

---

Revista Científica Semestral  
**IN IURE**  
Ciencias Jurídicas y Notariales

---



Octubre de 2016. Año 6. Volumen 2.



## **Autoridades UNLaR**

Rector:

Lic. Fabián Calderón

Vicerrector:

Ing. José Gaspanello

## **Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas**

Decano:

Mg. Jorge Riboldi

Secretario Académico:

Ab. Mario Oroná

## **Revista IN IURE**

Directora:

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Mg. Maximiliano Bron

Revista Científica Semestral  
**IN IURE**  
Ciencias Jurídicas y Notariales

**AÑO 6 – VOL. 2 –**

Dirección:  
**Elsa Manrique**

Coordinación:  
**Maximiliano Bron**

## **IN IURE**

Duodécima edición: 15 de Octubre de 2016, La Rioja,  
Argentina.

IN IURE

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

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2016

© IN IURE, 2011 - 2016

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

## ÍNDICE

### SECCIÓN TEMÁTICA

#### **Presentación del número**

Elsa Manrique.....8

#### **Publicidad: Una lectura socio - económica**

Graciela Ramos.....11

#### **El derecho al medioambiente sano y seguro como derecho humano fundamental Las Clasificadoras de Riesgo**

Elsa Manrique.....24

#### **Filiación por técnicas de reproducción humana asistida**

Cecilia Soledad Carrera.....40

#### **Dictamen pericial vs. Decisión judicial**

Estelly Mary Díaz Fernández.....65

**El Consejo Económico y Social: El órgano político del siglo XXI**  
Luis Francisco Asis Dasmaco.....75

**La reforma integral de la justicia penal de La Rioja**  
Gisela Flamini.....87

---

**SECCIÓN**  
**JURISPRUDENCIA.....94**

---

## DUODÉCIMO NÚMERO DE LA REVISTA

### Presentación de In Iure

#### **Elsa Manrique**

Abogada. Escribana.  
Directora de In Iure  
Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja

#### **DATOS DE LA REVISTA:**

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

Fecha de Publicación:  
15/10/2016

#### ***Dirección de la Revista:***

Elsa Manrique

#### ***Coordinación:***

Maximiliano Bron

## Revista in iure número 12

La Revista Digital de Derecho IN IURE ha sido forjada como un escenario de análisis y discusión cualificada de los trascendentales temas del derecho. Su objetivo principal es estimular el debate y suscitar el desarrollo de la investigación científica en la comunidad académica. Esta Revista es una publicación dirigida a los estudiantes, científicos y profesionales de Universitarios y constituye un espacio a las contribuciones que en los distintos sectores del amplio espectro del Derecho efectúan investigadores y destacados profesores nacionales y extranjeros.



La profesora Graciela Ramos manifiesta que aproximarse a la publicidad desde el trabajo de Jean Baudrillard, titulado "Crítica de la economía política del signo", resulta un desafío interesante más aún si se tiene en cuenta el alto nivel de desarrollo que ha alcanzado esta actividad. Desde la perspectiva que abre este pensamiento podría permitir un análisis diferente a los efectuados tradicionalmente. El origen de la publicidad y su evolución hasta nuestros días puede ser y de hecho lo es, considerado desde muy distintas perspectivas. La Dra. Elsa Manrique reflexiona sobre la crisis ambiental y sostiene que ha invadido la vida de las personas provocando graves problemas y generando el menoscabo del tejido social de poblaciones en condición socioeconómica vulnerable. El traslado obligado de personas; la exacerbación de la pobreza, el deterioro cultural y lingüística de las comunidades tradicionales, los problemas de alimentación y los de conflictos violentos son las formas que revisten estas transformaciones.

La abogada Cecilia Soledad Carrera expresa que el Derecho es una ordenación social normativa que establece la efectiva organización de las actividades y situaciones que tengan lugar en el territorio estatal, cuya observancia está asegurada por la coacción física legítima que el Estado monopoliza y que accionará cuando las normas no sean observadas voluntariamente por los individuos. La profesora Estelly Diaz Fernandez realiza un análisis sobre la comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos y conducentes en un proceso judicial, requieren de conocimientos técnicos ajenos al saber específico del magistrado que entiende en el mismo. De allí la necesidad de que este sea auxiliado, en la apreciación de esa clase de hechos, para enriquecer su capacidad de juzgar, por personas que posean conocimientos especiales en alguna ciencia, técnica, industria o arte, a quienes se denomina "peritos".

El abogado Luis Asis Dasmaco nos ilustra sobre la siempre vigente cuestión del Consejo Económico y Social, órgano de tipo consultivo surgido como tal a mediados del siglo pasado; algunos más amplios

que otros, más técnicos o más políticos, lo importante es lo que implica su existencia dentro de la estructura estatal: la imperiosa necesidad social de participar y contribuir con lo mejor de cada uno al Bien Común. Seguidamente la abogada Gisela Flamini nos relata que desde la década de los 80' que se vive en América Latina un movimiento reformador del Sistema Procesal Penal integral, esta corriente impregnada de necesidad ha logrado serios cambios en varios Países latinoamericanos e incluso en varias provincias de nuestro país.

Agradecemos a los escritores que participaron y con motivo de la publicación contribuyeron así para la creación del décimo segundo número de la revista virtual, esperando que sea cumplido el fin de esta revista que es el fortalecimiento del quehacer de estudiantes, profesores y científicos.

Agradecemos a nuestro señor Rector Profesor Licenciado Fabián Calderón, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Magister Jorge Riboldi, y al Señor Secretario Académico Abogado Profesor Mario Orona, el apoyo que nos han brindado para que esta revista electrónica pueda realizarse en los cánones de la excelencia académica que promueve la Universidad Nacional de La Rioja.

#### **Cita de este artículo:**

MANRIQUE, E (2016) "Duodécimo número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea] 15 de octubre de 2016, Año 6, Vol. 2. pp. 08-10.* Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

## PUBLICIDAD : UNA LECTURA SOCIO-ECONÓMICA

### Graciela Ramos

Licenciada en Comunicación Social.  
Profesora titular en la Carrera en Licenciatura  
en Comunicación Social en las Materias  
Comunicación Publicitaria y Producción  
Periodística.

#### Palabras claves:

Publicidad, economía,  
consumo.

#### Key words:

Advertising. Economy.  
Consumption.

### Resumen

Resumen: Aproximarse a la publicidad desde el trabajo de Jean Baudrillard, titulado "Crítica de la economía política del signo", resulta un desafío atrayente más aún si se tiene en cuenta el alto nivel de desarrollo que ha alcanzado esta actividad.

### Abstract

Approaching advertising from the work of Jean Baudrillard, entitled "Critique of Political Economy of the Sign" is a challenge even more attractive if you consider the high level of development achieved by this activity.

## Introducción

Aproximarse a la publicidad desde el trabajo de Jean Baudrillard, titulado "Crítica de la economía política del signo", resulta un desafío interesante más aún si se tiene en cuenta el alto nivel de desarrollo que ha alcanzado esta actividad.

Abordar el tema desde la perspectiva que abre este pensamiento podría permitir un análisis diferente a los efectuados tradicionalmente. El origen de la publicidad y su evolución hasta nuestros días puede ser y de hecho lo es, considerado desde muy distintas perspectivas. Por ejemplo, desde el liberalismo se trata de explicarla como la consecuencia lógica del desarrollo del mercado, en donde los productores necesitan dar a conocer los bienes que ofrecen a la venta en el marco de la libre competencia.

Desde el marxismo ortodoxo en cambio, la publicidad es confinada a los límites rigurosos de la superestructura ideológica, reflejo de la infraestructura económica, quedando así integrada al sistema de significados y valores que constituyen la expresión de la clase dominante.

Lo que no se pone en duda desde ninguna postura, es la vinculación entre publicidad y consumo.

El texto de Baudrillard provoca una lectura diferente, a la vez que plantea una serie de interrogantes cuyas respuestas requerirán sin dudas, ser estudiadas en profundidad en futuros trabajos. Al menos esa es la intención.

Baudrillard define el consumo como un modo estructural de producción. En realidad emplea el término "productividad" y "consumatividad", por el grado de racionalización y abstracción que él observa en estas dos esferas<sup>1</sup>.

"Así no se debe decir que el consumo es totalmente función de la producción, la consumatividad es un modo estructural de la productividad", señala. Plantea además el consumo como una estructura de intercambio,

<sup>1</sup> BAUDRILLARD, Jean. 1997. *Crítica de la economía política del signo*. Siglo XXI Editores, México. Pag. 81.

como una relación entre seres no individuados, que obedece a una lógica de la diferenciación. Indica al respecto:

*"... Así tampoco hay "consumo" porque existiera necesidad objetiva de consumir, intención final del sujeto hacia el objeto: hay producción social, en un sistema de intercambio, de un material de diferencias, de un código de significaciones y valores estatutarios, viniendo después la finalidad de los bienes y de las necesidades individuales a ajustarse sobre, a racionalizar y al mismo tiempo reprimir, esos mecanismos estructurales fundamentales"<sup>2</sup>.*

Es importante señalar que su postura implica una fuerte revisión a los conceptos marxistas de estructura económica y superestructura ideológica. Rechaza terminantemente la división entre ambas. Para Baudrillard, la ideología no es consecuencia del modo de producción, sino que también lo configura<sup>3</sup>.

Y es justamente desde aquí, desde donde se quiere abordar el tema de la publicidad, no como consecuencia de un modo de producción expresado en un mercado desbordado, no como una manifestación más de la superestructura ideológica que deviene de una infraestructura económica, sino como parte de ese modo de producción o de productividad de la que nos habla. Se pretende plantearla como un elemento articulador entre moda y consumo.

*"La moda -y más ampliamente el consumo, que es inseparable de la moda- oculta una inercia social profunda",* señala el autor de *Crítica de la economía política del signo*<sup>4</sup>.

Resulta difícil pensar el consumo sin la moda y sin la publicidad, entendida ésta como un engranaje fundamental.

<sup>2</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob. citada, pág.70.

<sup>3</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob.citada, pág.124.

<sup>4</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob.citada, pág. 33.

El intercambio de signos que configuran el consumo como institución social coactiva<sup>5</sup> es expuesto en su mayor medida, por los medios masivos de comunicación.

Sin lugar a dudas, los medios juegan un rol preponderante, pero la publicidad vehiculizada por ellos, que incluso se filtra en los contenidos de sus programas (por ejemplo, el actor que fuma determinada marca de cigarrillos o bebe determinada gaseosa) se propone como el modo por excelencia de articulación entre moda y consumo.

Siguiendo esta línea de análisis sería importante puntualizar algunas consideraciones sobre consumo, moda y publicidad.

## **El consumo**

Si bien ya se han precisado algunos aspectos en torno al consumo, resulta pertinente efectuar otros señalamientos.

Hablar de consumo implica hablar de las necesidades del ser humano y de su relación con los objetos, hecho que plantea algunos interrogantes. Por ejemplo: ¿Cómo se relaciona el hombre con los objetos que manipula? Cuáles son sus necesidades? ¿Qué significan estos objetos para él? ¿Podemos hablar de necesidades en abstracto y de objetos en abstracto, sin una contextualización social y cultural determinada?

Resulta difícil afirmar que los objetos tienen un significado universal y de la misma manera, que las necesidades orientadas hacia esos objetos existan en un estado de pura abstracción. Cada cultura confiere un significado y un valor propio a los objetos, que además sufren modificaciones y se reifican con el tiempo.

---

<sup>5</sup> En BAUDRILLARD, Jean. Ob,citada.. En el consumo el objeto tiene status de signo y el código de signos que él configura deviene "...una institución social coactiva que determina los comportamientos, aún antes de ser reflexionados por la conciencia de los actores sociales". Pág.4

En este sentido Baudrillard recupera, los principios de la kula y el potlach que Malinowski reconoce entre los trobiandreses, como sistema de intercambio simbólico, organizador del sistema social de valores y de status, y considera que deben ser reconocidos en el uso y manipulación de todos los objetos en nuestra sociedad<sup>6</sup>.

*"...Es siempre el mecanismo de la prestación social -señala- lo que hay que leer en nuestra opción, nuestra acumulación, nuestra manipulación y nuestro consumo de objetos, mecanismo de discriminación y de prestigio que se halla en la base misma del sistema de valores y de integración en el orden jerárquico de la sociedad"<sup>7</sup>.*

El uso y la ostentación de determinados objetos que en otras culturas sirvieron para comunicar las diferencias de poder, de casta, de clase (3), hoy puede hacerse extensivo a todos los objetos, al modo de consumirlos, al ordenamiento y a la ubicación que se les da<sup>8</sup>.

El consumo como la producción de diferencias, de jerarquías, parece ser la clave. Si se propone entonces, como dimensión permanente de la jerarquía social y se considera el uso de objetos como discriminante social, se abren nuevos interrogantes: ¿Desde dónde el hombre plantea su diferencia con los otros? ¿Qué determina que una clase, una casta quiera o necesite diferenciarse claramente de otra? ¿A qué razón profunda obedece este poner "los otros fuera del propio grupo" (raza, clase, status, superioridad intelectual, etc.)?

Las respuestas a estos interrogantes pueden ser acercadas desde muy distintas teorías, desde un amplio abanico de posiciones que van desde el

---

<sup>6</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob, citada. Pág.4.

<sup>7</sup> En QUALTER, Terence. 1994. Publicidad y democracia en la sociedad de masas. Editorial Paidós. "Por ejemplo, es aún hoy día común asociar el púrpura con la pompa y la notoriedad, no porque haya nada especial en el púrpura en cuanto tal, sino sencillamente porque recordamos la tradición de los emperadores romanos quienes, como la realeza después, tuvieron el monopolio sobre el tinte púrpura". Pág. 64.

marxismo hasta el evolucionismo y la supervivencia del mas fuerte. Pero en todas ellas la idea de dominación, de poder, está presente.

Ahora bien, qué determina que un grupo de hombres procure detentar el poder sobre otros? No se esconden detrás del poder, al menos hoy y en una sociedad como la nuestra, los intereses económicos desde donde se controlan y manipulan otros poderes que resultan casi ficticios, como el político, como los que supuestamente configuran el estado?

Si así se admitiera, las respuestas nos acercarían nuevamente al análisis marxista, su infraestructura económica y superestructura ideológica, cuestionado por Baudrillard. Sin lugar a dudas, el tema merece un desarrollo mucho más extenso que escapa al propósito de este trabajo.

Pero bien vale mencionar que si el consumo es un modo de producción en sí mismo y no parte de una ideología derivada de un modo de producción determinado, y si con él se establecen diferencias de clase, de jerarquías sociales, de poder, si el consumo es un modo de producción de diferencias, el consumo es un modo de producción de poder. Poder económico, que reconoce sus raíces en el dominio económico de un grupo sobre otro.

No se consume más como consecuencia de un exceso de producción, sino que se produce el consumo, y la ideología o cultura del consumo es la falacia de la democracia del consumo, la falacia del poder ciudadano que del voto pasa al consumidor y al supermercado.

En este sentido confluye la observación de Nestor García Canclini en torno a que los ciudadanos que antes se configuraban como tales en el ejercicio de sus derechos políticos, se constituyen hoy, a partir del consumo<sup>9</sup>.

Las personas se igualan y confraternizan en las góndolas del shopping, pero no siempre consumen lo mismo. Y si lo hacen, es de distinto modo,

---

<sup>9</sup> GARCÍA CANCLINI, Néstor. 1995. "Culturas populares, culturas híbridas, culturas de consumo", *Revista Causas y Azares*, Año II, Nro.2. Buenos Aires.



con un ordenamiento diferente. El uso de marcas constituye un claro ejemplo.

En realidad se consumen signos, los objetos de consumo son objetos-signos, signos diferenciales (adquieren su sentido en la diferencia) y su producción se da concomitantemente con la producción de bienes materiales. "Toda la sociedad se regula de acuerdo con la producción de material distintivo", dice Baudrillard <sup>10</sup>. Más adelante agrega:

*"Si la cultura, el consumo, los signos deben ser analizados como ideología, no es expulsándolos, conjurándolos en un campo exterior, sino por el contrario, integrándolos en la estructura misma de la economía política pero esto implica que los marcos tradicionales de economía política, canonizados tanto por la ciencia económica burguesa como por el análisis marxista, revienten."*<sup>11</sup>.

## La moda

*"La moda, en efecto, -dice Baudrillard- no refleja una necesidad material de cambio: el placer de cambiar de vestidos, de objetos, de coche, viene a sancionar psicológicamente coacciones de diferenciación social y de prestigio"*<sup>12</sup>.

La moda es entendida entonces, como la coacción a una permanente innovación de signos, a una producción continua de sentidos que en apariencias resulta arbitraria, pero que responde a la lógica del sistema social de intercambio de diferencias de jerarquías que caracteriza el consumo y que ordena y regula las relaciones sociales.

*"La moda, como la cultura de masas habla a todos para poner a cada uno en su lugar", señala*<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob. citada Pág.71.

<sup>11</sup>BAUDRILLARD, Jean. Ob. citada.Pág. 124.-

<sup>12</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob. citada. Pag. 31

<sup>13</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob, citada. Pag. 34.

Resulta difícil hablar de consumo como modo de producción, despojándolo de esta pulsión a una innovación continua de signos, a un consumo permanente de nuevos signos (objetos-signos).

Consumo y moda conforman hoy, las dos caras de una misma moneda. Porque en realidad lo que se consume es el cambio, la innovación constante de objetos, no los objetos en si mismos. Se trata de *"consumir lo nuevo"*. En la posibilidad de cambiar incesantemente de objetos signos, radica el signo que establece la diferencia de jerarquías con el otro.

*"La innovación constante en materia de objetos no tiene como fin un mundo de objetos ideal, sino un ideal social, el de la clase privilegiada quees el de reactualizar permanentemente su privilegio cultural"*, afirma Baudrillard <sup>14</sup>, que no se olvida de ubicar el objeto de moda en sociedades con movilidad social, y superado un determinado nivel económico.

Esto lleva a efectuar algunas otras reflexiones. Además de tener en cuenta la dinámica del mercado, el desarrollo técnico y la implicancias que sin lugar a dudas, tienen en este modo de producción del que hablamos (producción de sentidos), parece oportuno detenerse en lo "moderno".

En efecto, es posible realizar una lectura de lo "moderno" como expresión de la moda, en esta innovación permanente, bajo la que podrían subyacer los conceptos de progreso y cambio, propios del ideal de la modernidad.

En este sentido, Michelangelo Bovero indica que el hombre moderno "...es también en sí mismo principio de lo nuevo, o sea fuente de innumerables y potencialmente infinitas innovaciones en todos los ámbitos de la experiencia humana"<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob, citada. Pag 128.

<sup>15</sup> BOVERO Michelángelo. 1993. "Modernidad". Individuo, Modernidad e Historia. Editorial Tecno. España.

Recuerda además que lo nuevo, para serlo realmente, debe ser renovado de manera continua y destaca la valoración positiva que la modernidad le da al cambio.

Pero este cambio se distorsionará luego, en un cambio continuo no necesariamente innovador, lo que podría sugerir una lectura vinculada con el agotamiento del modelo racionalista ilustrado.

