresar".

El "derecho a regresar" de los refugiados palestinos, como otros aspectos del conflicto, ha sido y aún hoy lo es, objeto de discusión y controversia. Son numerosos los documentos internacionales que reconocen este derecho. A modo de ejemplo, podemos mencionar:

A) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en 1966 que en su Artículo 12.4 reza: "*Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país*".

B) El artículo 13.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada en 1948, pocos meses después del inicio del conflicto árabe-israelí, el cual dice que "*toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país*".

C) El artículo 3.2. del Protocolo IV de la Convención Europea de Derechos Humanos sostiene que "*Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional*".

D) La Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969 en su artículo 22.5 reconoce que "*Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo*".

E) El Artículo 12.2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, conocida como "Carta de Banjul", establece:

Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho sólo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley y el orden, la salud pública o la moral.

Tan palmario y extenso reconocimiento legal ha sido objeto de arduas tareas de hermenéutica y quienes están en contra del reconocimiento del derecho a regresar del pueblo palestino esgrimen, a partir del análisis de los textos mencionados, los siguientes argumentos:

A) El derecho a regresar está reservado a los nacionales de un Estado puesto que todos los artículos utilizan las palabras "país" o "Estado".

B) Aún en el caso de un nacional el derecho reconocido no es absoluto y puede ser limitado por cuestiones de seguridad nacional.

C) Se trata de un derecho reconocido individualmente y que no se dirige a recoger el reclamo de masas de personas desplazadas.

En la opinión de quien escribe, mientras los puntos B y C son correctos, pueden encontrarse no pocas objeciones a los argumentos esgrimidos en el punto A. En primer lugar, el derecho a regresar está ligado a la posesión ancestral de la tierra y no a la existencia formal de un Estado en dicho territorio. Si el pueblo hebreo tiene derecho a regresar a Israel a pesar de que sus antepasados directos jamás ocuparon la tierra, ¿por qué no habrían de gozar del mismo derecho

los palestinos que ocuparon esa tierra por sí mismos o por sus antepasados inmediatos? Según las Leyes de Regreso de Israel, todo judío tiene derecho a regresar y residir en el país como descendiente del pueblo que, en épocas bíblicas, ocupó dicha tierra sin constituir, aclaremos, un Estado Moderno, puesto que en ese tiempo ni siquiera tal concepto existía. Resulta injusto y discriminatorio que el pueblo hebreo tenga derecho a regresar a su tierra luego de un exilio que duró dos milenios y que tal derecho no sea reconocido al pueblo palestino.

En segundo lugar, un principio fundamental de Derecho Internacional sostiene que cualquier traspaso de soberanía conlleva un traspaso de responsabilidad respecto de la población de ese territorio. Privar a los palestinos del derecho a regresar y a una ciudadanía sobre la base de que no fueron expulsados de un Estado formalmente constituido y de que ha cambiado la autoridad que gobierna dicho territorio crea una situación de apatridia condenada por el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y por la Convención para reducir los casos de apatridia la cual en su Artículo 1.1 reza: "*Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida*".

3. Las Resoluciones de la ONU.

Tres son las principales Resoluciones de los órganos de la Organización de Naciones Unidas que se ocupan del derecho al regreso del pueblo palestino: Las Resoluciones N° 194 y 3236 de la Asamblea General y la Resolución N° 242 del Consejo de Seguridad. Debido a la vaguedad que el lenguaje de la Diplomacia y del Derecho Internacional, a veces, exige las tres resoluciones han sido redactadas en términos poco precisos y, por tal motivo, han sido objeto de las más variadas interpretaciones. Analicémoslas separadamente respetando el orden cronológico en que fueron aprobadas:

A) La Resolución N° 194 de la Asamblea General de la ONU: Fue aprobada en Diciembre de 1948 cuando la guerra árabe-israelí se acercaba a su fin. Esta Resolución estableció una Comisión de Reconciliación con funciones de mediadora entre las partes del conflicto. En su artículo 11 establece que la Asamblea General:

