

PENSAR EN DERECHO N°13



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

NRO. 13 AÑO 5

Comité editorial

Guido Barbarosch
Ivana Bloch
María Victoria Famá
Gisela Makowski
Juan Pablo Mugnolo
Alberto A. Spota
Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese
Susana Cayuso
Raúl Etcheverry
Fernando García Pullés
Carlos Ghersi
Adrián Goldin
Martín Krause
Delia Lipszyc
Luis Niño
Renato Rabbi Baldi



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2018

© 2018 Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Vicedecano: *Dr. Marcelo Gebhardt*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Leila Devia
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Luis Niño
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Alfredo Vítolo

Consejeros suplentes

Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary Beloff
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Juan Pablo Mugnolo
Prof. Carlos Clerc
Prof. Silvina González Napolitano
Prof. Graciela Medina
Prof. Alejandro Argento

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Martínez
Ab. Silvia Bianco
Ab. Pablo Yannibelli
Ab. Fernando Muriel

Consejeros suplentes

Ab. Elisa Romano
Ab. Gisela Candarle
Ab. Aldo C. Gallotti
Ab. Lisandro M. Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Joaquín Santos
Catalina Cancela
Víctor Dekker
Juan Alfonsín

Consejeros suplentes

Facundo Corrado
Silvia Bordón
Eliana Gramajo
Juan Francisco Petrillo

Representante No Docente

Sra. Lorena Castaño

Secretarios

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*
Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: *Ab. Marcelo Haissiner*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas G. Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario Técnico en Administración: *Ab. Daniel Díaz*
Subsecretario de Planeamiento Educativo: *Dra. Noemí Goldsztern de Rempel*

Índice

Dossier “Imputado colaborador”

Arrepentidos y justicia penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la Inquisición del nuevo milenio? 9
Maximiliano Rusconi

Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido” 19
Fernando Díaz Cantón

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal 33
Ángela Ester Ledesma

Panorama de la libertad de expresión y autonomía personal en el sistema nacional y regional 93
Tomás Arceo

El desafío del cambio económico: la economía circular y su excepción en las diferentes legislaciones y en la normativa voluntaria 129
Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli

La protección de la vivienda familiar en el régimen legal de las Uniones Convivenciales 183
Sebastián Ignacio Fortuna

El delito de estafa procesal y sus problemas concursales según la jurisprudencia	227
<i>Leandro Ezequiel Fusco</i>	

Dossier
Imputado colaborador

Arrepentidos y justicia penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la Inquisición del nuevo milenio?

*Maximiliano Rusconi**

Resumen

El trabajo pretende poner en crisis el instituto del arrepentido como herramienta posible de la lucha contra la criminalidad en el Estado de Derecho. Las críticas nacen en la consideración de las reglas de valoración probatoria, la estructura ética que sostiene la figura y las dudosas consecuencias político-criminales del uso indiscriminado de este tipo de caminos procesales.

Palabras clave: arrepentido, inquisición, verdad, delincuencia organizada, prisión preventiva.

* Doctor en Derecho (UBA). Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Profesor visitante (2012/2013) de la Universidad Autónoma de Madrid. Exfiscal general de la Procuración General de la Nación. Exsubdirector del Departamento de Derecho Penal (UBA). Miembro del Consejo Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Exmiembro de la Misión de las Naciones Unidas para la protección de los DDHH (MINUGUA). Miembro fundador e investigador permanente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de la República Argentina. Codirector del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de la Provincia de Neuquén. Miembro del Consejo Académico del Boletín del Grupo Latinoamericano de Investigación del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August Universität Göttingen, bajo la Dirección del Prof. Dr. Kai Ambos. Director académico del campus virtual de la Asociación Pensamiento Penal, exsubdirector del Departamento de Penal, Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; marusconi@gmail.com.

Witness Crown and Criminal Justice: New Ways to Fight Organized Criminality or the Inquisition of the new Millennium?

Abstract

This paper intends to put in question the Institute of Witness Crown as a possible tool of fight criminality in the rule of law. The objections arise from the consideration of rules as probation, the ethical structure that holds the figure and the dubious criminal political consequences of the indiscriminate use of this type of procedural paths.

Keywords: Witness Crown, Inquisition, Truth, Organized Crime, Preventive Prison.

I. El entorno político-criminal

Las preocupaciones universales por la eficacia de la prevención y de la sanción posfacto de los ilícitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio del poder que no son nuevas, son posiblemente muy desiguales y pertenecen a las políticas públicas cuya corrección se ha transformado es un axioma ético que habla de todos nosotros por sí mismo y de modo absoluto.¹

En las últimas épocas se vive, por lo menos en nuestra cultura occidental, cierta voracidad que hace que todo aquello que pueda verse como una contribución a la profundización de lo “políticamente correcto” automáticamente es colocado como algo virtuoso, que debe ser asumido como un instrumento indispensable y que, teniendo en cuenta los objetivos de primer orden político-criminal, se encuentra blindado de cualquier objeción “menor”, aunque esta tenga serias raíces constitucionales.

1. Ver Ramon Ragués i Vallès, “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, www.indret.com.es, Nro. 364, Barcelona, julio de 2006.

Como primera medida, y ya para ingresar en el ámbito concreto de las luces y sombras de los caminos político-criminales que usualmente se proponen –tal como la llamada lucha contra la corrupción–, conviene describir el contexto en el cual surgen en el mundo contemporáneo figuras como la del “arrepentido”, dentro del complejo escenario del llamado “derecho penal premial”, y que parece ejercer tanta seducción en las irrupciones turísticas que cada tanto desarrollan sobre el derecho penal tanto la clase política como los medios de comunicación.

En el derecho anglosajón la tendencia tiene éxito y nombre: *Crown witness* (testigo de la corona). En Alemania, la figura es conocida como *Kronzeugenregelungen*.²

II. ¿Negociar la pena como base para buscar la verdad?

Debemos comenzar con escepticismo: la idea de negociar con uno de los autores del hecho y pagar en moneda de impunidad la información que pudiera tener sobre otros responsables –hay que decirlo– es una derivación directa de la crisis por la cual atraviesa la justicia penal de todo el mundo en relación con una de sus funciones básicas: la reconstrucción, lo más fiel posible, del hecho histórico.

Más allá de las críticas usuales al llamado modelo inquisitivo, los modelos posteriores al abandono del *Ancien régime* nunca renunciaron a una de las razones de la existencia del inquisidor: la búsqueda de la verdad. La búsqueda de la verdad, histórica, formal, material, etc., con los aditamentos conceptuales que uno quiera adjudicarle, siempre ha sido un eje de legitimación de la labor judicial del mayor nivel: hasta el punto de que en ámbitos absolutamente trascendentes, como es el de la investigación de delitos de lesa humanidad, cuando la función punitiva *stricto sensu* estaba cuestionada o limitada, se pretendió que la justicia penal siguiese con su función para garantizar que aunque sea el logro de la verdad no se desvaneciera, dando lugar a los famosos “juicios de la verdad”.

2. Ver Isabel Sánchez García de Paz, “El computado que colabora con la justicia penal: Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05:3, (2005). RECPC 07-05 (2005) <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> .

III. Verdad y relato

Sin embargo, hay un problema: ni los sistemas de enjuiciamiento de todo el mundo ni los operadores tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, ni tampoco los modelos de organización judicial imperantes, están preparados para ese camino de reconstrucción histórica sobre el hecho. Ni los fiscales han recibido nunca formación para la investigación de un hecho histórico ni esa función parece haber sido determinante al montar las actuales megaestructuras organizativas que parecen homenajear en forma permanente y casi religiosa a la burocracia. Yendo un poco más atrás en el tiempo, tampoco los abogados han sido formados para la investigación. De hecho, un sociólogo, un filósofo, un antropólogo, un historiador, seguramente cuentan con mayores herramientas para esa tarea.

Es por esta razón que el relato del hecho, por los protagonistas o por los observadores, cobra en la cultura inquisitiva y posinquisitiva un papel tan importante y legitimador. El inquisidor, que no sabe investigar, necesita del relato como el agua.

A este cuadro le debería haber seguido un desarrollo exhaustivo de estrategias investigativas novedosas, un cambio de paradigma en materia orgánica, sistemas novedosos de búsqueda de la información, nuevas materias y modelos de capacitación, etc. Las consecuencias de este cóctel han sido nefastas: lesión del *in dubio pro reo*, la pena como materia de negocio entre el imputado y el fiscal, desarrollo de conceptos vagos para que nada quede afuera de la imputación, etc.

Los medios de comunicación potencian la necesidad de eficiencia en la investigación de los delitos que tienen gran impacto económico, aquellos ilícitos que ponen en tela de juicio la integridad ética de los funcionarios públicos, esos que expresan redes operativas permanentes de actuación transnacional, de enorme gravedad en la lesión de los bienes jurídicos protegidos. Es decir, en el tipo de conductas que se engloban en la a veces mal llamada “delincuencia organizada”.

Justamente en aquellos casos en los cuales la comunidad desarrolla una fuerte expectativa sobre la reconstrucción de la verdad histórica del suceso, sobre la ansiada reparación del daño social o personal o, en última instancia, sobre la misma sanción punitiva de los responsables, es cuando, increíblemente, el sistema penal muestra la peor de las imágenes de la ineficiencia: un aparato burocrático enormemente violento, con reducida creatividad y con una fuerte incapacidad para lograr su cometido esencial.

Aquello que venimos describiendo explica que, desde las iniciativas de los máximos niveles de los organismos internacionales, se haya popularizado un conjunto de herramientas conceptuales, algunas con mayor impacto en el derecho penal sustantivo, otras, en cambio, de claras consecuencias procesales, que se presentan como la solución a estos problemas de ineficacia.

IV. El arrepentido en el sistema penal argentino

La figura del arrepentido ha sido el centro de estas tendencias. Sin embargo, debemos realizar algunas consideraciones críticas o, como mínimo, apreciaciones esenciales a efectos de emitir una opinión global sobre el instituto y acerca de cómo es aplicado.

Como es ya sabido, la Ley 27.304 ha establecido en el artículo 41 ter. del Código Penal que las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por alguno de los delitos detallados en la propia ley, cuando, durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. La propuesta se refiere –en principio, de modo muy polémico– a algunos delitos establecidos en la Ley 23.737, llamada “de estupefacientes”, delitos previstos en el Código Aduanero; todos los casos del artículo 41 quinquies del Código Penal; también los supuestos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128; en los artículos 142 bis, 142 ter y 170, en los artículos 145 bis y 145 ter, en los artículos 210 y 210 bis, en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, y en el título XIII, del libro segundo, todos del Código Penal.

La primera consideración debe subrayar la valoración contradictoria que expresa la ley. Para decirlo de modo sencillo: no se entiende la razón por la cual si el instituto del arrepentido es considerado virtuoso, útil, eficaz, solo se lo circunscribe a derramar sus beneficios a un conjunto acotado de ilícitos y sus investigaciones.³

3. Tomo este argumento de Marcelo Sancinetti, “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y “Extinción de Dominio”. Dicho dictamen puede verse en www.pensamientopenal.com; ver también: Sancinetti, M. Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al “testigo de la corona” (¿“arrepentido”?) - Ponencia ante el Senado de la Nación, publ. en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*

En ello hay mala consciencia.

La ley establece además que, a efectos de que proceda en el caso su aplicación, es requisito que la información brindada sea útil para evitar o impedir el comienzo, la permanencia o la consumación de un delito; para esclarecer el objeto de investigación; revelar la identidad o el paradero de los responsables; ofrecer datos que permitan un avance de la investigación; ubicar a las víctimas privadas de su libertad; el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Ya desde la redacción la ley es altamente deficiente, reiterativa, confusa, extremadamente detallista en algunos extremos y deficientemente reglamentarista en otros sectores donde hubiera sido indispensable un camino de aplicabilidad mejor iluminado.

La ley incorpora el artículo 276 bis en el Código Penal que establece: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”.

V. Una valoración crítica del instituto: el valor de la información aportada por el colaborador

En este texto no podemos ocuparnos de todos los problemas de esta ley. Sin embargo, en primer lugar hay que hacer una contextualización del valor probatorio del auxilio informativo del arrepentido: quien crea que su aporte en algún caso va a transformarse en esencial por el propio imperio del camino que sugiera en términos investigativos comete un gran error y deberá explicar las razones por las cuales los dichos de un coimputado que negocia su pena o, peor, su medida de coerción pueden transformarse por arte de magia en la prueba esencial.

Como sabemos, las declaraciones en el ámbito del proceso penal tienen diferente nivel de impacto probatorio: sin duda, en primer lugar, se encuentra el testigo que declara bajo juramento.

Penal, año III, N° 7, pp. 791/818 (ponencia ante la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del H. Senado de la Nación, el 2/9/1997).

En un segundo lugar, en la historia del proceso penal, siempre se ha caracterizado la declaración del imputado como un aporte de menor rigor probatorio, entre otras razones porque el imputado no declara bajo juramento, su aporte viene dominado por el derecho a la defensa material, él puede desarrollar una estrategia de defensa con su declaración; en definitiva, puede mentir y eso a nuestro modelo procesal influido por el mundo europeo continental no le genera ningún perjuicio. En términos de reglas de valoración procesal, si uno siguiera ciertas reglas de sentido común, habría que admitir que la declaración del arrepentido debería valer menos que la de su género: los coimputados. La razón es simple: el arrepentido es un imputado que, incluso, se encuentra negociando su pena con el Ministerio Público, lo que lo coloca como un auxiliar de este organismo que, actúa coaccionado por el rigor punitivo o procesal. ¿De qué modo esta información tendría valor probatorio relevante?

Será difícil que, ante la seducción que generan estos mecanismos, el fiscal y el juez recuerden que los aportes probatorios del arrepentido deben ponerse en contexto con el resto de las probanzas, que no debe ser la única línea probatoria y que se les debe dar –ni más ni menos– el valor de una declaración de un coimputado. La mención del primer párrafo del art. 15 está orientada en ese sentido pero es insuficiente.

La ley tiene otro problema, a mi juicio, grave: si para un jurista formado en el Estado de derecho es difícil pensar que la pena pueda ser materia de una negociación, mucho peor es que lo que se negocie sea una medida cautelar, como, por ejemplo, la prisión preventiva. Si ya hasta hoy había suficientes sospechas de que esa herramienta procesal normalmente cuestionada formaba parte, en ocasiones, de uno de los mecanismos extorsivos más inaceptables, la ley instala esa confirmación con convicción digna de mejores causas. Si la prisión preventiva puede cesar porque el fiscal festeja el aporte informativo del imputado, nada asegura que ahora el sistema estatal de persecución penal no busque denodadamente una generosa un reparto desordenado de encarcelamientos preventivos para aumentar el *stock* de su moneda de negociación y, así, aumentar el *stock* de sujetos pasivos del mecanismo extorsivo.⁴ Genera

4. En el caso *Labita contra Italia*, de abril del 2000, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, siguiendo la línea de lo afirmado en la Sentencia n° 38 (1998: caso *Contrada contra Italia*), y sin perjuicio de aseverar que este instrumento ha sido de relevancia en la lucha de Italia contra las mafias, dice que el uso de las declaraciones de los llamados “arrepentidos” plantea algunos problemas debido a que dichas

cierta nostalgia pensar que en algún momento, en las clases de la facultad, enseñábamos que la prisión preventiva solo puede justificarse ante el peligro de fuga del imputado. La prisión preventiva es, en el mejor de los casos, una medida cuya legitimidad no es clara, es absolutamente excepcional y no debe ser nunca materia de negociación.

VI. Otros problemas

Las críticas pueden multiplicarse. Se trata de un instrumento que lejos de contribuir a una justicia penal más digna se transformará en la quintaesencia de la crisis del Estado de derecho. Con reflejos políticamente correctos, se deja al proceso penal en casos trascendentes en la esfera pública desde el cual se invita a los manipuleos más crueles. Ni Torquemada se atrevió a tanto. Tomamos lo peor de la Inquisición y lo combinamos en un *blend* trágico con lo peor de los modelos anglosajones.

No podemos olvidar adicionalmente que el camino que proponga el imputado colaborador puede dejar a un porcentaje de las víctimas sin representación procesal.

VII. Algunas apostillas sobre la actualidad

Nuestro país atraviesa un momento particular en el cual el sistema de justicia parece confiar en exceso en las bondades de este tipo de institutos

declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la ley italiana concede a los “arrepentidos” o incluso de constituir venganzas personales. Yo podría agregar aquí: también políticas. Según el TEDH no debe olvidarse la naturaleza ambigua de tales declaraciones y la posibilidad de que una persona sea imputada y privada de su libertad con base en afirmaciones no contrastadas y no siempre desinteresadas. Por ello concluye: las declaraciones de los “arrepentidos” deben ser corroboradas por otros elementos de prueba; además, los testimonios indirectos deben ser confirmados por hechos objetivos. Una evaluación temprana en Ferracuti, F. “Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 11, Homenaje al prof. L. Jiménez de Asúa, 1986, pp. 303 y ss.

(sobre todo ante las incapacidades investigativas de las últimas décadas). Hay quien cree que la mencionada ley del arrepentido es la clave del éxito. Frente a esta idea, y más allá de mi opinión sobre el instituto, hay que recordar que la ley aquí analizada fue sancionada hacia fines del año 2016 y se trata de modo indudable de una ley sustantiva. Ello hace que la información referida a hechos anteriores a su sanción no pueda ser valorada en contra del imputado perjudicado, por más vehemencia que muestre el coimputado colaborador. Se trata, ni más ni menos, del principio de irretroactividad de la ley penal.

VIII. Conclusión

Por todo lo expuesto, como muchas veces sucede, el mejor camino es el más largo y menos espectacular. Se trata de trabajar en las reformas procesales en materia penal de mayor globalidad, es decir, trabajar el sistema orgánico judicial y del ministerio público así como también en la capacitación de los operadores que se dedican a la investigación. Investigar un hecho es mucho más que el relato de un sujeto que es todo menos creíble.

Bibliografía

- Ferracuti, F., “Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico 11, Homenaje al prof. L. Jiménez de Asúa, 1986, pp. 303 ss.
- Sánchez García de Paz, Isabel, “El coimputado que colabora con la justicia penal: con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05:3, (2005). RECPC 07-05 (2005) <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>.
- Sancinetti, Marcelo, “Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de *Arrepentido* y *Extinción de Dominio*”. Dicho dictamen puede verse en www.pensamientopenal.com.
- “Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al *testigo de la corona* (¿arrepentido?)”, Ponencia ante el Senado

de la Nación, publ. en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, N° 7, pp. 791/818 (ponencia ante la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del H. Senado de la Nación, el 2/9/1997).
Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: Caso “Labita contra Italia”, 2000.
Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: Caso “Contrada contra Italia”, 1998.

Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”

*Fernando Díaz Cantón**

*In ogni caso la chiamata in correatà non è credibile quando sia stata
effettuata sotto tortura.*

Francesco María Pagano

Resumen

En el presente artículo se analiza la figura del colaborador premiado (comúnmente conocido como “arrepentido”) introducida en nuestro Derecho Penal, en el año 2016, por la Ley N° 27.304. Desde una mirada crítica, se analiza el fracaso en el que está inmerso nuestro sistema penal que lleva a sus autoridades a pactar con los arrepentidos para descubrir delitos y sancionar a sus autores con el riesgo de implosionar nuestro sistema de garantías constitucionales por la inversión del principio de inocencia y de

* Profesor adjunto regular por concurso del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la UBA. Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo en la materia Los Recursos en el Proceso Penal. Profesor invitado en la Especialización en Derecho Procesal Penal del Museo Social Argentino desde el año 2018 en la materia Teoría General del Proceso Penal. Profesor invitado en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Austral desde el año 2017 en la materia Los recursos en el proceso penal. Autor del libro *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005. Coautor del Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación, elaborado por la Comisión de Reforma creada por Decreto 114/2007 del Poder Ejecutivo Nacional en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ha sido juez de la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal. Ha sido asesor del Honorable Senado de la Nación durante los períodos 1992 a 2001 y 2008 a 2010, argentino; fdc@fdcabogados.com.ar.

carga de la prueba de la mano de un uso ilegítimo de la prisión preventiva como mecanismo para garantizar el funcionamiento de la figura en cuestión.

Palabras clave: arrepentido, colaborador premiado, sistema de garantías constitucionales, prisión preventiva, manifestaciones del arrepentido.

Brief Criticism of the Repentance Law

Abstract

In this article, we analyze the recently introduced “Repentance Law” (Law N° 27.304), introduced in our Penal Code in 2016. From a critical point of view, we study the failure of our Penal Code, which allows the suspects to ask for plea bargains. This reverses the presumption of innocence and utilizes preventive prison as a means to guarantee this law. This is very dangerous for our constitutional system.

Keywords: Repentance Law, Constitutional Guarantee, Preventive Prison, Penal System.

I. Introducción

Por medio de la Ley N° 27.304, sancionada el 19 de octubre de 2016, se consagró en nuestro país, para un catálogo de delitos considerados graves, la figura del colaborador premiado, que la propia ley denomina en varios de sus pasajes “arrepentido”.¹

Cuando estaba por comenzar su declaración en el Maxi Proceso de Palermo, el acusado Tomasso Buscetta no quiso hacerlo sin esta aclaración

1. Tuve el honor de expresar mis opiniones sobre esta figura en la Reunión Plenaria de las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Seguridad Interior y Narcotráfico, celebrada en el Salón Azul del H. Senado de la Nación el 3 de agosto de 2016, bajo la presidencia del señor senador Pedro Guillermo Ángel Guastavino y de la señora senadora Sigrid Elisabeth Kunath.

previa: “Yo no soy arrepentido porque no tengo nada de qué arrepentirme. Lo que yo era permanece en mí. Yo no apoyo más aquella estructura de la que yo era parte. Por eso no soy un arrepentido”.

De modo que hemos comenzado mal al no llamar a las cosas por su nombre o llamarlas con un nombre equivocado o insuficiente para definir el dispositivo normativo que se quiere consagrar y regular. Quiero decir que es irrelevante si la persona se somete al régimen que establece esta ley porque un incontenible impulso de contrición lo impele a hacerlo o porque desea mejorar su situación procesal, o porque le sobrevino un deseo justiciero contra la organización criminal a la que pertenecía o el de protegerse a sí mismo y a su familia por alguna traición a la organización criminal, o el que sea. Quizá sí estemos ante un genuino arrepentido, como aquel otro acusado, Antonino Calderone, si hemos de dar crédito a sus palabras: “No me molesta ser definido arrepentido porque estoy verdaderamente arrepentido de lo que he hecho... yo soy verdaderamente un arrepentido”. Pero la razón por la cual un imputado colabora es irrelevante.

Sin embargo, adivino que tras el término “arrepentido” anida una necesidad de edulcorar con calificativos éticamente virtuosos una conducta para la cual podrían utilizarse términos más apropiados, como el de delator o, más precisamente (curiosamente el argot más ajustado a la realidad proviene de las propias organizaciones criminales), “soplón”, “buchón” o “botón”. Así, con un eufemismo, los legisladores procuran, sin lograrlo, disimular el fracaso del sistema penal, cuya impotencia para descubrir el delito y sancionar a sus autores lo compele a pactar con ellos para lograrlo. O, peor, para encubrir con un artificio semántico benevolente una práctica deleznable, del mismo modo que –como recordarán los más viejos– se escribía en las actas policiales que el imputado se “sinceraba” con la instrucción cuando en realidad su “sinceramiento” era producto de algún tipo de vejación.

Y que quede claro que no me estoy refiriendo a aquella situación apremiante donde la colaboración está relacionada directamente con, por ejemplo, la necesidad de poner coto a una actividad delictiva ya comenzada y no consumada o con el rescate de un rehén –tan bien puesta de resalto por Marcelo Sancinetti en su exposición ante el Senado de la Nación el día 3/8/2016–,² sino a la tarea de descubrir la verdad de los

2. Dijo Marcelo Sancinetti: “Ante todo, ese caso debe ser distinguido claramente de aquel otro que también contiene el proyecto de ley en examen, en el art. 1, al prever una dis-

hechos para la aplicación de la ley sustantiva, que es el fin principal del proceso penal.

II. La naturaleza de la figura en análisis

Porque de eso se trata: de un pacto, no de un arrepentimiento. Si realmente hubiera un arrepentimiento, entonces lo que correspondería sería que el imputado golpeará las puertas de la Justicia, se confesara y brindara los datos necesarios para el esclarecimiento del hecho y la individualización de los responsables sin pedir nada a cambio. La mejor prueba de que el arrepentimiento en nada importa es que la ley no contempla la solemne declaración del imputado de que se arrepiente de lo que ha hecho, que promete no cometer nunca más los delitos que ha cometido y que, en caso de quebrantar dicha promesa, por el solo hecho de hacerlo, cometería un delito y merecería una pena.

III. El sistema de garantías en juego

Como he dicho en otra ocasión,³ el instituto del “arrepentido”, “colaborador premiado” o “testigo de la corona” puede favorecer testimonios por conveniencia circunstancial que conduzcan a condenas de inocentes. En estos casos, como lo ha explicado un distinguido jurista italiano contemporáneo, se corre el riesgo de que todo el sistema de garantías quede desquiciado: la presunción de inocencia y la carga de la prueba sucumben

minución de la escala penal, asimismo, para el caso de que el autor o partícipe evite o impida el comienzo, la permanencia o la consumación del delito”. Esta hipótesis muestra una estructura completamente distinta, que sí merece una disminución de la pena, sin ningún vicio constitucional, pues ella describe una situación que guarda cierta analogía con el desistimiento de una tentativa de delito (art. 42, *a contrario sensu*, CP, y art. 43, en forma expresa, CP, lo que sin embargo ya está contenido implícitamente en el art. 42, CP), pero presuponiendo que ya se haya dado algún hecho en sí punible y que, por ello, no llega a haber un desistimiento eximente de pena.

3. Fernando Díaz Cantón, “Cuidado con el arrepentido”, disponible en <http://www.perfil.com/columnistas/Cuidado-con-el-arrepentido-20150816-0039.html>, publicado el 16/08/2015.

debido a la primacía que se le atribuye a la confesión interesada sobre las demás pruebas, y todo se reduce a una relación de fuerzas entre investigador e investigado, en el que el primero no tiene que asumir obligaciones probatorias, sino presionar sobre el segundo y recoger sus autoacusaciones.⁴ El Estado se convierte así en parte de un intercambio perverso donde aquel, paradójicamente, infringe la normativa (constitucional) con la excusa de que ello es necesario para poder aplicar la ley (infraconstitucional). Ha dicho el profesor citado: “Por otra parte, el gigantismo procesal ha representado a su vez un terreno propicio para cualquier abuso posible. Es sobre todo gracias a ello como ha podido desarrollarse el perverso maridaje entre prisión preventiva y colaboración premiada con la acusación: la primera, utilizada como medio de presión sobre los imputados para obtener de ellos la segunda, y esta, como instrumento de ratificación de la acusación, a veces más allá de toda verificación e incluso de los careos con los coimputados denunciados. Este maridaje se ha revelado en la práctica como una fuente inagotable de arbitrariedades”.⁵

No parece conveniente tratar de combatir la corrupción dotando de mayor extensión a mecanismos procesales cuyo uso puede instalar también, paradójicamente, el empleo de coacción sobre el delator para obtener la “colaboración”. Al respecto, se ha dicho con razón que una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión prometa la mayor de las ganancias (W. Hassemer). Como se ha visto en otros casos de nuestro país de triste notoriedad, esa supuesta “ganancia” no ha sido más que una lamentable ilusión.

¿Qué queda entonces de la garantía constitucional que prohíbe la autoincrimación forzada, prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional,⁶ con la vigencia de la figura del colaborador premiado? Veremos que no queda nada. Sobre lo controversial de la figura en general ha dicho Marcelo Sancinetti: “La oferta de un premio o rebaja presupone, naturalmente, que esa oferta puede motivar al coimputado a decir algo; pero este ‘decir algo’

4. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, segunda edición, 1997, p. 749.

5. *Ibidem*, pp. 823-824.

6. Formulada también bajo el modo: *nemo tenetur se ipsum accusare* (ver, por todos, Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*, Buenos Aires, Hammurabi, segunda edición, 1989, p. 434).

ha de llevarlo, al que delata, justamente a reconocer también su participación en el hecho. Pero esta participación en el hecho mediante una conducta también punible terminará llevando al delator a no poder volver sobre sus propios actos. El juez podrá darle una rebaja, o no; pero, en todo caso, el reo habrá declarado ante el riesgo de que, en caso contrario, pudiera tener una sanción más grave. De este modo, se obtiene por vía oblicua una confesión coactiva. Todo mecanismo que tienda a alentar la autoincriminación está proscrito por el art. 18 de la C.N., porque si nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, nadie puede tener un peor trato por quedarse callado, mientras otro lleva premio ‘por hablar’”.⁷

IV. El nuevo fin del encarcelamiento preventivo: la obtención de un pacto con el imputado

Como dije en mi intervención en el Senado de la Nación, la pregunta que debemos hacernos es si la persona que colabora con la Justicia es, realmente, una persona que actúa o no con libertad en su voluntad. Y aquí es donde hay que vincular la institución del arrepentido con otro instituto, que es el del encarcelamiento preventivo.

En este punto no dudé en sostener que la figura del arrepentido no funciona si no es necesariamente vinculada a un endurecimiento de los criterios acerca del mantenimiento o no de la libertad personal durante el proceso. Tibiamente la ley, en su artículo 4º, establece que: “cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes”.

Dije en ese momento que: “va a haber un cambio inexorable en la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la restricción de la libertad para cumplir un tercer fin. Hasta ahora conocíamos dos fines de la restricción de la libertad anticipadamente en el proceso penal. Un fin era evitar que con la libertad el imputado pudiera ponerse en fuga. El segundo era evitar el entorpecimiento del proceso vía intimidación de testigos o destrucción de

7. Marcelo Sancinetti, “Observaciones Críticas sobre el Proyecto de ley de tratamiento privilegiado al ‘testigo de la corona’ (‘¿arrepentido?’)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, nro. 7, p. 816.

documentos o lo que fuera, lo que hace indispensable justificar, con esos parámetros, la restricción de la libertad de la persona. Un tercer fin que se discute mucho en el derecho comparado, que es de alguna manera anticipar los fines de la pena con una suerte de anticipación de la pena para estabilizar la norma, desde un punto de vista de la teoría funcionalista porque no se puede esperar al momento de la sentencia para apaciguar los ánimos contrariados a través de la comisión del delito. Obviamente, este es un fin totalmente inaceptable, pero ha sido sostenido por autores de renombre, como (Freund) en Alemania”.

Pero –agregué en dicha ocasión– “ahora se le agrega un nuevo fin. Este proyecto agrega un nuevo fin a la prisión preventiva, que es conseguir, a través del mantenimiento de la prisión, la confesión del imputado. No estará escrito en ningún lado. En ningún lado va a aparecer ‘lo mantenemos en prisión preventiva, aunque ya no haya riesgo de fuga, aunque ya no haya riesgo de entorpecimiento’; pero la realidad va a ser ‘lo mantenemos en prisión preventiva porque necesitamos obtener la confesión’. Lo cual, apunto, es un reconocimiento tácito de que no hay riesgo procesal de fuga o entorpecimiento y que por eso se puede hacer tal intercambio.”

Mejor se ha expresado al respecto Sancinetti en su recordada intervención en el Senado: “Es que esa idea presupondría que la prisión preventiva debiera ser usada con fines de ‘pena anticipada’, pues, si uno respeta la jurisprudencia impuesta con el tiempo en pos de restringir la prisión preventiva para asegurar los fines del proceso, no es posible que el otorgamiento de la libertad durante el proceso dependa de las informaciones aportadas por el imputado. Pues ello implicaría a la vez constreñirlo a declarar, imputando a alguien, a fin de obtener una libertad a la que tendría derecho aunque guardara silencio (en tanto no hubiera peligro de fuga ni entorpecimiento de la investigación)”.