Sin apartarnos del tema, este modelo, generado por una burguesía en ascenso, se asienta sobre la idea de la movilidad social. Dos siglos más tarde de consagrados sus principios, frente a un progreso técnico y científico descontrolado que no asegura el bienestar general, sino que amenaza con la destrucción del hombre y del planeta, esta movilidad social, alejada del ideal de igualdad, se acerca y mimetiza con el consumo.

*“El status social ascendente o descendente debe inscribirse en un flujo y reflujo continuo de los signos distintivos. Tal clase no está ya asignada de manera duradera a tal categoría de objetos (o tal estilo de vestidos): todas clases se hallan asignadas al cambio, todas asumen como valor la necesidad de la moda, así como participan (más o menos) del imperativo universal de la movilidad social”<sup>16</sup>.*

Se trata pues, de una movilidad virtual, de un consumo, que produce un *“status social virtual”*.

Se trata entonces, de consumir la moda entendida como un cambio constante, que se expresa en la innovación permanente de objetos. La posesión y renovación de objetos que a determinado nivel de abstracción es tan solo adscribir al cambio, genera la ilusión de una movilidad social que en los hechos no se da de la manera esperada.

---

<sup>16</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob.citada. Pág.21

A través del cambio de objetos se genera la ilusión del cambio de status, a la vez que se responde al imperativo de "estar a la moda", conjurando el peligro de ser excluido y convertirse en paria.

Pero la posibilidad de los hombres de igualarse hacia arriba a través del consumo de objetos signos y en última instancia a través del cambio, se desvanece porque como ya se señaló, no todos los hombres pueden efectivamente consumir los mismos objetos y en los casos en que así es, lo hacen de distinta manera, con un ordenamiento diferente. Y en este hecho radica el signo que vuelve a establecer diferencias y jerarquías entre unos y otros.

## La publicidad

Al comienzo de este trabajo se propuso el abordaje la publicidad como un elemento articulador entre moda y consumo, como parte del modo de producción de signos distintivos. Modo que recordemos, para Baudrillard se da conjuntamente con la producción de bienes materiales.

También se mencionó que el intercambio de estos signos es expuesto por los medios masivos de comunicación. Los objetos-signos en la sociedad globalizada, son producidos industrialmente y difundidos masivamente. Esta difusión es posible gracias a los mass-media.

*"Nuestro verdadero entorno es el universo de la comunicación"*<sup>17</sup>, señala Baudrillard, quien destaca el papel que juegan los medios masivos en el incentivo del consumo, siempre entendido como intercambio de signos distintivos.

*"... En el consumo, influido por los medios de comunicación colectiva, se reactiva el fantasma colectivo de valores perdidos (suntuarios), es por lo que esta práctica puede ser vivida individualmente como gratificante, como libertad, como realización, y actuar así como ideología"*<sup>18</sup>, añade.

<sup>17</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob. citada. Pág.246.

<sup>18</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob. citada. Pág.132

Y es esta práctica la que promueve en última instancia, el mensaje publicitario. Porque si bien los medios permiten la difusión masiva del consumo como código coactivo, el comercial es la expresión pura, por excelencia, que a él induce. En el comercial queda claramente expuesto el discurso de los objetos-signos, la ideología del consumo.

La publicidad transmuta los bienes de uso en valores signos<sup>19</sup> y explicita los valores de los objetos que están en el mercado.

*“Los signos, como las mercancías, son a la vez valor de uso y valor de cambio. Las jerarquías sociales, las diferencias estatutarias, los privilegios de casta y de cultura que sostienen están contabilizados como beneficio, como satisfacción personal, y vividos como una “necesidad”, necesidad de valoración social a la que corresponde la “utilidad” de los signos diferenciales y su “consumo”, recuerda Baudrillard<sup>20</sup>.*

La cultura del consumo es difundida en los contenidos vehiculizados por los mass-media, pero de una manera implícita, en la conducta de los actores y conductores de programas, en cómo se mueven, en los roles que desempeñan, en las historias que relatan, en los objetos que poseen, en su manipulación, en el ordenamiento y uso que les dan.

La publicidad en cambio, lo hace de una manera explícita. Su mensaje es claro: insta a la adquisición de determinados productos y marcas, que permiten alcanzar exclusividad, éxito, prestigio, aceptación social, etc.

La publicidad interpela directamente al consumidor, difunde masivamente que se debe consumir y que está de moda consumir, el cambio del que se habló anteriormente, como signo distintivo. Por eso es que se propone considerarla como elemento articulador entre moda y consumo.

#### A modo de conclusión

<sup>19</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob. citada. Pág.139.

<sup>20</sup> BAUDRILLARD, Jean. Ob. citada. Pag.141

En la comunicación publicitaria queda así plasmada la producción de bienes materiales y la de jerarquías y diferencias. Síntesis que pone en juego el código coactivo de signos del consumo y que da cuenta, al mismo tiempo, de los bienes materiales que el mercado ofrece, favoreciendo su comercialización y renovación. Esto remite nuevamente a la posición de Baudrillard, en torno a la producción concomitante de consumo y bienes.

Por otra parte, así como no se puede pensar una sociedad globalizada sin los medios masivos y sus redes, tampoco se puede pensar la moda y el consumo sin la publicidad, ni pensar ésta sin los mass-media como su vehículo fundamental. Es también la publicidad la que permite, mayoritariamente, el sostenimiento económico de los medios, hecho que debe ser considerado a la hora de profundizar el análisis.

Si los más-media influyen en el consumo y la publicidad induce directamente al consumo y es vehiculizada por los medios, a los que a su vez sostiene económicamente, la publicidad desarrolla un rol capital en las prácticas y difusión del consumo.

Si además se acepta que articula consumo y moda, lo está configurando como modo de producción en sí mismo. Por otra parte, la publicidad juega con las aspiraciones y las posibilidades reales y objetivas de promoción social, aspiraciones que no son libres, que son función de la herencia social y de la situación adquirida.

Explicita la "movilidad social virtual" que promueve el consumo, la democracia del supermercado. El esquema mágico de integración en donde "todos pueden tener casi todo", cierra con el doble mensaje que subyace en el anuncio publicitario: no sólo todos pueden tener heladeras y lavarropas e igualarse en la posesión de objetos, sino que todos, usando la misma marca de jeans, son exclusivos, diferentes, pero iguales.

Se podría establecer, por último, una correlación entre lo "distinto" y lo "igual" del mensaje publicitario y el código de signos distintivos del

consumo, en donde a través de la moda, como ya se señaló, "se habla a todos para poner a cada uno en su lugar". Porque en última instancia se trata del "modo" en que se consume la moda y en este modo radican las jerarquías y diferencias de unos y otros.

## **Bibliografía consultada**

- BAUDRILLARD, Jean. 1997. *Crítica de la economía política del signo. Siglo XXI*. Editores. México.
- BOVERO, Michelángelo. 1993. *Modernidad. Individuo, Modernidad e Historia*. Editorial Tecno. España.
- GARCIA CANCLINI, Néstor. 1995. "Culturas populares, culturas híbridas, culturas de consumo". *Revista Causas y Azares*. Año II. Nro.2. Buenos Aires.
- GONZALEZ LOBO, María Angeles. 1994 *Curso de Publicidad*. Eresma & Celeste Ediciones. España.
- QUALTER, Terence. 1994. *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*. Editorial Paidós.
- SANCHEZ GUZMAN, José. 1980. *Introducción a la teoría de la publicidad*. Editorial. Tecnos. España.
- AA.VV. 1990. *Curso de publicidad*. DEUSTO. Editorial Planeta Agostini. España.

### **Cita de este artículo:**

RAMOS, G. (2016). "Publicidad: Una lectura socio-económica." *Revista IN IURE [en línea]* 15 de octubre de 2016, Año 6, Vol. 2. pp. 11-23. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

## EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SEGURO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

### Elsa Manrique

Abogada, Escribana (UNC), Especialista en  
Docencia Universitaria (UNCu), Doctora en  
Derecho y Ciencias Sociales (UNC),  
Profesora de Derecho Comercial en la  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Universidad Nacional de Córdoba y en  
la Universidad Nacional de La Rioja.

#### Palabras claves:

Medio ambiente,  
degradación, derechos  
humanos.

#### Key words:

Environmental  
degradation, human  
rights.

### Resumen

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

### Abstract

It noted that all human rights are violated by environmental degradation; it can reach to even affect the right to life itself.



## Introducción

La crisis ambiental ha invadido la vida de las personas provocando graves problemas y generando el menoscabo del *tejido social* principalmente de las poblaciones en condiciones socioeconómicas vulnerable. El traslado obligado de las personas; la exacerbación de la pobreza, el deterioro cultural y lingüística de las comunidades tradicionales, los problemas de alimentación y los de conflictos violentos son las formas que revisten estas transformaciones.

Casi todos los daños ambientales son permanentes y difícilmente subsanables. Es por ello que la *piedra de fundamento* del derecho ambiental que se aplica para solucionar este arduo tema son los principios de prevención y principio precautorio. El Tribunal Internacional de Justicia ha aseverado que:

*"...no pierde de vista que, en el ámbito de la protección del medio ambiente, la vigilancia y la prevención se imponen en razón del carácter a menudo irreparable de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daños"*

El principio de prevención implica la adopción de las medidas ineludibles, judiciales y administrativas, para que no se realice el menoscabo ambiental. En los casos en los que el daño ambiental pueda afectar también derechos humanos se puede aplicar el principio de prevención a través de las medidas cautelares.

Los efectos del daño ambiental en ciertas ocasiones no se consuma en el presente, sino que estos se agravan con el transcurso del tiempo. La merma de los recursos no renovables; la desaparición de los recursos renovables; el deterioro del agua, el aire y los suelos; el

quebranto de los recursos culturales son algunos de los inconvenientes que sobrellevarán las futuras generaciones. Las dificultades ocasionados por la conducta actual de las personas, sobre la base de las medidas tomadas, con indiferencia del daño que se está originando, que transgrede la vida o la calidad de vida de toda la comunidad, causan efectos que no tienen posibilidad de solucionarse en el tiempo y se convierten en las *deudas de muerte* que han de soportar las generaciones venideras que no intervinieron en su gestión.

## El Derecho ambiental como derecho humano

*"Los derechos humanos son aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona que le corresponden por su propia naturaleza, indispensable para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, al ser garantizados por el orden positivo interno"*<sup>21</sup>.

Desde 1945, la comunidad internacional ha desarrollado y precisado los derechos humanos. Entre los documentos más importantes sobre esta cuestión se encuentra la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Las definiciones claves de los derechos humanos se labran en la Declaración de Derechos Humanos, en nueve tratados internacionales primordiales sobre este tema y en nueve protocolos facultativos. Los tratados son esenciales para la tarea y la actividad de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

---

\*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. <sup>21</sup> MARTINEZ, Edgar Humberto Cruz, "Derecho a un medio ambiente sano", (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13>).

Derechos Humanos (ACNUDH) en la esfera nacional, regional e internacional. Entre algunos de los pactos y declaraciones de los distintos organismos regionales que se refieren a los Derechos Humanos se pueden mencionar: La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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 primordiales características de los derechos humanos, proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son:

**-Universales:** lo que permite que las personas tengan acceso a ellos.

**-Normas jurídicas que deben ser resguardadas y respetadas por todos los gobiernos.** Y si estos no los reconocen, se les puede exigir su cumplimiento porque los derechos son innatos a las personas desde su nacimiento.

**-Indivisibles.** Todos van unidos entre sí, de manera que no puede negarse uno sin que se ponga en peligro el mantenimiento del resto de derechos humanos.

**-Iguales y libres:** Los derechos humanos proporcionan a las personas la igualdad y la libertad desde su nacimiento.

-Los derechos humanos **no se pueden vulnerar**, pues se agreda la dignidad humana.

**-Irrenunciables e inalienables**, ya que no se puede renunciar a ellos ni transferirlos.

Es ineludible que su observancia la deben realizar primordialmente los países que defienden y representan a cada sociedad de personas. Por tal motivo son los gobiernos de los Estados los responsables de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos.

Existen varios mecanismos para la protección de los derechos humanos, entre ellos se encuentran las asociaciones y redes de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de ámbito regional y subregional que custodian su cumplimiento, por ejemplo: la Red de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de África, la Red de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Continente Americano, el Grupo de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de Europa, el Foro de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de Asia y el Pacífico. Dentro de la Secretaría de las Naciones Unidas encontramos la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

El derecho a un medio ambiente sano es un derecho humano trascendental para el disfrute y ejercicio de los otros derechos, por la relación del ambiente con la forma de vida de las personas.

La comunidad internacional nos instruye sobre la importancia del vínculo que existe entre derechos humanos y la protección del medio ambiente, como por ejemplo en: la Declaración de Naciones Unidas sobre Ambiente Humanos de 1972, la Declaración de la Haya de 1989 y la Declaración de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo de 1992, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San

Salvador". Como así también, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y el Consejo Económico han participado activamente en este tema.

El genuino goce de los derechos humanos, como el derecho a la educación, y a la libertad de expresión, así como el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, podrían proveer un mayor amparo al medio ambiente, a través de la creación de contextos que permitan transformar la conducta que provocan la degradación del ambiente, el alto grado del impacto ambiental, el crecimiento de la pobreza y los modelos de desarrollo no sostenibles, y la falta de difusión de la información sobre la temática.

En la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos que es la más trascendente normativa en la historia de estos derechos. Fue redactada por representantes de todo el mundo y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en París. Allí se manifestó que

*"proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos 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, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y 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"*

Sostuvo además, que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad, derechos y están dotados de razón y conciencia, por tal

motivo deben comportarse fraternalmente entre ellos. Que Toda persona tiene los derechos y libertades que establece la Declaración, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra circunstancia. Asimismo, establece que toda persona posee el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Que todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, el derecho a protección de la ley y que poseen el derecho al resguardo contra toda discriminación que determine esta Declaración y contra toda provocación a tal segregación. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclamó que todas las personas tienen derecho a la protección y al mejoramiento de la salud, la educación, la vivienda y a gozar de un medio ambiente sano<sup>22</sup>. También sostiene la necesidad de que todos los individuos tomen la responsabilidad de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones actuales y futuras<sup>23</sup>.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (conocida como *Conferencia de Estocolmo*) fue una conferencia internacional convocada por la Organización de Naciones Unidas celebrada entre el 5 y el 16 de junio de 1972 en la ciudad de Estocolmo. Fue la primera gran conferencia de la ONU que trató temas ambientales internacionales. En esta conferencia se declaran principios fundamentales en materia ambiental como:

*"Principio I. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las*

---

<sup>22</sup> MARTINEZ, Edgar Humberto Cruz, *Op. Cit.*

<sup>23</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos,  
[http://www.anue.org/mm/File/declaracion\\_ddhh\\_cast.pdf](http://www.anue.org/mm/File/declaracion_ddhh_cast.pdf).

*políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse. Principio 2. Los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga*<sup>24</sup>.

En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992 se reafirmó la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972. Esta declaración tuvo como objetivo constituir una alianza mundial nueva y equitativa mediante la cooperación de todos los integrantes de la comunidad mundial, procuró lograr que se firmen pactos internacionales en los que se respeten los intereses de todas las personas y se resguarde la integridad del sistema ambiental. Asimismo se reconoce a la Tierra como nuestro hogar y proclama en sus principios que:

*"PRINCIPIO 1: Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. PRINCIPIO 2: De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos*

---

<sup>24</sup> Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972, [ww2.medioambiente.gov.ar/acuerdos/convenciones/estocolmo/estoc\\_declar.htm](http://ww2.medioambiente.gov.ar/acuerdos/convenciones/estocolmo/estoc_declar.htm)



*según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional. PRINCIPIO 3: El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”<sup>25</sup>.*

Asimismo, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante la Resolución 1819 (Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2001) resolvió sobre la relación de los derechos humanos y el medio ambiente:

*"Destacar la importancia de estudiar el vínculo que puede existir entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo la necesidad de promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de todos los derechos humanos. Solicitar a la Secretaría General un estudio sobre la posible interrelación entre la protección ambiental y el pleno goce de los derechos humanos, en colaboración con otros órganos del sistema interamericano. Encomendar al Secretario General que un informe sobre la ejecución de la presente resolución al trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General”<sup>26</sup>..*

Al año siguiente, la Asamblea General de la misma Organización aprobó la Resolución 1896, que estimuló la colaboración institucional en lo atinente a:

---

<sup>25</sup> *Ibidem.*

<sup>26</sup> 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.



“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 cuestión<sup>27</sup>.

Se debe impulsar el desarrollo de la protección de los derechos humanos y del medio ambiente de manera sistematizada entre los actores que se ocupan de este tema.

## Caracterización de los abusos de los derechos humanos originados por degradación ambiental

En la materia *de derechos humanos* la temática ambiental ha quedado relegada y aunque esta tendencia está en proceso de

---

<sup>27</sup> Informe de la Unidad de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente sobre sus Actividades en el Campo de Derechos Humanos y Medio Ambiente del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos.

revertirse, en la comunidad jurídica, aún no se vislumbra una intención comprometida para solucionar el problema. La importancia de la situación del medioambiente se observa si se parte de una convicción: *"el escenario en que se encuentra la naturaleza determina la vida humana"* y es la actividad del hombre la que fundamentalmente condiciona la situación de la naturaleza. De lo expresado se deducen tres afirmaciones significativas:

-La degradación ambiental altera el bienestar de los individuos (transgrediendo rigurosamente los derechos humanos),

-Esta degradación es producida por la conducta del hombre (lo que genera responsabilidad y necesidad de resarcimiento) y subsiguientemente

-Las dificultades ambientales, generan escenarios que persisten en el tiempo<sup>28</sup>.

Las transgresiones a los derechos humanos causadas por problemas ambientales revisten una extrema amenaza ya que en casi todos los casos se trata de conductas o actividades sistemáticas, que agobian a comunidades enteras, por tiempo prolongado y consecuencias que se reproducen quebrantando variados derechos humanos. Son particularmente los sectores más humildes, quienes sobrellevan, las secuelas de la degradación ambiental. La falta de reacción de los sectores más vulnerables es imputable a varias razones, tales como: el desconocimiento preponderante en torno a los resultados de la problemática ambiental; la poca información disponible sobre escenarios potenciales o actualmente comprometidos, el desconocimiento de las víctimas de degradación

---

<sup>28</sup> Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la audiencia de carácter general celebrada en Washington D.C. el 16 de Octubre del año 2002.

del medio ambiente como víctimas de violaciones de derechos humanos y el inconveniente de acceder a la justicia. La mayor parte de estas injusticias se ocasionan en escenarios en los que hay un significativo beneficio económico teniendo un oscuro desprecio por los derechos y la vida de los individuos<sup>29</sup>.

Es de observar que todos los derechos humanos se encuentran transgredidos por la degradación ambiental, logrando a perturbar incluso el derecho a la misma vida.

## Conclusiones

Resulta alarmante de la degradación ambiental. En zonas ricas de recursos naturales se han estimulado políticas de devastación, olvidando que la mayor riqueza de los Estados la forman sus recursos naturales.