(...) resuelve que debe permitirse a los refugiados que deseen regresar a sus hogares y vivir en paz con sus vecinos, que lo así lo hagan en cuanto sea posible, y que deberán pagarse indemnizaciones a título de compensación por los bienes de los que decidan no regresar a sus hogares y por todo bien perdido o dañado cuando, en virtud de los principios del derecho internacional o por razones de equidad, esta pérdida o este daño deban ser reparado por los Gobiernos o autoridades responsables; encarga a la Comisión de Conciliación que facilite la repatriación, reinstalación y rehabilitación económica y social de los refugiados, así como el pago de indemnizaciones, y que se mantenga en estrecho enlace con el Director del Socorro de las Naciones Unidas a los Refugiados de Palestina, y por conducto de éste, con los órganos e instituciones apropiados de las Naciones Unidas.

Recordemos que las resoluciones de la Asamblea General son meras recomendaciones y no tienen carácter obligatorio para los Estados miembros de la ONU. Hecha esta aclaración, consideramos conveniente desmenuzar el texto del artículo término por término a fin de esclarecer el alcance del mismo.

a.1.) Debe tenerse en cuenta que el texto del Artículo 11 no reconoce de manera terminante un "derecho a regresar" del pueblo palestino. Con un lenguaje laxo y amplio recomienda permitir el regreso de los refugiados. En la versión en lengua inglesa de la resolución en análisis se utiliza el verbo modal "should" ("should be permitted", es decir, "debería permitírseles"), con lo cual el texto del artículo adquiere una *nuance* de condicionalidad que resta aún más énfasis y certeza al derecho a regresar de los refugiados palestinos.

a.2.) El uso de la palabra "refugiados" en general, sin aclarar que se trata de la diáspora palestina resultado de las guerras de 1948 y 1967, hace suponer que el texto se refiere también a los desplazados de origen judío y no pura y exclusivamente a los refugiados palestinos.

a.3.) El Artículo establece dos condiciones, dadas las cuales debería permitirse el regreso de los refugiados:

1. Que ello deseen regresar. En este punto consideramos imprescindible llevar a cabo relevamientos de datos serios, confiables, que permitan conocer el número exacto de refugiados palestinos y cuántos de ellos tienen serias intenciones de reconstruir sus hogares bajo soberanía israelí.

2. Que estén dispuestos a vivir en paz con sus vecinos. La inexistencia de este ánimo de beligerancia contra el Estado de Israel y sus habitantes es de difícil comprobación. Quienes se oponen al derecho a regresar de la diáspora palestina sostienen que mientras continúen los atentados terroristas, los alzamientos y la lucha armada palestina, la coexistencia pacífica, dentro del territorio israelí, de ciudadanos de origen hebreo y refugiados palestinos repatriados es imposible (Lapidoth, 2002).

a.4.) El artículo 11 aclara que debe permitirse el regreso de los refugiados "en cuanto sea posible" (en la versión en lengua inglesa: "*at a practicable time*"). Esta expresión condiciona aún más el derecho al regreso puesto que el mismo debería tener lugar siempre que sea factible. Pensadores y académicos, entre los que podemos mencionar al Profesor de Estudios Medio-orientales Efraim Karsh y el famoso escritor y periodista Amos Oz (karsh, 2001), consideran que la implementación del "derecho al regreso" de la diáspora palestina significaría la erradicación del Estado de Israel puesto que modificaría la conformación de la población – y con ello, la esencia misma del Estado – al crear una minoría de origen hebreo a la merced de una mayoría musulmana. Así las cosas, tal "*practicable time*" al que hace referencia la versión inglesa de la norma en análisis no llegaría nunca puesto que no es lícito exigir a un Estado la puesta en práctica de políticas que producirían, sin lugar a dudas, su propia extinción.

a.5.) Por último, no debe perderse de vista que, el regreso de los refugiados palestinos es solo una de las soluciones posibles que contempla el artículo 11 de la Resolución nº 194. Dicha norma menciona, además, como soluciones alternativas y/o concomitantes la *compensación* (económica por los bienes perdidos y por los daños sufridos), la *repatriación* (este es propiamente el derecho a regresar a sus hogares y a la tierra que

ocupaban con anterioridad a 1948 y 1967), *la reinstalación* (ya sea en el futuro Estado de Palestina o mediante su absorción por parte de los países árabes a los que los refugiados huyeron, como Líbano, Jordania, etc.) y *la rehabilitación económica y social de los refugiados*.