Inevitablemente, como una amarga necesidad, el imputado debe soportar, dentro de ciertos cauces constitucionales, la coerción. Aquella que deriva del mero hecho de ser objeto de una imputación y una persecución penal, y que está destinada a averiguar si cometió o no la conducta presuntamente delictiva que le es atribuida. Su persona, su entorno, su casa, sus bienes, sus medios de interacción y comunicación electrónicos, todo es y puede ser objeto de injerencias, respetándose los recaudos constitucionales y legales. Pero en modo alguno ello significa que debe soportar la coacción, que es cosa muy distinta, al punto de que constituye un delito. En efecto, la libertad de voluntad

para manifestarse sobre la imputación que se le formula debe ser respetada a rajatabla y no debe ser objeto de ningún tipo de condicionamiento. Allí se detiene la autoridad del “Príncipe” e incluso el poder de los particulares. Nadie puede presionar al imputado para que se declare culpable o involucre a terceros, menos aún bajo la amenaza de mantener la prisión preventiva si no lo hace y bajo la promesa de liberarlo si lo hace. La coacción, como dije, es un delito y una ley, como la del arrepentido, no puede transformar en lícito lo que no puede serlo, ya por un imperativo constitucional.

V. El peligro de la sobrevaloración probatoria de las manifestaciones del arrepentido

El artículo 15 de la Ley establece que: “El órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido”. Considero, por el contrario, contra la corriente generalizada, que nada de lo que diga el arrepentido puede ser valorado como prueba en el contexto de la justificación, sino solo en el contexto del descubrimiento, si hace algún aporte o brinda una información que permita, a través de alguna medida, obtener alguna prueba independiente. Por esa razón aconsejé al Senado la supresión del adverbio “únicamente”. De lo que se trata es de evitar el *innamoramento del pentito*, entendido como la sobrevaloración de su declaración.⁸ No hay que olvidar que se trata de la palabra de un sujeto particularmente interesado en el epílogo del caso, dado que está él mismo envuelto de algún modo en la comisión del mismo episodio criminal.⁹ La única manera que entiendo apta y útil para evitar esa

8. Giuseppe Di Chiara, “Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa” en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, p. 226.

9. Ver Oreste Dominioni, “La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, p. 755; ver también Francesco M. Iacoviello, “La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione”, en *Cass. pen.*, 2004, p. 3452: “la prueba de declaración está basada, desde siempre, en la fe que merece el declarante. En la declaración del arrepentido, por principio, falta justamente la fe”. En general, sobre la declaración del arrepentido en el proceso penal puede verse, entre muchos otros, Luisella De Cataldo Neuburger, “Arrivare ad una decisione: analisi dei criteri di giudizio adottati in alcune sentenze e ricerca di regole empiriche per la valutazione della chiamata in correità” en AA. VV., *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo*

sobrevaloración es la lisa y llana prohibición de la valoración como prueba de la declaración del colaborador premiado.

Admití en esa ocasión la inconsecuencia lógica que implicaba sostener –como yo lo hice en ese momento y ahora lo mantengo– que podemos aprovechar lo que una persona dice en el sentido de admitir su declaración solo en el contexto del descubrimiento, para conseguir un elemento probatorio que de otra manera no es posible obtener, con la prohibición del aprovechamiento de la declaración del colaborador como prueba en sí misma, sola o en conjunto con las demás, en el contexto de la justificación, para fundar un fallo condenatorio.

Quiero decir que la motivación de la sentencia, para ser válida, debe basarse solo en las pruebas, ya sea que estas deriven de la declaración del arrepentido o que sean independientes de ella, pero esta no debe ingresar en modo alguno al ámbito de la valoración, debiendo establecerse una prohibición probatoria al respecto. Por cierto, como resguardo adicional, se necesita que la declaración revele, intrínsecamente, genuinidad, espontaneidad, desinterés del declarante, constancia, especificidad y coherencia lógica general del relato¹⁰ y, extrínsecamente, que sea precedida de una imputación ya formulada sobre la persona que puede ser perjudicada por esa declaración, es decir que la declaración del arrepentido no sea la fuente de toda la investigación sobre la persona por él involucrada.

Entiendo que esta es la única manera de hacer mínimamente tolerable, desde un punto de vista constitucional, la controversial figura de la que nos estamos ocupando.

VI. Conclusiones

El esfuerzo del conjunto del sistema penal, hoy desviado, debe estar colocado, más que en la inconcebible condescendencia con el crimen –pactando

nel nuovo processo penale, Padova, Cedam, 1992, p. 192.

10. Con referencia al orden con que se debería proceder a la verificación de la credibilidad intrínseca de la declaración respecto de la extrínseca, ver Paola Maggio, “Il testimone forte: specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata”, en Luisella De Cataldo Neuburger, *Testimoni e testimonianze deboli*, Padova, Editorial Cedam, 2006, I, pp. 299-303, notas 42 y 44, con citas de doctrina y jurisprudencia.

con él, para poder combatirlo—, en la prevención del delito, en evitar la formación de las organizaciones criminales o en desbaratarlas prontamente. En el reforzamiento de las fronteras desguarnecidas, en la radarización, en la adecuada formación, en el adiestramiento y el armamento de los cuadros policiales, en la vigilancia preventiva mediante los innumerables mecanismos de detección que brinda la tecnología y, en lo que hace a la fase de investigación y represión del crimen, con un eficiente sistema de policía judicial y de policía científica y, desde luego, con el incremento de la calidad institucional de todos esos estamentos como así también en los cuadros del poder judicial, antes que en la inmólación de los principios fundamentales que hacen a la protección de la dignidad humana de la persona objeto del procedimiento penal.

Bibliografía

- De Cataldo Neuburger, Luisella, “Arrivare ad una decisione: analisi dei criteri di giudizio adottati in alcune sentenze e ricerca di regole empiriche per la valutazione della chiamata in correità” en AA. VV. *“Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale”*, Padova, Cedam, 1992.
- Di Chiara, Giuseppe, “Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987.
- Díaz Cantón, Fernando, “Cuidado con el arrepentido”, disponible en <http://www.perfil.com/columnistas/Cuidado-con-el-arrepentido-20150816-0039.html>, publicado el 16/08/2015.
- Dominioni, Oreste, “La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, editorial Trotta, segunda edición, 1997.
- Iacoviello, Francesco, “La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione”, en *Cass. pen.*, 2004.
- Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*, Buenos Aires, Hammurabi, segunda edición, 1989.
- Maggio, Paola, “Il testimone forte: specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei processi di criminalità organizzata” en De Cataldo Neuburger, Luisella, *Testimoni e testimonianze deboli*, Padova, Editorial Cedam, 2006.

Sancinetti, Marcelo, “Observaciones Críticas sobre el Proyecto de ley de tratamiento privilegiado al ‘testigo de la corona’ (‘¿arrepentido?’)”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, nro. 7.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal

*Ángela Ester Ledesma**

Resumen

En las líneas que siguen se pretende mostrar de forma sintética los avances iniciales obtenidos en el marco del Proyecto de Investigación de Maestría “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal”, inserto dentro del Departamento de Posgrado y de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Este tiene por objeto identificar reglas generales aplicables a la disponibilidad de la acción penal en los casos de conciliación, mediación o reparación, mediante un análisis sistemático de las normas provinciales, nacionales y superiores en juego y los diversos fallos que fueron guiando la forma en la que estas herramientas tomaron vida en nuestro derecho, a la luz de nuestra práctica constitucional.

Palabras clave: derecho penal, justicia restaurativa, conciliación penal.

* Titular interina de Elementos de Derecho Procesal Civil y profesora de Fundamentos de Derecho Procesal en la maestría, doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba. En la elaboración de este artículo participó todo el equipo de investigación, integrado por: Juan Carlos Rúa, Ezequiel Maradeo, Viviana Mestre, Josefina Guardo, María Cielo Parodi, Marcos Fernández Ocampo, Yanina Matas, Sabrina Pascual y Fátima Noriega.

Alternative Ways of Solving Criminal Conflicts. In Regard of the New Wording of Article 59 in the Criminal Code

Abstract

The following article intends to show briefly the initial advances obtained by the research project “About alternative ways of solving criminal conflicts. In regard to the new wording of Article 59 in the Criminal Code”, within the framework of the Criminal Law Master Degree, in the Postgraduate Department and the Research Secretariat of the Faculty of Law of the University of Buenos Aires.

Its purpose is to identify general rules applicable to the availability of criminal action in cases of conciliation, mediation or reparation, through a systematic analysis of the local, national and supreme applicable law, and the variety of jurisprudence that guides the way in which these came to life in our law, inspired by our constitutional practice.

Keywords: Criminal Law, Restorative Justice, Criminal Case Mediation.

I. Sobre el objeto de estudio

En las líneas que siguen se pretende mostrar, de forma sintética, los avances iniciales obtenidos en el marco del Proyecto de Investigación de Maestría “Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal”, que dirijo dentro del Departamento de Posgrado y de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Este tiene por objeto identificar reglas generales aplicables a la disponibilidad de la acción penal en los casos de conciliación, mediación o reparación, mediante un análisis sistemático de las normas provinciales, nacionales y superiores en juego y los diversos fallos que fueron guiando la forma en la que estas herramientas tomaron vida en nuestro derecho.

El abordaje de un objeto de estudio tan novedoso necesariamente acarrea problemas inesperados. Tal es el camino que naturalmente lleva desde

las primeras intuiciones hasta las sutiles complejidades del conocimiento profundo. Pero las dificultades interpretativas asociadas a la aplicación de la conciliación penal parecen trascender este marco, sin que la incorporación realizada al artículo 59 del Código Penal de la Nación parezca haber hecho más que aportar nuevos interrogantes a la cuestión.

En primer lugar, ambos institutos se ven entrecruzados por una discusión básica y fundante, que tiene, de un lado, a los defensores de los tradicionales modelos infraccionales –centrados en la búsqueda de una respuesta estatal adecuada a los infractores de las normas penales–, y, del otro, las visiones más modernas –que buscan revalorizar el lugar de las víctimas como sujetos autónomos, capaces de participar activamente de la redefinición de los conflictos que los atraviesan–. El recorrido de este debate conduce a preguntas básicas acerca de la naturaleza, la función y la utilidad de la pena, que repercuten en la cuestión que nos ocupa.

A este carácter complejo se suman la superposición de la regulación nacional con las normas locales y algunas evidentes deficiencias legislativas, que han obligado a las máximas instancias jurisdiccionales a fijar criterios específicos sobre arduas cuestiones en materia constitucional, el valor de diversos tratados suscriptos por la Argentina y de la interpretación por sus órganos de aplicación e incluso acerca del rol institucional de los diferentes actores presentes en el marco del proceso penal.

Así las cosas, la simple pregunta acerca de la operatividad o no de las figuras nos obligó a reflexionar sobre la naturaleza de la distribución de potestades entre el gobierno federal y las provincias –plasmada en el artículo 75, inciso 12, de nuestra Constitución Nacional– y en las consecuencias que la adopción de uno u otro modelo puede tener sobre las normas locales vigentes.

Pero esto no es más que el comienzo de interrogantes con los que se han enfrentado nuestros tribunales al intentar dar solución a los casos llevados a su conocimiento. La modesta redacción del citado artículo 59 y la particular situación del nuevo Código Procesal Penal, cuya vigencia se encuentra suspendida por el decreto 257/2015, obligó a los jueces a dotar de contenido a las figuras, por fuera de la competencia que tradicionalmente les ha correspondido.

Recuérdese que la norma, actualizada mediante el dictado de la ley 27.147, dispone que la acción penal se extingue “(p)or conciliación o reparación integral del perjuicio, *de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*”.

Liminarmente, cabe una aclaración. La conciliación y la reparación integral del perjuicio son figuras con contornos claramente escindibles, “una es un mutuo acuerdo, obviamente bilateral, entre el imputado y la supuesta víctima que pone fin a su enfrentamiento y la otra es el cumplimiento unilateral de las prestaciones comprendidas en la obligación de resarcir satisfactoriamente todas (*integral*) las consecuencias indebidamente producidas con el hecho ilícito. En verdad son instituciones de la realidad y del derecho tan distintas que la reparación puede existir sin conciliación y viceversa. Decisivo resulta, por lo demás, que el inc. 6 del art. 59 del CP las separa, las distingue con esa ‘o’ que escribió el legislador para denotar que son dos elementos diferentes”.¹

Por otro lado, ¿es esta remisión sustantiva? ¿Deben las legislaturas provinciales dar vida a estos institutos o solo regular sus cuestiones estrictamente procedimentales? ¿Cuál es la influencia de la respuesta que hayamos dado respecto de la naturaleza de las figuras?

En este sentido, frente al convencimiento de que la naturaleza de la regulación la convertía en directamente operativa y, por ello, su aplicación no podía dejarse en suspenso por la exclusiva mora de los poderes con legitimidad democrática directa, algunos magistrados tomaron a su cargo definir en cada caso concreto las formas, los requisitos y los límites de la figura.

Por esta causa es que existen valiosos intentos jurisprudenciales –tanto en la justicia nacional y federal como en diversos tribunales superiores de provincia– de fijar reglas de juego claras para las partes intervinientes.

¿Cuál es la naturaleza de la reparación integral del perjuicio? ¿Qué forma debe tomar? ¿Qué valor tiene la voluntad de las víctimas sobre el punto? ¿Cuál es el rol de la víctima en materia de conciliación? ¿Qué papel deben tener el generador del conflicto y los encargados de su defensa técnica? ¿Qué forma deben tomar sus manifestaciones conciliatorias? ¿Cómo debe jugar esta voluntad autónoma con un rechazo del Ministerio Público Fiscal? Tales interrogantes han recibido diversas respuestas por parte de nuestros jueces, que son objeto de análisis y sistematización en el marco de la investigación. En el mismo sentido se ha obligado al Poder Judicial a definir

1. Pastor, Daniel R., “La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino”, *DPI*, columna de opinión, del 11 de septiembre de 2015.

la naturaleza que debe asumir la reparación integral de los perjuicios, con diversos resultados.

Pero tal análisis no es más que el comienzo de la tarea, ya que las respuestas jurisprudenciales que se reseñarán fueron disparadores para la reflexión colectiva en otras materias específicas.

En primer lugar, la definición casuística del rol otorgado a cada una de las partes nos condujo a nuevos interrogantes en relación con las razones jurídicamente válidas para negar la procedencia de la conciliación. ¿Debe ser limitada la voluntad de víctima y victimario de acudir a una vía alternativa para resolver el conflicto que los vincula? ¿Quién debe fijar estos límites y por qué razones?

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han encontrado tales objeciones en la evaluación de la gravedad de los hechos que realizan las normativas provinciales, los compromisos internacionales suscriptos por nuestro país o incluso las razones de política criminal evaluadas por el Ministerio Público Fiscal, con diferente grado de precisión y certeza.

La tarea, en este marco, es la evaluación de tales motivos y su concordancia con los principios generales que dirigen nuestro procedimiento penal y, sobre todo, nuestra práctica constitucional.

¿Pueden las legislaturas provinciales evaluar la diversa gravedad de los hechos y, en este caso, limitar la procedencia del instituto? ¿Tiene el Ministerio Público la potestad de rechazar una conciliación libremente formulada entre víctima y victimario? Y en ese caso, ¿es esta una facultad discrecional de cada fiscal o debe ser fijada en políticas generales de actuación?

Por otro lado, múltiples fallos han encontrado límites a la disponibilidad de la acción penal en los compromisos internacionales suscriptos por la Argentina en materia de crímenes de lesa humanidad, violencia de género, discriminación y derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo que nos obligó, por un lado, a preguntarnos por la naturaleza de las obligaciones emergentes de los tratados de derechos humanos y de los fallos y recomendaciones de los órganos de aplicación, y, por otro, a distinguir las exigencias de cada uno de ellos, para compatibilizarlas con nuestro derecho interno de una manera adecuada.

Finalmente, la investigación comparada sobre diversos sistemas que históricamente han sido más permeables a la participación de la víctima en los procesos penales nos ha permitido recolectar valiosísimas experiencias, tanto aciertos como errores, que permitirían iluminar la tarea de nuestros operadores jurídicos a la hora de dar vida a este instituto.

II. Formas alternativas y derecho penal

La discusión acerca de los fines y las funciones de la pena estatal es, por cierto, antigua. Sin embargo, continúa conservando actualidad. Más aún, ella cobra interés particular debido a las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, como un modo distinto para la gestión y solución de los conflictos penales.

Las medidas alternativas a la prisión tienen como objeto declarado evitar la imposición efectiva de una pena privativa de la libertad y todas sus consecuencias. Estas no eximen al supuesto autor de cualquier obligación, ya que conllevan, en la mayoría de los supuestos, el cumplimiento de determinadas medidas coactivas y de reparación.

El debate sobre el concepto de la pena, su naturaleza, sus fines y su utilidad ha merecido la reflexión tanto de juristas como de teóricos de diversas disciplinas a lo largo de la historia.² Estos debates que tienen, por un lado, a los defensores de los tradicionales modelos infraccionales centrados en la búsqueda de una respuesta estatal –mediante el uso del poder punitivo–, adecuada a los infractores de las normas penales que ven la pena como una respuesta al hecho cometido o como medio de prevención, y, por el otro, la revalorización del rol y lugar que ocupan las víctimas en este aspecto central adquieren particularmente relevancia frente a las soluciones alternativas a la prisión que elimina la reacción penal motivada en la idea de peligrosidad social del autor.

Sin embargo, el debate ha adquirido una nueva forma frente a la justicia restaurativa como modo alternativo de solución a los conflictos penales. Como factores que incidieron en este cambio pueden mencionarse la propagación de la criminalización de cualquier hecho ilícito, el castigo excesivo, el avance del poder punitivo –en contra de los baremos que fijaba el principio de mínima intervención– y la ineficacia del uso de ese poder para la resolución de determinados conflictos. Estos cuestionamientos generaron que se pusiera en duda la idea de pena privativa de la libertad como única respuesta posible.

La introducción de métodos autocompositivos para la solución del conflicto penal, impensables en el proceso penal inquisitivo, está vinculada

2. Beloff, Mary y Kierszenbaun, Mariano, *El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género*, en prensa.

con la necesidad de adoptar una mirada superadora de los conflictos penales frente al hecho de que la ampliación del derecho penal no solo no resuelve los problemas, sino que agrava los ya existentes, generando nuevos trastornos sociales –más allá de su eventual utilidad en algunos casos–. Junto con ello, la necesidad de descongestionar los tribunales, la toma de conciencia de la ineficacia de las penas privativas de la libertad y el reconocimiento de derechos –tanto del imputado como de la víctima– generan el escenario propicio para repensar el proceso penal y la función de la pena.

En estos casos, la solución alternativa se presenta como una propuesta que se caracteriza por una mayor moderación respecto de las condiciones generales de la punibilidad, procurando un sistema de sanciones basado en la idea de resocialización y clara restricción del derecho penal a conductas socialmente perjudiciales. El eje en estos casos, en definitiva, pasa por la reparación como consecuencia del hecho. La reparación en el derecho penal es un proceso creativo, una prestación social y personalísima, mediante la cual el autor asume su responsabilidad por el hecho ante la víctima y la sociedad. Se intenta así integrar al culpable. La reparación se adapta sin fisuras a un derecho penal basado en la compensación de culpabilidad y orientado en la determinación preventiva de consecuencias jurídicas, impactando sobre el proceso penal y las funciones que habrá de cumplir.³

Como veremos, diversos movimientos se han inclinado por la reparación, toda vez que ella, por un lado, implica la renuncia a una reacción como peligro social y, por el otro, propicia el restablecimiento de la paz jurídica y la integración activa de todas las partes en el conflicto penal, en la medida en que la reparación ofrecida se presenta en este escenario como una asunción de responsabilidad y soportabilidad de la pena por parte del infractor.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, expresan que se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación de este. La mediación y otros

3. Conf. “Proyecto alternativo sobre Reparación penal” (AE-WGM), Proyecto de un grupo de trabajo de Profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos, publicado por Konrad-Adenauer Stiftung A.C. Ciedla, Buenos Aires, 1998, traducido por la Dra. Beatriz de la Gándara Vallejo.

medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.⁴

Asimismo, el art. 5 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) prevé que “cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales *deberán estar facultados para retirar los cargos* contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso...”.

El cambio de paradigma en el proceso penal surge a partir de la reflexión e incorporación de nuevas herramientas, como la introducción de métodos autocompositivos para solucionar el conflicto penal y la posibilidad de brindar, frente a un problema, una solución alternativa que permite la participación de la víctima y el delincuente. Estas vías alternativas eran impensables en el proceso penal inquisitivo y aun en el mixto, en la medida en que el conflicto no se trababa entre ofensor y ofendido, sino con el Estado, impidiendo de ese modo la intervención de la víctima en el conflicto y partiendo de la idea del delito como desobediencia a la autoridad y apartamiento del orden estatal.

Estos cambios estuvieron acompañados por una serie de factores que permitieron –y aún lo siguen haciendo– avanzar en la reflexión sobre las salidas alternativas que aparecen como una forma más pacífica y menos costosa de solucionar el conflicto. La justicia restaurativa produce resultados alentadores para los infractores, las víctimas y la comunidad y beneficios que se ven reflejados en el funcionamiento del proceso penal.

En este contexto, el reconocimiento de los derechos del imputado y de la víctima, la toma de conciencia de la ineficacia de las penas privativas de la libertad, la necesidad de descongestionar los tribunales y las nuevas políticas de persecución penal que encara el Ministerio Público Fiscal motivaron re-

4. Cfr. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, capítulo II, sección 51, Medios alternativos de resolución de conflictos, regla 43.

plantearse, como método de avance, la utilización de soluciones alternativas para la búsqueda de respuestas sensibles que permitan gestionar los conflictos sin el impacto que genera la pena. ¿Cómo lograr que el alcance o la expansión del derecho penal sea más moderado? ¿Cómo hacemos para que el castigo sea más moderado? En palabra de Anthony Duff: “Cuanto uno más delibera, cuanto uno más habla, las personas serán moderadas y modestas en sus puntos de vista sobre el castigo”.

La incorporación amplia de la reparación del daño, como una tercera vía del derecho penal, atiende de mejor manera los intereses de la víctima que con una pena privativa de la libertad o una multa que, justamente, con frecuencia, hacen fracasar la reparación. Se ha demostrado que el lesionado, al igual que la sociedad, le otorga, en casos de criminalidad leve o media, escaso valor a una punición adicional del autor frente a la reparación del daño en forma de un acuerdo entre autor y víctima.⁵

Desde hace unos años, se discute vivamente la cuestión de si es posible convertir a la reparación del daño, como nuevo tipo de sanción junto a la pena y las medidas de seguridad, en una tercera vía del derecho penal. Frente a ello, razones convincentes hablan en favor de la incorporación amplia de la reparación del daño en el derecho penal. Esta reparación realiza un aporte esencial para el logro de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador porque obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y conocer los intereses legítimos de la víctima. En este sentido, puede ser vivenciado por él como justo y necesario y, de este modo, fomentar el reconocimiento de las normas jurídicas. Además, puede reconducir a una reconciliación entre el autor y la víctima del hecho y de ese modo facilitar la reincorporación de quien ha cometido el hecho punible. En efecto, solo cuando el daño es reparado, se suele considerar superada la perturbación social motivada por el hecho cometido y se logra el restablecimiento de la paz social y la compensación entre autor y víctima.⁶

En este contexto, las medidas alternativas pueden ser presentadas como formas constructivas de abordar la comisión de un hecho ilícito. Estas formas alternativas a la imposición de una pena resultarían más productivas

5. Roxin, Claus, “Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, *Determinación Judicial de la Pena*, Prólogo Julio Maier, Buenos Aires, Del Puerto, 1993, p. 53.

6. Roxin, C., *op. cit.*, p. 49.

y, sobre todo, más plausibles para la solución real del conflicto penal. Estos modos de abordaje del problema implican una deliberación profunda acerca del problema y permiten brindar una respuesta más sensata, racional y humana.

En este sentido, A. Duff, quien desarrolló la teoría de la comunicación del castigo penal según la cual el castigo penal tiene como finalidad principal convertirse en un proceso bidireccional de comunicación entre la comunidad y el delincuente (una comunicación de censura y de entendimiento de la ilicitud del delito, de la comunidad hacia el supuesto autor; y, a cambio, una comunicación formal de disculpa y reparación, del delincuente hacia la comunidad),⁷ resalta que las medidas alternativas lo mantienen dentro de la comunidad, en vez de excluirlo. Esta forma vívida de recompensar el ilícito cometido es una reparación por lo hecho. Y, básicamente, puede ser un tipo de castigo mucho más constructivo.

Entonces, la reparación del daño es una propuesta que se caracteriza por una mayor moderación respecto de las condiciones generales de punibilidad, procurando un sistema de sanciones basado en la idea de resocialización y clara restricción del derecho penal a conductas socialmente perjudiciales. En definitiva, a la idea de la imposición de la responsabilidad por la fuerza se antepone el restablecimiento autónomo de la paz jurídica mediante la asunción voluntaria de responsabilidad.

III. Naturaleza de los institutos

A. Derecho material o de forma

La decisión del Congreso de la Nación de incluir, mediante la sanción de la ley 27.147,⁸ a la conciliación y a la reparación integral del daño causado como causales de extinción de la acción penal y de avanzar así, mediante la vía legislativa, en la búsqueda de métodos alternativos de solución de conflictos penales, no se encuentra exenta de las discusiones propias y

7. Duff, Antony, en "Entrevista a Antony Duff", traducido por Di Marco, Antonella, *Leciones y Ensayos*, Nro. 92, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2014, pp. 301-309.

8. Aprobada 10/6/2015. B.O: 18/6/15.

características de todo estado federal, acerca de las potestades del gobierno central y las de las provincias o estados locales.

La Nación Argentina adoptó el régimen federal (Art. 1º C.N.). Su dinámica, establecida en el artículo 121 del texto constituyente, dispone que solo las cuestiones específicamente delegadas por las provincias al gobierno federal pertenecen a su competencia. Así, dentro de las facultades otorgadas al Poder Legislativo de la Nación, se incluyó la sanción de normas de fondo mediante la creación de los respectivos códigos de cada materia (Art. 75, inc. 12, C.N.). Por el contrario, al Congreso de la Nación no le fue delegado el dictado de las normas que regulan los procesos y cada provincia se obligó a dictar para sí una constitución republicana que asegure su administración de justicia (Art. 5 C.N.).

Entonces bien, la disposición del gobierno federal, de incorporar para todo el territorio nacional nuevas causales de extinción de la acción penal, demanda que nos preguntemos si la regulación de los institutos estudiados en este trabajo es una cuestión de derecho de fondo o de forma. En definitiva, una vez más, nos encontramos ante la inveterada discusión sobre si las acciones penales son un asunto de derecho penal o de derecho procesal y, por lo tanto, si la regulación estudiada corresponde al Congreso de la Nación o a cada una de las legislaturas provinciales.

Esta cuestión no es de ningún modo novedosa en nuestra tradición jurídica, sino que ha sido objeto de diversos abordajes. ¿Cómo distinguir si se trata de una norma procesal o de una material? ¿Es relevante esta distinción?⁹

Desde el célebre fallo “González, Modesto c/ Provincia de Santiago del Estero”,¹⁰ de 1930 a la fecha nuestro máximo tribunal consideró inconstitucional cualquier intromisión de la legislación provincial sobre facultades expresamente delegadas constitucionalmente, como así también todo exceso del gobierno federal de las competencias expresamente definidas a su favor.¹¹

9. Algunas exploraciones iniciales sobre este punto pueden verse en Rua, Juan Carlos, “Sobre la operatividad y algunos efectos inesperados de la regulación federal de las formas alternativas de resolución de los conflictos penales”, en Ledesma, Ángela (dir.), *El debido proceso penal*, tomo 5, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

10. Fallos 156:326.

11. Ver, por ejemplo, fallos 308:2569; 336:66 y B. 3949. XVIII. “Banco de la Nación Argentina c/ Martín, Miguel Ángel y otra s/ ejecución hipotecaria”, entre muchos otros.

En palabras de Spota, “(d)esde sus mismos orígenes, la Corte Suprema concibió a la Constitución Nacional como el instrumento jurídico –de eminente naturaleza política– en virtud del cual las provincias –en su antigua condición de verdaderos Estados soberanos– acordaron transferir en favor del Estado central –ente que de tal suerte vinieron a constituir– una cuota o porción del poder político que hasta aquel entonces les resultaba propia. De tal modo renunciaron –a decir del Tribunal– a su antigua condición de Estados soberanos, devinieron así en unidades autónomas, y plasmaron –en definitiva– la unión nacional. Es así como –según reseña la Corte– se reservaron la potestad de decidir –según su exclusivo criterio político– sobre todos aquellos asuntos que no fueron transferidos al Estado central”.¹²

Este marco muestra de manera diáfana la disyuntiva, cuya resolución parece imprescindible. La conciliación o reparación, y en general las formas extintivas de la acción penal, pertenecen a uno u otro sistema jurídico. No existe ni puede existir en este punto una superposición de competencias.¹³

La respuesta a dicho interrogante no tiene por fin dilucidar aspectos teóricos sobre la naturaleza de la cuestión, sino que dicha definición conlleva importantes consecuencias de carácter práctico. Si fuese legislación puramente de fondo, entonces sobre la materia no correspondería la regulación actual de las legislaturas de las provincias. Asimismo, sobre las cuestiones de fondo rige el principio de aplicación de la ley penal más benigna para el imputado (Art. 2 del CP). Por lo tanto, en estos términos se podría aplicar el instituto a procesos penales anteriores a la sanción de la ley. Por su parte, si la legislación fuese puramente procesal, la decisión del Congreso Nacional resultaría una intromisión en facultades que no le han sido otorgadas; por lo tanto, a cada una de las provincias le competiría el establecimiento en su territorio de las disposiciones acerca del inicio, ejercicio y extinción de las acciones penales. Sobre esta alternativa, Javier A. De Luca plantea los escollos que ello implicaría para la vigencia del principio de igualdad ante la ley (Art. 16 C.N.) ante la posibilidad de que “... dos personas que cometen un

12. Spota, Alberto Antonio (h), “Aproximación a la autonomía provincial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley* 2011-A-902. En el mismo sentido, ver Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 1998, p. 194.

13. Ver Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, Tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 668-673.

delito reprimido por la misma ley en diferentes provincias o jurisdicciones no pueden acceder a las mismas consecuencias...”.¹⁴

La cuestión aquí debatida sobre la naturaleza de formal o sustantiva de las causales de extinción de la acción es abordada por la doctrina desde diferentes enfoques y, lejos de ser novedosa, ha cruzado las discusiones históricas sobre las formas que ha adoptado el régimen del proceso penal.

Por ejemplo, D’Alessio y Divito encuentran antecedentes sobre este punto en los desarrollos teóricos de los profesores D’Albora y Binder respecto del dictado de la ley 24.769 (Régimen Penal Tributario), la incorporación de la suspensión de juicio a prueba o del dictado de la ley 24.946 (Ley Orgánica del Ministerio Público)¹⁵.

Por otro lado, al referirse a esta cuestión Maier señala que “El derecho penal regula también la vida de la persecución penal, estableciendo que ella no puede proseguir después de la muerte del imputado, después de cierto plazo que prevé (prescripción), cuando el poder legislativo (Congreso Nacional) declara fuera de persecución ciertos hechos (amnistía) o cuando los delitos de persecución privada, la víctima renuncia a perseguir (CP, 59 y conos.). La prescripción de la persecución penal, como toda causa de extinción, es para nuestro Derecho una causa que excluye la punibilidad del delito, al mismo nivel que las excusas absolutorias.¹⁶ Es que para esta posición lo que las causales de extinción hacen, en definitiva, es excluir la punibilidad de un delito.

Por otra parte, Binder se ubica en la otra vereda y postula que “... si se ha aceptado que deben ser las mismas provincias quienes deban organizar el proceso, es razonable también que ellas organicen el poder requirente [...]. Si la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada provincia, es lógico que sea cada Estado provincial el que deba establecer las condiciones que llevan a poner en marcha los órganos de persecución penal

14. De Luca, Javier Augusto, “Principio de oportunidad en el Ejercicio de las Acciones Peales. Su inclusión en el Código Penal”, AA. VV. *El debido proceso penal*, Ledesma, Ángela (dir.); Lopardo, Mauro (coord.), Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

15. D’Alessio Andrés (dir.) y Divito Mauro (coord.), *Código Penal comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 719.

16. Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016, p. 142.

y el poder jurisdiccional que ellas han organizado...”.¹⁷ No escapa del conocimiento del profesor Binder la problemática de las desigualdades que esto podría generar entre las distintas provincias y señala que en todo el régimen federal el problema de la desigualdad en la aplicación de la ley es intrínseco a la propia estructura federal, aunque la Corte Suprema Nacional se encargue de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y, en especial, de los derechos individuales.

Planteada la controversia y sus consecuencias, no es posible suponer que el legislador nacional ignoró esta problemática. El texto resulta sugestivo al señalar que “La acción penal se extinguirá: 6º) por conciliación o reparación integral del perjuicio, *de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes...*” (el destacado es nuestro).

Pareciera inferirse entonces que el Congreso Nacional, al haberlo legislado para todo el territorio y en el marco del Código Penal como parte de sus facultades otorgadas por el Art. 75 inc. 22 de la C.N., ha reconocido que es de carácter sustantivo el ejercicio y la extinción de la acción penal. Pero dado que exige conformidad con las leyes de forma –ajenas a su competencia salvo en la materia federal/nacional–, admite que las provincias regulen –con carácter procesal por ser las únicas normas que pueden dictar– cuestiones relativas al ejercicio de algunas de las causales de extinción que él dispuso. Puntualmente en lo referido a la conciliación y a la reparación, el gobierno federal solo estableció su posibilidad y otorgó toda su regulación al dictado de normas procesales.

La exigencia de conformidad con las leyes procesales correspondientes es requerida también para la extinción de la acción por aplicación de criterios de oportunidad (inciso 5º) y por suspensión del proceso a prueba (inciso 7º). Sin embargo, no lo es para la prescripción (inciso 3º), amnistía (inciso 2º) o muerte (inciso 1º). Aquí no puede dejar de mencionarse que la ley estudiada fue dictada cuando ya muchas provincias aplicaban métodos conciliatorios y reparatorios para resolver los conflictos penales.

Ahora bien, sí el Congreso de la Nación consideró que es ley de fondo lo tocante a la extinción de la acción penal y por ello la reguló. ¿Es admisible que haya delegado en las leyes provinciales la regulación de esa extinción de la acción? En definitiva, ¿puede el gobierno federal devolver a las provincias

17. Binder, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, pp. 215-216.

las facultades que le fueron expresamente delegadas? O ¿acaso no se trata de una delegación y la regulación específica de la extinción de la acción no es una cuestión sustantiva y, por ello, compete a las provincias?

Desde el restablecimiento democrático han existido diversas iniciativas para reformar el Código Penal que han abordado el tema. Entre las últimas, cabe destacar que el anteproyecto de 2006¹⁸ disponía en su artículo 49 que el Ministerio Público podía no impulsar la acción o desistir de ella “cuando exista conciliación o acuerdo entre las partes y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público...”.

En idéntico sentido, el anteproyecto de reforma de 2012¹⁹ disponía en su artículo 42 que el impulso de la acción podía ser dejado de lado “(e) n los hechos delictivos con contenido patrimonial y sin violencia sobre las personas, y en los delitos culposos sin resultado de muerte, cuando medie conciliación o acuerdo entre las partes...”, lo que también coincide con los criterios anticipados por el Dr. Mariano Hernán Borinsky, presidente de la Comisión de Reforma del Código Penal creada mediante el decreto 103/2017, quien expuso que hasta el momento se mantendría la conciliación entre las partes como uno de aquellos criterios en que se podría desistir de la acción penal.²⁰

Sobre una cuestión análoga, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de una disposición de la provincia de Córdoba sobre los plazos de la prescripción de la acción. Señaló que solo el Congreso de la Nación se encuentra autorizado a establecer las circunstancias que suspenden o interrumpen el curso de los plazos. Se observa que el máximo Tribunal afirmó el carácter sustantivo de la acción e impidió que las provincias regulen al respecto²¹.

18. Elaborado por la Comisión creada mediante resoluciones del M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/05.

19. Elaborado por la comisión presidida por el Dr. Eugenio Zaffaroni, creada mediante decreto 678/2012 del Poder Ejecutivo Nacional.

20. Conf. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/05/miscelaneas46521.pdf>, última consulta realizada el día 05 de junio de 2018.

21. Fallos 219:400.

El profesor Daniel Pastor es crítico de la técnica utilizada por el legislador, porque no queda claro el alcance de la competencia, ¿es local o nacional?²²

En esta línea se observa que si bien constituye ley vigente (art. 59, inc. 6º del CP) la decisión del legislador de remitir a los códigos procesales la regulación de la procedencia, los alcances, los límites y demás aspectos trascendentales de la nueva manera de extinción de la acción penal dicha decisión resulta, al menos, debatible.

Sin embargo, más allá de la discusión, hay una realidad. Ante la demora del Congreso de la Nación han sido las legislaciones locales, es decir, las provincias las que han avanzado en la materia y han regulado de manera exitosa, incluso antes de la introducción en el Código Penal, la conciliación y la reparación integral del daño como soluciones alternativas para la resolución de conflictos penales. En efecto la cuestión fue regulada por los Códigos Procesales de la C.A.B.A (Arts. 199 y 204), del Chaco (Art. 6, inc. 1), del Chubut (Arts. 44, inc. 1º, 47 y 48), de Entre Ríos (Art. 5, inc. 2), de Jujuy (Art 101, inc. 1), de La Pampa (Art. 15, inc. 1), de La Rioja (Art. 204, inc. 1), de Mendoza (Art. 26, inc. 1), de Misiones (Art. 60, inc. B), de Neuquén (Art. 106, inc. 1), de Río Negro (Art. 96, inc. 1), de Salta (Art. 231, inc. a), de Santiago del Estero (Art. 61, inc. 1), de Tucumán (Art. 27, inc. 1) y de Tierra del Fuego (Arts. 309, inc. 7 y 331).

Así fue señalado por el senador Urtubey, miembro informante del proyecto de reforma del artículo 59 bajo análisis, quien dijo que “Las provincias argentinas hacen sus códigos y empezaron a admitir que los fiscales podían dejar de lado la acción cuando se producían situaciones de reparación, conciliación o el caso de principio de oportunidad. ¿Qué hicimos nosotros? Para zanjar esta discusión y convertirla en una cuestión casi de gabinete dijimos: pongamos en el Código Penal esta posibilidad de extinción de la acción, para que quede claramente en el Código Penal sancionado para todo el país, como código de fondo, que esa posibilidad de disponer de la acción exista. Por supuesto que en las condiciones que cada ordenamiento procesal penal de la provincia lo disponga. Simplemente,

22. Pastor, Daniel R., “La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino”, *Diario Penal*, Columna de Opinión 11.09.2015.

ha quedado conciliada esta diferencia en cuanto a si tenía que estar en el código de fondo; lo hemos puesto allí”.²³

En esta línea debe resaltarse el fallo “Del Tronco” del año 2010 –anterior a la legislación del Código Penal aquí estudiada– emitido por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el que el máximo tribunal local consideró que “Hay una diferencia entre, por un lado, disponer el inicio “de oficio” de las acciones públicas (art. 71 del CP) y, por otro, resolver qué órgano local será el destinatario de ese mandato o cómo será organizado localmente el impulso del proceso. La primera potestad ha sido ejercida en el ámbito del art. 75, inc. 12 de la CN, la segunda compete a las autoridades locales a quienes la Constitución Nacional garantiza el derecho a darse sus propias instituciones, entre ellas la administración de justicia (arts. 5 y 129). El ejercicio por parte del Congreso de la Nación de la facultad de definir el universo de los delitos de acción pública (Título XI, art. 71 del CP) no restringe las potestades locales para regular el modo en que el fiscal impulsa la acción”.²⁴

Entonces en estos términos, bajo estas cuestiones de carácter constitucional y ante la realidad política y fáctica actual, debe dejarse planteada la discusión relativa a la posible regulación legislativa de los institutos. En la presente investigación habremos de continuar analizando esta compleja relación que se refiere a las competencias de la Nación y de las provincias, al solo efecto de determinar si ello incide en la operatividad de la conciliación o reparación integral del perjuicio como métodos de extinción de la acción y en los alcances interpretativos de los institutos estudiados.

B. Los principios de legalidad y oportunidad

Para el análisis de la conciliación y la reparación integral del perjuicio como causal de extinción de la acción penal, deben considerarse y estudiarse los principios de legalidad y oportunidad.

23. Cámara de Senadores de la Nación, Período 133º, 4ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 27 de mayo de 2015, versión taquigráfica, p. 103, exposición del Senador Urtubey.

24. T.S.J. CABA. Expte. n° 6784/09 Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: *Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184*. Considerando 8. del voto del juez Lozano.

Como adelanto, debe advertirse la imposibilidad de introducir métodos autocompositivos para la solución del conflicto penal en el proceso inquisitivo, y aun en el mixto. En dichos procesos el conflicto no se trataba entre ofensor y ofendido, sino entre ofensor y el Estado, y se partía de la idea del delito como desobediencia a la autoridad y apartamiento del orden estatal, impidiendo la intervención de la víctima.

En Argentina, la tradición cultural ha afirmado el principio de legalidad,²⁵ al provenir su Derecho, en gran medida, de los países centrales de Europa continental (España, Italia, Francia, Alemania), en los cuales, por una parte, la Inquisición hundió sus raíces fundamentales y, por la otra, tuvo mayor desarrollo la filosofía especulativa (Kant, Hegel), contraria a la línea del utilitarismo y sentido común inglés.²⁶

El principio de legalidad²⁷ deriva de la idea de pena como retribución del crimen y se vincula con la visión del delito como infracción que requiere control estatal directo (toda infracción debe investigarse) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución, mal por mal), lo cual implica –según Maier– que los órganos del Estado deben promoverla ante el conocimiento de una probable infracción a las reglas de deber del Derecho penal y la imposibilidad de retractarse de ella.²⁸

25. La persecución penal obligatoria se encontraba prevista en nuestro ordenamiento jurídico hasta la modificación introducida por la Ley N° 27.147 (B.O. 18/06/2015). El Código Procesal Penal (cfme. ley 23.984), artículo 5°. El Código Procesal Penal de la Nación instaurado por ley 27.063 (B.O. 10/12/2014), si bien fue suspendida su entrada en vigencia mediante el Decreto 257/2015 (B.O. 29/12/2105), establece en su Título II, Capítulo 1, Sección 2°, reglas de disponibilidad de la acción penal. Asimismo, el artículo 1° de la Ley N° 27.147 (B.O. 18/06/2015) sustituye el artículo 59 del Código Penal que, en lo aquí nos interesa, dispone “La acción penal se extinguirá: 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes”.

26. Maier Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, Tomo I, pp. 836-837.

27. Binder, Alberto M., “Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de América Latina”, publicado en <http://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>, p. 3.

28. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 159.

Numerosas críticas se han dirigido al principio de legalidad al no cumplir con los supuestos motivos que la sustentan (es imposible investigar todas las infracciones a la ley penal en igualdad de condiciones), a la vez impide lograr soluciones pacíficas a los conflictos privados, no violentos y de menor cuantía. Asimismo, esta ambición de investigar todo dificulta orientar los recursos en los temas que realmente requieren la intervención de la justicia penal.²⁹

Asimismo, el reconocimiento de derechos tanto del imputado como de la víctima, la toma de conciencia de la ineficacia de las penas privativas de la libertad (fracaso del sistema punitivo y carcelario), y la necesidad de descongestionar los tribunales llevan a que las salidas alternativas aparezcan como una forma más pacífica y menos costosa de solucionar los conflictos.³⁰

Con el principio de oportunidad, relacionado con las teorías relativas sobre la pena, aparece la idea de las soluciones alternativas, priorizándose la solución real por sobre la simbólica, y a la imposición de responsabilidad por la fuerza se antepone el restablecimiento autónomo de la paz jurídica mediante la asunción voluntaria de responsabilidad.

Si se entiende que la pena estatal tiene fines distintos a la retribución (verbigracia: prevención general positiva) y que la pena no es la única forma de restablecer el orden jurídico, es admisible la aplicación del principio de oportunidad entendido como posibilidad de prescindir de la pena por motivos de utilidad social o razones político-criminales.

El principio de oportunidad permite en algunos casos prescindir de la persecución penal pública, disminuir el costo de las pequeñas causas, insignificantes o intrascendentes frente a los procesos complejos y la criminalidad organizada, para optimizar así los recursos disponibles. Asimismo, permite contar con salidas alternativas que brindan mayor cantidad de respuestas a los reclamos sociales.³¹

En nuestro ordenamiento, mediante la sanción de la ley 27.147 (B.O. 18/6/15) que agrega al artículo 59 del Código Penal los últimos tres incisos, fue prevista la posibilidad de apartarse del principio de legalidad y se

29. Como bien lo señala Binder, hay una contradicción de origen en los fundamentos del principio de legalidad. (Binder, Alberto M., ob. cit., pp. 6 y 7).

30. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 159.

31. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 840.

introdujo el principio de oportunidad mediante la posibilidad de disponer de la acción penal.³²

Este mecanismo no es una vertiente aislada de la gran reforma procesal, sino que se encuentra alineado con las nuevas políticas de persecución penal que encara el Ministerio Público Fiscal, que impulsan la reconfiguración del rol de los fiscales y la persecución penal estratégica, entendida como selección de casos dentro de distintos tipos de salidas que brinda el sistema.³³

En este cuadro de situación, la reparación y la conciliación aplicados dentro del derecho penal permiten a las víctimas ver reparado el daño sufrido y a los imputados la posibilidad de no ser sancionados con la aplicación de una pena (multa, inhabilitación o prisión).

Pareciera evidente que en una sociedad civilizada la regla debiera ser solucionar el conflicto sin necesidad de aplicar una pena, mucho más cuando esa pena en nada beneficia a la víctima, es más, en muchos casos hasta puede perjudicarla (la expropiación del conflicto a las partes por parte del Estado es una política internalizada en el sistema penal y un cambio de paradigma no será nada sencillo si tenemos en cuenta que las prácticas en muchos casos continúan aun cuando las leyes se modifican).

Entendemos que “la conciliación o reparación integral del perjuicio” (principio de oportunidad) es una solución pacífica del conflicto tanto para el ofendido como para el ofensor, permitiendo restablecer el orden jurídico. De esta forma se optimizan los recursos disponibles a fin de destinarlos a los procesos complejos y la criminalidad organizada (casos que representan mayor costo social).

32. Aunque no podemos pasar por alto que ya en el año 1994 mediante la Ley N° 24.316 (B.O. 19/5/1994) el legislador reguló la posibilidad de que se extinga la acción penal mediante la suspensión del juicio a prueba, en este sentido ver Julio B. J. Maier (ob. cit., pág. 152). Maier (ob. cit., pág. 152/3) también alude a la posibilidad prevista en la ley 23771 (B.O. 27/2/1990) en cuanto preveía la posibilidad de que se extinga la acción penal en caso de cumplimiento de las obligaciones tributarias.

33. En este sentido, Binder Alberto M. señala: “el principio de oportunidad se funda de un modo autónomo en el principio de “ultima ratio” y por eso no necesita ser desarrollado desde la oposición al principio de legalidad procesal” (ob. cit., p. 9).

IV. Criterios de aplicación de los institutos en la jurisprudencia

Como hemos delineado en los apartados que anteceden, existen variadas dificultades interpretativas en la materia que nos ocupa. A las preguntas acerca de la función y necesidad de la respuesta penal se suman la superposición de la regulación nacional con las normas locales y algunas evidentes deficiencias legislativas, que han obligado a nuestros tribunales a fijar posición respecto de la distribución de facultades entre el gobierno federal y las jurisdicciones locales y sus repercusiones sobre la operatividad y límites del instituto, acerca del valor de diversos tratados suscriptos por la Argentina y de su interpretación por sus órganos de aplicación e, incluso, acerca del rol institucional de los diferentes actores presentes en el marco del proceso penal.

En este punto reseñaremos los principales antecedentes jurisprudenciales en la materia, tanto de las máximas instancias como de tribunales de grado, que con sus decisiones han dado vida a la discusión mencionada.

A. Operatividad

En el orden nacional, la primera dificultad que planteó la regulación del artículo 59 del Código Penal fue su operatividad, en la medida en que el Código Procesal Penal que regula la materia no habría entrado en vigor como consecuencia de un decreto del Poder Ejecutivo. Igual problemática apareció en provincias donde la normativa procesal no ha introducido los criterios de oportunidad.

Al analizar la cuestión nos encontramos con valiosos antecedentes que, a pesar de las dificultades interpretativas expuestas, supieron encontrar razones suficientes para darle vida.

Puede comenzarse esta reseña por el célebre fallo *Reynoso*,³⁴ del Tribunal Superior de Córdoba. En este caso, Reynoso es acusado por los delitos de lesiones graves calificadas, amenazas, evasión y lesiones leves calificadas, estos dos últimos en concurso ideal y en concurso real con los anteriores, encuadrados en un contexto de violencia de género.

34. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “Reynoso, Gabriel s/ lesiones graves calificadas”, expte. n° 2094441 del 24 de noviembre de 2016.

Asimismo, consta que la damnificada compareció ante el Tribunal y expresó que, en el marco de lo dispuesto por el art. 59 inc. 6° CP, perdonaba al imputado y que nada tenía que reclamarle, pues él nunca le había pegado. Asimismo, advirtió que la lesión que padeció fue provocada por una patota y que su madre mintió. La defensa de Reynoso solicitó la extinción de la acción penal por conciliación entre las partes (art. 59 inc. 6° CP) y aclaró que la normativa citada resultaba de aplicación automática

Al resolver la cuestión, el tribunal sostuvo que “... dado que las nuevas disposiciones del Código Penal se encuentran vigentes para todo el país desde el mes de junio de 2015, actualmente resultaría inconstitucional negar su aplicabilidad en la Provincia de Córdoba invocando su falta de regulación procesal penal local. En tal sentido, toda restricción provincial a esa vigencia comportaría una excepción a la pretensión de validez nacional uniforme pretendida por el citado art. 75 inc. 12 CN, introduciendo una diferencia local intolerable frente a las provincias donde sí se ha regulado, violando la garantía constitucional de igualdad del art. 16 CN”.

El primer precedente vinculado a la vigencia del Código Procesal Penal de la Nación es *Verde Alva*,³⁵ de la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Especialmente, del extenso y profundo desarrollo expresado en el voto del Dr. Eugenio C. Sarrabayrouse surge la disyuntiva que nos ocupa, a la que da respuesta diciendo que “... lo que define cuál es la interpretación adecuada es que la reforma del art. 59, CP, ha sido consecuencia de una competencia del legislador nacional en la materia; la practicó atento el carácter sustantivo del ejercicio y la extinción de la acción penal. El fundamento de esta facultad se encuentra en la necesidad de establecer real y efectivamente la unidad penal en el territorio nacional e instrumentar los medios necesarios para que aquel objetivo no se torne ilusorio como consecuencia del régimen federal de nuestro país, que permite la convivencia de tantos ordenamientos procesales como provincias componen el Estado argentino, fundamento que también se encuentra en la base del art. 58, CP (tal como se analizó en el precedente ‘Seballos’). Con ello, también se garantiza la vigencia del principio de

35. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, “Verde Alva, Brian Antoni s/ recurso de casación”, causa CCC 25872/2015/TO1/CNC1, Reg. n° 399/2017 del 22 de mayo de 2017.

igualdad en la aplicación de la ley penal. De lo contrario, según el resumen efectuado (punto 3.d), los criterios de oportunidad (dentro de los que se incluyen la conciliación y la reparación integral) se aplicarían con mayor o menor extensión en casi todo el territorio nacional, fruto de legislaciones provinciales anteriores a la decisión del legislador nacional de ejercer su competencia pero no para algunos delitos cometidos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires”.

En este sentido, también puede destacarse el fallo *Villalobos*³⁶ de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. Allí se analizaba la responsabilidad de Gabriela Villalobos y Sergio Javier Paniagua, procesados por el delito de estafa cometida en dos hechos, en concurso ideal con el delito de uso de documento público ajeno. En dicho marco, el Tribunal Oral Federal 6 homologó el acuerdo arribado entre los imputados y con el damnificado Sergio Rubén Michalski, declaró extinguida la acción penal y sobreseyó a los imputados, con base en el art. 59 inc. 6. Ambos imputados habían ofrecido a Michalski la suma de \$500 y pidieron disculpas por el hecho.

Frente al recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público, el Tribunal, por mayoría,³⁷ se expidió a favor de la vigencia y operatividad de la ley 27.146. En primer lugar señaló que se trataba de una norma sancionada y promulgada por el Congreso Nacional plenamente vigente y entendió que la remisión a un código adjetivo no puede ser un obstáculo para su vigencia. Consideró que “podría tildarse de arbitraria la interpretación según la cual se le otorga preeminencia normativa a una ley de implementación”. En este mismo sentido destacó que ello se acentuaba en el caso de esta normativa, por cuanto la suspensión se realizó por un DNU del Poder Ejecutivo, es decir, lo hizo un poder ajeno al que le está asignada la creación de las leyes.

Finalmente, remarcó que, sin perjuicio de que la ley 27.063 no aporta reglas concretas para la aplicación de los institutos, la procedencia de la extinción de la acción debe analizarse en cada caso concreto, pero de ningún modo puede omitirse la aplicación de la ley por “... la remisión de la norma a las leyes procesales correspondientes, porque las vicisitudes de la

36. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa CCC 25020/2015/TO1/CFC1, caratulada “Villalobos Paola y otro s/ defraudación”, Reg. n° 1119/17 del 29 de agosto de 2017.

37. Doctores Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky.

implementación de un código adjetivo no pueden impedir la aplicación de dos causales de extinción de la acción penal que se encuentran vigentes en el código de fondo, máxime cuando lo concerniente a la procedencia en el caso concreto será materia de debate en los tribunales”.

Como ejemplo de la postura contraria debe mencionarse la jurisprudencia de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, expresada en particular en el voto del Dr. Gustavo Bruzzone –que contó con la adhesión de sus colegas–³⁸ en el fallo Amarilla,³⁹ donde sostuvo que “la operatividad de este instituto se encuentra supeditada a la entrada en vigencia de la nueva ley procesal nacional (ley 27.063), cuya puesta en marcha quedó suspendida con plazo indefinido, a través del decreto n° 257/20151 del Poder Ejecutivo Nacional, bajo la consideración de que “no se encuentran reunidas las condiciones básicas para asegurar la implementación proyectada en el plazo oportunamente establecido” (...) en función de ello, y dado que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación no se encuentra vigente, la aplicación de las normas penales (art. 59, inc. 6, CP) vinculadas a la ley de forma se tornan, de momento, de imposible aplicación”.

En cuanto a la jurisprudencia de las otras instancias, en el fallo caratulado *Eiroa*⁴⁰ del Tribunal Oral Nacional en lo Criminal Nro. 20, el imputado fue requerido a juicio por el delito de defraudación por administración fraudulenta y, en el marco de la audiencia prevista por el art. 293 del CPPN, la defensa solicitó la extinción de la acción penal en virtud de lo establecido en el art. 59.6 del Código Penal (según Ley n° 27.147).

El primer interrogante que se plantearon los jueces del tribunal, acerca de si la dilación de la vigencia de una norma sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo frustra necesariamente la operatividad de un precepto de derecho sustantivo vigente que permite disolver el conflicto y evitar la reacción punitiva estatal, recibió respuesta negativa por parte de la mayoría del tribunal.

38. Los doctores María Laura Garrigós de Rébora y Luis M. García.

39. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 1, “Amarilla Bruno s/ recurso de casación”, del 13 de diciembre de 2017.

40. Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de esta ciudad, causa CCC 39889/2014/TO1, resuelta el 11/12/2015.

Para así decidir, el juez que lideró el Acuerdo, Pablo Daniel Vega, advirtió que la cuestión coloca a los jueces en un callejón sin salida que lo determina inexorablemente a no cumplir con la voluntad legislativa; pues, o bien se opta por respetar la suspensión de la vigencia de la Ley n° 27.063 a costa de tornar inoperante una norma vigente que permite concluir el proceso penal sobre la base de una voluntaria composición del conflicto por parte del imputado y del ofendido; o, de adverso, se aplica la norma en cuestión y se viabiliza esta alternativa consagrada legislativamente aunque a costa de adelantar la vigencia de la ley de forma.

Frente a dicha disyuntiva, el juez optó por la segunda alternativa, pues dicha posición “es la que más derecho consagra a la vez que se corresponde con el principio *pro homine*, el cual, en una de sus manifestaciones, impone que, en la duda, se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate”.

De seguido, la doctora Patricia Gabriela Mallo adhirió a dichas consideraciones, destacando que nos encontramos ante nuevo paradigma de juzgamiento penal que, de la mano del principio de subsidiariedad del derecho penal o principio de *extrema ratio*, trae nuevos institutos tendientes a resolver conflictos de una forma alternativa a la estricta judicialización.

En ese sentido, afirmó que “no cabe lógicamente admitir que las vicisitudes de la implementación de un código adjetivo impidan al ciudadano ser acreedor de un beneficio establecido por la ley sustantiva y para todo el país, y que tiene como efecto ni más ni menos que extinguir definitivamente la acción penal, evitando la estigmatización del sujeto. No se trata entonces de legislar..., sino de aplicar una norma vigente en todo el país, pues toda otra solución obstaculizante implicaría tanto como violar el derecho constitucional de igualdad ante la ley”.

La postura minoritaria, representada por el doctor Pablo Gustavo Laufer, con cita de fallos de otros tribunales,⁴¹ se pronunció en contra de la operatividad del instituto a estudio hasta tanto la ley procesal no defina las condiciones de su procedencia.

41. Fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 6, causa CCC 70166/2004/23/CA22 del 15/10/2015 y del Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de esta ciudad, causa CCC635/2014/TO1, caratulada “Fernández”, del 26/11/2015.

Por su parte, el fallo caratulado *Aramela*,⁴² del Tribunal Oral Nacional en lo Criminal Nro. 26, presenta un caso en el cual se imputó el intento de apoderamiento ilegítimo de una bicicleta. La conducta fue calificada como constitutiva del delito de robo agravado por haber sido de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa. En esta oportunidad también se analizó la petición de la defensa del imputado de que se declare la extinción de la acción penal por conciliación, en los términos del art. 59.6 del Código Penal (según Ley n° 27.147).

Nuevamente, el primer problema que se plantean los jueces del tribunal oral a la hora de resolver dicha solicitud se encuentra vinculado con la operatividad de la causal establecida en el art. 59.6 del Código Penal. La cuestión se resuelve –también por mayoría– a favor de la aplicación de la normativa de fondo aun frente a la carencia de una reglamentación procesal que regule su empleo de forma adecuada.

El voto mayoritario sostiene que la referencia final que hace la cita de la norma cuando establece que la acción penal se extinguirá por conciliación o reparación integral “... de conformidad con las leyes procesales correspondientes” no puede ser entendida en el sentido de que, de no existir una ley procesal penal en una jurisdicción, esa causal de extinción de la acción no se aplicará para los habitantes de ese territorio. Sino que “[I] a interpretación más adecuada de aquella disposición final del art. 59.6 CP consiste entonces en que el Congreso Nacional ha establecido una nueva causal por la cual una acción debe considerarse extinguida pero sin avanzar en la forma de su regulación procesal porque ello sí es exclusivo de las provincias” (del voto del doctor Adrián N. Martín al que adhirió la doctora Patricia Llerena).

A fin de sortear el déficit existente en materia procesal, proponen que se conciba al Código Penal como una “ley marco” que establece un piso mínimo que, a lo sumo, puede ser mejorado por el orden local, pero nunca contrariado, pues no se podría prohibir ni obstruir lo que una regla de fondo habilitó. A tal fin, recuerdan, con cita de un fallo de otro tribunal,⁴³ que “las disposiciones procesales del código penal deben ser entendidas como ga-

42. Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 de esta ciudad, causa CCC 26772/2016/TO1, resuelta el 11/10/2016.

43. Fallo “Fernández” del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 7 de esta ciudad, ya citado.

rantías mínimas, propias de un marco que las leyes procesales provinciales pueden superar y perfeccionar”.

En definitiva, concluyen que una interpretación acorde con los principios de *ultima ratio* del derecho penal y *pro homine* impone, a los agentes judiciales, el deber de pronunciarse a favor de la operatividad de la regla establecida en el código de fondo con independencia de su efectiva regulación procesal, lo que en la práctica implica la posibilidad de disolver el conflicto. El voto en disidencia de la doctora Marta A. Yungano consideró, en cambio, que la disposición prevista en el art. 59.6 del código de fondo no se encuentra vigente.

En otro fallo caratulado *González*⁴⁴ del Tribunal Oral Nacional en lo Criminal Nro. 1, en el cual se planteó la posible extinción de la acción penal por reparación integral en el marco de una causa elevada a juicio por el delito de robo tentado, el juez sentenciante –actuando como juez unipersonal– consideró, como lo hicieron las mayorías en los fallos antes reseñados, que “la reforma del Código Penal efectuada por la ley 27.147 no requiere el reconocimiento de la ley procesal para estar vigente (ley de rito que varía según la jurisdicción de que se trate)”.

En esa línea, el juez Luis R. J. Salas señaló que “las causas de extinción de la acción penal contempladas, en forma general, en el art. 59 del CP, sí tienen alcance interjurisdiccional y deben necesariamente ser otorgadas por el juez, a partir de un procedimiento aplicable, y es a eso, precisamente, a lo que se refiere la remisión efectuada por el inciso 6 a las leyes de rito, no porque dependa de que ellas las reconozcan para que resulte aplicable, sino porque su instrumentación práctica debe hacerse, obviamente con posterioridad al hecho, siguiendo una técnica que debe presentar el mínimo de formalidad que importan o una conciliación o una reparación del daño”.

El mismo tribunal (TOC 1), en otro fallo caratulado *Centurión*,⁴⁵ reconoció nuevamente plena operatividad a la causal obstativa de la persecución penal contenida en el art. 59.6 del CP, y resolvió de modo favorable otra solicitud de extinción de la acción penal por reparación integral efectuada

44. Tribunal Oral Nacional En Lo Criminal Nro. 1 de esta ciudad, causa CCC 53654/2016/TO1, caratulada “González, Ángel Emanuel s/sentencia”, resuelta el 06/03/2017.

45. Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de esta ciudad, causa CCC 49012/2014/TO1, resuelta el 22/03/2017.

por la defensa en el marco de una causa en la que también se investigaba el delito de robo simple en grado de tentativa.

Una situación distinta se presenta en otros tribunales que rechazan de plano la solicitud de extinción de la acción penal en virtud de las causales establecidas en el art. 59.6 del CP pues no consideran operativo el instituto en cuestión.

Tal el caso de la Cámara en lo Criminal 9na. Nominación de la provincia de Córdoba, que resuelve, en el fallo “Caminada Rossetti, Ignacio s. Homicidio”,⁴⁶ con anterioridad a la posición marcada por el Superior Tribunal de Justicia y que se reseñara *ab initio* de este capítulo, no hacer lugar a la excepción perentoria planteada por la defensa del imputado en orden al homicidio simple con dolo eventual, con fundamento en la extinción de la acción penal por la reparación integral del perjuicio. Ello fue solicitado por la defensa en virtud del acuerdo suscripto entre los únicos herederos forzosos de la víctima con la compañía de seguros en la causa civil iniciada en forma paralela por el accidente de tránsito.

El Tribunal entendió que, hasta tanto la provincia no legisle sobre la materia, no puede oponerse la reparación integral como causal de extinción de la acción, por cuanto “el legislador nacional (...) ha subordinado su aplicación a lo que prevean las leyes procesales correspondientes, de modo que compete al legislador local establecer en qué casos, bajo qué requisitos y según qué tutelas legales serán viables [la conciliación y la reparación integral]”.

Afirmó que “para evitar controversias entre Provincias y Nación y dado que las causales de extinción ahora incorporadas son institutos procesales, habrá que aceptar que hay causales de extinción de la acción penal que son de naturaleza material, como la muerte del imputado, la amnistía, la prescripción y la renuncia del agraviado, pero las hay también de naturaleza procesal, como la aplicación de un criterio de oportunidad, la conciliación y o la reparación integral del perjuicio, lo que representa una manera paradójica de legislar”.

Con los argumentos expuestos, y sin ingresar a analizar los términos del acuerdo presentado o el tipo de delito del que se trataba, el tribunal rechazó la petición formulada por la defensa.