La falta o incorrecta aplicación de políticas ambientales claras, y la condescendencia con la degradación ambiental a cambio de recursos financieros a corto plazo crea más penuria e aumenta la violación a los derechos humanos de las personas involucradas. Es forzoso apreciar la trascendencia del desarrollo sostenible para el goce de los derechos humanos

La evidencia de que la degradación ambiental está perturbando los derechos humanos establecidos en los instrumentos que se ocupan del tema ambiental, esto como resultado de la manera que asumen los daños ambientales, que son permanentes, irreversibles y que no siempre son perceptibles. La degradación ambiental opera asimismo socavando los derechos humanos ya existentes, esta vinculación

---

<sup>29</sup> Informe sobre derechos humanos y medio ambiente en América Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ocasión de la audiencia de carácter general celebrada en Washington D.C. el 16 de Octubre del año 2002.

*degradación-ambiente-derechos humanos* se localiza en los derechos reconocidos por la comunidad internacional. En muchos casos la dimensión y extensión del daño resulta angustiosa.

Casi siempre la indefensión de las víctimas de abuso ambiental es absoluta, porque estas no son apreciadas como tales y por tal motivo no son protegidas por el sistema de los derechos humanos.

Las personas se han acostumbrado a convivir con los problemas ambientales como si estos fueran el resultado forzoso del "progreso". Este enfoque inexacto no sólo ha descartado cualquier actitud crítica hacia la forma de desarrollo de la comunidad, sino que también ha afianzado una absoluta impunidad a los contaminadores. Como consecuencia de lo expresado no se percibe a estos últimos como violaciones de derechos humanos.

Es indispensable el urgente desarrollo del derecho regional en el área ambiental para garantizar la efectiva protección de los derechos humanos frente a las consecuencias de la degradación del medio ambiente.

Hay un escaso tratamiento sistemático de la relación *derechos humanos y medio ambiente* en la normativa vigente. El desarrollo sostenible demanda una actividad equilibrada. Si bien las personas precisan trabajar no deben efectuar su actividad a expensas del medioambiente. Se debe incitar el desarrollo económico de toda la sociedad, pero sin afectar el ecosistema, que además afecta a las generaciones futuras.

## Bibliografía

BASTERRA, Marcela, "El amparo ambiental, ¿acción popular o acción colectiva? El caso "Cirignoli", La Ley Online.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Otra vez los bienes colectivos", LA LEY, 2002-A. Buenos Aires.

CAFFERATTA, Néstor A., "Perspectivas del derecho ambiental en argentina", La Ley Online.

CAFFERATTA, Néstor A., "Esquema de la Ley de residuos industriales, (Ley 25.612)", La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, FARN, 07.11.02, año IX, Nº 4.

CAFFERATTA, Néstor A., "Guía ambiental constitucional y sustantiva", Doctrina Judicial, 2003-2. Buenos Aires.

CAFFERATTA, Néstor A., "Introducción a la responsabilidad ambiental", El Derecho, Derecho Ambiental, serie especial, 13.09.00, Nº 10.088, año XXXVIII.

CAFFERATTA, Néstor A., "Jurisprudencia ambiental del Siglo XXI", Jurisprudencia Ambiental, 2003 T.II.

CAFFERATTA, Néstor A., "Jurisprudencia en materia de hidrocarburos derramados", Revista La Ley Patagonia, Año I, Nº 13, febrero.

CAFFERATTA, Néstor, "El tiempo de las Cortes Verdes", LA LEY, 2007-B. Buenos Aires.

CASSAGNE, Juan Carlos, El daño ambiental colectivo, LA LEY 14/09/2004. Buenos Aires.

BIBILONI, Héctor, La obligación ambiental. Fundamentos - Responsabilidad, Sup. Amb. 23/09/2005.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. (1998). "La Construcción de la idea de desarrollo sostenible como derecho humano en la labor de las Naciones Unidas", en Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas ANALES, Tomo XXVII-1998, Instituto de Política Ambiental.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. (1999). "Los Derechos de Quinta Generación en el Sistema de la OEA", en Los Desafíos de la OEA para el Siglo XXI, (LIBRO en colaboración), Francisco Ferreyra Editores, Córdoba.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2000). "El 'Principio de Precaución' en Materia Ambiental", en ANALES de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Morales, Instituto de Política Ambiental, Buenos Aires.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2000). Ordenamiento Legal Ambiental en la Provincia de Córdoba (Provincial y Municipal), Lerner, Córdoba.

DRNAS DE CLEMENT Zlata, (2001). "Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano", Jornadas de Derecho Internacional- diciembre de 2000. OEA- Secretaría General, Washington.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2001). "Principio de precaución en materia ambiental. Nuevas Tendencias", en Humanismo Ambiental, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2002). "Principio de Precaución Ambiental", Otrosi, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid.

DRNAS DE CLÉMENT, Z. (2002). "El Principio de Precaución" en Humanismo Ambiental, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, El Copista, Córdoba.

GAMBINI, Estela M. - CAFFERATTA, Néstor A, (2005) Derecho a la información y a la educación ambiental (A la luz de las Leyes de la Provincia de Misiones 4182 y 4184), LL Litoral.

GARCÍA, María del Carmen, Mecanismos de participación en el derecho público de las provincias patagónicas, Sup. Amb. 18/11/2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis, (2008). "Teoría del Derecho Ambiental", LA LEY, Buenos Aires.

MARTINEZ, Edgar Humberto Cruz, "Derecho a un medio ambiente sano", www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13.

MORELLO, Augusto M., (2005). El nuevo horizonte del derecho

procesal, Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.

MORELLO, Augusto M., (2002). La justicia frente a la realidad, Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires.

PIGRETTI, Eduardo A., "¿Ley general del ambiente?", Adla, LXIII-A.

RODRIGUEZ, Carlos Aníbal, "La prevención de la contaminación del Riachuelo: la sentencia definitiva", LA LEY 2008-D. Buenos Aires.

RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, La educación ambiental y el Derecho Ambiental, Sup. Act. 21/02/2008.

RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal, El Derecho Ambiental y la Doctrina Social de la Iglesia, La Ley Online.

RODRÍGUEZ, Carlos, Aníbal, (2007) "La reforma de la Constitución de la provincia de Corrientes de 2007: El medio ambiente", LL Litoral (julio).

ROSSI, A. (2000). "Los presupuestos mínimos de protección ambiental y la lógica constitucional (apuntes para una interpretación funcional)", Jurisprudencia Argentina.

SABSAY, D. A. "El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación-Provincias", La Ley, T.2 D/ J, 1997. Buenos Aires.

SABSAY, D. A. y DI PAOLA, M. E. "El federalismo y la nueva Ley general del ambiente", ADLA 2003, A.

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

**Cita de este artículo:**

MANRIQUE, E. (2016) "El derecho al medioambiente sano y seguro como derecho humano fundamental. *Revista IN IURE [en línea]* 15 de octubre de 2016, Año 4, Vol. 2, pp. 24-39. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

## FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación

### **Cecilia Soledad Carrera**

Abogada. Escribana. Tutora en Modalidad a Distancia. Universidad Blas Pascal. Especializando en Derecho Judicial y de la Judicatura. Universidad Católica de Córdoba. Adscripta en Derecho Político. Investigadora. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho – SeCyT. Asistente de Magistrado. Juzgado de 1ª Instancia y 15ª Nominación. Poder Judicial de Córdoba.  
ceciliasc2002@yahoo.com.ar

#### **Palabras claves:**

filiación; nombre de las personas; Código Civil y Comercial de la Nación; norma transitoria.

#### **Key words:**

filiation; people's name; Civil and Commercial Code of the Nation; transitional rule.

### **Resumen**

Las técnicas de reproducción humana asistida han tenido un importante desarrollo en los últimos cuarenta años, impactando en la realidad de las parejas con dificultades para procrear. Por tal motivo, las innovaciones biomédicas debían ser reguladas. El Código Civil y Comercial de la Nación las ha tomado en cuenta, incluyéndolas como nueva fuente de filiación. Dada la relevancia del tema, su impacto social y sus proyecciones sobre otras instituciones jurídicas, la nueva legislación cuenta con una norma temporaria que permite la aplicación de su regulación a las situaciones jurídicas preexistentes.



## Abstract

The assisted human reproduction techniques have had an important development in the last forty years, impacting on the reality of couples with difficulties to procreate. For this reason, these biomedical innovations must be regulated. The Civil and Commercial Code of the Nation has taken them into account by including them as a new source of filiation. Given the relevance of the topic, its social impact and their projections on other legal institutions, the new legislation has a temporary rule that allows the application of the law to the pre-existing legal situations.

## I. Introducción

El Derecho es una ordenación social normativa que establece la efectiva organización de las actividades y situaciones que tengan lugar en el territorio estatal, cuya observancia está asegurada por la coacción física legítima que el Estado monopoliza y que accionará cuando las normas no sean observadas voluntariamente por los individuos. Entonces, el Estado, a través del Derecho positivo y de los órganos predispuestos para su ejecución, organiza la convivencia humana, imponiéndose como unidad de orden. Por ello, no puede permanecer ajeno a la realidad.

El desarrollo biomédico-tecnológico ha causado profundas innovaciones en la vida de los hombres y mujeres, hoy transitando el Siglo XXI. Ha incidido en diversos aspectos de la salud y, especialmente, en la reproducción humana<sup>1</sup>. En este ámbito se han desarrollado "técnicas biomédicas empleadas en favorecer directa o indirectamente la fecundación de los óvulos"<sup>2</sup>, denominadas técnicas de reproducción humana asistida o, por sus siglas, TRHA.

Las prácticas referidas pueden agruparse según su complejidad. Así se encuentran las técnicas de baja complejidad —v. g. simple inducción a la

---

<sup>1</sup> El hito del desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida puede plantarse en la década de 1970, más específicamente en 1978, con el nacimiento de Louise Brown. Desde entonces, los avances y debates sobre la materia no han cesado.

<sup>2</sup> JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael y TORRE DÍAZ, Javier de la (2013). "La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral". UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia. España. Pág. 18.

ovulación y la estimulación de la ovulación—, de mediana complejidad — v. g. inseminación artificial homóloga o heteróloga— y de alta complejidad — v. g. fecundación In Vitro (FIV) o inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI )—.

Acorde con ello, el Código Civil y Comercial de la Nación está orientado a proteger diversos intereses, tutelar derechos y favorecer el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los ciudadanos. Consiguientemente, en este nuevo *corpus iuris* se introdujeron numerosas modificaciones, siendo las que atañen al Derecho de Familia las más resonantes y, también, criticadas.

Una de las innovaciones se relaciona con el modo en que el niño o niña ingresa al núcleo fundamental de la sociedad, la familia. Por ello, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico argentino al contexto biomédico-tecnológico, a la par de la filiación por naturaleza y por adopción, se introduce la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, parentesco puede darse en un contexto relacional de los progenitores matrimonial o extramatrimonial.

Conforme la ley, el vínculo jurídico-familiar se asienta en la *voluntad procreacional* del progenitor, que se manifiesta mediante el consentimiento libre e informado. En ello se centrará este artículo. Claro que en el abordaje del tema deviene insoslayable poner atención a la proyección que la filiación por técnicas de reproducción humana asistida tiene en la determinación del nombre de la persona y, en definitiva, en su identidad.

Sin embargo, previo a ingresar a la cuestión sustancial y durante un tiempo, deberá hacerse referencia al conflicto de la sucesión de las leyes en el tiempo. Por ello, el primer acápite de este trabajo, estará dedicado al Derecho Transitorio.

## II. La cuestión de la aplicación de la ley en el tiempo

Como se insinuó precedentemente, las modificaciones legislativas generalmente acompañan el cambio de los tiempos y de paradigmas. Ahora

bien, con la entrada en vigencia de la modificación o sustitución normativa, se genera la colisión entre la ley anterior y la nueva. La crisis tiene lugar porque existe una situación jurídica cierta y determinada, más reina la incertidumbre acerca de cuál es el derecho aplicable a ella. Entonces, adquiere importancia el "Derecho Transitorio", "Derecho Intemporal" o "Derecho de Colisión de Leyes". Éste es definido como el "[...] derecho cuya fórmula es materia legislativa y no mero asunto de interpretación y de arbitrio judicial"<sup>3</sup>. Ello significa que es el instrumento que hace posible dar respuesta a los complicados asuntos o enigmas que se plantean ante la mutación legal.

En cuanto a su contenido, el Derecho Intemporal está compuesto por las disposiciones transitorias particulares y expresas que contiene la ley, así como por los principios generales que actúan como directrices a seguir por los operadores del derecho. La función primordial de esas reglas es la de fijar los límites de la aplicación de la vieja ley y de la nueva ley, atendiendo a los valores *seguridad jurídica* y *justicia*, con respecto a cada situación jurídica concreta y no en abstracto. Al respecto, la doctrina ha señalado que el tránsito legislativo

*enfrenta a dos valores jurídicos de los cuales no puede prescindir el ordenamiento jurídico: la seguridad y la justicia. La primera (seguridad), procura que se mantenga la vigencia de los derechos nacidos al amparo de la ley antigua, mientras que la segunda (justicia), reclama la más extensa aplicación del nuevo estatuto legal, el que —por ser tal— se presume mejor y más justo<sup>4</sup>.*

Para una solución de la disyuntiva, el Código Civil y Comercial de la Nación está dotado de una norma de Derecho Transitorio, que replica al

<sup>3</sup> VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (2006). "La irretroactividad: problemática general". Dykinson. España. Pág. 116.

<sup>4</sup> MACAGNO, Ariel A. Germán, *El derecho transitorio no admite soluciones univocas y simplificadoras*, La Ley xxx, 28/08/2015, Ley online AR/DOC/2896/2015.

menos parcialmente— la solución que poseía el art. 3 del Código Civil derogado<sup>5</sup>. El art. 7 textualmente reza:

*Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.*

Del artículo transcrito se extraen dos reglas generales: por un lado, la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento jurídico, y por el otro, la irretroactividad de la nueva legislación. Luego, se dejan a salvo las excepciones legalmente consagradas. En relación a las primeras, Luis Moisset de Espanés explica que

*estos principios, rectamente entendidos, no se contradicen, sino que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas o a efectos ya producidos<sup>6</sup>.*

La teoría adoptada tanto por el por el Código Civil derogado como por el Código Civil y Comercial de la Nación hunde sus raíces en la obra de Paul Roubier<sup>7</sup>. Éste postuló que “[...] la ley nueva debe respetar todos los efectos

<sup>5</sup> KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme*, La Ley 22/04/2015, 1, La Ley online AR/DOC/1330/2015.

<sup>6</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1976). “La irretroactividad de la Ley y el nuevo Art. 3 Código Civil (Derecho Transitorio)”. Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina. Pág. 16.

<sup>7</sup> Su doctrina ha sido denominada “moderna” en contraposición a la teoría que consideraba los derechos adquiridos, llamada teoría “clásica”.

jurídicos producidos en el pasado, pero debe regular los futuros a partir del día de su promulgación”<sup>8</sup>. Para el autor galo, la distinción entre los efectos retroactivos e inmediatos constituía la base de los conflictos de las leyes en el tiempo.

A fin de desarrollar su doctrina, P. Roubier se concentró en la *situación jurídica*, la que distinguió de la *relación jurídica*<sup>9</sup>, porque la primera “[...] tiene un carácter permanente, los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder”. Por el contrario, la relación jurídica “[...] se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar, particular y variable que desaparece con el ejercicio del derecho y el cumplimiento de la obligación”<sup>10</sup>. Luego, la noción de situación jurídica goza de mayor amplitud y estabilidad<sup>11</sup>, lo que la torna más adecuada para comprender y encontrar una solución a los problemas generados por los cambios legislativos.

Después, P. Roubier distinguió tres momentos en la situación jurídica:

- a. el de la constitución o creación (faz dinámica);
- b. el de la extinción o agotamiento (faz dinámica); y
- c. el de las consecuencias producidas entre los dos momentos anteriores (faz estática).

En base a ello, coligió que la nueva ley debe aplicarse inmediatamente a las situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro y a las consecuencias futuras de las situaciones jurídicas nacidas bajo la égida de la vieja ley pero no agotadas en el pasado. Es decir, la legislación sobreviniente alcanza a las situaciones actuales o *facta pendentia* y no a los hechos consumados bajo la ley pretérita; sin que ello constituya aplicación retroactiva de la ley, porque el novel ordenamiento se aplica para el futuro.

---

<sup>8</sup> VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. (2006) Op. Cit. Pág. 77.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis, (1976). Op. Cit., pág. 22. El autor señala que en el concepto de situación jurídica “[...] quedan comprendidas las situaciones vinculadas con la capacidad, el estado y ciertas potestades y facultades que difícilmente encajarían en la noción de *relación jurídica*.”

Con claridad se ha explicado que “la creación, modificación o extinción de una situación jurídica es efecto de un hecho jurídico pero [...] es un efecto que casi siempre se agota en el momento en que se produce el hecho” [...] <sup>12</sup>, por lo que se aplicará la ley bajo cuya vigencia se produjo, la que también regirá respecto de las consecuencias jurídicas agotadas. Empero, “[...] los efectos que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la norma, quedarán atrapados en ella, aunque los haya generado una situación jurídica existente” <sup>13</sup>.

En otras palabras, las situaciones que nacen y se consuman de acuerdo con una ley, se rigen por ella. Ahora bien, el *quid* del Derecho Transitorio se plantea con relación a las situaciones jurídicas *in fieri*, esto es en curso de ejecución o todavía no consumadas. Ergo, el problema surge “[...] al crearse un supuesto de hecho al amparo de una ley y perdurar bajo el imperio de una ley diversa” <sup>14</sup>. Para este caso, a las consecuencias no agotadas se aplica inmediatamente la nueva legislación.

Sentado lo anterior, se debe poner de resalto que además de la norma del Código Civil y Comercial de la Nación referenciada, también conforman el Derecho Intemporal —en sentido amplio— las normas *ad tempus*. Se trata de artículos o leyes con una vigencia limitada o temporal, esto es, que se agotan cuando se acaban las situaciones jurídicas a las que estaban dirigidas, las que generalmente tenían contacto con la vieja ley, por lo que pueden ser consideradas *normas de adaptación*.

Tal es el caso de las normas transitorias. A estas se las caracteriza por ser

[...] *normas materiales, en virtud de las cuales se da una regulación específica —diferente a la recogida en la ley nueva y antigua—, se trata de normas que imputan directamente a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica. Por tanto,*

<sup>12</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis. (1976). Op. Cit. Pág. 17.

<sup>13</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis. (1976). Op. Cit. Pág. 18.

<sup>14</sup> VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. (2006) Op. Cit. Pág. 116/117.

*resuelven supuestos concretos estableciendo unas normas particulares para tiempos de transición*<sup>15</sup>.

De tal tipo es la disposición presente en el apartado tercero del art. 9º de la Ley Nº 26.994, que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación. El texto referido dice:

*Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: [...] Tercera. 'Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta'. (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación)".*

Entonces, la norma transitoria transcripta prescribe que el estatuto de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida del Código Civil y Comercial de la Nación se aplicará retroactivamente. De no estar presente el artículo, las disposiciones del nuevo Derecho Filial se aplicarían sólo desde la entrada en vigencia del cuerpo normativo y para el futuro, pues se trata de la regulación de la constitución de una situación jurídica, que no podría aprovechar a las situaciones jurídicas ya constituidas. Por lo tanto, el art. 9, ap. 3º, de la Ley Nº 26.994 consagra una excepción a la prohibición de retroactividad.