B) La Resolución N° 242 del Consejo de Seguridad de la ONU: Esta resolución encontró unanimidad en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y fue adoptada el 22 de Noviembre de 1962, es decir, luego de finalizada la Guerra de los Seis Días.

En su artículo 2.b. el Consejo de Seguridad afirma la necesidad de alcanzar una solución justa del problema de los refugiados. Transcribimos a continuación el texto en inglés, francés y español de la resolución en análisis:

- *The Security Council, (...)*

2. Affirms further the necessity

(a) (...)

(b) For achieving a just settlement of the refugee problem;...

- *Le Conseil de sécurité, (...)*

2. Affirme en outre la nécessité:

a. (...)

b. De réaliser un juste règlement du problème des réfugiés;...

- *El Consejo de Seguridad, (...)*

2. Afirma además la necesidad de:

a. (...)

b. Lograr una solución justa del problema de los refugiados;

...

En primer lugar, se advierte fácilmente que la resolución no menciona expresamente ningún derecho al regreso, limitándose más bien, a instar a las partes a encontrar un arreglo justo de la cuestión de los refugiados.

Es posible realizar diversas interpretaciones sobre todo respecto a dos puntos:

1. El documento no menciona puntualmente a los refugiados del pueblo palestino sino que se refiere al "problema de los refugiados" en general. Por tal motivo bien podría pensarse que la palabra "refugiados" incluye tanto a los palestinos, como a los no pocos hebreos que fueron expulsados durante las guerras de 1948 y 1967.

2. Por otro lado, si bien, como hemos apuntado, la resolución 242 no reconoce expresamente el derecho al regreso; ella hace referencia a la necesidad de alcanzar una "justa solución" del problema. No debe excluirse la posibilidad de interpretar tal "justa solución" como la repatriación de los desplazados palestinos a la tierra de la que fueron expulsados. Ellos es así debido a que difícilmente el Consejo de Seguridad de la ONU adoptaría una resolución legitimando desplazamientos o deportaciones masivas pues estos son crímenes de lesa humanidad.

C) La Resolución Nº 3236 de la Asamblea General de la ONU: Esta resolución fue adoptada en 1974 y es el único documento que reconoce expresamente y que además califica como "derecho inalienable" el derecho del pueblo palestino a auto-determinarse y el de los refugiados palestinos a regresar a su tierra.

El texto en español reza:

La Asamblea General,

1. Reafirma el derecho inalienable del pueblo palestino, incluyendo:

(a) Su derecho a la autodeterminación sin interferencia externa;

(b) El derecho a independencia nacional y soberanía;

2. Reafirma también el derecho inalienable de los palestinos a regresar a sus hogares y a la propiedad de la que fueron desplazados y desarraigados y solicita su regreso; (...).

Esta parece ser la declaración más clara y explícita emanada de un órgano de la ONU concerniente al discutido derecho al regreso de la diáspora palestina. Utiliza abiertamente la expresión "derecho al regreso" (*right to return*) sin recurrir a las perífrasis y los circunloquios típicos del lenguaje de la diplomacia. Aclara que tal derecho corresponde al "pueblo palestino" (*the Palestinians*) e indica que ellos deberían ser puesto en posesión de los hogares y las pertenencias de las que fueron desplazados.

Por aplicación del principio *lex posterior derogat priori* podríamos considerar que la vaguedad y ambigüedad de la UNGA res. n° 194 ha sido derogada por el más evidente y explícito texto de la UNGA res. n° 3236. Sin embargo, por aplicación del principio *lex superior derogat lex inferiori*, podemos decir que las resoluciones de la Asamblea General de la ONU no tienen la potestad de imponerse a las del Consejo de Seguridad por lo que entrando en conflicto la UNGA res. n° 3236 con la UNSC res. n° 242, las previsiones de esta última deberían primar sobre las de aquella. No olvidemos que las resoluciones de la Asamblea General no tienen carácter impositivo y obligatorio sino que cumplen la función de meras recomendaciones.