46. Cámara en lo Criminal 9na. Nominación de la provincia de Córdoba, causa “Caminada Rossetti, Ignacio p.s.a. homicidio” (SAC nro. 1035780), resuelta el 23/10/2015.

Misma postura adoptan las Salas 1, 4, 5, 6 y 7⁴⁷ de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, en tanto confirman sendos rechazos de solicitudes de extinción de la acción penal en virtud del art. 59.6 del CP por considerar que las causales allí establecidas e incorporadas al Código Penal mediante Ley n° 27.147 perdieron operatividad desde que el Decreto Ley n° 257/2015 postergó su implementación.

En este sentido, señalan que el Código Procesal Penal de la Nación sancionado por Ley n° 27.063, por un lado, no ha entrado en vigor y, por el otro, establece ciertas reglas de disponibilidad de la acción que están previstas para el Ministerio Público Fiscal, cuya opinión sobre la viabilidad o no de la extinción de la acción penal por las causales previstas en el art. 59.6 del CP resultaría, en principio, vinculante.

Haciendo alusión a la voluntad e intención del legislador, sostienen que la conciliación o reparación integral no resultan institutos que puedan aplicarse sin más, ante la falta de una regulación expresa en la normativa de forma que les brinde contenido, especificando los requisitos en los cuales procede.

Destacan que si el legislador hubiera tenido el objetivo de que los institutos previstos en el art. 59.6 del CP fueran operativos, hubiera utilizado la misma fórmula que usó para legislar la *probation*. En este sentido, ponen de resalto que, a diferencia de la suspensión del proceso, el Código Penal no estipuló para los institutos a estudio las condiciones y requisitos necesarios para su aplicación; por el contrario, la ley remitió su regulación a la normativa procesal (del voto del juez Pinto en la causa CCC 50621/2011/CA2 del registro de la Sala 5 de la CNACC, ya citada).

También se ha sostenido que incorporar la materia vinculada con el ejercicio de la acción penal en el código sustantivo fue una equivocación cometida por el legislador, toda vez que la regulación de dicha materia integra el conjunto de poderes que las provincias no han delegado en el gobierno federal, por lo que la expresa previsión en la ley local es indispensable para

47. CNACC, Sala 1, causa CCC 71.961/13, “B., V. s/falta de acción”, resuelta el 05/04/17; CNACC, Sala 4, causa CCC 22683/2014/2/CA4, “Villalba, Diego s/incidente de falta de acción”, resuelta el 29/09/2016; CNACC, Sala 6, causa CCC 12750/2014/2/CA1, “G., G.G. s/prescripción”, resuelta el 31/08/2016; CNACC, Sala 5, causa CCC 50621/2011/CA2, “G., R.S. s/conciliación”, resuelta el 21/04/2016; y CNACC, Sala 7, causa CCC 33944/2015/1/CA1, “B.L.”, resuelta el 10/02/2016.

la aplicación del instituto de la conciliación (del voto del juez Rimondi en la causa CCC 50621/2011/CA2, ya citada).⁴⁸

La opinión disidente, en cambio, afirma la posibilidad de aplicación de los institutos establecidos en el art. 59.6 del código sustantivo, no obstante la falta de vigencia de la norma procesal. Afirma que la prescripción final que realiza el artículo 59 “... de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes” fija una condición que puede analizarse como una cláusula programática sujeta a la legislación procesal que la ponga en marcha o, por el contrario, constituye una regla operativa que debe ser aplicada.

La elección de la última alternativa es acorde con la idea de que los institutos previstos en la norma en cuestión establecen un imperativo que, a modo de ley marco, la legislación local no tiene margen para desoír, sino, únicamente, para reglamentar con un mayor alcance a nivel de garantías lo que el código sustantivo acuerda expresamente. Ello, a fin de garantizar el principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), ya que el Congreso Federal puede imponer una ley que asegure un estándar mínimo de garantías en todo el territorio nacional.

Con estas consideraciones, entiende que la regla de fondo resulta operativa sin necesidad de que sea reglamentada por el código procesal local (del voto de la doctora Mirta López González en la causa CCC 50621/2011/CA2, ya citada).

También, en este mismo sentido, se ha afirmado que una interpretación contraria a la referida en los párrafos anteriores constituiría “una interpretación *in malam partem* de la posibilidad de aplicar una norma de fondo que extingue la acción penal, otorgándole a un decreto del Poder Ejecutivo una potestad de la que carece, cual es la suspensión de la aplicación de una norma de fondo. No se puede soslayar, en este punto, el principio general contenido en el artículo 2 del Código Penal que establece que se aplicará siempre la ley más benigna. El adverbio ‘siempre’ es claro

48. En otro fallo que sigue esta misma línea, los jueces señalaron que los supuestos incorporados en el art. 59.6 del CP tuvieron como objetivo acompañar la sanción de la Ley 27.063 y destacan que no puede soslayarse que la conciliación [así como la reparación] importa un determinado acercamiento entre las partes (del voto de los jueces González Palazzo y Seijas en la causa CCC 22683/2014/2/CA4 del registro de la Sala 4 de la CN-ACC, ya citada).

en que no se admiten excepciones a esta regla” (del voto del juez Luis María Bunge Campos en la causa CCC 71.961/13 del registro de la Sala 1 de la CNACC, ya citada).

B. El rol del Ministerio Público Fiscal

También corresponde reseñar en este apartado las diversas posiciones en cuanto al rol del Ministerio Público y, especialmente, sobre el valor de sus decisiones. En este sentido, algunos de los fallos citados se pronuncian expresamente sobre el punto, reconociendo el rol de especial relevancia que corresponde a la intervención fiscal, pero mostrando diferencias a la hora de responder si los dictámenes son o no vinculantes.

En cuanto a la primera de las cuestiones, resulta ilustrativa la interpretación sostenida por el Dr. Sebastián Cruz López Peña –vocal de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba– en el citado fallo Reynoso. Allí dijo que “... es el Fiscal General quien tiene la facultad y la obligación legal de proporcionar las pautas a las que debe ajustarse la aplicación de la Ley Nacional 27.147 mediante instrucciones generales (art. 16 inc. 6 y 7 Ley 7826) a los fiscales inferiores (en definitiva los titulares de la acción penal en su gran mayoría), enmarcadas en los principios constitucionales y legales sobre la igualdad de imputados y víctimas ante los Tribunales (art. 14.1PIDCP) y el debido resguardo a los intereses públicos involucrados (art. 1 Ley 7826).”

Por otro lado, en el fallo Verde Alva el Dr. Sarrabayrouse sostuvo que “... es necesaria la participación y la conformidad del Ministerio Público Fiscal. Además de las obligaciones impuestas por la ley, tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal y las recientes reformas (leyes 27.063, 27.148 y 27.272) le han dado mayores facultades...”.

Por el contrario, en el mencionado fallo Amarilla, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación confirmó la negativa del juez de grado explicando que “corresponde aclarar que la ley no es disponible para las partes, de modo que la pretensión coincidente que éstas le puedan acercar al órgano jurisdiccional, sobre la base de una interpretación legal diversa o errónea no lo vincula a fallar irremediablemente en favor de esa pretensión, como si se tratara de una mera homologación de acuerdos entre partes. La interpretación de la ley es una tarea que le compete con exclusividad al juzgador, de manera que es correcto prescindir de la aplicación de una determinada

disposición si a criterio de su único intérprete no se dan en el caso concreto los requisitos que habilitan su procedencia”.

A su vez, son de especial interés las decisiones tomadas en otras instancias. Por ejemplo, en el ya citado caso *Eiroa*, el representante del Ministerio Público Fiscal manifestó su oposición a la solicitud de extinción de la acción penal por aplicación del art. 59.6 del CP; ello, con fundamento en la ausencia de regulación procesal al respecto y en que los jueces no pueden arrogarse la facultad de legislar ante el vacío legal existente.

Asimismo, destacó que la conducta analizada se subsume en un tipo penal de acción pública, motivo por el cual, según su criterio, continúa el conflicto penal en cabeza del Estado, con independencia del acuerdo al que hayan arribado víctima e imputado.

La mayoría del tribunal respondió a tales cuestionamientos, argumentando, por un lado, acerca de la operatividad del instituto a estudio y, por el otro, señalando que “...la circunstancia de que el delito en cuestión sea de acción pública no impide la extinción de la acción mediante la conciliación, pues, de lo contrario, se partiría de la convicción de que esta forma de culminar el proceso solo se hallaría prevista para los delitos de acción privada; límite que la norma en modo alguno ha establecido y, de haberlo hecho, resultaría redundante en tales casos, en los que el particular ofendido siempre conserva la disponibilidad de la acción.” (del voto del Dr. Pablo Daniel Vega).

En esa inteligencia, el tribunal declaró extinguida la acción penal por conciliación y sobreseyó al imputado pues “la cuestión traída a examen carece de un elemento esencial que justifica la intervención judicial, esto es, la existencia de un trance real. Habiendo las partes en igualdad de armas conciliado el entuerto que diera lugar a la más extrema intervención con que cuenta el Estado, la misma ya carece de legitimidad y solo contribuye a crear nuevos ámbitos de conflictos” (del voto de la doctora Mallo).

Distinta fue la posición de la minoría del tribunal, la que –vencida en cuanto a la falta de operatividad del art. 59 del CP– sostuvo que la intervención del Ministerio Público Fiscal resultaba central “aún en un contexto de aplicabilidad de la alternativa prevista en el no vigente artículo 34 del ordenamiento [ley n° 27.063], máxime cuando se trata de una cuestión de orden público: ni más ni menos que la subsistencia o no de la acción penal”. Concluyó, así, que la fundada oposición del fiscal actuante resultaba vinculante.

Por ello, señaló que, al no darse en el caso los presupuestos necesarios para que el acuerdo presentado pudiera surtir el efecto extintivo de la acción

penal por conciliación pretendido por la defensa, correspondía rechazar el planteo de la parte.

Al mismo tiempo, en el antes citado fallo *Aramela* del Tribunal Oral Nacional en lo Criminal Nro. 26, el representante del Ministerio Público Fiscal también se expresó en contra de la vigencia de la causal prevista en el artículo 59.6 del CP –conciliación–, pues la falta de operatividad de los institutos procesales impide la aplicación de la norma invocada por la defensa. Además, el fiscal interviniente destacó la circunstancia de que el imputado contaba con antecedentes penales, lo que también obstaba a la conciliación del conflicto.

Afirmó que, más allá de la conciliación entre las partes, la conformidad fiscal resultaba un elemento insoslayable para su viabilidad puesto que se trata de la subsistencia o no de la acción penal.

Frente a la oposición del fiscal, el tribunal oral sostuvo que correspondía analizar las razones de dicha posición para establecer si ellas postulaban cuestiones que hicieren plausible no homologar el acuerdo propuesto por el presunto damnificado e imputado; concluyendo que la misma no superaba el tamiz de razonabilidad exigido pues el representante de la Fiscalía no puede alejarse irracional y caprichosamente de los intereses de quien debe proteger especialmente: el presunto damnificado.

Por su parte, también sostuvo que el fiscal, al alegar que los antecedentes penales resultaban un impedimento, está poniendo límites no contenidos en la ley y que, además, no están presentes en ninguna de las legislaciones procesales del país que regulan este instituto.

Argumentó que “aun aceptando que esta forma de extinción de la acción configurara una forma de disposición de la acción prevista para el MPF, y que además fuera el fiscal el único con la llave para abrir o no esa vía (lo que no se deriva del art. 59.6 CP, ni tampoco del art. 34 del CPPN –ley 27.063–), esa decisión debe superar el tamiz de razonabilidad y ser compatible con las directrices del art. 9 de la ley 27.148, lo que no se da en el caso”.

Con esas consideraciones, la mayoría del tribunal postuló la homologación del acuerdo y la correspondiente extinción de la acción penal.

Contrariamente, la minoría –doctora Marta A. Yungano, vencida en cuanto a la no vigencia del art. 59.6 del CP– sostuvo que, en el marco de un proceso acusatorio, la oposición fundada del Ministerio Público Fiscal, como ocurrió en el caso, resulta vinculante para el tribunal; motivo por el cual consideró que no debía hacerse lugar a la conciliación.

En el fallo *González* –citado con antelación– también la señora fiscal señaló que la extinción de la acción en virtud de lo establecido en el art. 59.6 del CP no era posible. Argumentó, en esa dirección, que el acusado tenía antecedentes penales y, por ende, no correspondía la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, lo que tornaba también inaplicable el instituto solicitado por la parte en el caso.

Sobre el particular, el juez actuante señaló que la procedencia o no de lo petitionado por la defensa “[no] depende de la aplicación o no del instituto previsto en el art. 76 bis del CP, que regula un principio de oportunidad –al que se refiere el art. 59.5 del CP– lo que es claramente diferente al supuesto que trata el artículo 59.6 que se refiere a la subsistencia o no de la acción penal por la reparación del bien jurídico patrimonial lesionado”.

Una situación similar se presentó en el caso Centurión del mismo tribunal, en el cual la representante de la Fiscalía manifestó su oposición a la solicitud de la defensa basada en la falta de operatividad del instituto examinado y en la existencia de antecedentes. En ese sentido, siguiendo la línea del art. 76 y ss. del CP, explicó que para determinar si en el caso procede o no la reparación integral, el imputado debe estar en situación objetiva de poder acceder a la suspensión del juicio a prueba, circunstancia que no sucedía en el caso examinado. Adujo que con ello se respeta el principio de igualdad ante la ley y no se discrimina, ya que no se puede privilegiar a una persona por el solo hecho de tener disponibilidad económica.

El Tribunal sostuvo nuevamente que, hasta tanto se ponga en vigencia efectiva el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, debe igualmente reconocerse operatividad plena a la causal extintiva prevista en el art. 59.6 del código sustantivo. Por último, rechazó con los mismos argumentos que en el fallo *González* recién analizado, la necesidad de que el imputado se encuentre en condiciones de acceder a la *probation* a fin de poder también aplicarse el instituto a estudio.

C. Intervención de la víctima y del imputado y su defensa

Llegados a este punto, la jurisprudencia ha debido dar respuesta a variados interrogantes relativos al rol de las partes. En particular, es interesante recordar que en el mencionado fallo Verde Alva, el Dr. Sarra-bayrouse sostuvo que “...la reparación integral del daño debe ser racional. De allí que necesariamente requiera una activa participación de la

víctima y no pueda ser decidida de oficio, sin un consentimiento expreso de aquella, con lo cual, y pese a la utilización de la disyunción “o” por parte del legislador, resulte muy difícil trazar una frontera tajante con la conciliación, que separe de manera categórica ambos institutos y permita imaginar casos donde el tribunal decida sin escuchar al ofendido. La conciliación y la reparación integral, para funcionar adecuadamente, exigen la participación y el consentimiento de la víctima, es decir, que en ambos casos debe existir un acuerdo, cuyo contenido puede variar sustancialmente en uno u otro caso”.

Por su parte, en el fallo *Amarilla*, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Penal fijó límites a la voluntad conciliatoria de las partes, puesto que “... la ley no es disponible para las partes, de modo que la pretensión coincidente que éstas le puedan acercar al órgano jurisdiccional, sobre la base de una interpretación legal diversa o errónea no lo vincula a fallar irremediablemente en favor de esa pretensión, como si se tratara de una mera homologación de acuerdos entre partes...”.

Pero, sin perjuicio de tales límites, la voluntad conciliatoria de la víctima es imprescindible y debe estar precedida de una reparación integral del perjuicio causado por el hecho delictivo, como expuso el Dr. Bruzzone.

Por otro lado, en cuanto a las decisiones tomadas en otras instancias, en el fallo *Eiroa*, se observa que el abogado defensor, en representación del imputado, hizo saber al tribunal que las partes habían arribado a un acuerdo conciliatorio, en el marco del cual la empresa damnificada, por medio de su representante legal, manifestaba y garantizaba no continuar con el reclamo penal.

En dicho contexto, los jueces se dispusieron a escuchar a la presunta víctima, quien ratificó los términos del acuerdo conciliatorio referenciado por el abogado defensor del imputado y destacó que el convenio contenía cuestiones que iban más allá de un mero acuerdo laboral, que abarcó la posibilidad de recuperar una serie de acciones y el pago por estas.

Por su parte, en el ya citado fallo *Aramela*, el juez que lideró el acuerdo analizó la naturaleza del método de extinción de la acción penal escogido (conciliación).

Tal lo que ocurrió en la causa, en donde existió una reunión previa a la audiencia, en donde las partes –víctima e imputado– se escucharon, plantearon sus pretensiones y arribaron a un acuerdo, confeccionando un acta que fue presentada ante el tribunal de juicio a fin de solicitar su homologación y la extinción de la acción penal correspondiente.

Se observa así que el tribunal celebró una audiencia de conciliación a fin de escuchar a las partes y conocer los pormenores del acuerdo conciliatorio al que habían arribado; en ella, se le otorgó la palabra a la presunta víctima, quien ratificó su voluntad de acuerdo y manifestó que estaba conforme con el dinero que se le había entregado y con el pedido de disculpas que había recibido. Afirmando, incluso, su satisfacción con la circunstancia de haber recuperado la bicicleta –que había sido secuestrada como objeto de prueba– y remarcando que, desde su punto de vista, el conflicto ya estaba solucionado, lo que quedó demostrado al hacer referencia al imputado por su nombre de pila.

También fue oído el imputado, señalando su conformidad con la disolución del conflicto en los términos aquí examinados y aclarando que no había sido coaccionado de ningún modo para ofrecer la reparación. Surge también que el abogado defensor fue el responsable de lograr el acuerdo conciliatorio con anterioridad al desarrollo de la audiencia e, incluso, de llevar a cabo las gestiones para que la víctima recupere su bicicleta.

En el caso *González* antes citado, también se celebró una audiencia a fin de escuchar la palabra de la víctima, no siendo aceptable, en su reemplazo, un convenio conciliatorio entre partes suscripto en forma particular en el ámbito de la defensoría, del que surgía un ofrecimiento pecuniario de trescientos pesos (\$300) por parte del acusado.

En otro caso, caratulado *Seta*,⁴⁹ en el cual se presentó al Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 30 un acuerdo de conciliación entre la imputada y el administrador del consorcio damnificado, en el que el último aceptaba la suma de dinero y el pedido de disculpas ofrecidos, el juez, previa anuencia del Ministerio Público Fiscal, se limitó a mantener una entrevista personal con la imputada a fin de que manifieste su conformidad con el acuerdo de conciliación firmado. Así, sin escuchar a la presunta víctima, resolvió aceptar el ofrecimiento presentado.

D. Delitos que admiten la aplicación del instituto

Llegados a este punto, inicialmente cabe mencionar los célebres casos en los que las distintas instancias vedaron la posibilidad de resolver los conflictos de cierta naturaleza por alguna vía distinta que la sanción penal.

49. Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 30 de esta ciudad, causa CCC 36718/2015/TO1, resuelta el 10/05/2017.

Por ejemplo, en el célebre fallo *Góngora*,⁵⁰ nuestro máximo Tribunal sostuvo que aplicar un método alternativo contrariaría lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Pero más allá de ello, y retomando el análisis del caso *Eiroa*, se observa que en el voto que abrió el acuerdo, al que adhirió la doctora Mallo, se apreció como primordial presupuesto, para que proceda la extinción de la acción por las causales establecidas en el inciso 6º, que se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas; lo que ocurrió en el caso en cuestión, en el cual, la imputación que pesaba sobre el peticionante consistía en el delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173, inciso 7, del Código Penal).

Similares consideraciones se llevaron a cabo en el ya citado fallo *Aramela* del TOC 26, en el cual, el juez Martín –con la adhesión de la doctora Llerena– precisó, con cita del dictamen del fiscal Mahiques en una causa de otro tribunal,⁵¹ los casos que admitirían la solución del conflicto por conciliación, destacando la necesidad de que el hecho no haya trascendido más allá de una víctima concreta, es decir, que no afecte el interés general. En este sentido, con remisión a la suspendida Ley nº 27.063, consideró que los acuerdos conciliatorios resultarían viables en los casos de delitos de contenido patrimonial, cometidos sin grave violencia sobre las personas, o en los delitos culposos si no existieron lesiones gravísimas o de resultado muerte.

Distinto fue el supuesto que se presentó en el aludido caso *González* del TOC 1, en el cual, pese a tratarse de un delito contra la propiedad (robo en grado de tentativa), el juez actuante resolvió rechazar la solicitud de extinción de la acción penal por reparación integral y condenar al imputado.

Para así decidir, el magistrado adelantó que para que el caso pueda dirimirse de la forma solicitada por la defensa “debe tratarse de un delito patrimonial, que haya causado un daño de esa especie, que sea apreciable en dinero, y que haya dado oportunidad de expedirse a todos los involucrados directos en el hecho”. Así, destacó que “en el presente caso se trató

50. C.S.J.N., 23/4/2013, “G. 61. XLVIII. *Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Recurso de hecho*, causa Nº 14.092.

51. Dictamen del fiscal Mahiques en la causa nº 4939, caratulada “Sanabria”, rta. el 05/05/2016, del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 15 de esta ciudad.

de la sustracción de un teléfono celular, con el dolo de apoderamiento que requiere el tipo pena, por el que vino requerido, mediante el uso de violencia en las personas (me ‘ahorcó’, dijo la víctima), en el marco de una situación de violencia de género, suscitada por celos...”.

En dicho contexto, el juez entendió que la existencia de daños irrogados a la damnificada por la acción antijurídica, diferentes a lo meramente patrimonial, impedían la concesión del instituto solicitado. Además, agregó que tampoco es cierto que haya existido una reparación integral en los términos del art. 59.6 del CP pues, siendo el bien jurídico sustraído, además de un bien material, un bien de uso, no puede ser reparado a partir de la suma de dinero ofrecida por la defensa de forma integral, como lo exige la norma.

De otro lado, en el antes mencionado fallo *Centurión*, el tribunal reitera su postura de que solo se admite la extinción de la acción por reparación integral en los casos de delitos de contenido exclusivamente patrimonial. En tal sentido, los jueces resuelven extinguir la acción penal por reparación integral y sobreseer al imputado por el delito de robo simple tentado, pero disponen también, en el mismo resolutorio, continuar la investigación en contra del mismo encausado por el delito de lesiones –en razón del forcejeo que entabló con el miembro de la fuerza de seguridad–; ello, por tratarse de un bien jurídico distinto al de la propiedad.

V. El rol de la víctima

A partir de las diversas reformas procesales penales de la región y particularmente en lo que se refiere a la Argentina, se advierten tendencias que fueron gestadas a partir del movimiento de transformación del enjuiciamiento en materia penal y que implicaron la sanción de códigos procesales acusatorios donde la adversarialidad fue uno de los ejes centrales. Este movimiento se materializa en el interior del país y la mayoría de las provincias dan cuenta de ello. En tanto, en Latinoamérica, las reformas de Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguay, Venezuela, Bolivia, Chile, Ecuador (entre otros) constituyen algunos ejemplos de esta experiencia⁵² y de manera in-

52. Solimine, Marcelo, *Bases del nuevo código procesal penal de la nación. Ley 27063*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2015. p. 52.

tencial, tal como nos explica Langer, fue presentado como un proceso de reforma cuya tendencia fue regional.⁵³

Uno de los ejes característicos de estos procesos de reforma es el haber dado lugar a los planteos y las demandas sociales que comenzaron a formularse al sistema de administración de justicia, a sus prácticas (vinculado a la eficacia de sus intervenciones) y a la forma en que eran ejercidas por sus operadores. En el caso que estudiamos, la incorporación legislativa de los métodos alternativos a la acción punitiva implicó un camino que, enrolado en un sistema procesal acusatorio, intenta comenzar a retrotraer la avanzada sobre la confiscación del conflicto y devolverle a la persona víctima un rol protagónico en el proceso penal. En este sentido, Riego detalla “que no tuvo sentido incentivar su rol como promotora de la punición, sino más bien promover las posibilidades del reemplazo de la pena por la reparación y la de otorgar a las víctimas de derechos colaterales a la persecución, como el buen trato o protección y simbólicos, como el reconocimiento de su protagonismo en el conflicto”.⁵⁴

Al respecto es dable destacar diversas tensiones que fueron desplegándose en décadas anteriores y que impactan en el tema de víctimas y en los métodos alternativos de resolución. En contraposición al entendimiento de estas reformas procesales, un sector de la academia o de ámbitos legislativos, de oficinas de asistencia a la víctima (entre otros) se oponen a promover la escucha activa de la parte damnificada fundado en la presunta avanzada que el “paradigma neopunitivista del siglo XXI” realiza directamente en el proceso penal. Estas corrientes parten de la concepción tradicional y estereotipada de la persona víctima como aquella reivindicativa y retribucionista cuya única demanda es el aumento desmedido de la respuesta punitiva y *que se acerca al sistema penal como primera y única ratio*. Esta tendencia tuvo sus distintos momentos en los años 90 y los inicios del siglo XXI; la constitución de algunos movimientos sociales que se generaron a partir de algunos casos mediáticos y su posterior impacto

53. Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de las ideas legales desde la periferia”, *Revista de Derecho procesal penal, El proceso penal adversarial*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 112.

54. Riego, Cristian, “La expansión de las facultades de la víctima en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella”, *Política Criminal*, Volumen 9, número 18, Buenos Aires, 2014, p. 670.

en la legislación penal argentina (las denominadas “leyes Bloomberg”) renovaron la discusión acerca de brindar mayor participación a la persona víctima o no hacerlo.

Pero, tal como señala Maier, no puede entenderse este período histórico como el único momento de la política criminal que reposiciona a la persona damnificada en el centro del debate; por el contrario, “estuvo allí, en sus comienzos, cuando reinaban la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales y el sistema acusatorio privado como forma principal de la persecución penal”.⁵⁵

De otro costal, cabe destacar el olvido de la victimología en el sistema penal. Dado que por un lado existía un nivel teórico criminológico en el que había una preocupación por la etiología del delito y por buscar otros métodos de respuesta al imputado. Pero, al mismo tiempo, el derecho penal se había olvidado de la víctima en su aspecto material en tanto que el fin de protección de bienes jurídicos parecía basarse exclusivamente en el castigo del imputado en vez de en la reparación del mal causado a la persona de carne y hueso. Por lo demás el derecho procesal tampoco había reconocido la participación de la víctima.

Por lo tanto, dejando de lado estos debates en atención a los límites que esta presentación tiene, la introducción del instituto de la conciliación y la expresa mención a la reparación integral en el Código Penal argentino viran el eje del debate y entran en un período de protagonismo de la víctima, cuyo alcance y límites habrá que precisar. El corolario de este proceso y los estamentos que se fueron sorteando podríamos decir que legislativamente concluyen con la sanción de la ley 27.372 de “Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos” y la reciente reglamentación a partir del decreto N° 421/2018. Sin embargo, queda mucho camino por andar para clarificar la cuestión.

A ello se suma la introducción del derecho internacional de los derechos humanos en lo que hace a la temática victimológica, así como los tratados y convenios internacionales que cuentan con jerarquía constitucional, previstos en el Art. 75 inc. 22 de la CN.⁵⁶

55. Maier, Julio, *Derecho procesal penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 23 y siguiente.

56. Ver Salvioli, Fabián, “Derechos, acceso y rol de las víctimas”, *El futuro del sistema*

De este modo se brinda un contexto integral respecto a la participación de la víctima en el proceso, cuyo debate e interrelación con el Ministerio Público Fiscal aún se encuentra en estado embrionario.

No obstante, es de destacar que la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos N° 27.372 tiene varias aristas, así se refiere a derechos que le son reconocidos a las personas víctimas, como el acceso a un patrocinio jurídico dado por alguna dependencia estatal; a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; a aportar información y pruebas; a ser escuchada, entre otras previsiones incluidas Art. 5. Pero también admite otras prerrogativas que hacen al derecho a ser oída, si fuere damnificada en el proceso penal y a la necesidad de que manifieste su voluntad frente a determinados actos procesales, *v. gr.* en el Art. 12 se prevé la posibilidad de expresar su opinión ante el juez de ejecución o el que resulte competente previo al acceso de la persona condenada a salidas anticipadas previstas en la normativa de ejecución. Asimismo, la damnificada, conforme establece el Art. 5 k), tiene la posibilidad de ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y de aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso.

En sentido análogo, esta legislación hace expresa referencia a la intervención que habrá de darse a la persona víctima cuando se analice la procedencia del instituto de la suspensión de proceso a prueba. Para ello modifica el Art. 293 del CPPN y refiere que el órgano judicial competente podrá concederla previa audiencia, donde las partes tendrán derecho a expresarse y para ello se citará a la víctima aun cuando no se hubiese presentado como parte querellante. Sin embargo, por el momento, no se conoce cuál es el alcance que le darán los órganos jurisdiccionales a dicha opinión. Pero todo hace pensar que el principio de razonabilidad de la oposición y las razones de política criminal que invoque el Ministerio Público Fiscal serán las reglas de aplicación en el concierto de la normativa vigente.

Es menester comprender que en lo que hace a los métodos alternativos de resolución de conflictos y el rol de la víctima nuevos debates se abren y se mantienen otros históricos. Se trata, en definitiva, de “un problema del

sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue, y de las tareas que abarca y, por fin, de los medios de realización para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas que pone a su disposición el derecho procesal penal”.⁵⁷

VI. Las regulaciones locales

Abierta ya la discusión respecto de si los criterios de oportunidad son materia procesal o penal y, por consiguiente, si pueden o no regularse a nivel provincial, vamos ahora a indagar cómo han regulado las provincias en sus códigos procesales o en leyes especiales la cuestión de la disponibilidad de la acción. En honor a la brevedad analizaremos algunos ejemplos de legislaciones locales.

En primer lugar, vamos a examinar los casos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires en donde se establecen ciertas prohibiciones respecto de la posibilidad de mediar, siendo el impedimento más significativo el de someter los casos de violencia doméstica a dicha salida alternativa.

Esta prescripción es la que también podemos observar en la Ley Nacional N° 26.485 –Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales– en la que se prohíbe a través de su artículo 28 la mediación o conciliación para este tipo de situaciones.

En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la mediación se encuentra prevista en el Código Procesal Penal, sancionado a través de la Ley 2.303, en su artículo 204, en el que se le da la facultad al fiscal de proponer este tipo de solución alternativa.

Sin embargo, se excluyen expresamente de este tipo de procedimiento, cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I, Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho –artículo 8° de la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar.

57. Maier, Julio, “La víctima y el sistema penal”, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992, p. 190.

Ahora bien, mediante la Resolución de la Fiscalía General 219 del año 2015, se estableció la prohibición de someter a mediación causas de violencia de género. En dicha resolución, además, se fijó como criterio general de actuación que las causas en donde se investigue el incumplimiento de deberes de asistencia familiar (Ley 13.944) se considerarán como casos de violencia económica. Por lo tanto, también quedarán excluidos de la posibilidad de mediar. Esto último independientemente de si, además de la falta de medios para aportar a los hijos menores de edad, hubo alguna situación de violencia física o psicológica por parte del progenitor.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley 13.433 (modificada por la Ley 13.943) que regula el régimen de resolución alternativa de conflictos penales a través de la mediación y la conciliación.

Resulta interesante advertir que dicha ley considera como casos especialmente susceptibles de sometimiento al régimen conciliatorio: a) las causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad (aunque no hemos indagado aun acerca de sus alcances en la jurisprudencia); b) las causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.

En el artículo 6 de la ley se establece que no procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que:

- a) La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las leyes 13.944 y 24.270.
- b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública.
- c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 - Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 - Robo).
- d) Título 10 Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.

A su vez, en el año 2012 a través de la sanción de la Ley 14.509 se modificó la Ley 12.569 de Violencia Familiar estableciendo en su artículo 11 la prohibición expresa de mediar en estos casos, siguiendo también lo legislado a nivel nacional.

El caso de la Provincia de Santa Fe es similar a los dos casos recién analizados en cuanto a la prohibición de someter a mediación causas en donde la mujer sea víctima de violencia.

Mediante la Ley 12.734 se aprobó el Código Procesal Penal que en su artículo 19 establece criterios de oportunidad y específicamente en el inciso 5 se prevé la conciliación cuando el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad.

Sin embargo, la Ley 13.348 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en su artículo 29, se prohíbe expresamente mediar o conciliar en este tipo de casos.

Lo mismo ocurre con las provincias de Mendoza, Río Negro y Tucumán en donde también se establece la prohibición de mediar en casos de violencia doméstica.