Se ha dicho que ese artículo "era necesario porque la filiación por voluntad procreacional es una figura que nace normativamente con la entrada en vigencia del CCyC. [...]"<sup>16</sup>". Y se agregó:

<sup>15</sup> VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. (2006) Op. Cit. Pág. 122.



*[...] en opinión de Roubier, las leyes que crean situaciones jurídicas nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución; por lo tanto, era necesario la ley que previese que la filiación de los niños nacidos antes de la vigencia del Código por medio de estas técnicas se rigen también por el sistema creado por la nueva ley y no simplemente por el dato genético.*<sup>17</sup>

Acorde con ello, la juez titular del Juzgado Nacional de 1ª Instancia Nº 8 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió el emplazamiento de estado de familia de un niño aplicando las reglas de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida del Libro Segundo, Título V, Capítulos 1 y 2, del Código Civil y Comercial de la Nación, aun cuando había nacido y sido inscripto con el apellido de su mamá antes del 01 de agosto del 2015 — situación agotada—. Por imperio de igual legislación se mantuvo ese apellido en primer lugar, y se ordenó añadir el apellido de la persona que expresó su voluntad procreacional en segundo término (y art. 64, último párrafo, 3<sup>er</sup> supuesto, del Código Civil y Comercial de la Nación). El fallo recayó en los autos “C. G. J. s/ Información Sumaria”<sup>18</sup> y fue publicado en distintos medios. La importancia de su referencia radica en que el fallo es paradigmático, por ser el primero sobre la materia después de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

---

<sup>16</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (2015). “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Rubinzal – Culzoni. Argentina. Pág. 143.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Consultado en <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-civil-nro-8-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-gj-informacion-sumaria-fa15020009-2015-08-13/123456789-900-0205-1ots-eupmocsollaf> [Consulta: 12/07/2016].



### III. Las técnicas de reproducción humana asistida: fuente de filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación

Sin dudas, los paradigmas plasmados en el nuevo ordenamiento Civil y Comercial argentino plantean desafíos apasionantes a todos los operadores del Derecho. Para andar el camino que traza, es necesario mirar a las fuentes e interpretar las normas a partir de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales, especialmente de Derechos Humanos.

#### III. a. La reproducción humana y la autonomía de la voluntad

Frente a la cuestión de la reproducción humana y el ejercicio de la autonomía de la voluntad al respecto, hay dos posiciones entre las que se desarrolla el debate. Por un lado se encuentran quienes sustentan una tesis *afirmacionista*. Lo destacable de estas corrientes es que ponen el acento en la autonomía de la persona, quien en ejercicio de su libertad individual puede optar por reproducirse o no, cuándo y cómo hacerlo. El límite está dado por los intereses de la sociedad o del niño que nacerá.

La posición más radical enarbola el derecho a procrear como fundamental de la persona humana, dotado de individualidad propia y no como una derivación de otros derechos. Además, señalan que su ejercicio “[...] necesita otra voluntad que aporte el elemento restante necesario: el gameto del sexo contrario”<sup>19</sup>. En términos generales esta postura entiende que la reproducción es un derecho del ser humano “[...] con una doble dimensión: negativa (que implica la facultad de exigir que no se limite o prohíba la posibilidad de tener descendencia); y positiva, (que garantiza la disponibilidad de los medios necesarios para lograrla)”<sup>20</sup>. Ello significa que nadie puede restringir la capacidad humana de tener descendencia y que cada persona pueda reclamar que se le ofrezcan todos los recursos y medios necesarios para reproducirse.

<sup>19</sup> JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael y TORRE DÍAZ, Javier (2013). de la. Op. Cit. Pág. 49.

<sup>20</sup> JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael y TORRE DÍAZ, Javier (2013). de la. Op. Cit. Pág. 48.

Otra postura afirmacionista, pero moderada, entiende que el derecho a la reproducción humana está reconocido a partir de otros derechos humanos, como la libertad, intimidad personal y familiar, etc. En su marco se ha dicho que este derecho desde su faz positiva, “[...] *permite a los sujetos decidir libremente sobre la propia reproducción; y en la negativa, les faculta para no reproducirse*”<sup>21</sup>.

En el otro extremo, las corrientes negacionistas desconocen la existencia de un derecho a la procreación porque entienden que las facultades que ese derecho comportaría están ya recogidas como derechos en sí mismas”<sup>22</sup>. Además, mencionan el riesgo que importaría asumir la existencia de un derecho absoluto a la procreación, puntualizando que ello significaría que la autonomía de la voluntad es absoluta y que “[...] al Estado sólo le cabría respetar las decisiones reproductivas de los ciudadanos y facilitar los medios para acceder a ellas”<sup>23</sup>.

Más allá de esas posturas, al abordar este tema es necesario tener siempre presente que el ser madre o padre, el reproducirse, es un aspecto trascendental en la vida del ser humano. Por ello debe proporcionarse a las mujeres y hombres las condiciones indispensables para que la procreación sea una realidad y el Estado juega un rol esencial en tal cometido.

Es entonces cuando la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, en cuanto pilares arquitectónicos del ordenamiento jurídico, adquieren relevancia. Al mismo tiempo se torna relevante la referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **III. b. Las TRHA en el marco de los Tratados de Derechos Humanos**

Las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos no refieren explícita y directamente al derecho a la reproducción humana. No obstante

<sup>21</sup> JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael y TORRE DÍAZ, Javier (2013). de la. Op. Cit. Pág. 49.

<sup>22</sup> JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael y TORRE DÍAZ, Javier (2013). de la. Op. Cit. Pág. 50.

<sup>23</sup> JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael y TORRE DÍAZ, Javier(2013). de la. Op. Cit. Pág. 51.

éste se deriva de otro derecho sí consagrado en aquellos instrumentos internacionales: *el derecho a formar una familia*.

Así, a modo de ejemplo, el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reza:

*los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y **fundar una familia**, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio [...] (el destacado me pertenece).*

A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. VI que "toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella", y en el art. XI que

toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el art. 16.e, dispone que

*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] Los mismos **derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos** y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (el destacado me pertenece).*

Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 17.2

*reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a **fundar una familia** si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (el destacado me pertenece).*

La referencia directa que contienen esos instrumentos al derecho a fundar una familia hace que la *procreación* —génesis del grupo familiar— y todos los actos relacionados con ella integren implícitamente el contenido de ese derecho. Sin embargo, no se puede desconocer que el derecho a reproducirse también se vincula la libertad, por su incidencia en el desarrollo personalidad de las individuos.

En consonancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el paradigmático caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica”<sup>24</sup> consideró que el derecho a reproducirse compromete distintos aspectos de la vida privada, como lo son el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad y libertad personal, el derecho a la vida privada, a la intimidad y los derechos reproductivos de las personas, como lo son la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva (*vide* párrafos 144 y 314).

Esta mención de los Derechos Humanos no es ociosa, ya que el propio Código Civil y Comercial de la Nación, en los art. 1 y 2 ha referido a los Tratados de Derechos Humanos como fuente y regla de interpretación del Derecho Interno, en el marco de lo que se ha dado a llamar *constitucionalización del derecho privado*<sup>25</sup>. Además, la obligatoriedad de los

---

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica”, Sentencia del 28 de Noviembre de 2012, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf) [Consulta: 10/11/2015].

<sup>25</sup> La expresión “constitucionalización del derecho privado” debe interpretarse “[...] *en el sentido de poner en línea al Derecho Civil y al Derecho Comercial con el Derecho Constitucional*” (DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial*, La Ley 22/04/2014, 22/0472014, 1 – La ley 2014-B, 913,

pronunciamentos del Alto Cuerpo Americano no se limita al *caso particular* sino que lo es para todos los signatarios. Esto fue refrendado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Espósito (2004)<sup>26</sup>, entre otros precedentes.

En torno relación a ello, señala Elena Highton que se trata de [...] *la eficacia objetiva de la sentencia interamericana como 'norma convencional interpretada' y la vinculación indirecta erga omnes hacia todos los Estados parte de la Convención, que implica aplicar el estándar interpretativo mínimo de efectividad de la norma convencional.*<sup>27</sup>

### III. c. Las TRHA en la legislación argentina

En Argentina, hasta el 01 de agosto de 2015 no había previsión relativa a la filiación generada a partir de las técnicas de reproducción humana asistida, pese a los innumerables pronunciamentos judiciales al respecto<sup>28</sup>. Sin embargo, en el año 2013, el Congreso de la Nación reconoció, mediante la sanción y promulgación de la Ley N° 26.862, el derecho al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida para toda persona mayor de edad, sin requerir ningún tipo de diagnóstico de enfermedad ni certificación previa. Esta ley solo reguló el aspecto sanitario, esto es sobre “[...] prácticas médicas en uso hace más de veinte años, su financiamiento y sus destinatarios”<sup>29</sup>.

---

AR/DOC/1098/2014). De esta manera el Derecho Civil y Comercial operativiza las garantías consagradas constitucional y convencionalmente.

<sup>26</sup> CSJN, “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David”, Sentencia del 23 de Diciembre de 2004, publicada en <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-esposito-miguel-angel-incidente-prescripcion-accion-penal-promovido-su-defensa-bulacio-walter-david-fa04000202-2004-12-23/123456789-202-0004-0ots-eupmocsollaf> [Consulta: 12/07/2016].

<sup>27</sup> HIGHTON, Elena I., *Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley Online, Año XXIX N° 143, Tomo 2015-D, 3 de agosto de 2015, AR/DOC/2598/2015.

<sup>28</sup> Un fallo ejemplar sobre la filiación por TRHA fue la Sentencia dictada por el Juez titular del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 86, in re “N.N. o D.G., M. B. M. s/ inscripción de nacimiento”, del 18/06/2013, publicado en La Ley 01/07/2013, 2, cita online AR/JUR/23081/2013.

<sup>29</sup> FARJI NEER, Anahí, *Cuerpo, derechos y salud integral: Análisis de los debates parlamentarios de las leyes de Identidad de Género y Fertilización Asistida (Argentina, 2011-2013)*, versión online Salud colectiva, Vol. 11 N° 3, Lanús, set. 2015, [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652015000300004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652015000300004&script=sci_arttext) [Consulta: 28/10/2015].

El Decreto Reglamentario de la referida legislación (Nº 956/2013), recepta la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Textualmente, dice en su Considerando que

*[...] el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley Nº 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)<sup>30</sup>.*

Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación da un paso más y reconoce como un tercer y nuevo tipo filial al originado por técnicas de reproducción humana asistida<sup>31</sup>, el que ubica junto a la filiación natural y por adopción. En efecto, esas técnicas dan lugar a “[...] un nuevo modo de formación de una familia [...]”<sup>32</sup>. Tal afirmación se replica en los *Fundamentos* del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación<sup>33</sup>.

Actualmente, hay un proyecto de ley sobre técnicas reproductivas que tiene media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación. Tal cuerpo normativo se integraría de manera complementaria al marco legal señalado arriba<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Ello es consonante con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer.

<sup>31</sup> HERRERA, Marisa; *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 02/10/2014, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id Infojus: DACF140723 [Consulta: 03/11/2015].

<sup>32</sup> HIGHTON, Elena I., Op. Cit.

<sup>33</sup> Ministerio De Justicia y Derechos Humanos, Decreto Nº 191/2011, del 23/02/2011.

<sup>34</sup> El 12 de noviembre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó el proyecto de ley sobre reproducción medicamente asistida. Cfr. LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas*, La Ley 2015-A, Año LXXIX, Nº 24, cita online AR/DOC/4720/2014.

### III. d. La voluntad procreacional y el consentimiento previo, libre e informado

El moderno tipo filial tiene por fuente la voluntad procreacional. Conforme lo señala la doctrina, éste consiste en “el deseo o intención de crear una nueva vida”<sup>35</sup>, en el ánimo de *ser parent* que está presente desde el momento previo al nacimiento<sup>36</sup>. Es decir, el hijo es concebido y nace porque existe la decisión de que así sea, pese a que la realidad biológica y genética de coincida o no con la de los progenitores. De allí que esta parentalidad voluntaria se configura “[...] como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas”<sup>37</sup>.

A esa fuente jurídica de filiación se refieren tres<sup>38</sup> de los cinco<sup>39</sup> artículos del Capítulo 2 del Título V del Código Civil y Comercial de la Nación. En ellos se sientan las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Se trata de una paternidad y maternidad

<sup>35</sup> Cita de Díaz de Guijarro realizada por RODRÍGUEZ UTURBURU, Mariana, *La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado*, Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental, 20/05/2015, 67, La Ley 20/05/2015, Cita La Ley online AR/DOC/1325/2015.

<sup>36</sup> En la filiación por adopción también existe un elemento volitivo pero que se configura con posterioridad al nacimiento del niño. RODRÍGUEZ UTURBURU, Mariana, Op. Cit.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ UTURBURU, Mariana, Op. Cit.

<sup>38</sup> Artículo 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Artículo 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Artículo 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

<sup>39</sup> Los dos artículos restantes aluden al derecho a la información que tienen las personas nacidas por Trha. Artículo 563.- Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

Artículo 564.- Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. La normativa del Código Civil y Comercial de la Nación referida



consentidas, es decir, el vínculo filial responde a una verdad voluntaria. La doctrina asevera que "las TRA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo"<sup>40</sup>. De allí que la voluntad procreacional es el eje de la determinación de la filiación<sup>41</sup> y un derecho humano.

Esa determinación se manifiesta mediante la expresión del consentimiento previo, libre e informado dado explícitamente para ser progenitor por técnica de reproducción humana asistida. Éste consiste en

*[...] la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud, sea con intención diagnóstica, terapéutica, pronóstica o experimental que incluye competencia (capacidad de comprender y apreciar las propias acciones y la información que se brinda), e información (apropiada, adecuada a la capacidad de comprensión del paciente); ello es un deber a cargo del médico (o equipo de salud) de informar respecto de los riesgos y beneficios del esquema terapéutico o tratamiento propuesto, respetando la libertad del paciente, por ser a éste a quien compete, como individuo autónomo, la decisión final<sup>42</sup>.*

La expresión del consentimiento previo, libre e informado está rodeada de formalidades. Así, en primer término, debe ser dado por escrito y reunir los recaudos exigidos por la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742<sup>43</sup>.

Para que trascienda del ámbito privado deberá ser protocolizado por Escribano Público o certificado por autoridad sanitaria competente. Al respecto se ha sostenido que para el caso de las técnicas de reproducción

<sup>40</sup> LAMM, Eleonora, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Revista de Bioética y Derecho del Observatorio de Bioética i Dret de la Universidad de Barcelona, núm. 24, enero 2012, pág. 76/91. [http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24\\_Master.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf) [consulta: 10/10/2015]

<sup>41</sup> HERRERA, Marisa, *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercio de la Nación*, Infojus, 02/10/2014, DACF140723, <http://www.infojus.gob.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod> [consulta: 10/10/2015].

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ UTURBURU, Mariana, Op. Cit.

<sup>43</sup> Decreto N° 1089/2012.



humana asistida “[...] el consentimiento requiere una instrumentación propia, ya que para el consentimiento informado en general de ninguna manera es necesaria la protocolización notarial o certificación ante autoridad sanitaria, el cual muchas veces puede ser dado de modo absolutamente informal”<sup>44</sup>.

Por último, para que opere como constancia de la filiación tiene que ser inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. La técnica registral que debe aplicar ese organismo es la de *enlegajamiento*, esto es, se debe incorporar el consentimiento informado protocolizado notarialmente o certificado en el Legajo Base para la inscripción del nacimiento<sup>45</sup>.

En el caso “C. G. J. s/ información sumaria” —que se mencionó precedentemente— el padre del niño había dado su consentimiento informado para tratamiento mediante fecundación *in vitro* con transferencia embrionaria ICSI, junto con la madre, antes la entrada en vigencia del Código Unificado, por lo que no reunía los recaudos formales que exige el actual art. 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, la decisión del juez, de concederle a esa expresión de la voluntad virtualidad para crear el vínculo filial extramatrimonial (art. 570 del Código Civil y Comercial de la Nación), aun después de fallecido su autor, con todos los derechos y obligaciones que de tal relación emergen<sup>46</sup>, fue razonable y justa. Hubiera sido un absurdo resolver en otro sentido, desde que no pueden exigirse al consentimiento informado obrante en la Historia Clínica los recaudos de los arts. 561 y 571 inc. B del Código de Fondo, cuando el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento no los requería.

---

<sup>44</sup> HIGHTON, Elena I., Op. Cit.

<sup>45</sup> Téngase presente que existe un proyecto de ley complementaria del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley N° 26.862, que regulará las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del los embriones no implantados.

<sup>46</sup> En este caso el emplazamiento de estado, además de tener una gran incidencia sobre la identidad del niño impacta en el derecho sucesorio.

## IV. La incidencia de las técnicas de reproducción humana asistida sobre el nombre del niño o niña y su identidad

El vínculo de una persona con su familia no sólo produce efectos jurídicos —derechos y deberes derivados del parentesco—, sino que se proyecta en la historia de vida de ella, trazando una ligazón intergeneracional. De ello deriva la “pertenencia” a un grupo familiar. Por consiguiente, “la filiación se correlaciona con la identidad, “el pertenecer” que lo enmarca en un contexto psicológico, sociológico y, obviamente, jurídico, que le permite la derivación de derechos [...]”<sup>47</sup>.

He ahí la importancia del nombre y, principalmente, del elemento constitutivo “apellido” o “patronímico”. Éste acompaña al prenombre —que identifica a la persona en su individualidad— y sitúa al individuo en relación a la familia a la que pertenece. El apellido es determinado por la filiación y se erige como un elemento identitario de la persona.

El nuevo ordenamiento jurídico, reconociendo el principio de autonomía de la voluntad, otorga a los progenitores mayor libertad en la elección del nombre de pila o apelativo del hijo. Los límites que el Estado establece devienen operativos cuando el orden público sea conculcado. Ello está reglado en el art. 63 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En lo que refiere al apellido, el margen de la autonomía de la voluntad es más reducido, pero igualmente mayor que el que autorizaba la Ley N° 18.248. Así, en el caso de hijos matrimoniales, los progenitores sólo tienen independencia para decidir si el niño o niña llevará el apellido de uno solo de ellos (simple o compuesto) o si será compuesto por el apellido de los dos y, en este caso, cuál será el orden.

---

<sup>47</sup> GHERSI, Carlos Alberto, *el derecho a la identidad, la filiación y la identificación*, DJ 07/10/2015, 9, cita online AR/DOC/3064/2015.

En el caso de hijos extramatrimoniales la solución dependerá si el niño o niña tiene un único vínculo filial o los dos. En el primer caso, llevará el apellido del progenitor con quien tiene parentesco. En la segunda situación, dependerá si la filiación es establecida simultáneamente o una es diferida en el tiempo, según cuando se produzca el reconocimiento. De ocurrir lo primero, deberá procederse como si el hijo fuere matrimonial. En el segundo supuesto, los progenitores deben ponerse de acuerdo en el orden de los apellidos, y si no logran esa conformidad, la decisión deberá ser adoptada por el juez. Ello está previsto en el art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Tales reglas en modo alguno son modificadas o están sujetas a peculiaridad alguna por el hecho de que la filiación reconozca como fuente técnicas de reproducción humana asistida. Es así porque rigen los principios de igualdad y no discriminación.