La Asamblea General de las Naciones Unidas se ocupó del derecho al regreso de los refugiados palestinos también en otras resoluciones, con mayor o menor precisión y claridad. Citemos, a modo de ejemplo, la UNGA res. n° 129 del año 1996 cuyo texto en inglés establece que la Asamblea General

1. Reafirma que los refugiados arabes palestinos tienen derecho a su propiedad y al producido que de ella deriva, en conformidad con los principios de justicia y equidad; 2. Solicita al Secretario General que tome las medidas apropiadas de acuerdo con la Comisión de Naciones Unidas para la Conciliación de Palestina a fin de proteger la propiedad árabe en Israel¹;

¹ La traducción es propia.

y la UNGA res. nº 59 del año 1997, la cual en su punto 1 reafirma el derecho de las personas desplazadas como resultado de las hostilidades de Junio de 1967 y subsiguientes, a regresar a sus hogares y lugares de residencia en el territorio ocupado por Israel desde 1967.

4. El futuro Estado Palestino y la representatividad de la diáspora palestina.

El 22 de Septiembre de 2011, Mahmud Abbas, Presidente de la Autoridad Palestina (PA por sus siglas en inglés) y de la Organización para la Liberación de Palestina (PLO por sus siglas en inglés), presentó una petición al Secretario General de la ONU para que Palestina sea reconocida y aceptada como Estado y Miembro Pleno de la organización internacional.

El tema nos interesa, en el marco del derecho al regreso del pueblo palestino, en cuanto la aceptación de Palestina como miembro pleno de las Naciones Unidas podría afectar la posibilidad y la esperanza de millones de desplazados palestinos de regresar a la tierra de la que fueron expulsados como resultado de las confrontaciones de 1948 y 1967. Analicemos cómo:

La PLO y la PA fueron creadas en distintas oportunidades. La primera fue establecida en 1965. En su seno se reunieron varios grupos con el objetivo inicial de liberar a Palestina y se rige por la Carta Nacional Palestina. Su órgano legislativo es el Consejo Nacional Palestino, actualmente conformado por 669 miembros, 483 de los cuáles representan a la diáspora.

La PA, en cambio, es un producto de los Acuerdos de Oslo de 1993. Fue establecida por la PLO como un órgano administrativo de corta duración y está encargada del gobierno del área que se conoce como West Bank y de Gaza (actualmente bajo el poder de la organización Hamas). Esto quiere decir que la Autoridad Palestina tiene una jurisdicción territorial limitada a las áreas mencionadas y, por lo tanto, carece de poder para representar a los palestinos que se encuentran fuera de dichas áreas.

Es la PLO quien se encuentra legitimada para representar a la totalidad del pueblo palestino independientemente del lugar en el que ellos se encuentren.

Esta situación es la que ha llevado al Instituto Reut a sugerir que el Estado de Israel debería emprender una política tendiente a remplazar a la PLO con la PA como su interlocutor palestino oficial. La letra del informe es bastante clara y no deja lugar a dudas respecto de los beneficios que un tal remplazo significaría para los intereses de Israel al momento de concretar un acuerdo que tenga por objeto el establecimiento de un Estado Palestino con Fronteras Provisorias (Palestinian State with Provisional Borders, PSPB):

Por ejemplo, la Organización para la Liberación de Palestina puede no querer ser parte en un acuerdo para el establecimiento de un Estado Palestino con Fronteras Provisorias en el que no se haga mención a la cuestión de los refugiados palestinos. Por el contrario, la Autoridad Palestina quizás sí acepte ser parte en un proceso político que se ocupe de sus residentes y que tienda a la instauración de un Estado Palestino con Fronteras Provisorias pero que no contemple ningún acuerdo respecto de los refugiados palestinos².

También la Asamblea General de la ONU, en la ya comentada Resolución Nº 3236, entre otras, ha reconocido "que el pueblo palestino es una de las partes principales en el establecimiento de una paz justa y duradera en el Medio Oriente" y que la Organización para la Liberación de Palestina es la "representante del Pueblo Palestino".