En el caso de la provincia de Mendoza, mediante la Ley 6.730 se aprobó el Código Procesal Penal y en su artículo 26 inciso 2 se prevé que el Ministerio Público solicite la suspensión de la persecución penal cuando se haya producido la solución del conflicto en caso de delitos originados en conflictos familiares.

Sin embargo, a través de la Resolución 717/16, al igual que lo que vimos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Procuración General limitó los casos en donde se pueden aplicar los criterios de oportunidad, estableciendo que:

- 1.- Que no se trate de casos de violencia de género, o los afectados sean menores de 13 años de edad;
- 2.- Que no se trate de hechos que puedan comprometer el interés o el orden público.
- 3.- Que no hayan causado la muerte o puesto en riesgo la vida de la víctima.
- 4.- Que no se hayan utilizado medios idóneos para generar un peligro común, o armas de fuego.
- 5.- Que no aparezca cometido en perjuicio de la administración pública provincial y/o haya afectado el normal desenvolvimiento de los poderes públicos en cualquiera de sus esferas. También establece el límite para los casos en los que el imputado sea reincidente y que no sea funcionario público. Por último, tampoco puede acceder a una mediación el imputado que se encuentre sometido a medidas de seguridad curativas o especiales según la ley de estupefacientes o la ley de salud mental.

En la provincia de Río Negro, a través de la Ley 3.847, se instauró la ley de mediación prejudicial, en la que se prevé como expresamente mediables, prejudicial y obligatorio a los fueros civil, comercial y de minería y de familia.

Sin embargo, se excluyen expresamente de este procedimiento extra-judicial obligatorio las causas en que estén comprometidos el orden público y las cuestiones de violencia en el ámbito familiar.

Específicamente en materia penal, mediante la Ley 5.020, se aprobó el Código Procesal Penal, en el que en su artículo 96 se regulan los criterios de oportunidad. Se prevé que las partes podrán conciliar en todo delito de acción pública o dependiente de instancia privada, cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, siempre que no se trate de un delito cometido con grave violencia física o intimidación sobre las personas, y que las víctimas sean mayores de edad y consientan su aplicación.

Genéricamente se excluye la aplicación de cualquier criterio de oportunidad en los casos de delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. Regla generalizada en el orden provincial, para los procesos consensuales, tal como se detalla seguidamente.

En el caso de la Provincia de La Pampa, mediante la Ley 2.287 se aprobó el Código Procesal Penal en el que en su artículo 4 prevé la posibilidad de aplicar un criterio de oportunidad cuando haya conciliación entre las partes y el imputado haya reparado en su totalidad el daño causado, en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos.

Especialmente se establece la imposibilidad de aplicar un criterio de oportunidad si el imputado reviste la calidad de funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones o en razón de ellas.

La Provincia de Tucumán, a través de la ley 8.849, modificó el Código Procesal y en su artículo 5 ter. se establece la conciliación y mediación en los supuestos de hechos ilícitos que prevean una escala penal máxima de seis años, siempre que se tratare de: a) causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad excluyendo los casos de víctimas vulnerables, en situación de violencia de género o violencia doméstica y b) causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial –cometidos sin grave violencia física o psíquica sobre las personas.

Se excluyen para su aplicación los supuestos en que exista un interés público prevalente y no procederá respecto de hechos que hayan sido cometidos por un funcionario público en ejercicio del cargo o en ocasión de él.

En la Provincia de Chubut, por medio de la ley 5.478 se aprobó el Código Procesal Penal y en su artículo 47 se reguló la conciliación. Las partes podrán arribar a conciliación en los delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves o en los delitos culposos.

Se excluye la posibilidad de conciliar en los casos de delitos que exijan para su realización la calidad de funcionario público como sujeto activo.

Lo mismo ocurre en la Provincia de Entre Ríos, en la que a través de la ley 9.754 se sancionó el Código Procesal Penal Ley. Concretamente en su artículo 5 se otorga la posibilidad de que el Procurador Fiscal General establezca pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, teniendo especialmente en cuenta la insignificancia de los hechos, la conciliación entre las partes, el expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado.

Sin embargo, se prevé particularmente como excepción a esta facultad del Ministerio Público Fiscal las causas en donde el imputado es funcionario o empleado público.

En el caso de Neuquén, mediante la Ley 2.784 en la que se aprobó el Código Procesal Penal, en su artículo 106 se incorporaron los criterios de oportunidad.

Se establece que se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho y específicamente el inciso 5 prevé la posibilidad de conciliación entre las partes. Taxativamente se ordena que no corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él.

En el caso de la Provincia del Chaco, por medio de la Ley 4.498 se instauró la mediación como sistema alternativo y voluntario de resolución de disputas.

En su artículo 4º se excluyeron especialmente de esta salida alternativa las causas penales, las acciones vinculadas con la violencia familiar, las privadas y las acciones civiles resarcitorias tramitadas en fuero penal.

Sin embargo, a través de la Ley 4.989 se implementó la mediación penal como forma de resolución alternativa de conflictos, disponiendo en su artículo 4º que podrá proceder en los casos de delitos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así de inhabilitación o multa.

En su artículo 11 se exceptúan de este proceso los hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Como conclusión de este somero y ejemplificativo análisis, podemos decir que no existe controversia en cuanto a la limitación de la posibilidad de mediar en causas donde intervengan funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Resulta más problemático en los casos de violencia doméstica y/o de género, en el que se va marcando una tendencia cada vez más fuerte de no aceptar este tipo de solución alternativa. En este punto, al simple efecto de abrir el debate, nos preguntamos si la prohibición tajante de someter los casos de violencia familiar al ámbito de la mediación y la conciliación resulta indiscutible.

Es irrefutable la repercusión actual que tiene el tema de la violencia contra la mujer en cuanto a su trascendencia social. No se pretende negar la importancia del tema ni mucho menos su existencia, sino de abrir la discusión respecto de si, en todos los casos, es imposible intentar solucionar algún conflicto familiar en el ámbito de una mediación.

En la práctica vemos que en muchos casos de violencia doméstica los involucrados tienen hijos en común, lo que necesariamente hace que deban continuar relacionados, al menos hasta que esos hijos sean mayores de edad. En principio y sin perjuicio de que existen diversas situaciones en donde la gravedad del hecho ameritaría una prohibición terminante de una solución alternativa, pueden existir casos en donde una solución de este tipo puede derivar en una salida más acorde para la totalidad del contexto familiar.

Es interesante pensar si la prohibición absoluta podría derivar de la gravedad del hecho y no del tipo de conflicto, como han establecido varias legislaciones locales. Esto posibilitaría que algunos supuestos de poca trascendencia ingresen en el ámbito de la mediación y conciliación y se pueda llegar a una solución más amistosa en miras al imperioso contacto futuro entre las partes.

El otro punto importante en esta materia para debatir es el papel de la víctima. Sin perjuicio de la posibilidad de que los organismos especializados en la atención a las víctimas puedan emitir un dictamen que permita establecer si su voluntad no se encuentra comprometida en algún sentido, parece indispensable escuchar, en este tipo de conflictos, cuál es la intención de las personas que acceden a la justicia por un problema familiar.

Al cerrar terminantemente el grifo en este tipo de supuestos, no queda lugar para que las víctimas puedan definir su propia situación.

Así como es importante que el Estado argentino cumpla con sus obligaciones internacionales en materia de género, cabe preguntarse si es conveniente dejar de dar algún tipo de voz a una víctima que quiere solucionar su conflicto familiar a través de una mediación o una conciliación y no verse expuesta y revictimizada en un juicio oral y público donde la persona imputada pueda terminar en prisión.

VII. Razones limitativas

Una vez expuesto el marco teórico que sustenta a los institutos de la conciliación y reparación del perjuicio y los diversos fallos que le dieron vida y fijaron sus formas y criterios de aplicación, fue imprescindible preguntarse por las razones jurídicamente válidas para limitar su alcance. La intuición es clara. No todo debería poder conciliarse o repararse. Hay hechos que por su naturaleza o gravedad parecen exceder una mera disposición individual. ¿Cómo distinguir entre las diversas situaciones? Esta simple pregunta fue la que guio esta línea de trabajo.

Para colaborar en la tarea, se realizó un seminario interno de discusión, en el que la profesora Mary Bellof⁵⁸ explicó su postura general sobre el tema, respondió los interrogantes específicos de los integrantes del grupo y, en lo que nos ocupa, presentó el trabajo “El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género”, escrito en coautoría con Mariano Kierszenbaun y que actualmente se encuentra en prensa.

Tanto el seminario como la investigación presentada funcionaron como excelentes disparadores para la reflexión colectiva y nos permitieron sistematizar algunas de aquellas intuiciones que mencionamos. De esta forma, logramos distinguir al menos tres clases de motivos para limitar los acuerdos definidos entre imputado y víctima.

Sobre el punto, cabe una aclaración. Si bien la verificación de la inexistencia de un verdadero consentimiento puede ser valorada como una razón para rechazar una conciliación presentada por las partes, razones metodo-

58. Mary Bellof es profesora titular regular de Elementos de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y fiscal general de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios del Ministerio Público Fiscal.

lógicas nos llevan a darle un tratamiento diferente. La presencia de un adecuado marco de autonomía sería una precondition para la existencia de un acuerdo y sin su existencia no podrá hablarse de una verdadera conciliación. Por ello, en este apartado nos centraremos en el análisis de aquellas razones que podrían esgrimirse para rechazar un proceso conciliatorio válidamente expresado, es decir, formalizado entre dos partes que actúan de forma verdaderamente autónoma.

Retomando lo expuesto, lo cierto es que las dificultades interpretativas expuestas en los puntos antecedentes y la diversidad de criterios esgrimidos por los magistrados puestos a aplicar las normas en casos concretos nos obligan a sistematizarlas, buscando privilegiar aquellas respuestas que, por un lado, muestren suficiente coherencia con sus presupuestos teóricos y, por otro, no contradigan nuestra práctica institucional.

Por ello, frente a la multiplicidad de normas provinciales que regulan la cuestión y teniendo en cuenta las prevenciones formuladas al analizar las discusiones vigentes sobre la naturaleza del artículo 59 y su operatividad, la primera de las preguntas a la que intentamos dar respuesta tiene que ver con la búsqueda de una forma en la que puedan armonizarse las restricciones procesales a la aplicación del instituto con el diseño institucional que surge de la Constitución Nacional.

Además, la tendencia de nuestros sistemas procesales se encamina al fortalecimiento del rol de preponderancia asignado al Ministerio Público Fiscal en la determinación de criterios de política criminal. Los avances en la definitiva asignación de la potestad de investigar en cabeza de los fiscales, el diseño de unidades especiales para investigación de delitos complejos y la incorporación de criterios de oportunidad son solo ejemplos de los múltiples cambios llevados a cabo en el orden federal y provincial.⁵⁹

¿Tiene el Ministerio Público la potestad de rechazar una conciliación libremente formulada entre víctima y victimario? Y en ese caso, ¿es esta una facultad discrecional de cada fiscal o debe ser fijada en políticas generales de actuación? Y como conclusión, la pregunta fundamental: ¿Qué clases de razones deben fundar tales decisiones?

59. Este punto puede ampliarse en Ledesma, Ángela Ester, "Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores", *Revista de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Número extraordinario, *El proceso penal adversarial*, tomo II, 2009.

Por otro lado, múltiples fallos han encontrado límites a la disponibilidad de la acción penal en los compromisos internacionales suscriptos por la Argentina, por ejemplo, en materia de crímenes de lesa humanidad, violencia de género, discriminación y derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Frente a esto nos preguntamos por la naturaleza de las obligaciones emergentes de los tratados de derechos humanos, y de los fallos y recomendaciones de los órganos de aplicación y, en función de ello, intentamos focalizar el análisis y distinguir las exigencias de cada uno de ellos, para compatibilizarlas con nuestro derecho interno de una manera adecuada.

A. Los compromisos internacionales

La primera de las razones generalmente esgrimidas para rechazar la procedencia de alguna de las vías alternativas es la existencia de un compromiso internacional que obligue al Estado a someter a proceso y sancionar a los responsables de ciertos hechos.

Esto luce, como criterio general, perfectamente razonable. Mal podría un magistrado –por más comprometido que se encuentre con la idea de racionalizar el uso de la violencia estatal y maximizar los ámbitos de autonomía de las partes de un conflicto llevado a su conocimiento– incumplir un tratado suscripto por la Argentina.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al sostener que “(l)as obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”.⁶⁰

Ello por cuanto “(e)n definitiva, el derecho internacional de los derechos humanos postula, defiende y reclama la utilización de la justicia penal para defender los derechos fundamentales por él regulados”.⁶¹

60. CorteIDH, “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, del 18 de octubre de 2017, considerando 13, con cita de los casos “Castillo Petrucci y otros Vs. Perú”, “López Lone y otros Vs. Honduras” y “Gelman Vs. Uruguay”.

61. Bellof, Mary y Kierszenbaum, Mariano, “El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género”, en prensa.

Esta ha sido la postura clásica en materia de responsabilidad internacional por violación de derechos humanos. Así, “(e)l Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.⁶²

Por tales motivos, la existencia de una obligación internacionalmente asumida por la República Argentina de investigar y sancionar ciertos hechos podrá obstaculizar la procedencia de una vía reparatoria o cualquier intento conciliatorio entre las partes.

Como ejemplos de ello cabe mencionar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Estas normas –que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, gozan de jerarquía constitucional– prácticamente no admiten una interpretación diferente que la de obligar a todos los órganos del Estado a prevenir, investigar y sancionar a los responsables de los hechos allí previstos. Su especial naturaleza, las peculiares características de sus destinatarios y la necesaria intervención estatal que suponen no parecen dejar otra posibilidad.

Por el contrario, existen otras normas internacionales que, si bien en una primera lectura parecerían poseer tal carácter, merecen al menos la formulación de una serie de interrogantes acerca de sus alcances, similitudes y diferencias con las normas mencionadas.

Tal es el caso de, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. La sincera reflexión sobre ellas, a la luz de algunos trabajos doctrinarios específicos en la materia,⁶³ nos llevó a la formulación de ciertas preguntas,

62. CorteIDH, “Velázquez Rodríguez Vs. Honduras”, del 29 de julio de 1988, considerando 174.

63. Un ejemplo de ello puede verse en Juliano, Mario Alberto y Ávila, Fernando, “Un fallo sensato”, en Martín, Adrián y Nardiello, Ángel (dirs.), *Jurisprudencia de Casación Penal*.

cuyas respuestas será necesario delinear antes de rechazar tajantemente la posibilidad de llegar a una solución alternativa a los conflictos allí regulados.

¿Cuál es la naturaleza de los bienes jurídicos allí protegidos? ¿Se trata de proteger a víctimas directas o a algún valor supraindividual? Y, en ambos casos, ¿por qué deberían estas razones ser suficientes para dejar de lado la voluntad libremente expresada por las personas directamente vinculadas por el conflicto?

Estas reflexiones, aun si conducen a las mismas respuestas, son imprescindibles para asegurar que no son fruto del puro parecer ideológico de los intérpretes, sino que derivan razonable y coherentemente de nuestro sistema normativo y son compatibles con nuestra práctica institucional.

B. Los límites procesales

Por otro lado, en los apartados anteriores presentamos algunas legislaciones provinciales que, con mayor o menor éxito, introdujeron y fijaron un marco de aplicación para la figura que nos ocupa. Es en esa tarea que las legislaturas locales fijaron límites específicos que fueron objeto de análisis.

Por ejemplo y como lo anticipamos, el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires excluye la posibilidad de acudir a procesos conciliatorios cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I, Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual). En el mismo sentido, la Ley 4.498 excluye la posibilidad de mediar en los casos en que el autor ya hubiera celebrado más de dos acuerdos de mediación en hechos anteriormente cometidos, a excepción de los delitos culposos que pueden ser sometidos a mediación en varias oportunidades.

Estos no son más que ejemplos, suficientes para mostrar la encrucijada que planteamos al desarrollar la problemática de la operatividad. Si las provincias no cuentan con facultades para crear tipos penales o fijar nuevas excusas absolutorias, no podrían fijar causas de exclusión del instituto que no surjan, al menos de forma implícita, del derecho común o supranacional. En consecuencia, la remisión al derecho procesal que surge del artículo 59 será exclusivamente a efectos de que cada ordenamiento adjetivo fije

los aspectos puramente procedimentales que permitirán llevar a cabo la conciliación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido consistente sobre ese punto. Desde el célebre fallo “González, Modesto c/ Provincia de Santiago del Estero”⁶⁴ de 1930 a la fecha, nuestro máximo tribunal consideró inconstitucional cualquier intromisión de la legislación provincial sobre facultades expresamente delegadas constitucionalmente, como, así también, todo exceso del gobierno federal de las competencias expresamente definidas a su favor.⁶⁵

De esta forma, normas como las mencionadas, al fijar conductas expresamente excluidas de la posibilidad de conciliación, podrían ser, según esta interpretación, declaradas inconstitucionales por jueces que adviertan la posibilidad de canalizar un conflicto penal por alguna de las nuevas vías alternativas incorporadas al artículo 59 por la Ley N° 27.147.

Ello aun cuando “... la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *ultima ratio* que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estar-se a favor de la validez de las normas”,⁶⁶ puesto que no existen alternativas admisibles que permitan la vigencia de la totalidad de las normas en juego.

La disyuntiva interpretativa es clara. O la Carta Magna otorga competencia para regular la cuestión al Estado Nacional y serán ilegítimas todas las intromisiones de las autoridades locales en la temática o la incorporación de la conciliación al artículo 59 del Código Penal fue realizada en violación de la Constitución Nacional. Si, como vimos, existen buenas razones para sostener la validez de la Ley N° 27.147, será función del juez restablecer el correcto funcionamiento del sistema, privando de efectos a aquellas normas locales que la contradigan o limiten su eficacia.

Recuérdese que esta solución extrema no debe aplicarse a todas las restricciones reguladas por las provincias, sino exclusivamente a aquellas

64. Fallos 156:326.

65. Ver, por ejemplo, fallos 308:2569; 336:66 y B. 3949. XVIII. *Banco de la Nación Argentina c/ Martín, Miguel Ángel y otra s/ ejecución hipotecaria* entre muchos otros.

66. Fallos, 14:425; 147:286.

que no surjan de alguna norma de carácter superior. En este sentido, las limitaciones procesales a la conciliación, por ejemplo, en materia de violencia contra las mujeres o en delitos cometidos por funcionarios públicos no hacen más que reafirmar y dar vida a los compromisos asumidos por la Argentina y, como tales, son perfectamente compatibles con la naturaleza del artículo 59 del Código Penal.

C. Las razones de política criminal

Finalmente, deben mencionarse, entre las posibles objeciones a la procedibilidad de los acuerdos conciliatorios, las objeciones fundadas en razones de política criminal esgrimidas por los representantes del Ministerio Público Fiscal.

En palabras de Beloff, “existen muchas razones por las que los fiscales –no los jueces, como se regula en muchas legislaciones de menores infractores en América Latina– pueden y deben administrar racionalmente los casos en los que se pondrá la energía y recursos persecutorios estatales. Esa discrecionalidad debe desarrollarse dentro de regulaciones marco, ya que, a diferencia del modelo adversarial anglosajón, nuestro modelo procesal está construido sobre la base del principio opuesto que es el de persecución penal pública o de oficio de todos los delitos de los que tome conocimiento el Estado (principio de legalidad procesal).⁶⁷

Ampliando esta idea, la autora expresó que “(e)l sistema penal argentino se estructura sobre la base de la acción penal pública. Ello quiere decir que el titular de la acción penal es el Estado, más específicamente, como indicamos, el Ministerio Público Fiscal (cf. arts. 5, 65, CPPN; 25.c, ley 24946; 120 CN). El fundamento de este principio no es otro que el de reconocer que los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico penal son, esencialmente, públicos y estatales. Cuando alguien mata a otro no entra en conflicto (solo) con su víctima o con la familia de ésta, sino con toda la comunidad: ha quebrantado una norma fundamental para la convivencia, y su sanción, para reafirmar la vigencia de la norma (y de los valores que a ella le dan sustento) es un asunto de interés público, de interés del Estado.

67. Beloff, Mary, “Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil”, *AP/DOC/97/2018*.

Ello resulta así porque, en definitiva, “[l]o que está en juego en la reacción jurídico-penal contra el hecho no es la compensación del daño causado a víctima ni tampoco (o al menos no principalmente) el proporcionarle una satisfacción personal. La pena es una reacción de la generalidad contra la lesión del interés público en la validez de la norma jurídica infringida por la comisión del delito”.⁶⁸

De esta forma, la adopción coherente de tales principios conduce necesariamente a otorgar al Ministerio Público la potestad de fijar las prioridades en materia de persecución penal y, por ello, de valorar que la punición de ciertos hechos no puede ser dejada de lado en función de un acuerdo entre partes.

Existen muy valiosos trabajos en materia de suspensión de juicio a prueba que resultan plenamente aplicables a la cuestión que nos ocupa.⁶⁹

De esta manera, la oposición fiscal al trámite conciliatorio sería, al menos en principio, suficiente para denegar su procedencia, quedando en cabeza del juez exclusivamente el control acerca de la existencia de un fundamento basado en razones de política criminal, es decir que no se trate de una mera arbitrariedad del acusador público. Surge aquí también la forma en la que deben encontrarse plasmados tales criterios. ¿Puede un fiscal definir pautas de política criminal o estas deben surgir expresamente de una directiva de carácter general?

Pero, además de ello, el autor parece plantear que será función del Poder Judicial un control de fondo, acerca de la compatibilidad de tales razones con nuestra práctica constitucional. Y esto abre un importante abanico de interrogantes, que motorizarán nuestra investigación. Reflexiones que ya adelantamos sobre la función y naturaleza de la pena, la delimitación de los ámbitos de autonomía plasmados en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional e, incluso, la posibilidad de fijar límites a la práctica democrática serán obligadas en este punto.

68. Beloff, Mary y Kierszenbaun, Mariano, “El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género”, en prensa, con cita de Frister, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

69. Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 160-161.

VIII. Conclusiones

Atento el estado de la investigación, no es posible formular una conclusión general en orden a todas las preguntas planteadas, pero se avisa *prima facie* que el movimiento de racionalización de los procesos penales dentro del que se encuentra enmarcada la modificación del artículo 59 sometida a estudio no puede ser demorada por omisiones legislativas y será función de los magistrados dar vida, dotar de contenido y fijar límites a la reparación integral y conciliación como formas de extinción de la acción penal.

Sin perjuicio de ello, es deseable que las legislaturas provinciales y el Congreso Nacional dicten las normas necesarias para brindar mayores certezas, definiendo los aspectos procedimentales que deberán guiar la práctica judicial, pero sobre todo igualando sus criterios de aplicación.

En este marco, tanto la experiencia de los poderes judiciales locales como los recientes avances de la Justicia Nacional y del fuero Criminal y Correccional Federal son insumos que deberían guiar las políticas públicas en la materia. En este sentido, buena parte de la investigación estará dirigida a sistematizar los diversos criterios jurisprudenciales, las experiencias comparadas y las propuestas doctrinales existentes, diseñando estándares cuyo primer avance puede observarse en estas líneas.

Bibliografía

A. Obras doctrinarias

AA.VV., *Proyecto alternativo sobre Reparación penal*, Konrad - Adenauer - Stiftung A.C. Ciedla, Buenos Aires, 1998, traducido por: Dra. Beatriz de la Gándara Vallejo (título original en alemán: *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*; Entwurf eines Arbeitskreises deutscher. Österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE) Editado por Velag C. H. Beck, Munich, 1992.

Beloff, Mary y Kierszenbaun, Mariano, *El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género*, en prensa.

Beloff, Mary, "Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil", *AP/DOC/97/2018*.

- Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.
- Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.
- D'Alessio Andrés (dir.) y Divito Mauro (coord.), *Código Penal comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2005.
- De Luca, Javier Augusto, "Principio de oportunidad en el Ejercicio de las Acciones Peales. Su inclusión en el Código Penal", en AA.VV. *El debido proceso penal*, Ledesma, Ángela (dir); Lopardo, Mauro (coord.), Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Duff, Antony, "Entrevista a Antony Duff", traducido por Di Marco, Antonella. *Lecciones y Ensayos*, N° 92, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2014.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- Juliano, Mario Alberto y Ávila, Fernando, "Un fallo sensato", en Martín, Adrián y Nardiello, Ángel (dirs.), *Jurisprudencia de Casación Penal. Selección y Análisis de Fallos*, tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Langer, Máximo, "Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de las ideas legales desde la periferia", *Revista de Derecho procesal penal, El proceso penal adversarial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- Ledesma, Ángela Ester, "Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores", *Revista de derecho procesal penal. Número extraordinario. El proceso penal adversarial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, tomo II, 2009.
- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016.
- Maier, Julio. "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.
- Pastor, Daniel R., "La introducción de la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad en el derecho penal argentino". *Diario Penal*, Columna de Opinión, 11.09.2015.
- Riego, Cristian, "La expansión de las facultades de la víctima en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella", *Política Criminal*, Volumen 9, número 18., Buenos Aires, 2014.

- Roxin, Claus, “Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires, Del Puerto, 1993.
- Rua, Juan Carlos, “Sobre la operatividad y algunos efectos inesperados de la regulación federal de las formas alternativas de resolución de los conflictos penales”, en Ledesma, Ángela (dir.), *El debido proceso penal*, tomo 5, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.
- Salvioli, Fabián, “Derechos, acceso y rol de las víctimas”, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997.
- Solimine, Marcelo, *Bases del nuevo código procesal penal de la nación. Ley 27.063*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2015.
- Spota, Alberto Antonio (h), “Aproximación a la autonomía provincial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, La Ley 2011-A-902.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 1998.

B. Jurisprudencia y normativa específicas

- Anteproyecto de Código Penal, elaborado por la Comisión creada mediante resoluciones del M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/05.
- Anteproyecto de Código Penal, elaborado por la comisión presidida por el Dr. Eugenio Zaffaroni, creada mediante decreto 678/2012 del Poder Ejecutivo Nacional.
- Cámara en lo Criminal 9na. Nominación de la provincia de Córdoba, causa “Caminada Rosetti, Ignacio p.s.a. homicidio” (SAC nro. 1035780), resuelta el 23/10/2015.
- Cámara de Senadores de la Nación, Período 133°, 4ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 27 de mayo de 2015, versión taquigráfica, página 103, exposición del Senador Urtubey.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa CCC 25020/2015/TO1/CFC1, caratulada “Villalobos Paola y otro s/ defraudación”, Reg. n° 1119/17 del 29 de agosto de 2017.
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 1, “Amarilla Bruno s/ recurso de casación”, del 13 de diciembre de 2017.

- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, “Verde Alva, Brian Antoni s/ recurso de casación”, causa CCC 25872/2015/TO1/CNC1, Reg. n° 399/2017 del 22 de mayo de 2017.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 1, causa CCC 71.961/13, “B., V. s/falta de acción”, resuelta el 05/04/17.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 4, causa CCC 22683/2014/2/CA4, “Villalba, Diego s/incidente de falta de acción”, resuelta el 29/09/2016.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, causa CCC 50621/2011/CA2, “G., R.S. s/conciliación”, resuelta el 21/04/2016.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 6, causa CCC 70166/2004/23/CA22 del 15/10/2015.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 6, causa CCC 12750/2014/2/CA1, “G., G.G. s/prescripción”, resuelta el 31/08/2016.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 7, causa CCC 33944/2015/1/CA1, “B.L.”, resuelta el 10/02/2016.
- CorteIDH, “Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, del 18 de octubre de 2017.
- CorteIDH, “Velázquez Rodríguez Vs. Honduras”, del 29 de julio de 1988.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “G. 61. XLVIII. Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Recurso de hecho, causa N° 14.092, del 23 de abril de 2013.
- Decálogo Iberoamericano sobre Justicia Juvenil Restaurativa, aprobado en la II Reunión Preparatoria de la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en España en diciembre del 2017.
- Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa, aprobada en la Primera Ronda de Talleres de la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Lima, los días 14 y 15 de diciembre de 2016.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, causa CCC 39889/2014/TO1, resuelta el 11/12/2015.
- Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, causa CCC 53654/2016/TO1, caratulada “González, Ángel Emanuel s/sentencia”, resuelta el 06/03/2017.

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 1 de la Capital Federal, causa CCC 49012/2014/TO1, resuelta el 22/03/2017.

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 7 de la Capital Federal, causa CCC635/2014/TO1, caratulada “Fernández”, del 26/11/2015.

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 26 de la Capital Federal, causa CCC 26772/2016/TO1, resuelta el 11/10/2016.

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 30 de la Capital Federal, causa CCC 36718/2015/TO1, resuelta el 10/05/2017.

Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, expte. n° 6784/09 Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184.

Tribunal Superior de Córdoba. Sala Penal, “Reynoso, Gabriel s/lesiones graves calificadas”, expte. N° 2094441 del 24/11/2016.

Panorama de la libertad de expresión y autonomía personal en el sistema nacional y regional

*Tomás Arceo**

Resumen

Este trabajo toma como base dos casos genéricos hipotéticos (aunque con verdadero anclaje en la realidad) como son la penalización de los periodistas por opiniones agraviantes cometidas en el debate público y la condena a un individuo por negarse a la transfusión de un familiar enfermo. A partir de allí reconstruye los dos principios basilares de la democracia constitucional liberal moderna, como son la libertad de expresión y la autonomía personal.

Para ese cometido utiliza y rastrea en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema estadounidense. Llega a la conclusión de que las modificaciones legislativas producidas en Argentina en los últimos años en esas temáticas (2009 y 2012) pueden considerarse como el desarrollo deliberativo y encadenado de una práctica constitucional virtuosa.

* Abogado por la UBA, Orientación en Derecho Público. Cursó la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico, Universidad Católica Argentina (2008/09). Obtuvo el Curso de Posgrado en Derecho, “La garantía internacional de los derechos humanos y su proyección en los Estados”, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Actualmente, maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Palermo. Auxiliar docente en la materia Elementos de Derecho Administrativo desde el año 2003 (cátedras Cassagne y Tawil); participó del curso de CPO “Responsabilidad del Estado y sus Agentes”, durante los años 2005/07. Actualmente, Ayudante de 1° (por concurso público aprobado por Res. CD 5101/17). Culminó el Programa de Formación Docente (2005/10) en dicha facultad; tarceo@jusbaire.gov.ar

Palabras clave: libertad de expresión, debate público, autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, democracia liberal.

Current Scenario for Freedom of Speech and Personal Autonomy in National and Regional Systems

Abstract

This paper is based on two generic and hypothetical but strongly linked to reality scenarios. These scenarios includes the sanctions imposed on news reporters for detrimental opinions spoken at a public debate and the punishment imposed on a person who refused a blood transfusion to an ill family member. From this point onwards, the paper rebuilds two basilar principles of modern constitutional liberal democracy: freedom of speech and individual autonomy.

For such purpose, this document resorts and tracks down case-law from the European Court on Human Rights, the Argentine Supreme Court, the Inter-American Court on Human Rights and the United States Supreme Court. We concluded that the legislative amendments carried out in Argentina during the last years regarding this matter (2009 and 2012) can only be considered as the deliberative and chained development of a virtuous constitutional practice.

Keywords: Freedom of Speech; Public Debate; Autonomy; Inviolability and Human Dignity; Liberal Democracy.

I. La libertad de expresión. Periodismo, opiniones y soluciones europeas

1.