Además, para el caso en que un juez deba decidir sobre el emplazamiento de estado del nacido por técnicas reproductivas, la jurisprudencia ha dicho que

*dado que la filiación por técnicas de reproducción humana asistida constituye una de las nuevas fuentes de filiación previstas en la ley, a través de la cual los nacidos son hijos de quien dio a luz y de la persona que prestó su previo, informado y libre consentimiento con el empleo de tales técnicas, independientemente de quien haya aportado el material genético, resulta necesario compatibilizar los distintos intereses [...]*<sup>48</sup>.

Ergo, se deberá velar por el interés superior del niño<sup>49</sup> y se garantizará la personalización de todos los derechos concretos y eventuales de la persona humana.

---

<sup>48</sup> Suprema Corte de Buenos Aires, "B. M. y otro s/ filiación", Resolución del 06/04/2016, La Ley 15/06/2016, cita online AR/JUR/13312/2016.

<sup>49</sup> CARMONA LUQUE, María del Rosario (2011). "La convención sobre los derechos del niño: instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos". Dykinson. España. Pág. 165.

## V. Reflexiones finales

En el artículo se han puesto de resalto tres aspectos centrales. Primero, se destacó que, dada la norma transitoria contenida en el art. 9 de la Ley Nº 26.994, el estatuto de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida legislado en el Código Civil y Comercial de la Nación se debe aplicar aún retroactivamente. Esto, sin dudas, ampara estados de filiación que, por haberse constituido antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, no estaban salvaguardados.

Por otro costado, se destacó que lo trascendente en la filiación por técnicas reproductivas es la voluntad procreacional. El consentimiento previo, libre e informado no es el título de la filiación, sino el medio de manifestación de aquella.

Así, se logra que la situación filial del niño o niña coincida con la realidad volitiva, permitiendo que aquellas personas que quisieron asumir el rol de progenitores, realmente logren tal emplazamiento.

En tercer término, la igualdad y el principio de no discriminación garantizan que al nombre de las personas nacidas por las técnicas mencionadas se aplique un régimen que difiera para los tradicionales casos de filiación por naturaleza y por adopción.

Como se puede apreciar, la inclusión de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Derecho Filial era una necesidad social que reclamaba ser atendida. De allí que resulte loable su regulación, aun cuando solo contemple una pequeña cuota de la realidad, toda vez que ha quedado excluida<sup>50</sup> la regulación de la filiación derivada de la gestación por sustitución<sup>51</sup> y la fecundación *post mortem*<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial Nº 191/2011 contemplaba en los arts. 562 y 563 la gestación por sustitución y la filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. Esos artículos fueron eliminados por el Congreso de la Nación cuando el Código Civil y Comercial recibió media sanción por parte de la Cámara de Senadores.

El texto del primer art. (562) decía: "Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes interviniente en el proceso de gestación por sustitución

## Bibliografía citada y consultada. Jurisprudencia.

### Legislación.

ALTERINI, Jorge Horacio (2015). "Código Civil y Comercial comentado. Tomo III". La Ley. Argentina.

CARMONA LUQUE, María del Rosario (2011). "La convención sobre los derechos del niño: instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos". Dykinson. España.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica". Sentencia del 28 de

---

debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en iras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

El art. 563 rezaba: Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

El texto de los artículos proyectados fue extraído de: LORENZETTI, Ricardo Luis y otros (2012), "Código Civil y Comercial de la Nación: Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011". Abeledo Perrot. Argentina. Pág. 95.

<sup>51</sup> En un reciente fallo dictado por el Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora ("H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC", del 30/12/2015) se declaró la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, porque solo reconoce la maternidad de la mujer gestante, mas no la de la muer que expresó su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado.

<sup>52</sup> Juzgado Nacional Civil N° 87, "N. O. C. P. s/ autorización", 05/05/2016, La Ley 2016-D, Año LXXX N° 145, cita online AR/JUR/32492/2016, con nota de GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar*, La Ley 2016-D, Año LXXX N° 145, cita online AR/DOC/2171/2016.

Noviembre de 2012.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David". Sentencia del 23 de Diciembre de 2004. <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-esposito-miguel-angel-incidente-prescripcion-accion-penal-promovido-su-defensa-bulacio-walter-david-fa04000202-2004-12-23/123456789-202-0004-0ots-eupmocsollaf>

DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial*, La Ley 22/04/2014, 22/0472014, 1 - La ley 2014-B, 913, AR/DOC/1098/2014.

DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

DECRETO Nº 191/2011.

DECRETO REGLAMENTARIO Nº 956/2013.

FARJI NEER, Anahí, *Cuerpo, derechos y salud integral: Análisis de los debates parlamentarios de las leyes de Identidad de Género y Fertilización Asistida (Argentina, 2011-2013)*, versión online Salud colectiva, Vol. 11 Nº 3, Lanús, set. 2015, [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652015000300004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652015000300004&script=sci_arttext)

GHERSI, Carlos Alberto, *El derecho a la identidad, la filiación y la identificación*, DJ 07/10/2015, 9, cita online AR/DOC/3064/2015.

GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar*, La Ley 2016-D, Año LXXX Nº 145, cita online AR/DOC/2171/2016.

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca (2007). "Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza. I. Persona y familia". Dykinson. España.

HERRERA, Marisa, *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, 02/10/2014, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Id Infojus: DACF140723.

HIGHTON, Elena I., *Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley Online, Año XXIX N° 143, Tomo 2015-D, 3 de agosto de 2015, AR/DOC/2598/2015.

JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael y TORRE DÍAZ, Javier de la (2013). "La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral". UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.

JUZGADO DE FAMILIA N° 7 DE LOMAS DE ZAMORA. "H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC". Resolución del 30/12/2015. La Ley 02/05/2016. Cita online AR/JUR/78614/2015.

JUZGADO NACIONAL CIVIL N° 87, "N. O. C. P. s/ autorización", 05/05/2016, La Ley 2016-D, Año LXXX N° 145, cita online AR/JUR/32492/2016.

JUZGADO NACIONAL DE 1ª INSTANCIA EN LO CIVIL N° 86, "N.N. o D.G., M. B. M. s/ inscripción de nacimiento", del 18/06/2013, publicado en La Ley 01/07/2013, 2, cita online AR/JUR/23081/2013.

JUZGADO NACIONAL DE 1ª INSTANCIA N° 8 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. "C. G. J. s/ Información Sumaria". Resolución del 13 de agosto de 2015. <http://www.saij.gob.ar>.

KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme*, La Ley 22/04/2015, 1, Cita La Ley online AR/DOC/1330/2015.

—(2015). "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Rubinzal - Culzoni. Argentina.

KELMEMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción Judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*, La Ley 11/07/2013, 3, cita La Ley online AR/DOC/2573/2013.

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Análisis de la media sanción sobre técnicas reproductivas*, La Ley 2015-A, Año LXXIX N° 24, cita online AR/DOC/4720/2014.

LAMM, Eleonora, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Revista de Bioética y Derecho del Observatorio de Bioética i Dret de la



Universidad de Barcelona, núm. 24, enero 2012, pág. 76/91.  
[http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24\\_Master.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf)

LEY Nº 26.994.

LEY Nº 26.862.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2014). "Código Civil y Comercial comentado. Tomo III". Rubinzal Culzoni. Argentina.

LORENZETTI, Ricardo Luis y otros (2012), "Código Civil y Comercial de la Nación: Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011". Abeledo Perrot. Argentina.

MACAGNO, Ariel A. Germán, *El derecho transitorio no admite soluciones univocas y simplificadoras*, La Ley xxx, 28/08/2015, Cita la Ley online AR/DOC/2896/2015.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1976). "La irretroactividad de la Ley y el nuevo Art. 3 Código Civil (Derecho Transitorio)". Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.

RODRÍGUEZ UTURBURU, Mariana, *La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado*, Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental, 20/05/2015, 67, La Ley 20/05/2015. Cita online AR/DOC/1325/2015.

SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES. "B. M. y otro s/ filiación". Resolución del 06/04/2016. La Ley 15/06/2016. Cita online AR/JUR/13312/2016.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (2006). "La irretroactividad: problemática general". Dykinson. España.

### Cita de este artículo:

CARRERA, C. S. (2016) "Filiación por técnicas de reproducción humana asistida". Revista IN IURE [en línea] 15 de octubre de 2016, Año 6, Vol. 2. pp. 40-64. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>



## DICTAMEN PERICIAL VS. DECISIÓN JUDICIAL

### **Estelly Mary Díaz Fernández**

Abogada, Jefa de Trabajos de Prácticos de la cátedra de Derecho Civil V y Jefa de Trabajos Prácticos en la cátedra de Detección de fraude y otros delitos económicos. Universidad Nacional de La Rioja.

#### **Palabras claves:**

*Prueba-Sentencia-  
Decisión Judicial- Prueba  
Pericial- Abuso sexual-  
Dictamen-Perito.*

#### **Key words:**

Test test-Statement-  
Decision Judiciary-  
Pericial- Opinion-Perito  
sexual abuse

### **Resumen**

La Noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. La comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos y conducentes en un proceso judicial, requieren de conocimientos técnicos ajenos al saber específico del magistrado que entiende en el mismo

### **Abstract**

The Notion test is present in all manifestations of human life. Verification or explanation of certain controversial and leading facts in a judicial process, require specific knowledge outside the magistrate who understands the same expertise

**ANALIS DEL FALLO: "A.S.G. S/ RECURSO DE CASACION". -  
TRIBUNAL DE CASACION PENAL DE BUENOS AIRES-  
SALA/JUZGADO: III-FECHA 1 DE FEBRERO DE 2011.**

## INTRODUCCION

La Noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana; de ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique.

Acontece, frecuentemente, que la comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos y conducentes en un proceso judicial, requieren de conocimientos técnicos ajenos al saber específico del magistrado que entiende en el mismo. De allí la necesidad de que este sea auxiliado, en la apreciación de esa clase de hechos, para enriquecer su capacidad de juzgar, por personas que posean conocimientos especiales en alguna ciencia, técnica, industria o arte, a quienes se denomina "peritos".

En el presente trabajo se abordará el tratamiento que otorga el ordenamiento procesal a la prueba pericial, la doctrina, la jurisprudencia, la problemática que genera la prueba pericial y su valoración por el juez en el proceso penal.

El Fallo de estudio determina mi elección dado los temas que pueden relacionarse y que se detallan a continuación:

- Prueba-concepto- caracteres.
- Perito-Definición.
- Prueba pericial psicológica. Objetivo.
- Prueba pericial psicológica- Función en el Nuevo Proceso Penal.
- Prueba pericial- Alcance-Valoración del perito.
- Dictamen pericial vs. Decisión judicial.

## ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal de Tres Arroyos ha consignado como sucedido el siguiente hecho: entre el mes de febrero del año 2008 e igual mes del año 2009, S.G.A., mediante abuso coactivo de la relación de dependencia y autoridad que su calidad de progenitor le daba, en reiteradas oportunidades abusó sexualmente mediante acceso carnal de su hija C.E.A., quien a la fecha tenía 14 años de edad, haciéndolo en el interior del domicilio familiar sito en calle Magallanes N° 1...de Tres Arroyos. La defensa del encartado interpone Recurso de Casación contra dicha sentencia denunciando -en lo sustancial- inobservancia de la doctrina legal de los artículos 1 -párrafo 2º y párrafo 3º-, 210, 335 y 364 del Código Procesal Penal, artículo 15 de la Constitución Provincial, artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículo 11 inciso 1º última parte de la DUDH, artículo 8 inciso 2º, 1ra parte de la CADH y artículo 14 inciso 2º del PIDCyP y por último la arbitrariedad e inobservancia de los artículos 40 y 41 del CP.- Con posterior radicación del recurso en la Sala III de Casación Penal de Buenos Aires- Resuelve el Tribunal de referencia hacer lugar al remedio recursivo interpuesto absolviendo al condenado.

## DESARROLLO

Expresa Cafferata Nores que:

*“en sentido amplio, **prueba** es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis, o afirmación, o negación precedentes. La búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado fin inmediato del proceso), debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual de aquellos. La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción, de un modo comprobable y demostrable, pues la inducirá de los rastros o huellas que los hechos*

*podieron haber dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentaciones sobre aquellos”.*<sup>1</sup>

Con una arraigada defensa de las garantías constitucionales el Tribunal entiende que la **presunción de inocencia proclamada por el artículo 18** de la Constitución de la Nación se caracteriza porque comprende **dos supuestos facticos**: *la existencia del ilícito penal y la culpabilidad del acusado* (intervención o participación en el hecho). Igualmente sostiene que el principio en estudio *exige para su enervación que haya prueba* que sea: **1) “real”**, es decir, con existencia objetiva y constancia procesal documentada en el juicio; **2) “valida”** por ser conforme a las normas que la regulan, excluyéndose la practicada sin las garantías procesales esenciales; **3) “licitas”**, por lo que deben rechazarse las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; y **4) “suficiente”**, en el sentido de que, no solo se hayan utilizado medios de prueba, son que además de su empleo se obtenga un “resultado” probatorio que sea bastante para fundar razonablemente la acusación y la condena, es decir: no basta con que exista un principio de actividad probatoria son que se necesita un verdadero contenido inculpatario en el que pueda apoyarse el órgano juzgador para formar su convicción condenatoria.

En el proceso penal interesa especialmente la certeza positiva, fundada en pruebas y explicada racionalmente, sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, pues sólo ella permitirá que se le aplique la pena prevista. Esa certeza en el caso de marras se busca a través de la producción e incorporación de los distintos medios de pruebas incorporados en autos (prueba testimonial, informe social, pericial médica, psicológica).

Concierno puntualmente a este trabajo la PRUEBA PERICIAL y así resalto que resulta interesante la introducción de conceptos en el fallo. El primero de ellos hace referencia a que se entiende por perito y se transcribe a continuación:

---

<sup>1</sup> Manual de Derecho Procesal- CAFFERATA NORES JOSÉ I. - MONTERO JORGE - VÉLEZ VÍCTOR M.- FERRER CARLOS F. - NOVILLO CORVALÁN MARCELO- BALCARCE FABIÁN - HAIRABEDIÁN MAXIMILIANO- FRASCAROLI MARÍA SUSANA - AROCENA, GUSTAVO A.  
<http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9c56835f-Manual.Cordoba.pdf>

*“El perito, se considera un testigo no presencial que testifica por su conocimiento en un área o materia técnica, que declara ante un tribunal detentando la característica particular de poseer conocimientos técnicos en una ciencia, arte u oficio determinado, los cuales les permiten emitir opiniones sobre materias de relevancia para la resolución de un juicio...”.*

Por su parte la **PRUEBA PERICIAL** es aquella por el cual un tercero distinto de las partes y del juez- quien posee un conocimiento técnico en una determinada ciencia, arte o profesión- suministra al magistrado las razones para producir su convencimiento de una manera técnica cuando hechos afirmados por las partes así lo requieran.

La labor pericial abarca las fases sucesivas de: **examen, deliberación y conclusión**, todas las cuales deben ser practicadas personalmente por los peritos, de la cual surgirá un dictamen fundado.

Como expresara, la función del especialista dará como resultado un dictamen pericial, el cual consiste en **una descripción, relación y conclusión motivada de los puntos de pericia que se le encomendaron de acuerdo a sus conocimientos.**

En relación a los dictámenes debe diferenciarse dos clases: 1) aquellos que permiten arribar a una demostración que da certeza al juzgador, comprendiéndose aquí los dictámenes científicos que producen un resultado objetivo que de hecho obliga al juez (a modo de ejemplo los médicos, bioquímicos, etc.); y 2) aquellos que solo otorgan convicción, respecto de la probabilidad de la existencia o veracidad de algo y de los cuales se derivan conclusiones puramente subjetivas (a modo de ejemplo los agrónomos, trabajadores sociales, psicólogos, psiquiatras, etc.).

En el fallo de análisis se advierte que predominan los dictámenes precedentemente nombrados.

El Tribunal en el fallo introduce otra definición y esta vez hace referencia a la **PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA** diciendo:

*"La evaluación pericial psicológica es un acto que implica indagar en busca de la verdad, articulada en los requerimientos procesales, procurando compatibilizar la verdad psicológica -que no necesariamente se corresponde con la verdad de la realidad- con la verdad jurídica -que tiene más de lo comprobable que de lo cierto-."*

En cuanto al objetivo de la prueba en referencia expresa:

*"El objetivo de la evaluación pericial psicológica de la credibilidad del relato se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico, respecto de los hechos investigados, cumple -en mayor o menor grado- con criterios preestablecidos que serían característicos de narraciones que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los eventos, apuntando a la probabilidad de que los hechos hayan sucedido de la forma en que han sido relatados, en virtud de las características observadas y valoradas en el testimonio."*

Con cita del autor **Mauricio Duce<sup>2</sup>**, el Tribunal destaca que el autor de reseña hace un interesante análisis de la función de la prueba y del rol que le corresponde jugar a los peritos en el sistema de justicia criminal, pero al momento de referirse a la evaluación de la credibilidad de un relato lo hace dentro de la advertencia del

*"riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces. Situaciones de este tipo se producen, por ejemplo, cuando los razonamientos de los juzgadores acerca de la*

---

<sup>2</sup> Texto: Prueba pericial y su admisibilidad a Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal (2006, pp. 3).

*veracidad de los testigos son sustituidos por opiniones expertas sobre la misma".*

(Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio Documento de Trabajo Interinstitucional 2008 del Fiscal Nacional del Ministerio Público Santiago de Chile).

**-Temas interesantes a dilucidar:**

**Prueba Pericial- Alcance-Valoración del perito.**

**Devis Echandia** explica que la valoración de la prueba es una operación mental que realiza el magistrado con el objeto de conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.

Esta valoración se debe llevar a cabo conforme a algunas de las siguientes reglas "la prueba legal o tasada; la sana crítica y la libre convicción".-

La prueba legal o tasada es cuando el legislador establece de antemano el valor probatorio que debe atribuir el magistrado a la prueba, de esta manera el legislador estaría sustituyendo al juez quitándole a este último total protagonismo al momento de sentenciar. La regla de la sana crítica deja manos del magistrado la apreciación de la prueba en su conjunto de acuerdo a las reglas de la lógica y su experiencia personal. La libre convicción por su parte el juez valora a la prueba conforme al convencimiento que este se forme de los hechos pudiendo emitir un juicio de valor conforme a la prueba producida en el proceso, en contra de la misma o sin la prueba de autos.