Así las cosas, es el temor de algunos diplomáticos y académicos entre los que se encuentra Guy Goodwin-Gill, Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Oxford (Goodwin-Gill, 2011)³, que el remplazo de la PLO por el futuro Estado Palestino dejaría sin representación a la diáspora palestina, la cual constituye más de la mitad del pueblo palestino. En la opinión del Profesor Goodwin-Gill la sustitución de la PLO por el Estado de Palestina en el seno de las Naciones Unidas perjudicaría el derecho a

² The Reut Institute, "Policy Options for Switching the PLO with the PA", la traducción es propia.

³ "The Palestine Liberation Organization, the Future State of Palestine and the Question of Representation", Guy S. Goodwin-Gill, Senior Research Fellow, All Souls College, Oxford Barrister, 2011, disponible en el enlace "Legal Opinion Challenges PLO Statehood Bid", periodic online Aljazeera, del 25-08-11.

igual representación de la diáspora palestina, su habilidad para dar voz a sus puntos de vista y opiniones, su capacidad para participar en las cuestiones de gobierno nacional, en la formación de la identidad política del nuevo Estado sin mencionar la pérdida del ejercicio del derecho al regreso⁴.

La hipótesis adquiere tonos aún más reales si tenemos en cuenta que, tal y como aclaró el embajador palestino en Líbano, los refugiados palestinos no serían ciudadanos del nuevo Estado palestino en forma automática (Slemrod, 2011)⁵. Los motivos son de estricta naturaleza práctica: como es fácil imaginar, el futuro Estado Palestino no podrá acoger en el seno de su reducido territorio a los cientos de miles de desplazados que actualmente viven en Líbano, Jordania, Siria, etc. Más aún, el embajador palestino explicó que ni siquiera los palestinos que viven en campos de refugiados dentro del territorio del Estado Palestino serían considerados ciudadanos automáticamente⁶.

Es evidente que la solución al problema de los refugiados palestinos y su derecho a regresar excede la letra de la ley por lo que el mero reconocimiento en distintos documentos internacionales debe ir acompañado de propuestas serias de realización de sus derechos en la práctica. Con esto queremos resaltar que la naturaleza del problema no es meramente jurídica y un análisis serio que tienda a encontrar una solución justa al problema debe aportar datos históricos, económicos, urbanísticos, etc. y, fundamentalmente, ser lo suficientemente flexible como para acoger las posturas y los intereses de todas las partes implicadas.

⁴ Ibid., párrafo 10.

⁵ Interview: Refugees will not be citizens of new state, Septiembre 15, 2011, por Annie Slemrod, The Daily Star.

⁶ "(...) even Palestinian refugees who are living in [refugee camps] inside the [Palestinian] state, they are still refugees. They will not be considered citizens.", íbidem.

5. Conclusiones.

La palabra hebrea "galut" y la palabra árabe "ghourba" tienen el mismo significado: exilio; el abandono forzado de su tierra natal acompañado por ese deseo intenso de regresar algún día. Así como los judíos sueñan con el regreso a Zion (aliyah), los palestinos añoran el retorno a su patria (al-awda). Ambos tienen un concepto de sí mismos como pueblo viviendo en el exilio, en la ocupación, en el ghetto. La historia de ambos pueblos está señada por la lucha por huir del desastre: para los hebreos fue la *Shoah*, el holocausto Nazi; para los palestinos fue *al-Nakba*, la dispersión de 1948 como consecuencia de la guerra con Israel. Palestinos y judíos tienen mucho en común.

La primera cuestión que es necesario dejar en claro, a modo de conclusión, es la siguiente: los derechos de los refugiados, inclusive el derecho a regresar, no dependen de la legalidad o ilegalidad de la ocupación israelí ni de la culpa de Israel o Palestina en la dispersión del pueblo palestino. Las discusiones al respecto son vacuas en cuanto los derechos de los refugiados han sido reconocidos por numerosos documentos internacionales y ellos gozan de los mismos en cuanto seres humanos independientemente de la causa o del responsable de su situación de refugiados.