La libertad de expresión y la autonomía personal configuran dos principios fundamentales en todo esquema constitucional moderno. De su profundidad y correcto ejercicio pueden sacarse conclusiones acerca de la salud del sistema democrático. Los Estados tienen el deber no solo de impedir u obsta-

culizar su libre ejercicio, sino de generar las condiciones materiales para que los ciudadanos puedan desplegar en todo su esplendor una autonomía personal fuerte y robusta, y para que la libertad de expresión pueda desenvolverse en sus dos ámbitos, tanto en el individual del derecho de los individuos a expresarse y difundir información (incluyendo la opinión y expresión) como en el colectivo de la sociedad de recibir información fidedigna y no distorsionada.¹

Con motivo de la reflexión sobre ciertos casos paradigmáticos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, surgió la pregunta válida de cómo se resolvería un caso relacionado con la libertad de expresión, personas públicas y opiniones agraviantes en el ámbito nacional y en el sistema interamericano de derechos humanos. A partir del célebre caso “Lingens”² de la década del 80 (citado múltiples veces en la jurisprudencia americana) tiene interés verificar la adecuación del Código Penal austríaco en su contraste con la libertad de expresión, toda vez que los hechos que allí se enjuiciaron –al margen de su regulación puntual– no son inusuales en el debate contemporáneo ni son imposibles de reeditarse. Mi interés en este acápite será, entonces, evaluar la regulación normativa que el derecho al honor tiene (y tuvo) en el régimen austríaco, para detectar si una ofensa al honor proveniente de la prensa que involucre a personas públicas en el ejercicio de sus funciones o en temas de interés general puede ser penalizado, cuáles son sus límites, alcances, extensión y los estándares que debe respetar para no poner en cuestión o lesionar el derecho a la libertad de expresión, según este es entendido hoy en día.

Como se recordará, en el sistema austríaco el Código Penal castiga la difamación del siguiente modo:³

1. Un desarrollo de la protección amplia reconocida en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como en el europeo y americano (arts. 19 de la DUDH y del PIDCyP; art. 10 del Convenio Europeo; y arts. 4 DADDH y 13 de la CADH), y la opinión de sus órganos autorizados, puede verse en Arceo, Tomás, “La libertad de expresión en internet frente a los sistemas privados de remoción de contenidos. Distintas regulaciones”, en *Revista Erreius, Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Flah-Tanzi (dir.), Buenos Aires, mayo de 2018, pp. 330-334.

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso “Lingens v. Austria”, Sentencia 9815/82, del 8 de julio de 1986.

3. TEDH, caso “Lingens”, p. 20. El texto se mantiene en lo sustancial, ver el Sistema de Información Legal de la Federación (Rechtsinformationssystem des Bundes, RIS),

Art. 111:

1. Se castigará con la pena de privación de libertad de seis meses como máximo o con la pena de multa al que, de manera que pueda ser conocida por tercera persona, acuse a otra de una característica, actitud o conducta opuesta al honor y a las buenas costumbres y de naturaleza que la haga despreciable o desmerecedora en el concepto público.
2. Se castigará con la pena de privación de libertad de un año como máximo o con la pena de multa (...) al que cometa esta acción en un medio impreso, por medio de la radiodifusión o de otra manera que permita la amplia difusión de la difamación.
3. No se castigará al autor si se demuestra la veracidad de la aseveración. En el caso a que se refiere el apartado 1, no se la castigará tampoco si se prueba la concurrencia de circunstancias que dieron al autor razones suficientes para considerar verdadera la afirmación.

Art. 112:

La prueba de la veracidad y la de la buena fe sólo se admiten si el autor alega la exactitud de lo dicho o su buena fe (...).

En el caso mencionado, un periodista (Sr. Lingens) publicó dos artículos en una revista de Viena sumamente críticos y sensibles contra un importante político austríaco. Los antecedentes se remontan a 1975, cuando luego de las elecciones generales en Austria (un país invadido por el nazismo en la Segunda Guerra Mundial) el presidente del Centro de Documentación Judía acusó en una entrevista televisiva al presidente del Partido Liberal de Austria (Sr. Peter) de haber participado en la Brigada de Infantería de las S.S. Al día siguiente Peter fue apoyado explícitamente por el canciller (Bruno Kreisky), recibéndolo en una reunión y expresándose enérgicamente en contra de la acusación (calificándola como “métodos mafiosos”).

En el primer artículo, titulado “El Caso Peter”, reflexionaba que si bien el acusado tenía el beneficio de la presunción de inocencia, su pasado lo convertía en inadmisibile para la política austríaca. Y tildó, a la contestación

del canciller al CDJ, como del peor y más odioso oportunismo. En el segundo, titulado “Reconciliarse con los nazis, pero ¿cómo?”, no solo criticaba al canciller por su apoyo a Peter, sino también por su benevolencia hacia antiguos nazis que recientemente participaban en la vida política austríaca, calificándolo como inmoral e indigno.

Los tribunales internos de Austria, luego de algunos reenvíos, terminaron condenando al periodista, como culpable de difamación, por utilizar las expresiones “peor oportunismo”, “el oportunismo más odioso”, “inmoral”, “indigno”, con una multa dineraria, atenuándola en su cuantía porque se habían formulado críticas políticas sobre personalidades públicas y en este aspecto la tolerancia en materia de injurias tenía que ser mayor que en las demás personas.

Asimismo, en cuanto a la excepción procesal de veracidad, señalaron que el acusado no había aportado ninguna prueba y que dicha obligación de probar la veracidad de las afirmaciones para eximirse de responsabilidad se deriva de la ley, y no corresponde al juez, sino al legislador, hacer la prueba más fácil.

Como se sabe, el TEDH invalidó esa condena por contrariar el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), que establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones

confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Lo hizo porque a pesar de que la injerencia en la libertad de expresión estaba “prevista por la ley” (art. 111 CP) y perseguía una de las finalidades del ap. 2 (“protección de la reputación o de los derechos de terceros”), sin embargo, no superó el test de ser “necesaria en una sociedad democrática”, pues el adjetivo “necesaria” importa una “necesidad social imperiosa” (sentencia TEDH, caso “Lingens”, párr. 39).

Ponderó, a esos efectos, que la crítica de dirigentes políticos es más amplia que cuando se trata de un mero particular, que el asunto era de evidente interés público, que la condena amenaza con disuadir publicaciones a futuro y que la excepción de veracidad era inaplicable a opiniones o juicios de valor (íd., párr. 42, 43, 44, 45 y 46).⁴

4. La jurisprudencia ulterior del TEDH es oscilante. Así, por ejemplo, en materias donde está en juego el prestigio del Poder Judicial o su actuación independiente, y las opiniones hieren a los magistrados pudiendo afectar a esta última, tiene cierta deferencia a lo resuelto en ámbito nacional: conf. TEDH, caso “Prager and Obershlick vs. Austria”, sent. del 26/4/1995, donde la condena a un periodista por publicar una nota titulada “¡Cuidado con los jueces malvados!” fue justificada a tenor de la necesaria confianza que el pueblo debe tener en la misión del Poder Judicial, frente a ataques destructivos carentes de fundamento serio. Sin embargo, en otro caso vinculado a magistrados fue declarado violado el art. 10 de la Convención por exigir la “prueba de la veracidad”, frente a la imputación de parcialidad y simpatía por la extrema derecha, v. TEDH, caso “De Haes and Gijssels vs. Bélgica”, sent. del 24/2/1997. Otro exceso de la “prueba de la veracidad” fue declarado en el caso “Schwabe vs. Austria”, sent. del 28/8/1992, pues la publicación de una condena anterior por conducir en ebriedad a un vicepresidente era exacta y la buena fe no estaba en dudas por parte del periodista. Cuando la expresión u opinión supera todo límite tolerable para trasladarse al campo de la ofensa pura y dura o el ataque irrazonable y no justificado, las sentencias de Estrasburgo evitan descalificar las decisiones nacionales (p. ej., la calificación de “defensa lamentable” hecha por el ministro en sede judicial que puede influir en un caso pendiente, TEDH caso “Worm vs. Austria”, sent. del 29/8/1997; el insulto a policías –zoquetes e idiotas– en un altercado callejero con vendedores ambulantes, TEDH, caso “Janowski vs. Polonia”, sent. del 21/1/1999; la calificación excesiva de “encubridoras” por un faltante de dinero en una disputa interna en un sindicato, TEDH caso “Constantinescu vs. Rumania”, sent. del 27/6/2000; o la calificación de “rompe matrimonios” y “madre negligente” a la esposa del primer ministro, TEDH, caso “Tammer vs. Estonia”, sent. del 6/2/2001). Para el Tribunal Europeo, en síntesis, la triple condición es: a) previsión en la ley; b) finalidad legítima (ej. honor); c) necesarias en una sociedad

No obstante lo resuelto finalmente por el órgano supranacional, mi interés consiste en analizar si una condena penal o pecuniaria a un periodista por imputar a un personaje público una filiación con el nacionalsocialismo o, en nuestro medio, por ejemplo, el hecho de relacionarlo con procesos de interrupción del orden constitucional o genocidios, con evidente menoscabo al honor del político, puede sostenerse de cara al contenido actual de la libertad de expresión.⁵

2.

En el sistema interamericano un caso de esas características probablemente encontraría mayores obstáculos para que prospere la condena penal al periodista. De la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) e incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) puede establecerse un estándar muy exigente en torno a las restricciones a la libertad de expresión por medio de la prensa. Si bien se entiende que la penalización de determinadas conductas prevista en el Código Penal que tienden a resguardar derechos igualmente valiosos (ej.: honor o intimidad) constituye un objetivo legítimo, también se admite que debe ser proporcional a la libertad de expresión restringida y que los castigos tienen una fuerza paralizadora y disuasiva que afecta innegablemente la formación de una opinión pública vigorosa.⁶

democrática, y es en este último recaudo en el que se debate toda la jurisprudencia (*cf.*, también, remisión al trabajo de la nota 1).

5. El trabajo apunta a investigar el contenido y la evolución de la libertad de expresión en la jurisprudencia vernácula y regional, y el modo en que fue adquiriendo un plafón robusto y cierta densidad a medida que se fue desarrollando, particularmente desde la década del 80 del siglo pasado, evitando la respuesta simplista y esquemática que consistiría en señalar que el ordenamiento jurídico actual (*conf. ley 26.551, B.O. 27/11/2009*) no penaliza al periodista (“expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”, *cf. art. 109 CP*). Como se sabe, la modificación en el año 2009 a todo el título II del Libro Segundo del Código Penal fue una respuesta particularmente específica a la condena del año anterior producida en Costa Rica en el caso del periodista “Kimmel” contra nuestro país, que será examinado más abajo.

6. CSJN, caso “Canicoba Corral” (“Canicoba Corral, Rodolfo Aristides *c/* Acevedo, Sergio Eduardo y otros *s/* daños y perjuicios”), fallos 336:1148, del 14/8/2013, disidencia de los jueces Highton, Petracchi y Argibay, *consid. 14* y la cita de “Ramos”.

La Corte Nacional, desde sus primeros precedentes en esta materia, ha destacado el papel fundamental que cumple la prensa en una sociedad democrática, caracterizándola de una necesidad colectiva,⁷ y si bien no constituye un derecho absoluto y tampoco puede admitirse una suerte de impunidad periodística,⁸ lo cierto es que la importancia de una prensa sin restricciones indebidas contribuye al derecho de una comunidad a ser bien informada, que incluye el derecho del hombre a formar un pensamiento propio y actualizado sobre lo que ocurre en la sociedad en la que vive.⁹

Cabe señalar, como punto de partida, que la libertad de expresión ampara no solo las afirmaciones verdaderas, sino que se extiende particularmente a aquellas informaciones erróneas o incorrectas que se hallan al resguardo de la garantía analizada.¹⁰ Las afirmaciones erróneas, dijo la Corte estadounidense, son inevitables en un debate libre, y este debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que necesita para sobrevivir.¹¹ Esa protección de informaciones erróneas se funda en la necesidad de evitar la autocensura (*chilling effect*), porque, si hubiera que chequear exhaustivamente la veracidad de cada información antes de ser publicada como antídoto frente a futuras demandas de daños y perjuicios, los periodistas podrían verse disuadidos de expresar sus críticas por miedo a no poder probar la verdad de sus afirmaciones en los tribunales o por el gasto que insumiría hacerlo. Tenderían *ex ante* a que sus declaraciones se mantuvieran

7. CSJN, caso “Campillay” (“Julio César Campillay c/ La Razón y otros”), fallos 308:789, del 15/5/1986, consid. 4º y sus citas.

8. CSJN, caso “Costa” (“Héctor Rubén Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”), fallos 310:508, del 12/3/1987, consid. 5º.

9. CSJN, “Campillay” [1986], fallos 308:789, disidencia del juez Caballero, consid. 4º.

10. Por ello “la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que –con posterioridad al hecho– son declaradas ‘verdaderas’ por un órgano jurisdiccional, sino que resulta imperativo determinar –ante la existencia de una noticia inexacta– el grado de diligencia desplegado por el informador en la tarea de determinar su veracidad”, conf. CSJN, caso “Pandolfi” (“Pandolfi, Oscar Raúl c/ Rajneri, Julio Raúl”), fallos 320:1271, del 1/7/1997, voto concurrente de los jueces Petracchi y Bossert, consid. 10.

11. “*New York Times vs. Sullivan*”, 373 U.S. 254, 271, cit. por la CSJN en el caso “Ramos” (“Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros”), fallos 319:3428, del 27/12/1996, consid. 10.

bien apartadas de la zona de lo ilícito, y la regla no tardaría en desalentar el vigor y la variedad del debate público.¹²

El valor de la libertad de expresión ha sido resaltado desde antiguo por nuestra Corte, diciendo que “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada y puramente nominal”, pues ella “protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica”.¹³

3.

A la hora de analizar los potenciales daños a derechos personalísimos ocasionados por la difusión de informaciones, corresponde hacer dos distinciones fundamentales. La primera tiene que ver con el carácter o cualidad de la persona ofendida o presunta víctima. En este aspecto, es trascendental la consideración de si se trata de personas públicas (funcionarios públicos o asimilables) o de personas privadas. La segunda distinción que corresponde efectuar es la relativa al contenido de la noticia o información. A este respecto cabe diferenciar entre la difusión de hechos o acontecimientos y la propalación de opiniones, ya que estas últimas no son posibles de pasar por el filtro de la verdad o falsedad. El análisis de uno u otro caso remite a diferentes escrutinios judiciales, adoptados por la CorteIDH, por tribunales supremos de otros países y por algunos votos de nuestra CSJN.

4.

La diferencia entre un ciudadano común y un funcionario público o aquel particular que, sin serlo, se introduce en acontecimientos de notorio interés público¹⁴ es tomada de la jurisprudencia norteamericana a partir del

12. CSJN, “Ramos” [1996], fallos 319:3428, consid. 10.

13. Fallos 248:291 y 311:2553, cit. en CSJN, “Pandolfi” [1997], fallos 320:1272, consid. 6.

14. La doctrina fue sentada para funcionarios públicos y posteriormente extendida para personas que, sin serlo, “estaban íntimamente involucrados en la resolución de importantes cuestiones públicas o, por razón de su fama, tenían gran influencia en áreas que preocupan, importan o interesan a toda la sociedad”, conf. Corte de EE. UU., caso “Gertz” [1974] y “Curtis Publishing Co. Vs Butts” [1967], cit. por CSJN, caso “Melo” (“Melo,

leading case “*New York Times vs. Sullivan*” (1964). Los personajes públicos, frente a ideas o informaciones difundidas por la prensa, tienen otorgada una “protección débil”, porque en la tensión entre el derecho al honor y a la libertad de expresión prima el derecho a un debate público fluido y desinhibido. No ocurre lo mismo con las personas particulares, cuya protección es fuerte y, en caso de noticias que afecten su honra, honor o privacidad, tienen a su disposición las herramientas que la ley civil (responsabilidad por daños) y penal (calumnias o injurias) les proveen.

En el caso de figuras públicas, para que proceda la demanda en contra de la empresa periodística o el periodista, el funcionario ofendido debe acreditar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación (*reckless disregard*) acerca de tal circunstancia; por el contrario, alcanza la negligencia precipitada o la simple culpa en la pro-palación de una noticia difamatoria respecto de un ciudadano particular o privado para que proceda la condigna responsabilidad.¹⁵

Este examen y diferencia de análisis en cada situación se conoce como el “test de la real malicia”. La razón de esta inversión de la carga de la prueba (el funcionario demandante afectado debe probar la temeridad del medio o periodista) y de la intensificación del factor de atribución (de simple culpa que rige el régimen general de responsabilidad en el Código Civil, a una culpa agravada lindante con el dolo)¹⁶ se sustenta en dos razones. En primer término, porque las personalidades públicas tienen mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones que los simples particulares. En segundo lugar, porque las personalidades públicas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias

Leopoldo Felipe y otros c/ Majul, Luis Miguel s/ daños y perjuicios”), fallos 334:1722, del 13/12/2011, consid. 14.

15. CSJN, “Costa” [1987], fallos 310:508, consid. 11º.

16. CSJN, “Ramos” [1996], fallos 319:3428, disidencia del juez Vázquez, consid. 22 y 25. No basta la acreditación del carácter no veraz de la noticia, sino que, además, es “necesario –como requisito constitucional mínimo– determinar la disposición subjetiva con la cual el agente había actuado respecto de la información que luego se acreditó objetivamente no veraz (cf. sentencia dictada en la causa M.442.XXXI “Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias –causa nº 9648–, del 12 de noviembre de 1996, disidencias parciales de los jueces Petracchi y Bossert)”, cf. CSJN, “Pandolfi” [1997], fallos 320:1272, voto concurrente de los jueces Petracchi y Bossert, consid. 7º.

difamatorias. En sustancia, ya sea por la tesis de la voluntariedad o del más fácil acceso a los medios públicos, la doctrina de la real malicia responde al valor constitucional prioritario según el cual debe resguardarse el más amplio debate respecto de cuestiones que involucran a este tipo de personas, como garantía esencial del sistema republicano democrático.¹⁷ El punto de partida, dice la Corte, está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional,¹⁸ pues el retraimiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más peligrosos que los excesos o abusos en la libertad de informar.¹⁹

5.

La segunda gran distinción, como se dijo más arriba, tiene que ver con el carácter de la información publicada, y si esta tiene que ver con hechos (erróneos o falsos) o con opiniones vertidas por los medios periodísticos que agravan los derechos de las personas.

La CSJN distinguió por primera vez con claridad estas dos variantes en el caso “Patitó”,²⁰ donde sostuvo –con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que “se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba”,²¹ en consecuencia, en el último caso no tiene sentido exigir bajo ningún concepto la “prueba de la verdad” para eximir la responsabilidad, ya que no hay opiniones falsas. Un ordenamiento que exija tal extremo para eludir la responsabilidad (como el austriaco en el caso reseñado) protege débilmente la libertad de expresión,

17. CSJN, caso “Triacca” (“Alberto Jorge Triacca c/ Diario *La Razón* y otros”), fallos 316:2416, del 26/10/1993, consid. 12.

18. CSJN, caso “Vago” (“Jorge Antonio Vago c/ Ediciones La Urraca S.A. y otros”), fallos 314:1517, del 19/11/1991, consid. 11.

19. CSJN, “Costa” [1987], fallos 310:508, consid. 13º.

20. CSJN, caso “Patitó” (“Patitó, José Ángel y otro c/ Diario *La Nación* y otros”), fallos 331:1530, del 24/6/2008.

21. TEDH, caso “Lingens vs. Austria”, del 8/7/1986, cit. por CSJN en “Patitó” [2008], fallos 331:1530, consid. 7º y en “Canicoba Corral” [2013], fallos 336:1148, disidencia de los jueces Highton, Petracchi y Argibay, consid. 8º.

puesto que el autor de la opinión jamás podría probar la veracidad de sus afirmaciones.²²

En tal caso, el estándar para aplicar no puede ser el “test de la real malicia”, sino que habrá de observarse el carácter de los vocablos utilizados y si son especialmente injuriantes, insultantes y descontextualizados, desconectados del contenido de la nota, con el único ánimo de ofender.

La posición, con todo, no es absolutamente clara en el seno de la Corte, pues la distinción tajante entre hechos y opiniones es de indudable recibo (vg. “Patitó”, fallos 331:1530; “Canicoba Corral”, fallos 336:1148), aunque la utilización de dos estándares diferentes para analizar cada caso se hizo con votos minoritarios o concurrentes, y aún no se ha solidificado una posición institucional al respecto.

En el primer caso citado, la mayoría de la Corte admitió la distinción hechos/opiniones, pero entendió que “el señalamiento sobre la importancia de ‘distinguir hechos y juicios de valor’ fue utilizado por el Tribunal Europeo para *ampliar* la protección de la libertad de expresión más allá de las afirmaciones de hecho y alcanzar con ella a las opiniones o evaluaciones. De todos modos, no es la prueba de la verdad el tipo de protección que este tribunal ha reconocido a la libertad de expresión al adoptar el test conocido como de la ‘real malicia’, tomándolo del precedente *New York Times vs. Sullivan*” (énfasis original), cf. “Patitó”, consid. 7º.

Esto significa, según mi criterio, que si la distinción hechos/opiniones fue hecha en ordenamientos jurídicos donde se exige la *prueba de la verdad* para eximir de responsabilidad en el caso de opiniones, aquí no habría que ingresar en ese problema, porque no se requiere tal prueba de verdad (en ningún caso), sino el conocimiento de la falsedad o el desconocimiento inexcusable y temerario.

No obstante, varios votos que no llegaron a conformar mayorías propusieron un estándar distinto. Así, la jueza Highton en “Patitó” utilizó el criterio del Interés Público Imperativo (el funcionario aludido debe soportar la opinión ofensiva, salvo que un IPI pueda justificar la sanción en el caso concreto, v. consid. 7º y 13); Petracchi en la misma causa concurre postulando el criterio de la *forma* de expresión y no el *contenido* (que es absolutamente libre), y la forma debe ser estricta e indudablemente injuriantes y sin relación

22. CSJN, “Patitó” [2008], fallos 331:1530, consid. 7º.

con las ideas expuestas, un insulto, vejación gratuita o injustificada (v. consid. 5º y su cita); Maqueda, en el mismo caso, también parece inclinarse por esta última posición (carácter difamatorio de los términos, v. consid. 16).

En el precedente “Canicoba Corral”, 5 años después, Highton, Petracchi y Argibay coinciden en el criterio de la “forma vejatoria” (v. “Canicoba Corral”, fallos 336:1148, disidencia, consid. 12).

Lo que queda claro es que un hecho falso está cubierto por la garantía de la libertad de expresión, que en tal caso el ofendido debe probar el conocimiento previo de la falsedad del propalador o la notoria despreocupación acerca de su veracidad (test de la real malicia), que las opiniones no son susceptibles de ser contrastadas con la veracidad, por lo tanto, no puede exigírseles la “prueba de la verdad” que establecen los ordenamientos (en general penales) para excusarse de las calumnias e injurias. En tal caso el estándar o se satisface con el criterio de la real malicia (por más que se aplique a hechos, es más protectorio, y si justifica los hechos falsos, más aún los juicios de valor sobre temas de interés público), o en su defecto deberá analizarse con el estándar de las “formas vejatorias” (aquellas que no indagan sobre el contenido de la opinión, que es siempre libre, sino sobre la forma insultante, soez, injustificablemente desconectada con la idea que se expresa, dirigida a minar expresamente el honor del funcionario o persona pública).

6.

Por su parte, la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia estableció un estándar de protección igualmente amplio para las informaciones que ponen en juego temas de indudable interés público.

a. En efecto, ya desde sus primeros precedentes en el tema estableció claramente que “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”,²³ agregando el carácter dual de este derecho: “la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado

23. Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, C-73, sent. del 5/2/2001, pár. 68.

o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.²⁴

b. Si bien en el ámbito interamericano no se ha adoptado, por lo menos expresamente y con ese nombre, la teoría o el test de la real malicia, algunos de sus rasgos son incorporados, como, por ejemplo, la “protección débil” del funcionario o la caracterización de asuntos de indudable interés público para restringir en alguna medida la protección a la honra y la dignidad.²⁵

La Corte IDH, entonces, parte de una amplia concepción de la libertad de expresión, y toda restricción a ella debe superar el examen de la “*estricta necesidad en una sociedad democrática*”. El estándar tripartito, que emerge en buena parte del art. 13 de la CADH, lo define de la siguiente manera: “En lo concerniente, el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una

24. Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” [2001], pág. 64; íd. caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, C-111, sent. del 31/8/2004, pág. 77.

25. Cabe recordar que el art. 12 de la CADH establece: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. El art. 13 por su parte, en una conocida redacción, dispone, entre otras cosas, que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral públicas...”.

sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)".²⁶

De manera similar al test de la real malicia, se otorga verdadera importancia al hecho de que el ofendido sea un funcionario público,²⁷ o que el sujeto se haya involucrado en un asunto de prioritario o notorio interés público,²⁸ pues de esta forma se propicia un amplio y robusto debate público. Las razones por las cuales un funcionario público –que no se asientan en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza– debe tolerar ciertas informaciones inexactas o expresiones de la prensa sin indemnización o reduciendo el espacio de su honra o vida privada se explican, aquí también, en la tesis del “voluntario sometimiento”. En una sociedad democrática están más expuestos a la crítica y escrutinio del pueblo, y el diferente umbral de protección se justifica en que sus actividades salen voluntariamente del dominio de la esfera privada para insertarse en el debate público, exponiéndose a un mayor riesgo de sufrir críticas.²⁹

También cabe computar la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren.³⁰ Es decir, al igual que la jurisprudencia argentina, tomada a su vez de la norteamericana, y la teoría de la real malicia, el funcionario o persona pública ve reducido su ámbito del derecho al honor por el voluntario sometimiento a un escrutinio popular más intenso, propio de la elección de su profesión, y por la presuposición de que su rol y contactos le permite repeler informaciones falsas u ofensivas con mucha mayor facilidad que un ciudadano particular.

c. Por último, el Tribunal americano –sobre todo en su jurisprudencia más reciente– también ha distinguido entre hechos o datos inexactos y

26. Corte IDH, caso “Mémoli vs. Argentina”, C-265, sent. del 22/8/2013, pág. 130.

27. Corte IDH, caso “Tristán Donoso vs. Panamá”, C-193, sent. del 27/1/2009, pág. 115.

28. Corte IDH, caso “Kimel vs. Argentina”, C-177, sent. del 2/5/2008, pág. 89; id. caso “Ricardo Canese” [2004], pág. 92.

29. Corte IDH, caso “Kimel vs. Argentina” [2008], pág. 86; caso “Ricardo Canese” [2004], pág. 103.

30. Corte IDH, caso “Tristán Donoso” [2009], pág. 122.

opiniones. Sin embargo, algunos votos de la CSJN utilizan esa distinción para establecer un estándar diferente de análisis (real malicia vs. forma vejatoria, *supra*, §.4); lo cierto es que la Corte IDH, al igual que la mayoría de la CSJN, describen la diferenciación, pero no le otorgan un tratamiento jurídico variado.

La CSJN, dijimos, reconoce que, si conforme el test de la real malicia un dato inexacto es protegido por la libertad de expresión, más aún lo sería una opinión, y cita el caso “Lingens” donde el TEDH amplió la protección a opiniones, puesto que el ordenamiento austríaco exigía la prueba de la verdad para eximirse de las calumnias o injurias. Y la Corte IDH reconoce que hay una disimilitud observable entre hechos y opiniones, pero ambos los somete al test tripartito del art. 13 de la CADH, esto es, (i) legalidad, (ii) fin legítimo y (iii) necesidad en una sociedad democrática, lo que incluye idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y ausencia de alternativas menos restrictivas del derecho a la libertad de expresión.

En efecto, ha dicho que “Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica solo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”.³¹ Hay una gran diferencia entre una opinión y una afirmación de hechos. Por ello “mientras que las opiniones no son susceptibles de ser verdaderas o falsas, las expresiones sobre hechos sí lo son”.³²

d. En cualquier caso, sin perjuicio de aplicar el estándar general frente a las restricciones a la libertad de expresión para hechos y opiniones (legalidad, fin legítimo, necesidad), debe tenerse presente que “En la arena del

31. Corte IDH, caso “Kimel” [2008], pár. 93.

32. Corte IDH, caso “Tristán Donoso” [2009], pár. 124. Al reprochar un aspecto de la opinión mayoritaria de la Corte, el voto disidente en el caso “Mémoli” [2013] sostiene que “las expresiones consideradas injuriosas por la justicia del Estado, lo fueron sin distinguir si se trataba de afirmaciones de hecho, susceptibles, por lo tanto, de verificar su veracidad o falsedad, o bien de meras opiniones, las que, por el contrario, no pueden ser objeto de esa comprobación”, *cf.* voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Ventura Róles, Vío Grossi y Ferrer Mac-Gregor Poisot, pár. I.c.2. (p. 97).

debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios, rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”.³³

Esto se ve intensificado cuando el interés público del que se trata ocurre en procesos electorales o con candidatos a cargos electivos y versiones expresadas en el calor de ese debate. En este caso, la protección a la libertad de expresión (y su contracara, la restricción a través de la penalización en resguardo del derecho al honor) alcanza su máxima expresión, porque entran en juego muy claramente las dos facetas de la libertad de expresión, la individual y fundamentalmente la colectiva, en particular el derecho de la ciudadanía a informarse, a conocer las posturas de los candidatos, a formarse un estado de conciencia a partir de la mayor cantidad de datos y opiniones existentes en la palestra pública, a gozar de un debate público robusto, indiscriminado y desinhibido.

En esa línea de pensamiento, ha dicho la Corte IDH que lo anterior no significa “de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático”.³⁴

7.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la evolución tanto de la Corte Suprema Nacional como de la Corte IDH, podemos concluir que una condena por querellas e injurias a tenor del art. 111 del Código Penal austríaco no

33. Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” [2001], pár. 69, por remisión a los precedentes del TEDH; caso “Kimel” [2008], pár. 88; caso “Ricardo Canese” [2004], pár. 83.

34. Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004], pár. 92, 94 y 100.

resistiría ni superaría su confronte con sistema convencional, por traducir una restricción injustificada y desproporcionada a la libertad de expresión en una sociedad democrática. Ello fundamentalmente porque tal condena y restricción opaca y desinhibe el debate público con protecciones desmedidas al derecho al honor que desvirtúan la opinión pública vigorosa, máxime si los sucesos pueden tener vinculación e impacto en las alianzas políticas que establecen los partidos y en sus integrantes para la conformación de coaliciones de gobierno en la puja electoral.

En primer lugar, es suficientemente claro que si se trata de sujetos que constituyen figuras y funcionarios públicos, la protección es débil, según quedó confirmado más arriba. Y el carácter de público no es canónico, sino que responderá a cada situación puntual y a su grado de semejanza con una figura de ese carácter como para incluirlo en esa categoría.³⁵

En tal carácter, en el ámbito interamericano, es de aplicación la teoría de la “real malicia”. En su virtud, el funcionario público afectado en sus derechos individuales por comentarios lesivos debería acreditar que las informaciones falsas lo fueron “con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas”. Por ello, la carga de la prueba no puede ponerse en cabeza del periodista autor de la nota, en los términos que prescribe el art. 111 del Código Penal austríaco.

35. Recuérdese que se ha considerado figura pública a un empresario, candidato presidencial y director de una Empresa Hidroeléctrica (Juan Carlos Wasmosy, Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004], párr. 69.2); a funcionarios públicos en funciones (juez, Corte IDH, caso “Kimel” [2008], párr. 42 y 89; Procurador Fiscal –José Alberto Sossa– Corte IDH, caso “Tristán Donoso” [2009], párr. 70 y 95, nota a pie); a un dirigente sindical con un perfil público en diferentes áreas (CSJN, caso “Triacca” [1993], consids. 6º y 12); a un director de un semanario y periodista con intervención en numerosas controversias de interés público (CSJN, caso “Vago” [1991], consid. 3º, 4º y voto concurrente de los jueces Petracchi y Moliné O’Connor, consid. 4º); a un diputado provincial y presidente de un relevante partido político (CSJN, caso “Pandolfi” [1997], consid. 10 *in fine*); a un periodista y fundador de un medio masivo de comunicación (CSJN, caso “Melo” [2011], consid. 14 y 16). Incluso se ha llegado a problematizar si un conflicto entre particulares, miembros de una Asociación Mutual de una pequeña ciudad (San Andrés de Giles), podía considerarse de interés público y a las personas involucradas del mismo carácter (Corte IDH, caso “Mémoli” [2013], por la negativa, decisión de la Corte, párr. 146; concurrencia del juez García-Sayán, párr. 20; por la positiva, disidencia de los jueces Ventura Robles, Vio Grossi y Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. I.d.3).