En consonancia con lo precedentemente expuesto el Tribunal (más específicamente el voto del Dr. Daniel Carral) afirma que:

**"La valoración del perito** *estará enfocada a analizar la estructura y contenido del relato, no a intentar establecer la real ocurrencia del hecho o detectar la contradicción entre lo relatado y la realidad de lo sucedido.*" Y continúa: "En casos de abuso

*sexual contra menores un perito puede declarar sobre si el niño presenta las características del síndrome de abuso sexual e inclusive dar su opinión sobre si ese niño ha sido víctima de abuso, pero **no hasta el punto de declarar si el niño dice la verdad o no**, o en su caso, **manifestar como sucedieron los hechos**. El perito, se considera un testigo no presencial que testifica por su conocimiento en un área o materia técnica, que declara ante un tribunal detentando la característica particular de poseer conocimientos técnicos en una ciencia, arte u oficio determinado, los cuales les permiten emitir opiniones sobre materias de relevancia para la resolución de un juicio”.*

Delimitándose así-“cuando sostiene el Tribunal que: “*El perito no puede declarar sobre si el testigo dice la verdad, esta es función exclusiva del juez*”-la valoración que recibirá la prueba en estudio para los caso de abuso sexual contra menores; la apreciación que puede realizar el perito respecto de los hechos que son sometidos para aplicación de sus conocimientos y el alcance que puede tener el dictamen dictado en consecuencia.

#### **-Dictamen pericial vs. Decisión judicial.**

Constituye un principal objetivo de este trabajo el de determinar- en el fallo en estudio- el valor asignado a la prueba pericial incorporada y su influencia en la decisión que adopta el juzgador sobre el particular sometido a su resolución.

Resulta de interés destacar lo que en diversos párrafos sostiene el Tribunal al respecto. Así se realiza un silogismo y motivación que en estudio interesa en este orden:

En primer orden resalta que: “...*el juzgador debe valorar la prueba con mayor restricción al posicionarse frente al principio de inocencia.*”-

En relación al valor del dictamen afirma: “...*el dictamen no es vinculante para el tribunal, este debe formar su convicción sobre la*



*base de la prueba producida durante el juicio, y no sobre lo que determinado perito concluya."..." las conclusiones del peritaje, los dichos de los peritos...para ser considerados como un antecedente probatorio de peso en el juicio, deben ser corroborados, o cotejados con distintos medios de prueba, producidos todos ellos en la audiencia, que conlleven directamente a los sentenciadores a la certeza requerida para condenar".*

-En crítica al A quo sostiene: *"el iter lógico seguido por el "a quo" incurre en falencias que lo han llevado a descartar la integral valoración probatoria introducida legítimamente al proceso, denotando así insuficiencias en el camino discursivo escogido..."*.

-Valora la prueba testimonial; resalta las contradicciones en la que incurre el testimonio de la supuesta víctima; aprecia en conjunto todas las pruebas (testimonial y pericial) y. Concluye:

*"Para finalizar, a partir de las consideraciones que anteceden, entiendo que no se verifica en la especie un estado de certeza propio de un pronunciamiento condenatorio respecto de la real existencia del injusto cuya consumación se le ha reprochado a S. G. A., y -en consecuencia- esta insuficiencia probatoria transige un estado de incertidumbre invencible.."*

La labor pericial contribuye a aportar cierta información al sentenciante, en una actividad de asesoramiento, a los fines de facilitar la formación de una opinión fundada acerca de los puntos que fueron objeto de dictamen. Pero luego, una vez que el juez ha formado su opinión fundada, en parte pero no exclusivamente por conducto de ese asesoramiento a cargo del experto, será el magistrado quien, evaluando la prueba pericial no aisladamente sino en conjunto con la totalidad de la prueba incorporada al proceso, conforme a las reglas de la sana crítica, emitirá su juicio a partir de la convicción o certeza moral acerca del acontecer histórico de los hechos materia de juzgamiento; juicio que se concretará en la construcción de una norma individual cuyo objeto es plasmar el

valor de lo justo para el caso particular, conforme al derecho vigente y a una noción de equidad.

## A modo de conclusión

El juez es un perito en ciencias jurídicas, claro está. Esto no le basta en la complejidad del mundo actual para poder resolver las cuestiones que llegan a su despacho. Para ello, recurre a los peritos que le brindan, a través de sus dictámenes, conocimientos en materias que le son extrañas. Sin perjuicio de ello, el juez es siempre el que tiene la última palabra en la valoración de los sucesos. Si bien hay ciertos dictámenes que de hecho obligan al juez, pues producen certeza, el magistrado en derecho siempre cuenta con la libertad para valorarlo de acuerdo a las reglas de la lógica, la ciencia y el sentido común. Esto le dará una herramienta, no para inmiscuirse y discutir el dictamen pericial de manera intrínseca, pero sí para apreciarlo en el contexto de otras pruebas que ofrece el proceso.

### Cita de este artículo:

DÍAZ FERNÁNDEZ, E. M. (2016) "Dictamen pericial vs. Decisión " Revista IN IURE [en línea] 15 de octubre de 2016, Año 6, Vol. 2. pp. 65-74. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

## EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL El órgano político del siglo XXI

### Luis Francisco Asís Dasmaco

Abogado, Universidad Nacional de La Rioja  
Ayudante de Primera en Derecho Internacional  
Universidad Nacional de La Rioja.

#### Palabras claves:

Representación y  
Participación política, Diálogo  
institucional, sindicatos,  
Estado, patronal, Universidad.

**Key words:** Representation  
and political participation,  
institutional Dialogue, unions,  
State, employers, University

### Resumen

Trataremos la siempre vigente cuestión del Consejo Económico y Social, órgano de tipo consultivo surgido como tal a mediados del siglo pasado; algunos más amplios que otros, más técnicos o más políticos, lo importante es lo que implica su existencia dentro de la estructura estatal.

### Abstract

Try the ever-present issue, an advisory body type Economic and Social Council emerged as such in the middle of the last century; some larger than others, more technical or more political, the important thing is what implies its existence within the state structure

# Introducción

Trataremos la siempre vigente cuestión del Consejo Económico y Social, órgano de tipo consultivo surgido como tal a mediados del siglo pasado; algunos más amplios que otros, más técnicos o más políticos, lo importante es lo que implica su existencia dentro de la estructura estatal: la imperiosa necesidad social de participar y contribuir con lo mejor de cada uno al Bien Común.

## Desarrollo

### La Participación política

Es inmanente al ser humano su calidad de ser social que lo llevará a la interacción con sus semejantes y por el camino de su realización personal, coadyuvando así, al enaltecimiento de la comunidad toda.

En los albores de la Humanidad, han sido las necesidades primarias (alimento, abrigo) las que determinaron, primero, un mero agrupamiento, y luego, la asociación, aún rudimentaria. Luego, el objeto social variará especializándose el accionar de la comunidad en virtud de las distintas necesidades y actividades que dependerán de la complejidad de la misma. Aristóteles, en su "Política", al tratar sobre el origen del Estado y la Sociedad, comienza expresando que la asociación natural y permanente es la Familia; la asociación de éstas fundada en relaciones no cotidianas, constituye el Pueblo; y a su vez, la asociación de éstos, conforma el Estado. Por lo tanto, se concluye que *".... el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana..."*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Aristóteles, 2003. "La Política" – Ediciones Libertador, Buenos Aires.

En la actualidad hay diversas formas de participación política, habiendo prácticamente una noción de la misma por cada organización existente, aunque hay que aclarar que será en sentido propio, cuando dicha participación implique trabajar y/o colaborar en la prosecución del Bien Común, y también, cumplir primero los deberes que a cada uno incumben, sea cuales fueren, para luego pensar como parte de un todo.

La participación política, lealmente entendida, es el efecto que reconoce su causa en el genuino interés del ciudadano por la "república", es decir, la cosa pública o asuntos públicos, o sea, en todo aquello que involucra y compromete a los miembros de una comunidad determinada, pudiendo variar en su modo y extensión, dependiendo del ente colectivo o social que se trate; consiste también, en todo aquello que sea conducente a que cada miembro progrese según su mérito y esfuerzo, tanto en lo personal, como el desenvuelto en el plano comunitario. Para alcanzar estos objetivos se puede pertenecer a una organización o desarrollarla individualmente, pero será más eficaz, sin duda, llevarla a cabo en el marco de una organización y/o institución, pues son en ellas donde el individuo halla su grupo de pertenencia e identidad, y, de esa manera, aplicar esa dedicación y vocación social en forma mas efectiva para provecho de todos. Desde ya, que dichas organizaciones no deben degenerar en sectarismos que generen sentimientos gregarios, que, a su vez, conlleven a perseguir objetivos distintos de los de la Comunidad, ni mucho menos incentivar, mediante actos hostiles y agresivos, ni el odio ni la división y/o clasificación de la sociedad en bandos contrapuestos e irreconciliables.

Las denominadas "acciones directas" muchas veces lo que hacen es demostrar una ausencia de una efectiva y eficiente representación social y/o una clara disconformidad con instituciones que no supieron brindar una respuesta o una colaboración.

# La Representación política en la Constitución Nacional

Nuestra constitución expresa en el artículo 22 que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta constitución”; y por el artículo 38, “los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático”, por ende, “*una democracia sin partidos resultaría una democracia inconstitucional*”<sup>2</sup> Creemos que el concepto constitucional de “sistema democrático” debería ser más amplio. Ello es así, pues

*“en los valores de la democracia, la participación activa exterioriza consenso y disenso, y se acopla a ambos con el mismo carácter valioso que ellos invisten. Si siempre, en su sentido último, las conductas de consenso y disenso son conductas de participación, ésta parece carecer de valor propio. Sin embargo, la democracia contemporánea –también la nuestra– provoca con inusitada intensidad la demanda social de participación activa. Es lo que también antes de ahora hemos procurado diseñar como la apertura o socialización del proceso político o del proceso de poder, consistente en facilitar y dar cada vez mayor intervención a un número también cada vez mayor de protagonistas con roles políticos activos en el proceso de las decisiones políticas. ¿Por qué y para qué? Porque es valioso que dentro del pluralismo social todos los que tienen interés en cuestiones que son objeto de decisiones políticas estén en condiciones de tomar parte en el proceso de su adopción, ejecución y control”<sup>3</sup>.*

Por lo tanto no se debe limitar la participación política a los partidos solamente puesto que sólo un porcentaje de ciudadanos se encuentran

<sup>2</sup> Sagüés, Néstor Pedro, 2001, “Elementos de derecho constitucional”, Tomo 1 – Editorial Astrea, Buenos Aires.

<sup>3</sup> Bidart Campos, Germán, 1983, “Los valores de la democracia argentina” – EUDEBA, Buenos Aires.

afiliados, a lo que debemos agregar el escepticismo y apatía de un gran sector de la ciudadanía hacia los mismos.

Ejemplo de ello, fue la composición que ha tenido el Senado en la constitución nacional de 1819, si bien se trata de un órgano de gobierno, de ello se trasunta la necesidad, ya en esos tiempos, de incluir en el ámbito político e institucional de toma de decisiones, a la mayor diversidad social posible. En dicha carta magna, rechazada ampliamente por los pueblos del interior, establecía para el senado de la Nación:

*"Art. 10: Formarán el Senado los Senadores de Provincia, cuyo número será igual al de las Provincias; tres senadores militares, cuya graduación no baje de Coronel Mayor; un Obispo, y tres Eclesiásticos; un Senador por cada Universidad; y el Director de Estado, concluido el tiempo de su Gobierno";* cabe aclarar que en esa época el grado de "Coronel Mayor" equivale al actual grado de General y el "Director de Estado" era el titular del Poder Ejecutivo de la Nación en esa constitución. También podemos apreciar una composición muy similar en el proyecto del convencional constituyente de 1949, Dr. Carlos Iburguren, en donde ideó un senado en el art. 66

*"compuesto de dos senadores de cada provincia que la representan como entidades políticas de la organización federal de la Nación, elegidos por sus Legislaturas a pluralidad de sufragios. Además estará integrado por treinta miembros en la proporción siguiente: doce representantes de las fuerzas organizadas del trabajo nacional; doce por las organizaciones agropecuarias, industriales y comerciales, y seis por las Academias y Universidades Nacionales. Esta representación de las fuerzas sociales y culturales y su forma de elección, será reglamentada por la ley."<sup>4</sup>*

---

<sup>4</sup> Iburguren Carlos, 1948, "La Reforma Constitucional" Ed. Valerio Abeledo - Buenos Aires.

Las instituciones deben ir por delante de las sociedades, encauzando justamente sus cambios y necesidades que van surgiendo, dotando de sustancia y sentido a lo formal, siendo uno el reflejo de lo otro. Las desviaciones y abusos del poder y sus consecuentes conflictos son más "difíciles" si todos los sectores de la comunidad se hallan bien representados, ya que participan de las decisiones quienes en gran parte sufrirán o gozarán de sus consecuencias.

En el perfeccionamiento de nuestras instituciones, algo realmente necesario, se debe tener en cuenta lo antedicho, pues en lo que a nuestra historia reciente respecta, la pretendida representación de los ciudadanos ha dado muestras ya de agotamiento producto de una creciente debilidad y de lo complejo de la realidad social que plantea nuevos desafíos, con esquemas anquilosados y estructuras teóricas que, a veces, sólo funcionan en el papel, ha resultado lo que sabiamente expresaba el estagirita "*de un bien falso, un mal verdadero*"<sup>5</sup>.

#### EL CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL

Para solucionar y tratar los problemas planteados *ut supra*, han surgido en nuestra historia órganos de tipo consultivo y/o asesores, que intentaron optimizar la toma de decisiones en el máximo nivel político.

El **Consejo de Estado**: Creado junto con el Directorio (primera figura de poder ejecutivo unipersonal) el 26 de enero de 1814 por la reforma al Estatuto del Supremo Poder Ejecutivo dado por la Asamblea Constituyente el 27 de febrero de 1813, en su artículo 7 prescribía:

*"La prudencia, sabiduría y acierto que deben presidir a todas las deliberaciones del Gobierno, y hacer la felicidad de las provincias de su mando, exigen la creación de un Consejo de Estado, cual por este decreto se establece compuesto de nueve vocales, incluso el Presidente y Secretario, facultándose al Supremo*

<sup>5</sup> Aristóteles, ob. cit.



*Director para que pueda nombrar por sí dos supernumerarios para el Consejo, siempre por las circunstancias lo halle (sic.) convenir al mayor servicio del Estado”, debiendo consultarlo el Director en cuestiones de paz, guerra y comercio exterior. Abolido por el Estatuto Provisional de 1815 (que posibilitó el Congreso General Constituyente de 1816 que declarararía la Independencia).*

**CONSEJO NACIONAL DE POSGUERRA:** Creado por Decreto 23.847/44, si bien es durante un gobierno *de facto*, se plantea amplios propósitos y certeros objetivos, y se le encarga tanto tareas de asesoramiento, relevamiento e investigación de la realidad social del País y sobretodo, el impacto que tendría en su economía el final de la Segunda Guerra Mundial. En sus considerandos, expresa que

*"mantiene su propósito inquebrantable de perfeccionar los conocimientos técnicos, aumentar el rendimiento, mejorar de modo efectivo las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, fomentar el progreso de la clase media, y estimular el capital privado en cuanto constituya un elemento activo de la producción y contribuya al bienestar general”.*

**CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL:** Creado por el decreto 2098/46, incorporado a la Secretaría Técnica de la presidencia, integrado por el Estado, obreros y empleadores.

**CONSEJO PARA EL PROYECTO NACIONAL ARGENTINO:** Órgano que iba a funcionar en el ámbito del poder ejecutivo, que asesoraría y colaboraría en la elaboración del Proyecto Nacional Argentino, el Presidente Juan D. Perón se refirió al mismo en su mensaje a la Asamblea Legislativa el 1 de mayo de 1974:

*"Quiero finalmente referirme a la PARTICIPACION dentro de nuestra democracia plena de justicia social. EL ciudadano como*

*tal se expresa a través de los partidos políticos, cuyo eficiente funcionamiento ha dado a este recinto su capacidad de elaborar historia. Pero también el hombre se expresa a través de su condición de trabajador, intelectual, empresario, militar, sacerdote, etc. Como tal, tiene que participar en otro tipo de recinto: el CONSEJO PARA EL PROYECTO NACIONAL que habremos de crear enfocando su tarea sólo hacia esa gran obra en la que todo el País tiene que empeñarse”.*

*Ningún partícipe de este CONSEJO ha de ser un emisario que vaya a exponer la posición del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad que no sea el grupo social al que represente”. Lamentablemente no se pudo implementar por la muerte del Presidente, sumado a factores políticos internos de público conocimiento.*

**PROYECTO DE LEY DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL:** Se ha presentado un proyecto de ley este año, expediente (S-405/16); consta de 7 artículos, estaría integrado por ministros del poder ejecutivo nacional, legisladores, representantes de los sindicatos, de las organizaciones no gubernamentales y del sector empresario. En su artículo 1 define su función de órgano consultivo; en el artículo 2 establece que será *“un ente público no estatal, con personería jurídica propia, plena capacidad y autonomía orgánica, funcional y financiera para el cumplimiento de sus fines”.*

#### Naturaleza Jurídica

El Consejo Económico y Social existe en numerosos países del mundo, generalmente a nivel nacional, en nuestro país numerosas provincias y ciudades lo han incorporado a su vida institucional, sólo para citar ejemplos, La Rioja (art. 167 Const. Pcial), Córdoba, Salta, Chaco, Corrientes, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rosario, etc, existiendo un Consejo Federal Económico y Social, donde se reúnen periódicamente representantes de dicho Consejo de todo el País. También las Naciones Unidas tiene su

Consejo y la Unión Europea lo denomina Comité Económico y Social. Como se puede apreciar, si bien, muchos de ellos han sido creados en la segunda mitad del siglo XX, es en el siglo XXI donde se muestra como una herramienta potencial y eficaz para el logro de la Paz Social.

Es evidente que la actual estructura institucional de la República Argentina no alcanza para comprender, y menos aún solucionar, las diversas y complejas urdimbres de intereses que existen en la sociedad, y la lógica tensión que se produce cuando hay pretensiones opuestas.

Ahora bien, ¿qué tipo de órgano sería el Consejo Económico y Social? Vendría a fusionar la participación y la representación política, pues por la primera, el grupo en cuestión se involucraría en las decisiones que le atañen o que se relacionen con sus intereses, y por la segunda, su rol socioeconómico se vería reflejado en un lugar concreto en el Estado.

El Consejo es una especie de órgano extra-poder, ya que éstos "se caracterizan por no injertarse en ninguno de los poderes clásicos. También se los podría visualizar como "mini-poderes", en razón de su autonomía, y teniendo en cuenta que normalmente ejercen competencias reducidas (comparadas con las de los poderes tradicionales), aunque puedan tener un gran valor político-institucional. Estos órganos responden a una característica del Estado contemporáneo: diversificación de funciones y multiplicación de estructuras, fenómeno llamado del "policentrismo" o "desconcentración"..."<sup>6</sup>. Debe ser visto realmente como la más excelsa herramienta política y socioeconómica, pues su composición requiere el concurso de absolutamente todos los actores sociales, y permite que por lo menos las decisiones políticas más delicadas gocen de un amplio respaldo que sin su contribución no se lograrían. Dependiendo del instrumento legal que lo organice, podrá tener sólo atribuciones consultivas o incluso facultades administrativas y reglamentarias como el de Holanda.