Los refugiados palestinos constituyen la más grande comunidad de personas sin ciudadanía ni estado. Ello atenta contra numerosas normas internacionales entre las cuales podemos mencionar el art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "*Toda persona tiene derecho a una nacionalidad*". El problema no concierne sólo a Israel y Palestina. Se trata de un problema regional y por lo tanto debería ser afrontado de manera multilateral y no meramente bilateral.

Cualquier acuerdo de paz entre Israel y Palestina debe garantizar a los refugiados palestinos una ciudadanía, sea esta palestina, israelí o de los otros países árabes que los acogen. Así lo expresaba el Dr. Elfan Rees en 1957:

Creo que existe una deuda pendiente hacia los refugiados y que los deudores son tres. Existe una deuda hacia ellos del Estado de Israel, otra de la Comunidad Internacional y creo que no es injusto decir que existe una tercera deuda hacia ellos por parte de los mismos Estados Árabes... esta deuda surge del hecho de que hombres que hablan el mismo idioma, comparten la misma fe y tienen la misma organización social, deberían, en cualquier momento de la historia, sentirse obligados a ayudar a sus hermanos que sufren; esta deuda significaría, en palabras simples, considerar a los refugiados como seres humanos y no como pelotas de fútbol político (Artz, 1997).

Por último, es fundamental aceptar que no es suficiente el reconocimiento del derecho al regreso a través de diferentes documentos internacionales para resolver el problema de los refugiados palestinos. La dificultad de poner en práctica dicho derecho surge de la realidad misma y no de la ausencia de documentos y voluntades que estén dispuestos a reconocerlo.

Permitir el regreso de la diáspora palestina y sus descendientes al territorio del actual Estado de Israel implicaría la destrucción de este último en cuanto atentaría contra su naturaleza esencialmente hebrea. Por otro lado, permitir el regreso de la diáspora palestina y sus descendientes al territorio del futuro Estado Palestino resulta impracticable en cuanto este no podría cubrir las necesidades de tan numerosa población.

Así las cosas, una solución realista de la cuestión de los refugiados debería combinar las diversas soluciones que tanto los documentos analizados como algunos intelectuales sugieren, en lugar de centrarse exclusivamente en el tan discutido derecho al regreso. Una propuesta sensata para eliminar la situación de apatridia y consiguiente desprotección de miles de refugiados palestinos debe incluir compensación por las pérdidas sufridas, absorción equilibrada y equitativa por parte del Estado de Israel, del futuro Estado Palestino y de los países árabes que en la actualidad los acogen sin reconocerlos como ciudadanos. Todo refugiado debería contar con una ciudadanía (israelí, palestina, jordana, libanes, siria,

etc.) a fin de terminar con la situación de apatridia en la que se encuentra. Y, con el objeto de no desatender la sed de pertenencia y de sanar – al menos hasta cierto punto – las heridas de quienes por décadas han añorado regresar a su patria, el instituto de la doble ciudadanía (siria y palestina, jordana y palestina, etc.) podría funcionar como símbolo de integración y de unidad de la diáspora y de todo el pueblo palestino.

Aceptar que el derecho al regreso en forma absoluta es impracticable sirve, además, para evitar que los refugiados palestinos sean utilizados por los diversos actores políticos como elementos de presión para la consecución de objetivos distintos dentro del conflicto árabe-israelí. Los refugiados palestinos son, ante todo, seres humanos y poner fin a la situación injusta en la que se encuentran desde hace décadas debe ser prioritaria para Israel, Palestina, el resto de los países árabes y la comunidad internacional.

REFERENCIAS

KARSH, Efraim, (2001). "The Palestinian and the Right of Return", Commentary Magazine, May.

ARTZ, Donna E. (1997), "Refugees into Citizens. Palestinians and the Endo of the Arba-Israeli Conflict", Council On Foreign Relations Inc. pag. 73.

LAPIDOTH, Ruth, (2002). "Legal Aspects of the Palestinian Refugee Question", No. 485 , 24 Elul 5762 / 1 September.

Cita de este artículo:

SARQUÍS SANTAMARÍA, Y.(2012) El "derecho a regresar" de los refugiados palestinos desde la óptica del derecho internacional" . *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2012, Año 2, Vol. 1. pp.176-192. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

**ISSN
1853-6239**

Universidad Nacional de La Rioja



In iure