Eso produciría una merma indisimulable a la libertad de expresión, porque se le otorgaría una protección fortísima (diríamos desorbitada) al derecho al honor del personaje público, con desmedro de un debate profundo y sin condicionamientos, de indudable interés público (por ejemplo, las afinidades, los anclajes, las simpatías y los antecedentes de diversos integrantes de las fuerzas políticas del país y su posible sistema de alianzas), en perjuicio, principalmente, del derecho de la sociedad. El principal efecto de esta restricción es un menoscabo colectivo de elaborar una voluntad popular informada y crítica, de aprovechar el servicio republicano que propicia conocer los hechos de interés general y contar con una prensa vigorosa que actúe como medio de contralor de las instituciones y sus hombres, y, de esta forma, rendir un servicio inestimable para el afianzamiento y la salud del sistema y las instituciones republicanas.³⁶

La inversión de la carga de la prueba para condenar al periodista no supera bajo ningún concepto el test de la real malicia y viola la posibilidad de exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas u ofensivas. En esos términos, se revela como violatoria de la libertad de expresión (arts. 14 y 32 de la CN), al exigirse como único modo de exculpación la producción de la *exceptio veritatis* (esto es, la prueba de la verdad de sus dichos), incompatible con la libertad de expresión respecto de figuras públicas.³⁷

Un segundo bloque de agravios relativos a la libertad de expresión se configura con la circunstancia de que la *exceptio veritatis* requerida para la exculpación de los periodistas es de imposible realización, cuando la información que origina la causa penal no son hechos (ni verdaderos ni falsos) sino una interpretación elaborada a partir de un análisis político realizado por periodistas, por más ofensivos que pueda considerarlo el personaje público (ej. alguna vinculación con ideologías de extrema derecha). Es decir, cuando no hay ninguna imputación o afirmación concreta de un hecho puntual (protegidas de todos modos en su falsedad por la doctrina de la real malicia) sino meras opiniones políticas.

En este sentido, cobra vigor la distinción entre hechos y opiniones realizada por la jurisprudencia, porque no se puede probar la veracidad de

36. CSJN, caso “Vago” [1993], consid. 8 y 11.

37. CSJN, caso “Pandolfi” [1997], consid. 12.

una opinión. Si la prueba de la verdad no puede exigirse a hechos falsos (test de la real malicia) menos aún podrá serlo en materia de opiniones. Dicha prueba, por lo tanto, es frontalmente violatoria de la libertad de expresión.³⁸ En materia de opiniones, por el contrario, rige el principio que establece la protección de debates ardorosos, críticas penetrantes, reprobaciones intrépidas, porque ellas son el principal instrumento para fortalecer una concepción plausible de la democracia deliberativa, que es el principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes de los intereses públicos.³⁹

Las referencias usuales en la jurisprudencia europea relativas a figuras características del terror pardo, al nacionalismo germánico y la afinidad de determinado signo político con visiones nostálgicas de un pasado oprobioso, incluso cierta inclinación al racismo, puede considerarse dolorosa, incluso ofensiva para quien se sienta aludido. Sin embargo, debe recordarse que no solo las opiniones inocentes o inofensivas están al cubierto de la garantía de la libertad de expresión, sino especialmente aquellas lacerantes, irritantes, que chocan o inquietan a los funcionarios públicos. Las expresiones dolorosas deben ser soportadas en aras de una convivencia pacífica que no elimine ninguno de los derechos en tensión.⁴⁰

Si el caso se resolviera en la órbita nacional y se aplicara a la opinión sobre la cierta filiación nostálgica nazi o la apreciación sobre ciertas tendencias nacionalsocialistas en la arena política, debería respetarse el test de la real malicia a opiniones [frente a hechos, el ofendido tiene que probar el conocimiento doloso de la falsedad o notoria despreocupación], es decir, que resulta ilegítima toda exigencia de la prueba de la verdad o *exceptio veritatis*.⁴¹

En su defecto, frente a opiniones, corresponderá aplicar el test de las *formas vejatorias* y analizar si la frase u opinión ha sido claramente denigrante y fuera de lugar, insultante, una vejación gratuita e injustificada, sin

38. CSJN, caso “Patitó” [2008], consid. 7.

39. CSJN, caso “Patitó” [2008], consid. 11.

40. Corte IDH, caso “Kimel” [2008], pár. 88, y citas de “La Última Tentación de Cristo” [2001], pár. 69 y “Ricardo Canese” [2004], pár. 83.

41. CSJN, caso “Pandolfi” [1997], consid. 12; CSJN, caso “Patitó” [2008], consid. 7º *in fine*.

ninguna necesidad ni relación con el texto que la contiene ni con el tema de interés público discutido.⁴²

Finalmente, y en un tercer orden de razones, hay que señalar que, en un caso de condena penal por calumnias e injurias promovidas por un político de primera línea en el contexto de una puja electoral de trascendente interés público, se ha considerado justamente que tal medida punitiva excede el test convencional porque restringe indebida y excesivamente la libertad de expresión.⁴³

En particular, se sostuvo que la medida de penalización, si bien cumplía con los dos primeros recaudos del test tripartito convencional (legalidad, por estar prevista en el Código Penal) y fin legítimo (proteger el honor y dignidad de las personas), no se verificaba la estricta e impostergable necesidad del castigo, y su concreción no guardaba proporcionalidad con el detrimento del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, se dijo que corresponde determinar si “la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público puede considerarse que cumple con el requisito de necesidad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”. En dicha línea de pensamiento, el Tribunal americano entiende imprescindible tomar en consideración el contexto, por ejemplo, si se trata “de una campaña electoral (...) y respecto de asuntos de interés público, circunstancia en la cual las opiniones y críticas se emiten de una manera más abierta, intensa y dinámica acorde con los principios del pluralismo democrático”. Por ello es necesario balancear “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”.⁴⁴

La sanción, en estos casos, deviene innecesaria y excesiva por las opiniones emitidas por un periodista en el marco de asuntos electorales

42. CSJN, caso “Canicoba Corral” [2013], disidencia de los jueces Highton, Petracchi y Argibay, consid. 12; CSJN, caso “Patitó” [2008], concurrencia del juez Petracchi, consid. 5.

43. Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004].

44. Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004], pár. 104 y 105.

de prioritario interés público, y no existe un interés social imperativo que justifique la sanción penal.⁴⁵ En definitiva, no se cumple con el triple estándar del art. 13 CADH para responsabilidades ulteriores, consistente en la legalidad, fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática (idónea, necesaria y proporcional), que se deben reunir de manera concurrente y no alternativa.⁴⁶ Tanto la sanción penal –como la inscripción en el registro de antecedentes penales–, el riesgo siempre latente de la posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de toda condena penal demuestran que, en materia de opiniones periodísticas, las responsabilidades ulteriores consistentes en la aplicación del Código Penal resultan en un grado de afectación a la libertad de expresión desproporcionado,⁴⁷ y también afectan el tercer recaudo convencional.

II. La autonomía personal. Transfusiones y perfeccionismo del Estado

1.

Otra pata de una democracia robusta, como se dijo al inicio, según una concepción valorativa que la justifique en tanto práctica dialógica colectiva que, además de generar estabilidad en las instituciones, promueva y defienda ciertos derechos individuales como límites al poder mayoritario, está constituida por una concepción liberal de los derechos, cuya cúspide ocupa el principio de autonomía de la persona.⁴⁸ Este principio debe leerse complementado necesariamente con otros principios conexos porque, de otro modo, una mera maximización de la autonomía puede resultar contraintuitiva o violatoria de los postulados del liberalismo democrático. Si la idea de la autonomía personal es útil para distinguir entre principios morales *intersubjetivos* (regulables por el Estado en pos de la preservación de la

45. Corte IDH, caso “Ricardo Canese” [2004], pár. 106; CSJN, caso “Patitó” [2008], concurrencia de la jueza Highton, consid. 7º.

46. Corte IDH, caso “Mémoli” [2013], pár. 130.

47. Corte IDH, caso “Kimel” [2008], pár. 85.

48. Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Buenos Aires, Gedisa, 2003, pp. 22, 23, 75 y ss.

autonomía de otros) y los ideales *autorreferentes* de excelencia o virtud personal, que por definición no pueden afectar a otras personas (coto vedado a la intromisión estatal), aun así es necesario sumar un nivel más de análisis, porque esa sola caracterización no resuelve el problema de que la autonomía continúa siendo un valor agregativo. En este aspecto, su consideración aislada habilitaría ciertas soluciones no plausibles, como podría ser, hipotéticamente, una situación de esclavitud que produzca mayor autonomía en otro grupo o sector social o en la mayor parte de la sociedad.

Por ello debe combinarse –necesariamente– y complementarse con la idea de inviolabilidad de la persona, que postula una separabilidad y una independencia de los individuos como fines en sí mismos y consecuentemente invalida la disminución de la autonomía individual justificada únicamente en el incremento de la de otros individuos. Si el primer principio condena imposiciones perfeccionistas de virtud personal por alguien externo al propio sujeto, este último inhabilita posiciones holistas o colectivistas.

Sin embargo, si bien estos dos principios restringen la imposición de ideales de excelencia y la posibilidad de que se sacrifique la autonomía de un individuo para aumentar la de otros, aplicados estrictamente también impedirían disminuir la autonomía contra actos del propio agente. En tal supuesto, se produciría la paradoja consistente en que el Estado, quien no puede imponer su ideal de virtud personal, debería controlar o supervisar constantemente y con minuciosidad la actividad de los individuos para restringirles decisiones propias que puedan dañarlos. El principio de dignidad de la persona concurre en auxilio ahuyentando esta última hipótesis.

La interrelación de estos tres principios (autonomía, inviolabilidad y dignidad) constituyen la base de la cual se derivan los derechos individuales en una concepción defendible de la democracia constitucional.⁴⁹

2.

Con este esquema vigoroso de autonomía personal, integrado por la autonomía, inviolabilidad y dignidad (AID), es que deseo problematizar si una hipótesis de rechazo voluntario de una intervención médica (p. ej., transfusión sanguínea), no obligada pero acorde con principios religiosos

49. Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 75-82.

del individuo, puede justificar una condena o reproche estatal, vía, por ejemplo, la figura del abandono de persona,⁵⁰ a un familiar que prohíba la práctica y haga respetar la voluntad expresa de su pareja, suponiendo esta libre y voluntaria.

3.

La principal objeción que puede encontrarse frente a la condena penal es que por su intermedio se lesiona poderosamente el derecho constitucional a la privacidad y a la autonomía personal sobre el propio cuerpo, elemento indispensable de la dignidad del ser humano. En efecto, el tipo penal indicado, previsto en el título de los delitos contra las personas, supone para el familiar “poner en peligro”⁵¹ la vida de otro individuo (por ej., su esposa), quien sin embargo rechaza voluntariamente –y sin riesgos para terceros ajenos a sí misma– la intervención médica consistente en una transfusión sanguínea.

Entiendo que hay por lo menos cuatro derechos o garantías involucrados que con una condena penal pueden ser puestos en crisis, a partir de una exorbitancia en la aplicación de la ley penal que no consulta los derechos de la persona que el tipo legal supuestamente viene a tutelar, es decir, se utilizaría la sanción criminal en contra y hasta en oposición al bien jurídico que protege, esto es, la vida, la salud y la dignidad de la persona pretendidamente abandonada.

50. Debe recordarse que la figura del “abandono de persona”, a diferencia de la de la “omisión de auxilio”, además de tratarse de un tipo comisivo está destinado a personas con un vínculo o deber de cuidado previo, a diferencia de la omisión que está basada en un deber de solidaridad y puede involucrar en principio a cualquier ciudadano: cf. Terragni; Marco A., “Abandono de personas y omisión de auxilio”, en *Código Penal Argentino comentado de acceso libre*, Vitale, Gabriel (dir.), Garberi, Patricia-Ávila, Fernando (coord.), [en línea], en www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado.

51. El Código Penal argentino establece: Art. 106: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión”.

Una condena en esos términos avasallaría: (i) la libertad religiosa y de conciencia; (ii) una idea robusta de autonomía personal; (iii) la garantía de la libre autodeterminación; y (iv) una concepción plausible de la privacidad. Todos estos inconvenientes se producirían de la mano de una transgresión del principio de reserva penal como complemento del de legalidad en ese ámbito, y en oposición al principio rector que debe regir toda colisión de derechos, como es el de la dignidad del ser humano.

a. En primer lugar, no se puede ignorar que la ley de ejercicio de la medicina (nº 17.132) establece que se debe respetar la voluntad negativa del paciente a tratarse o a internarse, y que esta es una decisión privada e individualísima de la persona que no puede ser sujeta a mediaciones médicas, y cualquier persona ajena (médicos, autoridades sanitarias o el propio Estado) se encuentra vedada de ingresar en tales motivaciones porque integran el coto vedado de autonomía personal que protege el art. 19 de la CN. Vale recordar, porque será mencionado varias veces en este análisis, que dicha cláusula establece que las acciones privadas de las personas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas solo a ellas y exentas de la autoridad estatal.⁵²

Desde esta perspectiva, en primer término, el ordenamiento jurídico nacional desde hace mucho tiempo (1967) obliga a los profesionales de la salud a “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...”,⁵³ lo que parece incluir, por supuesto, la negativa a consentir una transfusión sanguínea.⁵⁴ Castigar entonces penalmente a un familiar

52. CN: Artículo 19.- “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

53. Cf. art. 19, inc. 3 de la ley 17.132. Fue el argumento utilizado por el voto de los jueces Barra y Fayt en el caso “Bahamondez” (“Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”), fallos 316:479, del 6/4/1993, consid. 11.

54. Actualmente el ordenamiento es todavía más explícito. La ley 26.529 de Derechos del Paciente [2009], con su modificación por ley 26.742 de Muerte Digna [2012], en su art. 2, inc. e, otorga al paciente el derecho a “aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Ver, asimismo, CSJN, caso

cercano por infracción a la norma del art. 106 CP, cuando la consecuencia disvaliosa resulta del ejercicio de un derecho propio del desamparado o abandonado, no parece adecuado. Los alcances mayores de este derecho a la autonomía serán profundizados más abajo.

b. Una sanción por incumplimiento de un deber que no tenga en cuenta el contexto y la voluntad del paciente de rechazar la transfusión, motivada en razones religiosas, supone una restricción de la libertad religiosa y de conciencia incompatible con el sistema constitucional.

La libertad de profesar libremente el culto sin interferencias injustificadas, reconocida en el art. 14 de la CN, debe considerarse como un elemento particularmente valioso alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones. Se ha dicho que “para el hombre religioso la religión es el elemento fundamental de la concepción del mundo y, en mayor o menor grado, impregna todos los actos de su vida individual y social”.⁵⁵

En esta línea, la Corte ha otorgado raigambre constitucional al derecho a la libertad religiosa y su género, la libertad de conciencia. Desde antiguo estableció que tal libertad consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, ya sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales.⁵⁶ La libertad religiosa “es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud de la cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia ni impedido de actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos. Que dicho derecho significa, en su faz negativa, la existencia de una esfera de inmunidad de coacción, tanto por parte de las personas particulares y los grupos, como de la autoridad pública”.⁵⁷

“Albarracini Nieves” (“Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”), fallos 335:799, del 1/6/2012, consid. 15.

55. CSJN, caso “Portillo” (“Portillo, Alberto s/ inf. art. 44 ley 17.531”), fallos 312:496, del 18/4/1989, consid. 8º.

56. Fallos 214:139, cit. en “Bahamondez” [1993], disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 8º.

57. CSJN, “Bahamondez” [1993], disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 9º y 10.

La libertad religiosa y de conciencia autoriza, en consecuencia, la objeción respecto de determinadas conductas que afecten principios esenciales del sistema de creencias del objetor, y que no perjudiquen gravemente derechos de terceros ni un interés estatal prevalente suficientemente concretizado.

La Corte ha recordado la clásica jurisprudencia del sistema europeo que declaró como un principio básico, derivado de la libertad de conciencia y religión, la potestad de exceptuarse del cumplimiento de ciertas exigencias de orden general (p. ej. el cumplimiento del servicio armado) “por razones de conciencia o profunda convicción derivadas de motivos religiosos, éticos, morales, humanitarios, filosóficos o similares, [que] deben gozar del derecho personal de ser relevados de la obligación de cumplir dicho servicio. Este derecho deberá ser considerado como una consecuencia lógica del derecho fundamental de los individuos en un Estado democrático, garantizado en el art. 9º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos”.⁵⁸

Los recaudos para que la objeción de conciencia sea admisible son la sinceridad y la demostración de que la obligación o conducta exigida produce un serio conflicto con las creencias religiosas o éticas del individuo, y siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común.⁵⁹

Por último, cabe señalar que no importa que la decisión individual de abstenerse de una práctica sea minoritaria, irracional, impopular o alejada de los cánones mayoritarios sociales. Justamente, imponer la voluntad mayoritaria en estos ámbitos conduce a violentar la conciencia de las minorías, y produce una sociedad intolerante con perjuicio para el saludable pluralismo

58. Consejo Europeo, resolution 337 (1967) of Consultative Assembly of the Council of Europe Eighteenth Ordinary Session, ap. A, arts. 1º y 2º, cit. por CSJN en “Portillo” [1989], consid. 12, en p. 513. La jurisprudencia europea actual parece seguir la misma línea, ya que invalidó la condena nacional impuesta por Armenia por la objeción de servicio militar fundada en razones religiosas, ya que no establecía una alternativa de servicio civil válido: conf. TEDH, caso “Bayatyan v. Armenia”, del 7/7/2011. La objeción no se fundaba en “*beneficios personales o conveniencia sino en una seria convicción religiosa*” (pár. 124). En esa línea, señaló el Tribunal Europeo que la sanción era desproporcionada, carecía de alternativas viables y efectivas, y la pena no era una medida necesaria en una sociedad democrática, en definitiva, no se efectuó un equilibrio adecuado entre los intereses de la sociedad en su conjunto y los derechos y libertades del objetor de conciencia.

59. CSJN, “Portillo” [1989], consid. 13; CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 12.

en un estado democrático. En su virtud, no dependen del resultado de las mayorías políticas ni de los agentes gubernamentales.⁶⁰

c. Además, la condena penal frente al rechazo de la transfusión de sangre va en contra de una concepción sólida de la autonomía personal protegida por el referido art. 19 de la CN que establece un ámbito libre de interferencias externas, sujeto al señorío del individuo.⁶¹ La autonomía individual, con reconocimiento expreso en los arts. 14 y 19 de la CN, otorga al individuo “un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”.⁶² El ámbito de arbitrio soberano –ha dicho la misma Corte– no se limita a los aspectos privados y sin relevancia en el mundo externo, sino que tiene un contorno muy amplio y su interpretación no puede ser restrictiva. En efecto, está constituido por “sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, los hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo (...) En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica (...) sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse (...) siempre que no medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”.⁶³

Esta autonomía personal protegida por el art. 19 CN permite decisiones libres de interferencias externas, y es vinculante para los médicos

60. CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 18; asimismo, Corte Suprema de Estados Unidos, caso “Barnette” (“West Virginia State Board of Education v. Barnette”), 319 US 624, del 14/6/1943, traducido en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005, §.15, ps. 261/75, en p. 270.

61. CSJN, “Albarracini Nieves” [2012], voto del juez Fayt.

62. CSJN, “Bahamondez” [1993], disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 8º.

63. CSJN, caso “Ponzetti de Balbín” (“Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”), fallos 306:1892, del 11/12/1984, cit. por CSJN en “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 8º.

y profesionales de la salud, quienes no tienen dado investigar o poner en cuestión las razones (éticas, filosóficas, religiosas) de la decisión del paciente. En una gráfica y feliz expresión de la Corte, constituye el “derecho a ser dejado a solas”.⁶⁴

Si no se la concibiera de esta manera y con este alcance a esta autonomía personal, la norma del art. 19 de la CN se convertiría en una mera fórmula vacía, pues solo protegería al fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de escasa importancia sin repercusión alguna en el mundo exterior, lo que no se condice con los principios constitucionales.⁶⁵

En síntesis, y en conclusión que aplica a los médicos pero también a los familiares del enfermo, “nada cabe reprochar a quienes respetan la decisión libre de la persona involucrada (...) no hallándose en este caso afectados los derechos de otra persona distinta (...) mal puede obligarse a éste a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa”.⁶⁶

d. La autodeterminación que deriva de la autonomía personal se conjuga con el derecho a la privacidad, también protegido constitucionalmente, y es aquel que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (*cf.* art. 11.2 de la CADH; 5º de la DADDH; 12 de la DUDH; 17.1 del PIDCyP). Con respecto a las posibilidades que perfilan el alcance de este derecho y esta facultad de ser relevado de determinadas conductas, en el ámbito interamericano se ha elaborado un concepto esclarecedor de autonomía personal. Allí se ha dicho que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquel posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para ese fin, seleccionados y utilizados con autonomía –que es prenda de madurez y condición de libertad– e

64. CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Barra y Fayt, consid. 13; voto de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 11.

65. CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 13; CSJN, “Albarracini Nieves” [2012], consid. 19.

66. CSJN, “Bahamondez” [1993], voto de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, consid. 16 y 17.

incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones”.⁶⁷

Ese ámbito de autonomía personal, de autodeterminación complementado por la noción de privacidad, repele cualquier intervención de índole penal que reprima las conductas allí desarrolladas. En efecto, “toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto marco de una acción autorreferente (...) No hay lugar para plantear [una cuestión penal] cuando la conducta de esta persona no afecta los intereses de ninguna otra”,⁶⁸ dado que en esta materia rige el principio de reserva como complemento del principio de legalidad penal.⁶⁹

4.

En Estados Unidos, el caso de una negativa a una transfusión de sangre, posterior muerte y condena al familiar directo por abandono de persona podríamos decir que puede llegar a estar amparado por la libertad de conciencia y religiosa,⁷⁰ y, en consecuencia, transformar en nula la condena penal ejercida en esos términos.

67. Corte IDH, caso “Ximenes Lopes” (“Ximenes Lopes vs. Brasil”), C-149, del 4/7/2006, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, pár. 10.

68. CNCP, Sala IV, caso “C., L. A.”, del 17/5/2016, voto del juez Gemignani, con cita de CSJN, caso “Arriola” (“Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”), fallos 332:1963, del 25/8/2009, voto del juez Fayt.

69. CSJN, caso “D., M. A.” (“D., M. A. s/ declaración de incapacidad”), fallos 338:556, del 7/7/2015, consid. 32, con cita de CSJN, caso “F.A.L.”, fallos 335:197, del 13/3/2012. Respecto del primer caso, ver también: <http://www.revistaanfibia.com/cronica/la-muerte-imposible-de-marcelo-diez/>

70. Conforme la 1era Enmienda de la Constitución estadounidense: “El Congreso no aprobará leyes que establezcan una religión oficial del Estado o que prohíban practicar libremente cualquier culto religioso, o que limite las libertades de expresión o de imprenta, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a pedir al Gobierno la reparación de cualquier agravio” (énfasis propio).

a. La evolución jurisprudencial es profusa y variante a través de las décadas, y diversos casos fueron puestos en tensión con la cláusula de la 1ra. Enmienda, sobre todo normas o leyes generales que en su aplicación afectaban diferencialmente a diversos grupos religiosos.

Podría establecerse una suerte de hemiciclo en la doctrina de la Corte, con un comienzo reacio a reconocer excepciones a las normas generales por motivos religiosos (caso “Reynolds”, 1879),⁷¹ algunos hitos intermedios, sobre todo a mediados del siglo XX, muy valiosos, donde se combinó la libertad religiosa junto la libertad de expresión (carta ganadora por excelencia en el derecho estadounidense), ambas previstas en la misma Enmienda (casos “Cantwell”, 1940,⁷² “Barnette”, 1943⁷³ y “Yoder”, 1972⁷⁴), para cerrar con una posición actual algo más restrictiva, o por lo menos bien dividida al interior del Tribunal (casos “Goldman”, 1986⁷⁵ y “Smith”, 1990⁷⁶).

b. En “Reynolds” se denegó el derecho a un practicante mormón a ejercer la poligamia. Su argumento jeffersoniano de que Iglesia y Estado deben estar separados por un muro y, en consecuencia, la ley del Estado afectaba sus más íntimas convicciones religiosas no fue atendido. La idea o el peligro (que volvería al siglo siguiente) es que bajo el pretexto religioso cada uno no puede “crearse su propia ley”.

A mediados de siglo, sin embargo, la apertura a la comprensión de argumentos religiosos en conjunción con la libertad de expresión modificaron la tesis rígida de aplicación inflexible de las normas sin consideración alguna del fenómeno religioso. Así, en “Cantwell”, donde se discutía la necesidad inaplazable que exigía el Estado de contar con un permiso administrativo para distribuir libros y material religioso, la norma de la Ciudad de Connecticut fue invalidada. El tribunal entendió que tal recaudo gubernamental, en

71. Caso “Reynolds vs. United States”, 1879, todos los citados en este apartado, en Beltrán de Felipe-González García, *Las sentencias básicas...*, cit., pp. 261 y ss..

72. Caso “Cantwell vs. Connecticut”, 1940.

73. Caso “West Virginia State Board of Education vs. Barnette”, 1943.

74. Caso “Wingscosin vs. Yoder”, 1972.

75. Caso “Goldman vs. Weinberger”, 1986.

76. Caso “Employment Divison vs. Smith”, 1990.

principio neutro y que no se dirigía a ninguna religión, afectaba desproporcionalmente a los Testigos de Jehová.

Lo propio aconteció con el saludo a la bandera. En una etapa bélica y con el patriotismo en alza, la Corte confirmó la expulsión a los alumnos que se negaron a ofrecer la promesa de fidelidad a la bandera, dado que su religión se lo impedía (caso “Gobitis”, 1940),⁷⁷ pero prontamente tal tesis fue corregida por el *leading case* “Barnette”, donde frente a idéntico planteo la Corte anuló la doctrina “Gobitis” y la norma de Virginia Occidental que obligaba al saludo.

Para eso tuvo en cuenta tres argumentos. En primer lugar, que la censura o prohibición de la libertad de expresión solo es constitucionalmente posible si constituye un peligro claro e inminente (*clear and present danger*). En segundo término, que una educación pública y gratuita, si quiere ser fiel al ideal de la enseñanza laica, no debe tomar partido ni ser *hostil* a ninguna religión. Esto es importante, porque el respeto a la primera Enmienda, para evitar hostilidad, puede requerir excepciones particulares. Y finalmente, que el propósito de la Declaración de Derechos contenida en las Enmiendas son cartas de triunfo frente a las mayorías, que no dependen del resultado de los procesos políticos y electorales. En razón de la potencia de estos argumentos, el fallo ha sido calificado como, aún hoy, “uno de los más importantes alegatos en defensa de la libertad”.⁷⁸

En la misma línea expansiva, en “Yoder” dejó sin efecto la sanción a tres personas de creencia *amish* porque dejaron de enviar, por motivos religiosos, a sus hijos al colegio a la edad de 14 años, y no a los 16 como exigía la educación obligatoria del Estado. La Corte dijo que estas personas tienen una tradición en educación propia, unas creencias y modos de vida que podían peligrar si no exceptuaba la norma general. Expresamente, dijo que “El Estado tiene derecho a imponer una educación mínima y obligatoria, pero tiene que ponderar los posibles perjuicios que ello puede provocar en determinadas personas, amparadas por derechos fundamentales”.⁷⁹

77. Caso “Minersville School District vs. Gobitis”, 1940.

78. Beltrán de Felipe, González García, *Las sentencias básicas...*, cit., p. 264.

79. Beltrán de Felipe, González García, *Las sentencias básicas...*, cit., p. 265.

c. Para fin de siglo, sin embargo, se restringió nuevamente la doctrina con dos casos. En el primero, “Goldman”, trataba de un funcionario militar que demandaba poder utilizar un gorro hebreo durante el servicio. El tribunal supremo lo rechazó, no obstante que al año se dictó una ley autorizando tal circunstancia.

Y, finalmente, el caso más rígido de todos, por los términos del voto del juez que emitió la opinión de la Corte (*justice* Scalia), se denegó el seguro de desempleo a dos personas que fueron despedidas por la utilización de la sustancia peyote y, frente al reclamo la División de Empleo, se les denegó el subsidio por haber sido despedidas con causa por el uso de sustancias prohibidas. Los demandantes argumentaban que su utilización había sido con fines y motivos religiosos.

Allí Scalia fundamentó que las normas generales (de impuestos, por ejemplo) no coartan la libertad de prensa cuando se aplican a una imprenta ni la de religión cuando hacen lo propio con algún grupo religioso. Este sería un efecto incidental de una norma general y obligatoria. Nadie puede fijar su propia ley para eximirse de obligaciones generales –esgrimió–. La doctrina del Interés Estatal Imperativo o Interés Público Imperativo (IPI) es peligrosa, porque con el argumento religioso los ciudadanos se podrían evadir de un número inimaginable de obligaciones, llevando a la anarquía.

El caso, si bien fue perdido por Smith y su compañero, que luego obtuvieron una ley que accedía a su pretensión (*Religious Freedom Restoration Act*) y la Corte se encargó de fulminarla (caso “Flores”, 1997),⁸⁰ recordando que ella es el intérprete final de la Constitución y no hay ley posterior que pueda desdecirla, generó una importante disidencia (de 4 jueces) que destacaron la relevancia de mantener la doctrina del IPI. Es necesario –dijo el voto comandado por la jueza O’Connor– mantener y rescatar la doctrina de la razón imperativa ante un conflicto religioso. Si bien en el caso encontró ese interés cumplido (propósito vital de impedir daños físicos por el uso de drogas prohibidas).

Las leyes generales que entran en pugna con la 1era Enmienda y el estándar del interés estatal imperativo para justificarlas frente a la libertad religiosa no es una “anomalía constitucional”. Por el contrario, tal examen o escrutinio estricto es derivación natural de la libertad preferida que

80. Caso “City of Boerne vs. Flores”, 1997.

constituye la libertad religiosa contenida en la Primera Enmienda. La Constitución ha optado por privilegiar tal libertad, y cualquier ley general, aun cuando no tenga el objetivo específico de alcanzar la conducta religiosa en cuestión, debe someterse a ese escrutinio y justificar el IPI, porque, a falta de razón imperativa, gana la libertad preferente.

d. El caso de la pena por abandono en la transfusión de sangre rechazada por motivos religiosos debe resolverse, entonces y según mi criterio, con la aplicación de los estándares que provienen de esta línea y evolución jurisprudencial.

La paciente objetora debe invocar razones religiosas serias y profundas. No esgrimir una simple conveniencia o comodidad. En tales condiciones, su conducta queda, en principio, a resguardo de la libertad religiosa contenida en la Primera Enmienda. Y ello es así porque, si bien en el derecho norteamericano no existe una declaración como la del art. 19 de la CN y el derecho a la autonomía, autodeterminación y privacidad que nuestra Corte ha extraído de dicha cláusula, lo cierto es que la interpretación y exégesis que a través del tiempo le ha dado a dicha 1era Enmienda, en torno a la libertad religiosa –sola o en combinación con la libertad de expresión–, es generosa.

Llegado al caso, una actividad (transfusión sanguínea) que entraría en conflicto con una “práctica libre de un culto religioso”, si se pretende penalizar su incumplimiento debe superar el escrutinio estricto del Interés Público Imperativo o impostergradable.

Efectivamente, se ha señalado, con relación a la cláusula de la Primera Enmienda, que “es un principio general, basado en la regla de la libertad de religión, que las objeciones de conciencia de las personas no pueden ser violadas por las leyes, salvo los casos en los que las exigencias del gobierno o del Estado la vuelvan inevitable (*unavoidable*)”.⁸¹

En el caso, no parece verse ningún interés estatal imperativo ni razón inevitable que justifique penalizar por abandono a un familiar de un objetor de conciencia que, con absoluta libertad y discernimiento, presta su consentimiento informado para rechazar una práctica médica contraria a sus más

81. Campbell Black, Henry, *Handbook of American Constitutional Law*, West Publishing Co., 3ª ed., 1910, p. 534, cit. por CSJN, “Portillo” [1989], consid. 14.

íntimas creencias, cuyos motivos no pueden ser sometidos a la arena pública sin mengua de la libertad religiosa garantizada en la Primera Enmienda.⁸²

III. Breves conclusiones

A través del ejercicio consistente en la problematización de determinados casos complejos (penalización de opiniones periodísticas y negativa a transfusiones sanguíneas), con fuente en hipótesis de trabajo e investigación escogidas azarosamente, pero de indudable anclaje en la realidad jurisprudencial, hemos intentado dar somera cuenta del contenido actual de dos pilares fundamentales de nuestra democracia constitucional, como son la libertad de expresión y la autonomía personal.