Si bien el trabajo del Consejo puede ser muy útil (su eficiencia dependerá mucho de la proporción de las representaciones y sus respectivas

<sup>6</sup> Sagüés Néstor Pedro, ob. cit.

atribuciones), el "poder político" de turno deberá tener una actitud receptiva y dócil respecto al mismo, ya sea, no propugnando tener un protagonismo excesivo en su seno (ya que para eso ya están los poderes restantes) y aceptando sus dictámenes, con la debida razonabilidad por supuesto.

Generalmente, y prácticamente todos los Consejos que se pueden analizar, tanto nacionales como extranjeros, tiene una presidencia y grupos o secciones; en algunos, la primera tiene un fuerte sesgo político (por ejemplo el de Córdoba, presidido por el gobernador o de Rosario por el Intendente), o lo designa el poder ejecutivo (como en el la ciudad de Buenos Aires, Salta) o es un representante sindical como en el Chaco. Estará dividido en secciones, que se relacionarán con el tipo de actividad, o directamente sus consejeros, que serán los máximos representantes de gremios, sindicatos, asociaciones profesionales, etc, reunidos en Asamblea emitirán sus dictámenes o informes. Para el quórum y la toma de decisiones se utilizan las mismas reglas de cualquier cuerpo deliberativo. Uno de los más avanzados es el de la ciudad de Buenos Aires (ley 3317), ya que otorga a la Asamblea (órgano de decisión y formación de la voluntad del Consejo -art.22) amplias atribuciones, como

*"crear Comisiones Asesoras, respetando la proporcionalidad y la presencia de los distintos grupos representados en el Consejo. Solicitar informes a las entidades públicas y privadas. Convocar a fin de que expresen opinión a grupos de actividad económica y social en el ámbito de la Ciudad, que no estén representados en el Consejo" (Art. 26)<sup>7</sup>.*

<sup>7</sup> <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley3317.html>

## Conclusiones

El Consejo Económico y Social sólo puede traer beneficios a la sociedad en la que actúa, puesto que institucionaliza la comunicación entre gran parte de la sociedad y el gobierno; contribuye a la estabilidad política y a la gobernabilidad; coadyuva al robustecimiento de la cultura política y ciudadana al no quedar, prácticamente ningún sector social relevante que sea ajeno a la marcha de la "cosa pública"; supliría los coyunturales y excepcionales "vacíos de poder" o en momentos críticos.

Es auspicioso que además de los sectores tradicionales, como representantes de los poderes ejecutivo, legislativo, sindicatos y patronales, se agreguen las Universidades, ya que su aporte es único, introduciendo a los estudiantes en la vida cívica a la que están llamados a servir una vez culminados sus estudios, sumándose sus docentes y graduados que harán su invaluable colaboración profesional, académica y científica.

Finalmente, se podrá contar gracias al Consejo, de actos de gobierno, que a pesar que tengan su ingrediente político y subjetivo, sea también el elemento técnico y objetivo inseparable de la tarea de gobierno.

## Bibliografía

- Aristóteles, 2003 "La Política", Ediciones Libertador, Buenos Aires
- Bidart Campos, Germán, 1983 "Los valores de la democracia argentina", EUDEBA, Buenos Aires.
- Figuerola, Francisco José, 1986, "Teoría de la democracia social", Ediciones De Palma, Buenos Aires.
- Herrera Enrique, 1972, "Los consejos económicos y sociales", Eudeba, Buenos Aires.
- Ibareguren Carlos, 1948, "La Reforma Constitucional" Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires.

□ Sagüés, Néstor Pedro, 2001, "Elementos de derecho constitucional", Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires.

□ Rosa José María, 1973, "Historia Argentina", Tomo 3, Editorial Oriente S.A., Buenos Aires.

□ <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley3317.html>

□ <http://cessalta.org.ar/autorides/>

□ <http://www.lecese.fr/>

□ <http://ceysrosario.org/>

□ <http://www.coneschaco.org.ar/>

### **Cita de este artículo:**

ASIS DASMAGO, F. J. (2016) "El Consejo Económico y Social: El órgano político del siglo XXI". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de octubre de 2016, Año 6, Vol. 2. pp. 75-86. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

## LA REFORMA INTEGRAL DE LA JUSTICIA PENAL DE LA RIOJA

### Gisela Flamini

Abogada. Diplomada en Derecho colectivo del Trabajo y la Seguridad Social. Estudiante Diplomada en Destrezas para el Ministerio Publico Fiscal. Adscripta en la Cátedra de Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional de La Rioja.

#### Palabras claves:

reforma, justicia, penal, derechos de la víctima, oralidad.

#### Key words:

reform, justice, criminal, victim rights, orality.

### Resumen

Desde la década de los 80 se observa en América Latina un movimiento reformador del Sistema Procesal Penal integral, esta corriente impregnada de necesidad ha alcanzado importantes cambios en algunos Países latinoamericanos e inclusive en varias provincias de nuestro país.

### Abstract

Since the 80s seen in Latin America, a comprehensive reform movement of the Criminal Procedure System, is steeped current need has made significant changes in some Latin American countries and even in several provinces of our country.

Desde la década de los 80´ que se vive en América Latina un movimiento reformador del Sistema Procesal Penal integral, esta corriente impregnada de necesidad ha logrado serios cambios en varios Países latinoamericanos e incluso en varias provincias de nuestro país.

Es en esta tendencia en la que se embelese nuestra Provincia con un proyecto de reforma integral al sistema de justicia penal. Comprendiendo además de un nuevo código procesal, un paquete de leyes complementarias que impactaran no solo en sistema de justicia criminal sino en la vida misma de los ciudadanos y de nuestra construcción social.

Este movimiento reformista utiliza los modelos acusatorios Europeo y Norteamericano sin perder de vista la idiosincrasia cultural de cada región. En efecto, para que la transformación al sistema fuera posible era necesario que la esencia cultural de cada pueblo latino fuera respetada, de ahí que, si bien se adoptaron los estándares de aquellos sistemas esto no fue óbice para sacrificar nuestra propia civilización, convirtiendo a esta corriente reformadora en un movimiento netamente latino, nuevo y de características propias.

A medida que este movimiento fue avanzando, permitiendo la concreción de reformas procesales en varios países de américa latina y en varias provincias de nuestro país, fue brindando ricos frutos en experiencia que sirven para anticipar errores y animar al resto en la cometida de los propios, siempre en aras de procurar un mejor sistema de justicia criminal.

El proyecto de reforma de La Rioja, se enmarca en una tipología de cuarta generación, ampliamente superadora y eficiente. Su loable intención consiste en desterrar el viejo Sistema Inquisitivo reemplazándolo por un nuevo Sistema Acusatorio de corte Adversarial.

Como nuestro actual sistema se enmarcó en una mixtura entre inquisitivo y acusatorio, aún guarda características del aquel viejo sistema colonial caracterizado por una organización jerárquica vertical cuyo protagonista es el juez que investiga y juzga -comprometiéndose su imparcialidad- concentrando todo el poder a cambio de una reducción máxima de los derechos del imputado, y sin otorgarle participación a la víctima la cual no es tenida en cuenta; todo en marco de un proceso repleto de trámites



innecesarios que demandan tiempo y recursos sin brindar resultados palpables a la sociedad.

El proyecto de reforma plantea la transmutación total de ese viejo esquema por uno respetuoso de las garantías, que al separar las funciones de investigación y decisión permita la verdadera imparcialidad del juzgador, y que entregue un espacio de respeto y participación a la víctima; todo en marco de un proceso donde el trámite sea reducido al mínimo necesario acortando los tiempos y utilizando de manera más eficiente los recursos en interés de otorgar una solución al conflicto y contribuir a la paz social.

Ahora bien, podemos identificar al menos nueve cambios sustanciales que la reforma conlleva y que de seguro transformarían tanto el sistema de justicia criminal como la vida y tarea de todos sus intervinientes –abogados, operadores, jueces, fiscales, víctimas, etc.- e incluso, a la sociedad riojana. Podemos decir que estos cambios son:

1. Traspaso de un sistema mixto a un sistema acusatorio de corte adversarial.

Uno de los principales objetivos de la reforma es enterrar por siempre el viejo sistema procesal penal mixto actualmente vigente, cuya directriz reside en la mezcla de caracteres del viejo sistema inquisitivo y el sistema acusatorio. En efecto, actualmente contamos con una instrucción sumaria escrita, excesivamente formal, con un juez de instrucción que no solo juzga sino que además investiga comprometiendo su imparcialidad, y que hacen que el tiempo que demanda la investigación supere ampliamente lo que se considera como plazo razonable convirtiendo la solución del conflicto en un objetivo prácticamente inalcanzable o que por el tiempo en el que adviene, carece de sentido.

El nuevo sistema no solo plantea un procedimiento acusatorio oral, público y contradictorio sino que además introduce el corte Adversarial permitiendo mecanismos alternativos de solución de conflictos, reduciendo el tiempo a lo exclusivamente razonable,

haciendo un uso más eficiente de los recursos buscando un sistema de justicia criminal que brinde respuestas palpables a la sociedad.

### 1. Rol protagónico del Ministerio Público Fiscal.

Como parte del cambio al nuevo sistema, el antiquísimo juez de instrucción que investiga es reemplazado por un Juez de Garantías que se encarga únicamente de lo que le compete: juzgar y controlar el debido respeto de las garantías constitucionales. Mientras que el encargado de llevar adelante la investigación será el Ministerio Público Fiscal, quien además será el encargado de fijar las políticas de persecución penal y procurar la solución del conflicto primario surgido como consecuencia del hecho, atendiendo a la paz social y de aplicar criterios de oportunidad.

### 2. Participación y Derechos de la Víctima.

La víctima pasará a ser el centro de atención, procurando un debido y amplio resguardo de sus derechos a través de una participación concreta, más allá de su simple constitución como querrelante. Será el Ministerio Público quien deberá garantizarle sus derechos a ser oída, a recibir asistencia, ayuda, información y participación.

### 3. Desformalización y fin de la era del expediente.

El proyecto plantea la erradicación total del viejo expediente escrito caracterizado por su excesivo ritual. Actualmente, el expediente está repleto de constancias y formalidades innecesarias que no solo demoran la investigación sino que la entorpecen, además de que significan un absurdo derroche de recursos materiales y esfuerzos humanos en cuestiones superfluas.

Este expediente será reemplazado por un Legajo Fiscal "mínimo" que solo registrara información inescindible de la causa.

#### 4. Celeridad.

En parte vinculado con lo anterior, el nuevo proceso penal reduce significativamente los plazos de investigación y juicio. Disponiendo un plazo máximo de dos años desde la formulación de cargo hasta el dictado de la sentencia firme.

El cumplimiento de este plazo está asegurado mediante clausula expresa prevista en el Código, atribuyendo al Fiscal la responsabilidad de respetar los plazos fijados bajo amenaza de incurrir en una falta grave.

#### 5. Oralidad como método.

La formalidad del expediente escrito es reemplazada por la desformalización y la celeridad del proceso es garantizada por la metodología de audiencias orales en todas sus instancias, tanto en la etapa de investigación como de juicio. Todas las decisiones serán adoptadas mediante sistema de audiencias orales y públicas, con intervención indelegable del juez de garantía que las adopta previo contradictorio de las partes.

Se respetan de este modo varios principios procesales, hoy en día vulnerados con el sistema mixto, tales como la inmediación y la imparcialidad.

#### 6. Privación de la libertad como última ratio.

El imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante todo el tiempo que dure el proceso, la privación de su libertad es el último recurso que debe solicitar el fiscal al juez de garantías fundado únicamente en que exista un peligro real de fuga u obstaculización del proceso.

La prisión preventiva debe ser solicitada por el fiscal en una audiencia, debidamente fundada y justificada mediante prueba que avale la existencia de alguno de esos dos supuestos. Debe ser solicitada por un tiempo determinado (no superior a 3 meses

prorrogable por igual término) y no podrá extenderse por más de dos años.

#### 7. Respeto por la Diversidad Cultural.

El Ministerio Fiscal deberá respetar la cultura de los pueblos indígenas, no pudiendo iniciar persecución pública cuando el hecho este siendo juzgado o lo hubiera sido por autoridades indígenas y siempre que el delito afecte bienes jurídicos propios de esa comunidad y no viole derechos humanos fundamentales.

#### 8. Nueva organización judicial y división de funciones.

La estructura organizativa de la nueva Función Judicial quedaría conformada por: un Tribunal Superior de Justicia, un Tribunal de Impugnación, un Colegio de Jueces, Tribunales de Jurados y Jueces de Ejecución Penal.

El colegio de jueces tendrá su cargo las funciones del tribunal de juicio, de garantías y de revisión ordinaria.

El colegio de jueces no desarrollara ninguna función de índole administrativa, las cuales estarán reservadas a una Oficina Judicial, dependiente del Tribunal Superior, que tendrá como función primordial la administración de los recursos, designación de los jueces de cada caso, comunicaciones, emplazamientos, custodia de objetos secuestrados, registros, estadísticas, dirección del personal, información a las partes, colaborar con todos los trabajos materiales y la organización de las audiencias.

Esto significa un gran avance en la estructura organizativa permitiendo que los jueces se dediquen exclusivamente a su verdadera decisión de control y decisión, mientras que este nuevo órgano se encarga de cuestiones formales y organizativas.

#### 9. Modernización tecnológica, integración y Cooperación interinstitucional.

El proyecto prevé una digitalización de todo el sistema de registro accesible para toda las partes intervinientes. Este registro informático de datos y pasos procesales de cada tramite permitirá la confección anual de estadísticas, que no solo brindarán información de los resultados del nuevo proceso sino que permitirá evidenciar las deficiencias y errores para contribuir en su mejora.

Asimismo, prevé la confección de Convenios marco de Cooperación interna en el sistema judicial y externa con otras instituciones, para agilizar la adquisición de información, mejorar la toma de decisiones, colaborar con la capacitación del personal, así como unificar objetivos de políticas públicas y armonizar las relaciones interinstitucionales.

Ahora que nos encontramos palpitando la reforma, debemos admitir que no será tarea fácil cambiar años de tradición inquisitiva y sus prácticas convertidas en dogmas. La consciencia nos impone este reconocimiento de su dificultad devengada de la resistencia al cambio vigente en todos los órdenes sociales.

Pero a pesar de los años que demandó concretar este sueño, el ánimo permanece intacto. Conforme las breves descripciones transcriptas, podemos asegurar que el Proyecto de Reforma Procesal Penal para La Rioja es ampliamente superador y promete transformar la Justicia Penal de nuestra provincia.

#### **Cita de este artículo:**

FLAMINI, G. (2016) "La reforma integral de la justicia penal de La Rioja". *Revista IN IURE [en línea]* 15 de octubre de 2016, Año 6, Vol. 2. pp. 87.93. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

**SENTENCIA EQUIPARABLE A DEFINITIVA. DAÑO AMBIENTAL -  
MEDIO AMBIENTE ACCIÓN DE AMPARO. DERECHOS  
FUNDAMENTALES – JUECES. – PREVENCIÓN - DAÑO FUTURO.  
MEDIO AMBIENTE - SENTENCIA ARBITRARIA.**

Descripción del Caso:

Si bien a efectos de habilitar la instancia extraordinaria el recurso debe dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, calidad de la que carecen -en principio- las que rechazan la acción de amparo; dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria y ello no obsta para admitir la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior.

Es formalmente admisible el recurso extraordinario si de las constancias de la causa, especialmente de la resolución 35/09 de la secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, se desprende que la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

Es descalificable la sentencia que al rechazar la vía casatoria por ausencia de sentencia definitiva no advirtió que la actora alegó que la legislación vigente solo faculta a la autoridad administrativa para aprobar o rechazar el Informe de Impacto Ambiental presentado por

las empresas responsables, pero no para aprobarlo condicionalmente, como lo hizo la provincia demandada.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió el análisis de normas aplicables al caso que, por un lado, exigen la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras, y, por el otro, al disponer en forma expresa que la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, se limitan a conferirle facultades regladas en este aspecto, que no incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional.

Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que tiene por objeto una efectiva protección de derecho más que una ordenación o resguardo de competencias y los jueces deben buscar 6 Corte Suprema de Justicia de la Nación soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales. DAÑO AMBIENTAL - MEDIO AMBIENTE - JUECES En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, pongan el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador.

En cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro y, en ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de

análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana.

La decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la resolución de la Secretaría de Minería de la provincia -en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada- era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño eminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

**CORTE SUPREMA Buenos Aires, 2 de marzo de 2016. Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y Otros s/ Acción de amparo Fecha: 02/03/2016 SENTENCIA DEFINITIVA- ACCIÓN DE AMPARO -**

Buenos Aires, 2 de marzo de 2016. Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", para decidir sobre su procedencia. Considerando: 1º) Que un grupo de vecinos domiciliados en el municipio de Andalgalá, Provincia de Catamarca, dedujo acción de amparo contra la mencionada provincia, la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc. y el citado municipio, con el objeto de obtener la suspensión de todo trabajo de instalación, transporte, construcción o preparación destinado a la explotación de las Minas de Agua Rica, ubicadas en los nevados del Aconquija, así como el cese definitivo de AMBIENTE 7 dicho emprendimiento, por lesionar los derechos a un medio ambiente sano y equilibrado, a la salud, a la vida, a la integridad física y a la propiedad de los accionantes y de todos los habitantes de la región. Asimismo planteó



la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, resolución u ordenanza que fuera fundamento de la autorización para el emprendimiento citado (fs. 2/23 de los autos principales). Concretamente, solicitó la declaración de nulidad de la resolución 35/09 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, mediante la cual se emitió la Declaración de Impacto Ambiental en forma condicionada. La parte actora señaló que el enclave del proyecto tiene una importancia vital, toda vez que allí se encuentran las fuentes de numerosos cursos de agua que irrigan los territorios más bajos, y que aportan su caudal para la supervivencia de la ciudad de Andalgalá y de los pueblos cercanos, así como para las actividades agrícolas que se desarrollan en la región. Afirmó que, además de los cursos de agua comprendidos dentro del área de minas del proyecto, la explotación prevé utilizar aguas subterráneas, de modo que tanto el uso de este tipo de aguas como el de las superficiales se verán afectadas, ya sea por el empleo de un volumen masivo de agua para la explotación como por la generación de desechos contaminantes, lixiviados y posibles filtraciones. Alegó que la metodología de la explotación implica la detonación diaria de toneladas de explosivos, así como el triturado de roca, con el consiguiente impacto derivado de las vibraciones, el ruido y la dispersión de partículas en la atmósfera, afectando la calidad del aire y llevando la contaminación atmosférica –por acción de los vientos– a una extensa área superficial. Explicó que el proyecto aludido responde a un modelo de “megaexplotación metalífera de fuerte impacto”, pues se desarrolla como método extractivo destinado a apropiarse de minerales remanentes ubicados en distintos puntos del planeta en un estado de diseminación y en partículas dispersas en las rocas montañosas, por lo cual es imposible extraerlos por los medios tradicionales. Afirmó que las autoridades municipales de Andalgalá encomendaron a la Universidad Nacional de Tucumán la realización de un “Análisis del

informe de impacto ambiental de la Mina Agua Rica”, el que fue confeccionado en 2008. Según indicaron, de ese informe pueden extraerse las siguientes conclusiones: a) el proyecto genera riesgo de avalanchas, derrumbes o deslizamientos que pueden afectar la ciudad de Andalgalá, dado que el área de mina presenta una topografía escarpada en la cabecera de cuenca del Río Andalgalá y que hay disponibilidad de sedimentos, lluvias y posibles sismos; b) la escombrera que se prevé utilizar (de Melcho) no reúne las condiciones de seguridad suficientes para este tipo de eventos catastróficos; c) en el mediano o largo plazo puede ocurrir la migración de lixiviados y un avance progresivo de la pluma de contaminación hacia los niveles de acuíferos subterráneos, con contaminación no remediable; d) el emplazamiento elegido para la escombrera y cola en el Valle de Cazadero permitirá la filtración de agua de escurrimiento superficial y no superficial hacia las colas y en la presa de salida la filtración de agua ácida y lixiviados de metales en la posición de cierre y 8 Corte Suprema de Justicia de la Nación hacia el Campo Arenal, con peligro de filtraciones laterales y en el subsuelo; e) el plazo de monitoreo posterior al cierre de la mina previsto en el proyecto es breve dado que las colas dejarán un pasivo ambiental que quedará por generaciones; f) existe riesgo de que la pluma de contaminación afecte en el futuro mediano las aguas subterráneas del Campo Arenal; g) la extracción de aguas subterráneas en Campo Arenal provocará un importante impacto en su disponibilidad incidiendo en la accesibilidad al recurso en el área por un período de varios cientos de años; h) en distintas etapas del proyecto se prevén concentraciones de diversos elementos contaminantes en el agua superficial que superan la media de la línea de base y los valores guía de la legislación argentina; i) la calidad del agua subterránea en el Campo Arenal se verá afectada por el drenaje ácido de roca y lixiviación de metales de la roca estéril y de las colas

secas, efectos que se pueden extender a los recursos acuáticos y a la vida silvestre; j) la ejecución del proyecto producirá también afectación del aire, ruidos y vibraciones en el área durante 25 o 30 años, y tendrá un impacto visual que afectará el valor paisajístico de la zona. Agregó que la propia Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca advirtió la existencia de estos problemas al aprobar, por la resolución 35/09, el Informe de Impacto Ambiental presentado por la sociedad Minera Agua Rica LLC. Al respecto, sostuvo que dicho acto es ilegítimo, pues la normativa aplicable (arts. 251, 254 y concordantes del Código de Minería y 41 de la Constitución Nacional) no prevé la posibilidad de que se apruebe el Informe de Impacto Ambiental bajo la condición de que, en forma previa a iniciar los trabajos, la empresa minera resuelva las objeciones y observaciones formuladas por la autoridad administrativa. Indicó, asimismo, que la mencionada resolución fue impugnada por “vecinos” que plantearon su nulidad en sede administrativa. Por último, advirtió la grave afectación a la salud que el desarrollo de un nuevo emprendimiento minero ubicado en las cercanías del municipio de Andalgalá traería aparejado a la comunidad. En ese sentido, destacó que en los últimos cinco años, profesionales médicos locales asociaron el incremento de diversas enfermedades –entre ellas cáncer, enfermedades respiratorias y esclerosis múltiple– con la explotación minera a cielo abierto. 2º) Que el Juzgado de Control de Garantías –2ª circunscripción judicial– de la Provincia de Catamarca declaró formalmente admisible la acción de amparo deducida por los actores y requirió la presentación de informes circunstanciados a distintos organismos del Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca, como la Secretaría de Estado de Minería, el Ministerio de Salud y la Secretaría de Ambiente; así como al Poder Legislativo local, a la empresa Agua Rica y a la Municipalidad de Andalgalá (fs. 70/75). Con posterioridad, el magistrado resolvió

declarar la inadmisibilidad de la acción con fundamento en la necesidad de mayor debate y prueba para la dilucidación del objeto discutido (fs. 388/411). Dicha decisión fue confirmada por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación, AMBIENTE 9 que sostuvo que la materia debatida merece ser tratada “en otra acción que habilite una mayor amplitud probatoria...” y que en el caso existían “previas vías paralelas administrativas pendientes...” (fs. 572/576). Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso recurso de casación ante la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, el que fue declarado inadmisibile por no cumplir con el requisito de sentencia definitiva exigido por la ley procesal local. Para así decidir, el Superior Tribunal señaló que tanto la sentencia de primera instancia como la de la Cámara de Apelaciones se circunscribieron a resolver sobre la viabilidad formal del amparo, llegando a la conclusión que la cuestión sometida a decisión no es susceptible de resolverse mediante la acción intentada. Disconforme con tal decisión, la actora interpuso recurso extraordinario federal (fs. 21/42 del expediente 44/2012 del registro de la Corte de Justicia provincial), cuya denegación dio origen a la queja bajo examen. 3º) Que la apelante señala, en primer lugar, que la sentencia recurrida es equiparable a definitiva en tanto le ocasiona un perjuicio de tardía o muy dificultosa reparación ulterior, dado que mantiene en pie la amenaza de la instalación del emprendimiento destinado a la explotación minera, aprobado de manera irregular por la autoridad provincial. Afirma, concretamente, que la demandada comenzó la ejecución de obras y que existe peligro de daño ambiental inminente para el pueblo de Andalgala. En segundo lugar, asevera que el pronunciamiento recurrido es arbitrario –entre otros fundamentos y en lo que resulta pertinente señalar para la resolución del caso sub examine– porque omite considerar planteos conducentes, como la ilegítima aprobación del “Informe de Impacto

Ambiental” presentado por la demandada para la fase de explotación del proyecto que se hizo en forma condicional y sin participación ciudadana. 4º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues, si bien es cierto que a efectos de habilitar la instancia extraordinaria aquel debe dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, calidad de la que carecen –en principio– las que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria (Fallos: 311:1357; 330:4606), esta Corte ha sostenido que ello no obsta para admitir la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (Fallos: 320:1789; 322:3008; 326:3180). En el caso, concurren las circunstancias excepcionales que permiten superar dicho óbice formal, pues de las constancias de la causa, especialmente, de la resolución 35/09 de la Secretaría de Estado de Minería de la Provincia de Catamarca, se desprende que la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. En efecto, de la resolución mencionada –por la cual se aprobó el Informe de Impacto Ambiental presentado por la Minera Agua Rica LLC para la etapa de ex- 10 Corte Suprema de Justicia de la Nación plotación del proyecto en carácter de Declaración de Impacto Ambiental– surge que la provincia demandada admitió la existencia de problemas ambientales que la empresa debía solucionar antes del inicio de los trabajos, tanto respecto del área de mina Andalgalá, como del área de proceso Campo Arenal (ver copia de la resolución en el expediente III.10.I del registro de la Cámara de Apelaciones en lo Penal y Exhortos). 5º) Que, asimismo, corresponde habilitar el remedio federal pues se verifica una excepción a la regla dispuesta por esta Corte según la cual los pronunciamientos por los que los superiores tribunales provinciales deciden acerca de los recursos de orden local no son, en

principio, susceptibles de revisión por medio de la apelación federal por revestir carácter netamente procesal. En tal sentido, procede la excepción cuando lo resuelto por los órganos de justicia locales no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa (Fallos: 330:4930 y 333:1273), o se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que lesiona garantías constitucionales (Fallos: 322:702; 329:5556; 330:2836). En el caso, el superior tribunal local, al rechazar la vía casatoria por ausencia de sentencia definitiva, omitió dar respuesta a planteos de los actores conducentes para la solución del caso, tendientes a demostrar que la acción de amparo era la vía adecuada para cuestionar la resolución 35/09. Concretamente, y a lo que al caso interesa, no consideró que la elección de dicha vía, como remedio judicial expeditivo, se fundó en los daños inminentes al medio ambiente que puede provocar la aprobación del "Informe de Impacto Ambiental" presentado por la Minera Agua Rica LLC mediante la resolución 35/09, sin haberse salvado en forma previa las objeciones señaladas en el mismo acto por la autoridad de aplicación. En ese sentido, el tribunal a quo debió advertir que la actora alegó que la legislación vigente solo faculta a la autoridad administrativa para aprobar o rechazar el Informe de Impacto Ambiental presentado por las empresas responsables, mas no para aprobarlo condicionalmente, como lo hizo la provincia demandada, así como el invocado inicio de la actividad de explotación por parte de la empresa Minera Agua Rica LLC. 6º) Que, en este sentido, el superior tribunal provincial omitió el análisis de normas aplicables al caso que, por un lado, exigen la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras; y por el otro, al disponer en forma expresa que la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, se limitan a conferirle facultades regladas en este aspecto, que no

incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional. Concretamente, no tuvo en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en la ley 25.675, "(t)oda obra o actividad que, en el territorio de la Nación sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución" (art. 11) y que, según di- AMBIENTE 11 cha norma, es deber de las autoridades competentes "...emitir una declaración de impacto ambiental en la que se manifieste la aprobación o rechazo de los estudios presentados" (art. 12). Tampoco consideró el superior tribunal local que, en similar sentido, el Código de Minería establece que los responsables de las actividades mineras "deberán presentar ante la autoridad de aplicación, y antes del inicio de cualquier actividad especificada en el Artículo 249, un Informe de Impacto Ambiental..." (art. 251). Asimismo, dispone que "(l)a autoridad de aplicación se expedirá aprobando o rechazando en forma expresa el Informe de Impacto Ambiental en un plazo no mayor de sesenta (60) días hábiles desde que el interesado lo presente" (art. 254). Finalmente, estipula que "(s)i mediante decisión fundada se estimare insuficiente el contenido del Informe de Impacto Ambiental, el responsable podrá efectuar una nueva presentación dentro de un plazo de treinta (30) días hábiles de notificado (...) La autoridad de aplicación en el término de treinta (30) días hábiles se expedirá aprobando o rechazando el informe en forma expresa" (art. 255). 7º) Que cabe recordar que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que la citada institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339 y 2711; 321:2823;



325:1744; 329:899 y 4741). En ese sentido, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros). En tal contexto, no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos: 329:3493). 8º) Que, asimismo, es importante señalar que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (Fallos: 329:2316). En ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana. 9º) Que, en tales condiciones, la decisión de la Corte local de no considerar los fundamentos de la actora tendientes a demostrar que la resolución 35/09 –en cuanto aprobó el Informe de Impacto Ambiental en forma condicionada– era manifiestamente ilegal y arbitraria y que, en consecuencia, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente, no constituye un acto jurisdiccional válido con arreglo 12 Corte Suprema de Justicia de la Nación a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, por lo que corresponde su descalificación (Fallos: 325:1744). Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se deja



sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese y remítase. Ricardo Luis Lorenzetti — Elena I. Highton de Nolasco — Juan Carlos Maqueda.

**COMPETENCIA - FALTA DE INVESTIGACIÓN - CUESTIONES DE  
COMPETENCIA. FAUNA - INTERNET - PROTECCIÓN DE LA FAUNA  
- FALTA DE INVESTIGACIÓN - COMPETENCIA FEDERAL**

Descripción del Caso:

La declaración de incompetencia debe hallarse precedida de una adecuada investigación, tendiente a determinar concretamente en qué figura delictiva encuadra el hecho denunciado -para lo cual debe contener la individualización de aquéllos sobre los cuales versa y las calificaciones que le pueden ser atribuidas-, pues solo respecto de un delito concreto cabe analizar la facultad de investigación de uno u otro juez.

Corresponde que la justicia federal -y no la provincial- continúe conociendo en la denuncia formulada a raíz de la actividad de un operador cinegético sin licencia para organizar tours de cacería y sin registro en el RENAR que, mediante una página web, habría ofrecido la caza de distintas especies protegidas, si el caso presentaría otras hipótesis de delitos federales y las investigaciones criminales deben abarcar la totalidad de las implicancias y consecuencias de la conducta denunciada y no acotarlas al análisis de un único tipo penal.

**CORTE SUPREMA Buenos Aires, 23 de febrero de 2016. FAUNA  
SILVESTRE U.F.I.M.A. s/ denuncia Fecha: 23/02/2016**

Buenos Aires, 23 de febrero de 2016. Autos y Vistos; Considerando:  
1º) Que la presente contienda negativa de competencia producida entre el Juzgado Federal nº 1 y el Juzgado de Garantías nº 2, ambos de la localidad de Azul, Provincia de Buenos Aires, se originó a raíz de la denuncia efectuada por el titular de la Unidad Fiscal de

Investigaciones en Materia Ambiental (U.F.I.M.A.) por la presunta infracción al art. 25 de la ley nacional 22.421 de conservación de la fauna silvestre. Según consta en autos, el señor Sergio José Franchini –quien actuaría como operador cinegético sin licencia para organizar tours de cacería y sin estar registrado ante el RENAR– habría ofrecido a través de una página web la caza de distintas especies protegidas de la fauna silvestre por medio de un coto de caza ubicado en la localidad de Tandil. AMBIENTE 37 De las actuaciones surge que se habría ofrecido la caza de los siguientes ejemplares de la fauna silvestre: palomas, ciervos colorados, pumas, jabalíes, ciervos axis, búfalos, antílopes y cauquenes –entre otros–. Asimismo, se habría determinado que Franchini sería parte de una empresa internacional con sede en Italia denominada “Caccia”, la cual organizaría tours de caza en la Argentina. 2º) Que el juez federal de Azul declinó su competencia al Juzgado de Garantías n° 2 de dicha localidad con fundamento en la doctrina de esta Corte que sostiene que la ley de protección y conservación de la fauna silvestre, en materia de delitos, no estableció la jurisdicción federal. El magistrado de garantías rechazó esa atribución por prematura, al considerar que aún no se habían precisado los hechos y su correspondiente encuadre en una figura penal determinada. Finalmente, el señor Procurador Fiscal se remitió a los fundamentos y conclusiones del precedente Competencia CSJ 431/2013 (49-C)/CS1 “Fothy, Esteban Andrés (www.argentinasaferis.com) s/ pta. Inf. Ley 22.421”, del 27 de noviembre de 2014. 3º) Que el planteo de competencia resulta prematuro ante la falta de una investigación previa que precise mínimamente la existencia de algún delito. En tal sentido, tiene resuelto el Tribunal que la declaración de incompetencia debe hallarse precedida de una adecuada investigación, tendiente a determinar concretamente en qué figura delictiva encuadra el hecho denunciado (las declaraciones de incompetencia deben contener la

individualización de los hechos sobre los cuales versa y las calificaciones que le pueden ser atribuidas) pues solo respecto de un delito concreto cabe analizar la facultad de investigación de uno u otro juez, circunstancia que no se presenta en autos (Fallos: 303:634 y 1531; 304:1656; 305:435; 306:830, 1272 y 1997; 307:206 y 1145; 308:275; 317:486; entre otros). En segundo término, se debe reparar –si fuera una decisión circunscripta únicamente a la ley 22.421– que se desconocería cuáles serían las especies ofrecidas más allá de las que se exhiben en la página web; estas últimas protegidas a nivel nacional por la mencionada ley de fauna y a nivel internacional por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES). Tampoco se sabe si los animales podrían ser capturados en otras provincias, ya que –según la información de la Administración de Parques Nacionales<sup>1</sup>– el ciervo colorado habitaría en las provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego, mientras que el ciervo axis viviría en Entre Ríos, el antílope en Neuquén, el jabalí en las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Río Negro y San Luis, el puma en todas las provincias del país, con excepción de la Provincia de Tierra del Fuego y el cauquén en las provincias de Buenos Aires, Chubut, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego. 1 [www.sib.gov.ar/APN](http://www.sib.gov.ar/APN) 38 Corte Suprema de Justicia de la Nación En este sentido, hay que mencionar que el art. 1º de la ley 22.421 declara de interés público la fauna que habita en el territorio de la República Argentina. Además, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), reconoce que la “fauna silvestre”, en sus variadas formas, constituye “un elemento irremplazable en los sistemas naturales de la tierra, tiene que ser protegida por esta generación y las venideras”. Y establece que la cooperación internacional es esencial para la

protección de ciertas especies de la misma “contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional”. Que en dicha convención, aprobada por ley 22.344 (decreto reglamentario 522/1997), las especies se encuentran incluidas en listados, denominados “Apéndices I, II y III”, según su grado de amenaza. En ese sentido, se destaca que los ejemplares de la fauna silvestre referidos anteriormente están incluidos en dichos apéndices de CITES. 4º) Que en el precedente Competencia CSJ 431/2013 (49-C)/CS1 “Fothy, Esteban Andrés (www.argentinasaferis.com) s/ pta. Inf. Ley 22.421”, del 27 de noviembre de 2014, el señor Procurador Fiscal manifestó, en cuanto a las conductas presuntamente ilícitas cometidas respecto de los restantes animales silvestres que eran objeto de la contienda, que resultarían inescindibles de aquellas que se habrían perpetrado con relación a los cauquenes. En consecuencia, entendió que las conductas debían ser investigadas y juzgadas en el fuero federal. En tal sentido, citó el fallo Competencia CSJ 185/2012 (48-C)/CS1 “Del Campo, Mario Eduardo y Del Campo, Enrique s/ pta. acopio de armas y municiones”, resuelta el 13 de noviembre de 2012. En lo que se refiere al cauquén, el Estado Nacional ha manifestado un gran interés en su protección y preservación, al punto tal que su caza y captura se encuentra prohibida en todo el territorio del país. 5º) Que adicionalmente, el caso presentaría otras hipótesis de delitos federales, principalmente relacionadas con las siguientes circunstancias: El fiscal federal a cargo de la Unidad Fiscal de Investigación de Armas y Explosivos –RENAR– denunció a Sergio José Franchini por el delito de portación ilegítima de armas de fuego. Debe repararse que esta denuncia se efectuó ante el juez federal con competencia en Tandil, Provincia de Buenos Aires y podría ser conexa con la realizada por el titular de la U.F.I.M.A., ya que en ambas se investiga a Franchini por las posibles actividades ilícitas desarrolladas en el domicilio de la Av. Colón 908, 1º piso de la localidad señalada

anteriormente. También, surgiría que Franchini sería parte de una empresa internacional con sede en Italia denominada "Caccia", la cual organizaría tours de caza en la Argentina. Por lo que se debería establecer si se exportaron o podrían exportarse clandestinamente productos y subproductos provenientes de la caza furtiva, AMBIENTE 39 vulnerando los controles aduaneros; supuesto que habilitaría la intervención del fuero Penal Económico. Finalmente, el señor Sergio José Franchini no está inscripto ni habilitado en los organismos nacionales respectivos, requisito indispensable para que la actividad desarrollada en el presunto coto de caza sea legal. 6º) Que las investigaciones criminales deben abarcar la totalidad de las implicancias y consecuencias de la conducta denunciada y no acotarlas al análisis de un único tipo penal. Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que deberá entender en la causa en la que se originó la presente cuestión de competencia el Juzgado Federal nº 1 de Azul, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirá. Hágase saber al Juzgado de Garantías nº 2 de la localidad bonaerense mencionada. Ricardo Luis Lorenzetti — Elena I. Highton de Nolasco — Juan Carlos Maqueda. N.N. s/ infracción ley 22.421 Fecha: 23/02/2016 PROTECCIÓN DE LA FAUNA – FALTA DE INVEST