En esa línea de pensamiento, el planteo del tema desde la perspectiva punitiva (condena penal o multa frente a la infracción del honor o del cuidado personal) sirvió para encarar un recorrido cualitativo de la respuesta jurisprudencial de las máximas cortes, principalmente argentina e interamericana, pero también estadounidense o europea cuando el análisis, la génesis o el mejor desarrollo del tema lo requirió.

Esa tarea resultó fructífera a los fines de comprender cada una de las instituciones estudiadas y de leer adecuadamente su contenido actual. Por ejemplo, sirvió para entender que la derogación de las calumnias e injurias hacia periodistas no resultó una concesión graciosa del legislador nacional de principios de siglo XXI, sino que fue el fruto consolidado de una sigilosa y constructiva evolución del derecho, que fue ampliando sus contornos en la interpretación de la CSJN en paralelo con su par interamericano, que a su vez abrevó de la vertiente europea. Todas estas interpretaciones fueron engrosando la garantía en análisis, reconociéndole nuevos y más poderosos perfiles, en un *encadenamiento* o arquitectura acompasada y en capas, de inevitable reminiscencia deliberativista y también dworkiniana en la construcción del derecho.

Otro tanto ocurre con la autonomía personal, en su versión robusta (AID), cuya lectura a tenor de un posible castigo frente a una negativa a una práctica médica puso en cuestión valores centrales de la democracia actual, tales como una versión fuerte de la autonomía, ideales de excelencia,

82. CSJN, “Albarracini Nieves” [2012], consid. 16, 1er párrafo *in fine*.

autorreferentes, privacidad, etc. En ese esquema, su estudio a través de la jurisprudencia norteamericana con apoyo en la libertad religiosa y de expresión de la Primera Enmienda solo puede concebirse como una interpretación acompañada y coherente con los contenidos que nuestra Corte ha extraído del art. 19 CN.

Ambas exploraciones resultan de indudable interés y actualidad, no solo atendiendo a los cambios legislativos de 2009 y 2012 (v. notas 5 y 54) analizados en el curso del presente trabajo, sino porque el derecho y su interpretación no se suspenden en el tiempo, y así como la garantía o el derecho puede verse ensanchado o restringido en la historia reciente (por ejemplo, la oscilación europea en torno a la libertad periodística o la norteamericana con relación a las excepciones religiosas a normas generales), lo cierto es que muchas veces el tiempo y la vida de las personas no transcurren por el mismo carril que la vertiente jurisprudencial. Cuando las hermanas de Marcelo Diez iniciaron su peregrinaje por la lucha de la dignidad de su hermano, ni se imaginaron que cuando la Corte Suprema finalmente resolviera el caso en el año 2015 (v. nota 69) el derecho invocado iba a ser uno totalmente diferente al existente cuando su hermano agarró la moto para regresar a la chacra familiar. La variación del derecho (su interpretación y sentido normativo) conduce a rastrear y repensar, constantemente, sobre estas cuestiones.

El desafío del cambio económico: la economía circular y su excepción en las diferentes legislaciones y en la normativa voluntaria

*Adriana Norma Martínez**

*Adriana Margarita Porcelli***

Resumen

En las últimas décadas, el modelo económico actualmente predominante, denominado economía marrón, ocasionó el agotamiento de los recursos naturales, y la degradación y pérdida generalizadas de los ecosistemas, lo cual ha dado espacio para que surja un modelo económico alternativo denominado economía verde y, dentro de este, la economía circular. El objetivo de este trabajo consiste en analizar si la economía circular es una alternativa fiable y plausible para desarrollar un nuevo modelo que permita propiciar una cultura altamente sustentable y respetuosa del ambiente, y las iniciativas y legislaciones que receptaron los principios de la economía circular para modificar un modelo económico en crisis. Desde esta óptica, el presente documento se compone de tres partes: en la primera, se identifican las principales limitaciones del modelo económico actual; en la segunda, se

* Abogada, escribana, posgraduada en Derecho del Turismo (Universidad de Buenos Aires), magister en Ambiente Humano (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Profesora Adjunta Regular Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Jefa de la División Derecho, investigadora y Profesora Asociada Ordinaria, Departamento de Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Luján); info@anmart.com.ar.

** Abogada (Universidad de Buenos Aires) magister en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides) Diploma en Derechos Económicos Sociales y Culturales (Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco). Investigadora y Profesora Adjunta Ordinaria, Departamento de Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Luján); adporcelli@yahoo.com.ar.

avanza en los conceptos y principios teórico-técnicos específicos de la economía circular, sus ventajas y desventajas; y en la tercera, se analizan las legislaciones que receptaron esta nueva economía. Finalmente, se concluye que existe una preocupación mundial frente al deterioro ambiental y por la creación de un marco normativo, tanto a nivel nacional como regional e internacional que impulse la circularidad.

Palabras clave: economía lineal, economía circular, reutilización, reparación, reciclaje.

The Challenge of Economic Change: The Circular Economy and its Reception in Different Legislations and Voluntary Regulations

Abstract

In recent decades, the current predominant economic model, known as the brown economy, has led to the depletion of natural resources and the widespread degradation and loss of ecosystems, which has given rise to an alternative economic model called the green economy and within it the circular economy. The aim of this work is to analyze whether the circular economy is a reliable and plausible alternative to develop a new model that allows the promotion of a highly sustainable and respectful culture of the environment and the initiatives and legislations that received the principles of the circular economy the modification of an economic model in crisis. From this point of view, the present document is made up of three parts. The first identifies the main limitations of the current economic model, the second advances in specific theoretical-technical concepts and principles of the circular economy (advantages and disadvantages), and the third analyzes the legislations that received this new economy. Finally, it is concluded that there is a worldwide concern regarding environmental deterioration and the creation of a normative framework, both at national, regional and international levels to promote circularity.

Keywords: Linear Economy, Circular Economy, Reuse, Repair, Recycling.

I. Introducción

En las últimas décadas, el crecimiento económico, el desarrollo industrial y las modernas tecnologías han aportado un nuevo grado de confort y bienestar a nuestra vida ocasionando un aumento del consumo de bienes y servicios. Sin embargo, este crecimiento se logró a expensas del agotamiento de los recursos naturales, en especial del consumo desmedido de muchos minerales. El informe del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas *World Population Prospects. The 2017 Revision*, “Revisión de las Perspectivas de Población Mundial”, indica que hay un 95% de probabilidad de que la actual población mundial, de 7.600 millones de habitantes a mediados del 2017, se sitúe entre los 8.400 y 8.700 millones en 2030, entre 9.400 y 10.200 millones en 2050, y entre 9.600 y 13.200 millones en 2100. Aproximadamente, cada año se añaden 83 millones de personas a la población mundial y se espera que continúe la tendencia en alza, aun suponiendo que los niveles de fecundidad sigan disminuyendo.¹ Por lo tanto, y ante esta situación, surgen con renovada fuerza planteamientos para afrontar el necesario cambio de paradigma de la economía convencional mediante un nuevo modelo de producción y consumo sostenible que alienten el desarrollo de conceptos tales como el de “New Deal Ecológico Mundial”.² Así se plantea una nueva economía ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusiva, actuando sobre las causas fundamentales de los desequilibrios, es decir, sobre las actuales pautas económicas no solo de producción y consumo, denominada economía verde, que ha constituido un eje fundamental en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (comúnmente conocida como la Cumbre de Río +20): “El futuro que queremos”. La delimitación del concepto economía verde –*green economy*– no es simple, pero se puede afirmar que es un conjunto de modelos de producción integral e incluyente que toma en consideración

1. UN, D.E.S.A., Population Division, *World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables*. New York, United Nations, 2017, p. 2.

2. En 2009, Naciones Unidas lanza su iniciativa de *Global Green New Deal* o Nuevo Acuerdo Verde Global, rememorando el famoso *New Deal* que Franklin D. Roosevelt puso en marcha para reactivar la economía tras la crisis de 1929; ahora se trataría también de emprender reformas financieras y activar el gasto público dirigido a generar un nuevo modelo productivo económico, social y ambiental más justo y más sostenible.

variables ambientales y sociales, produce bajas emisiones de carbono, utiliza los recursos de forma eficiente y es socialmente incluyente.³

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar, en el marco de la economía verde, si la economía circular es una alternativa fiable y plausible para desarrollar un nuevo modelo que permita propiciar una cultura altamente sustentable y respetuosa del ambiente y las iniciativas y legislaciones que receptaron sus principios para modificar un modelo económico en crisis. Las bases de una economía sostenible descansan previamente en una producción limpia que proporcione beneficios tanto económicos como ambientales y sociales. Se propone recrear la “economía de la naturaleza”, incorporando los esquemas de análisis del ciclo de vida de los productos, reutilizando los residuos. Con esta perspectiva se alienta un proceso de transformación estructural de la actividad económica desde un enfoque lineal a un enfoque circular, para lo cual es necesario un cambio de filosofía y de la relación entre las personas y la naturaleza, y entre los consumidores y las cosas.

II. Transición de la economía lineal a la circular

El sistema de producción vigente se basa principalmente en un proceso lineal de consumo de recursos. Bajo el paradigma *take-make-waste* (extraer-fabricar-consumir-eliminar), los bienes son producidos a partir de las materias primas, luego vendidos, utilizados y finalmente desechados como residuos, ocasionando no solo el agotamiento de los recursos naturales, sino también la generación de toneladas de basura. Alrededor de 65 mil millones de toneladas de materias primas entraron al sistema económico en 2010, y se espera que esta cifra crezca en 82 mil millones de toneladas en el 2020. Es muy probable que el panorama mundial se agrave, ya que la clase media global se multiplicará más que por dos de aquí a 2030, hasta alcanzar prácticamente los 5 mil millones de personas que se sumarán a los hábitos del

3. PNUMA: *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*. New York. PNUMA, 2011, pp.01-02.

consumo.⁴ En consecuencia, según sostiene la Fundación Ellen MacArthur⁵ se pueden identificar las siguientes limitaciones en el modelo lineal:

- a) riesgos de precios: hacia finales del milenio los precios de los recursos naturales comenzaron a ascender y continuaran en aumento por el crecimiento demográfico;
- b) pérdidas económicas y residuos estructurales: la economía actual genera una gran cantidad de residuos;
- c) riesgos de suministro: muchas regiones del mundo poseen pocos depósitos naturales de recursos no renovables propios, por lo que dependen de las importaciones;
- d) deterioro de los sistemas naturales: dentro de los impactos ambientales se pueden enumerar, entre otros, el agotamiento de las reservas, el calentamiento global, la reducción de la capa de ozono, el cambio climático, la disminución de la biodiversidad, la degradación del suelo y la contaminación de los océanos.

En este contexto, cada vez son más las voces que se suman para reclamar un cambio de modelo industrial capaz de ofrecer sistemas económicos resilientes: la economía circular.

III. Marco conceptual: la economía circular

A. Antecedentes. Escuelas de pensamiento

Las grandes escuelas de pensamiento relacionadas con la economía circular surgieron en la década de 1970, gracias a un pequeño número de académicos, líderes de pensamiento y empresas, pero recién a partir de la década de 1990 cobraron prominencia. A continuación, se mencionarán las principales filosofías que confluyeron en el modelo circular:

4. Estos datos pueden ser consultados en E. M.A. F. *Hacia una economía circular. Resumen Ejecutivo*. Reino Unido. Ellen MacArthur Foundation, 2014, pp. 2-3.

5. E. M.A. F. *Growth Within: a circular economy vision for a competitive Europe*. Reino Unido. Ellen MacArthur Foundation, SUN, McKinsey & Co, 2015, pp. 13-15.

1. Diseño regenerativo (*Regenerative Design*): John T. Lyle, profesor de la Universidad P. de Pomona (California), postuló que cualquier sistema –partiendo de la agricultura– se puede organizar de forma regenerativa, emulando el funcionamiento de los ecosistemas, donde los productos se crean e interaccionan sin producir residuos.⁶ Podría decirse que sentó las bases del marco de la economía circular, que se desarrolló y ganó notoriedad especialmente gracias a McDonough, Braungart y Stahel.
2. Economía del rendimiento (*Performance Economy*): en 1976, el arquitecto y economista Walter Stahel, acreditado por ser el inventor de la expresión *cradle to cradle* (de la cuna a la cuna), esbozó la visión de una economía en bucles –o economía circular– y su impacto en la creación de empleo, en la competitividad económica, en el ahorro de recursos y en la prevención de residuos. Persigue cuatro objetivos principales: la extensión de la vida del producto, los bienes de larga duración, las actividades de reacondicionamiento y la prevención de residuos. Además, insiste en la importancia de la venta de servicios en lugar de productos.⁷
3. De la cuna a la cuna. (*Cradle to Cradle*) C2C: el químico y visionario alemán Michael Braungart desarrolló, junto con el arquitecto estadounidense Bill McDonough, el concepto *cradle to cradle* (de la cuna a la cuna) en oposición a *cradle to grave* (de la cuna a la tumba) propio de la economía lineal. En el año 2002 publicaron el libro *De la cuna a la cuna. Rediseñando la forma en que hacemos las cosas* (en inglés: *Cradle to Cradle: Remaking the Way We Make Things*) en cual exponen una nueva forma de interpretar el ecologismo, o como lo denominan, la Próxima Revolución Industrial. A diferencia de la consigna principal del ecologismo centrada en “reducir, reutilizar y reciclar”, estos autores plantean un cambio de premisa, proponiendo que se aborden los problemas desde su misma raíz, vale decir, que los productos

6. J. L. *Regenerative Design for Sustainable Development*. New York. Wiley and Sons. New York, 1994.

7. W. S. *The Performance Economy*. Hampshire. Palgrave Macmillan, 2010.

se diseñen y conciban sin necesidad del gasto de energía, incluso que el balance de gastos y aportes sea positivo.⁸ Esta filosofía de diseño considera los materiales involucrados en los procesos industriales y comerciales como nutrientes, clasificándolos en: técnicos y biológicos. Los pilares en los cuales se asienta esta filosofía básicamente son: a) eliminar el concepto de residuos: parten de la premisa de que los residuos equivalen a alimentos. En los ecosistemas del planeta, no existe la basura, por lo tanto, la sociedad puede hacer lo mismo diseñando todos los productos de modo que los materiales se reciclen en el mismo uso, o bien se reciclen “hacia arriba”, es decir, que el siguiente uso tenga más valor que el actual. Los productos y procesos se diseñan para ser indefinidamente retomados por la naturaleza (biosfera) o por las fábricas (tecnosfera), pasando del actual sistema de reciclaje imperfecto e insuficiente al *upcycling*;⁹ b) hacer uso de la energía renovable y c) celebrar la diversidad: gestionar el uso del agua para maximizar la calidad, promover ecosistemas saludables y respetar los efectos a nivel local. En consecuencia, persigue ayudar a crear una mejor sociedad más allá de la idea de sostenibilidad convencional, a partir del buen diseño de productos, bienes y servicios.¹⁰

4. Ecología industrial (*Industrial Ecology, IE*): a menudo denominada “ciencia de la sostenibilidad”, tiene sus orígenes contemporáneos en un artículo publicado en 1998 titulado “*Strategies for manufacturing*” de Robert Frosch y Nicholas Gallopoulos. Consiste en un enfoque del diseño industrial de productos y procesos buscando que se utilicen de

8. Llevado a un ejemplo práctico, esto implicaría que, si un edificio gasta mucha energía en aire acondicionado e iluminación, además de optimizar el rendimiento de la maquinaria y la instalación de paneles fotovoltaicos, este se diseñe desde su inicio planteándose el aprovechamiento de la ventilación cruzada y de la iluminación natural, incluso el edificio generaría más energía de la que consumiría.

9. El *upcycling* es un término acuñado recientemente, también conocido como supra-reciclaje, que consiste en aprovechar materiales reciclables para crear productos que tienen un mayor valor que el que tenía el material original, es decir, transformar residuos en objetos de valor.

10. M. B., W. M. D. *Cradle to Cradle (De la cuna a la cuna): Rediseñando la forma en que hacemos las cosas*. Madrid. McGraw-Hill, 2005.

manera más eficiente los recursos, que se mejore la calidad de vida humana y ambiental y que resurja, ante todo, la equidad social. Por otra parte, pretende que los actuales sistemas industriales se organicen de manera más equilibrada, para obtener productos o sustancias cuyo consumo satisfaga sus necesidades, haciendo posible la supervivencia del sistema. Adopta un punto de vista sistémico, diseñando los procesos de producción atendiendo las restricciones ecológicas y tratando de darles forma para que sean lo más parecido posible a los sistemas vivos. Finalmente, la ecología industrial no solo apunta hacia los temas de contaminación y ambiente, sino que revisten igual importancia las tecnologías, la economía de los procesos y la interrelación entre negocios, financiación y política gubernamental, por lo cual no solo se presenta como una opción efectiva para la protección del ambiente, sino también para optimizar el uso de los recursos naturales no renovables. En consecuencia, presenta como novedad la capacidad de combinar los estudios de cada sector mediante procesos integradores, para lo cual requiere del dominio de disciplinas muy diversas como ingeniería, física, química, ecología, derecho, economía, filosofía y ecodiseño.¹¹

5. Biomímesis (*Biomimicry*): es la disciplina científica que estudia a la naturaleza como fuente de inspiración. No se trata simplemente de copiar la naturaleza, sino de hacerlo como ella: sin generar residuos, de forma fácil y ahorrando energía. Se basa en tres principios fundamentales: la naturaleza como modelo, como medida y como mentor. Presenta un gran compromiso ecológico y es fundamental el rol de los ecosistemas ya que propone que el sistema socioeconómico los emule. Como bien afirmó el biólogo alemán Frederic Vester, citado por Pérez (2012): “la naturaleza es la única empresa que nunca ha quebrado en 4.000 millones de años”.¹²

11. A. R., “Ecología y simbiosis industrial: Nuevos conceptos que agregan valor al relacionamiento productivo”. *Revista V.P.E.I.* 2008. [Consultado el: 23/3/2018] Disponible en: <https://www.revistavirtualpro.com/revista/ecologia-industrial/4>.

12. M. P., “Biomímesis: cómo la naturaleza soluciona nuestros problemas” *Fundación Melior.* 2012. [Consultado el: 7/3/2018] Disponible en: <http://www.fundacionmelior.org/content/tema/biomimesis-como-la-naturaleza-soluciona-nuestros-problemas>.

6. Economía azul (*Blue Economy*): impulsada por Gunter Pauli,¹³ consideró que la denominada *economía verde* solo era para ricos y poco sostenible, a diferencia de la economía azul que se inspira en la Tierra. Presenta puntos de contacto evidentes con los postulados del *cradle to cradle* y los fundamentos de la Biomímesis. Se trata de un *concepto holístico e innovador en el planteamiento empresarial*, que emula los ecosistemas naturales para ser eficientes en la producción de bienes y servicios, con responsabilidad compartida y respeto para las generaciones futuras. En 1994 Pauli puso en marcha ZERI (siglas en inglés de *Zero Emissions Research and Initiatives*, en español: Iniciativa e Investigación de Emisiones Cero), una red global para extender sus ideas. Desde entonces, ha creado 50.000 empleos y más de 1.500 empresas, con proyectos como el cultivo de hongos comestibles de alta calidad con desechos de café, detergentes biodegradables con restos de cáscaras de naranja o la transformación de gasolineras en estaciones de recarga para vehículos eléctricos.¹⁴

7. Capitalismo natural (*Natural Capitalism*): el capitalismo es el uso productivo y la reinversión del capital; sin embargo, el capital comprende no solo dinero y bienes, sino también gente y naturaleza, que son aún más valiosas. Lovins profetiza que el capitalismo natural subsumirá al capitalismo industrial como el capitalismo industrial subsumió al agrarismo. El capitalismo natural es una propuesta de desarrollo empresarial y social impulsada por el Rocky Mountain Institute (RMI) de Estados Unidos y elaborada por los expertos Paul Hawken y Amory Lovins. Su tesis básica es que hay que pasar de la economía del consumo a la de los servicios y reinvertir los beneficios obtenidos en garantizar la conservación de los recursos naturales. Las propuestas básicas para avanzar hacia un nuevo desarrollo minimizando el daño a los ecosistemas son: aumentar la productividad natural de los recursos reduciendo

13. Este empresario y economista belga, anteriormente director ejecutivo de Ecover (una empresa ecológica pionera considerada modelo mundial) fue defensor durante 35 años de la *economía verde*. Se autodenomina el “Che” Guevara de la sustentabilidad.

14. Este pensamiento se encuentra resumido en: “Bienvenidos a la economía azul”. *Ecointeligencia*. 2012. [Consultado el: 15/12/2017] Disponible en: <https://www.ecointeligencia.com/2012/05/economia-azul-gunter-pauli/>.

los desperdicios y el flujo destructivo de recursos; cambiar hacia modelos de producción inspirados en la naturaleza; avanzar hacia un modelo de negocio basado en las soluciones y no en los productos, impulsar un nuevo modelo socioeconómico que se sustente en el flujo de servicios y reinvertir en capital natural, el negocio debe reponer, sostener, y expandir los ecosistemas del planeta.¹⁵

B. Principios de la economía circular

En su prefacio a *Nuestro Futuro Común*, Gro Brundtland afirmaba que la exigencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la creación de una “Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” significaba una clara demostración, por parte de la comunidad internacional, del sentimiento generalizado de frustración ante la ineficacia de responder a los temas centrales y decisivos mundiales. Han transcurrido tres décadas y este sentimiento de frustración expresado por la doctora Brundtland no ha mermado, es más, se ha agudizado. Este documento se convirtió en el referente del concepto de desarrollo sostenible, limitándolo a la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras. Para ello, el crecimiento no es suficiente, hay que mejorar la organización social y garantizar una distribución más equitativa de las rentas. La forma de concebir y percibir dicho concepto ha cambiado mucho a lo largo de los años, generando dos interpretaciones predominantes: la teoría de las tres sostenibilidades (la más difundida) que lo considera un concepto integral abarcando, valga la redundancia, tres sostenibilidades (social, económica y ambiental) y la teoría de la desmaterialización del crecimiento o desacoplar el crecimiento de la base física, la que descansa, en buena medida, sobre la tecnología, en el desarrollo tecnológico como factor desmaterializador y una corriente emergente muy crítica de las anteriores: la del decrecimiento sostenible (a la cual nos referiremos más adelante). Resulta importante señalar que, en la Cumbre para el Desarrollo Sostenible, celebrada en Nueva York, en

15. A. L., H. L., P. H., “La ruta hacia el capitalismo natural” *Harvard Business Review*, Reprint Number 99309. 1999. [Consultado el: 9/4/2018] Disponible en: https://www.terra.org/data/capitalismo_nat.pdf.

2015, se aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, incluyendo un conjunto de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas adoptadas, que guiará las decisiones durante los próximos 15 años, conjugando las tres dimensiones del desarrollo sostenible.

En este escenario y recostándose en la desmaterialización producto de la tecnología, emerge la economía circular como una alternativa, que más que definirse dentro de un esquema cerrado, se puede conceptualizar como una filosofía del diseño *ab initio*, un sistema industrial restaurador o regenerativo inspirado en los seres vivos, que emula los ciclos de la naturaleza, en la que los “desechos” de una especie se convierten en el “alimento” de otra y así sucesivamente, distinguiendo entre ciclos técnicos y biológicos. En esta nueva economía, los recursos se regeneran dentro del ciclo biológico o se recuperan y restauran gracias al ciclo técnico. Los componentes del ciclo biológico (nutrientes biológicos) son biodegradables, por lo que se pueden introducir en la naturaleza, en cambio los del ciclo técnicos (nutrientes técnicos como computadoras, motores, plásticos) son poco aptos para volver de inmediato a la naturaleza, por lo que se diseñan para ser ensamblados y desmontados un gran número de veces, favoreciendo su reutilización una y otra vez retornándolo al sistema productivo. En definitiva, trata de desvincular el desarrollo económico global del consumo de recursos finitos. Presenta una perspectiva ambiciosa, desafiante y más atrevida que la economía verde, puesto que requiere la transformación radical de los medios de producción, de las cadenas de suministro, de la cultura y de los hábitos de consumo a nivel planetario.¹⁶ La Comisión Europea, en el año 2014, en *Comunicación al Parlamento. Hacia una Economía Circular: un programa de residuos cero para Europa*, explica que una economía circular mantiene el valor añadido de los productos, materiales y recursos el mayor tiempo posible y reduce los residuos, reteniendo los recursos en la economía cuando un producto ha llegado al final de su vida para continuar utilizándose una y otra vez creando más valor.¹⁷

16. E. M. A. F., *Hacia una economía circular. Resumen Ejecutivo*. Reino Unido. Ellen MacArthur Foundation, 2017, pp. 5-7.

17. CE. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo. Hacia una Economía Circular: un programa de residuos cero para Europa*. COM/2014/0398/FINAL. Bruselas. Comisión Europea, 2014.

La economía circular se basa en tres principios claves, cada uno de los cuales aborda varios de los retos en términos de recursos y del sistema a los que han de hacer frente las economías industriales.

Principio 1. Preservar y mejorar el capital natural controlando reservas finitas y equilibrando los flujos de recursos renovables: de necesitarse recursos, el sistema circular busca que sean diseñados mediante un ciclo de desensamblado y reutilización y elige, en la medida de lo posible, tecnologías y procesos que utilizan recursos renovables o de mayor rendimiento. En esencia, busca que los productos sean diseñados y optimizados mediante un ciclo de desensamblado y reutilización. En este principio se identifican dos pilares: el ecodiseño y la economía funcional y se añade la reducción del derroche. El diseño ecológico considera el impacto ambiental durante el diseño del producto. El Informe Técnico ISO/TR 14062:2002 (es) “Gestión ambiental - Integración de los aspectos ambientales en el diseño y desarrollo de productos” parte de la base de que todos los productos, es decir, todos los bienes o servicios, tienen algún impacto sobre el ambiente en alguna o en todas las etapas de su ciclo de vida.¹⁸ En julio de 2011 se publicó la norma internacional ISO 14006:2011 “Directrices para la incorporación de ecodiseño”, la primera norma internacional de gestión ambiental que integró aspectos propios del diseño, la evaluación de los impactos en el ambiente de los productos diseñados, y la gestión y tratamiento de dichos impactos dentro de una organización.¹⁹ Una vez que el objeto es producido y diseñado ecológicamente, se pasa al segundo principio que es lograr que su uso dure el mayor tiempo posible.

Principio 2. Optimizar los rendimientos de los recursos distribuyendo productos, componentes y materias con su utilidad máxima en todo momento, tanto en ciclos técnicos como biológicos. Implica diseñar para refabricar, reacondicionar y reciclar –las tres R– para mantener los componentes

18. ISO. *Gestión ambiental - Integración de los aspectos ambientales en el diseño y desarrollo de productos*. ISO/TR 14062:2002(es) 2002. [Consultado el: 21/10/2017] Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:tr:14062:ed-1:v1:es>.

19. ISO. *Sistemas de Gestión ambiental - Directrices para la incorporación del ecodiseño*. ISO 14006:2011(es). 2011. [Consultado el: 21/10/2017] Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:14006:ed-1:v1:es>.

técnicos y materias circulando. Los sistemas circulares utilizan bucles internos más estrechos (mantenimiento en lugar de reciclaje) preservando así más energía implícita. En el caso de los componentes técnicos se diseñan desde su inicio para la reutilización y los productos sujetos a rápidos avances tecnológicos, están diseñados para ser actualizados. El primer paso consiste en la reutilización (recuperar un producto a utilizar sin cambiar su forma o función). Pero puede ser que sea necesaria su reparación, es la renovación o la remanufactura, pero cuando no se puede usar, a veces es posible utilizar parte de este para crear otro objeto, entonces se trata de refabricación, llegando incluso al *up-cycling*, cuando el valor del objeto recién creado es mucho mayor que el valor del objeto original. Por último, se llega al final de la vida útil de un producto y para poder valorizar más todos los materiales que lo constituyen es necesario el reciclaje.²⁰

Principio 3. Promover la eficacia de los sistemas, detectando y eliminando del diseño los factores externos negativos. Incluye reducir los daños al uso humano, tales como los relacionados con los alimentos, la movilidad, la vivienda, la educación, la salud y el ocio. Además, la energía requerida para este ciclo debería ser renovable por naturaleza, para disminuir la dependencia de los recursos y aumentar la capacidad de recuperación del sistema (por ejemplo, frente a una crisis del petróleo).

Al comparar los principios de la economía circular con las escuelas de pensamiento enumeradas *ut supra*, se puede advertir que, por ejemplo, la filosofía *cradle to cradle* es totalmente circular, pero no a la inversa. La economía circular es más abarcativa que *cradle to cradle*, coinciden ambas en los principios de refabricar, reacondicionar y reciclar, pero la economía circular incorpora todos los factores económicos, sociales y se enfoca en el uso del producto y en las relaciones entre los fabricantes, proveedores y consumidores, tomando como pilar fundamental la desmaterialización a través de la tecnología. Tanto la biomímesis como la ecología industrial se centran en la forma de diseñar los productos, que emulen los ecosistemas, uno de los principios de la economía circular. La biomímesis, al imitar las soluciones dadas por la naturaleza, subordina los sistemas económicos y sociales al entorno y no a la inversa, como el sistema económico lineal que subordina

20. B. D. G., “Los siete pilares de la economía circular”. *CEN, M. A.*, 2014, pp.4-5.

la naturaleza a los diseños económicos. Es de destacar que, en la ecología industrial, la diversidad, pensar en sistemas, la proximidad y la cooperación son los pilares para crear una simbiosis industrial basada en los sistemas naturales. Entonces, el análisis de los flujos físicos de los recursos de la economía circular proviene de esta escuela. En cuanto a la economía azul, Pauli considera que la economía circular no es un cambio radical, es necesario un enfoque global del mundo y de todas las personas que lo habitan, los negocios necesitan una ética de la responsabilidad, no hay que salvar la economía sino la ética. En consecuencia, se centra en la ética, en la equidad social, en sostener los ecosistemas y la naturaleza, y relega a segundo plano los intereses económicos. Por su parte, la economía del rendimiento le asigna un rol preponderante al reciclaje, pero la economía circular es más que reciclar, por tanto, es un marco, una noción genérica que recurre a varios enfoques específicos. Por último, el capitalismo natural presenta muchos puntos en común, resaltando la necesidad de reinvertir en capital natural reponer, sostener y expandir los ecosistemas del planeta. La economía circular otorga la misma importancia a las tres dimensiones del desarrollo sostenible: social, económica y ambiental, ninguna prevalece por encima de las otras.

Una economía circular se define a partir de las siguientes características fundamentales:

- a) los residuos se eliminan del diseño (basura = alimento);
- b) la diversidad genera solidez, y la energía necesaria para impulsar la economía circular debe ser de carácter renovable, para reducir la dependencia de los recursos e incrementar la resiliencia de los sistemas;
- c) pensar en sistemas: muchos elementos del mundo real, como empresas, personas o plantas, forman parte de sistemas complejos en los que las distintas partes están fuertemente vinculadas entre sí. En una economía circular, estos vínculos se tienen en cuenta en todo momento;
- d) los precios deben decir la verdad: los precios u otros mecanismos de retroalimentación deben reflejar los costes reales ya que los precios actúan como mensajes, y
- e) reemplazo del concepto de consumidor por el de usuario. La economía circular trae aparejada una nueva relación entre los consumidores y las cosas. Los consumidores acceden a los

productos como usuarios, en lugar de apropiarse de ellos, como propietarios. Por otro lado, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación dan lugar a modelos de uso cooperativo o las redes de colaboración y uso compartido que generan más interacción entre los usuarios, vendedores y productores. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, como las aplicaciones móviles y los sistemas de información geográfica, junto al incremento de las comunidades virtuales son algunos de los avances tecnológicos que apoyan y posibilitan firmemente el surgimiento y el desarrollo de prácticas colaborativas, que desacoplan la posesión de un producto de su uso y suelen implicar la utilización de menos recursos.²¹

El informe *Intelligent Assets: Unlocking the Circular Economy Potential* elaborado por Ellen MacArthur Foundation en colaboración con World Economic Forum, pone el acento en la manera en que las innovaciones pueden ayudar a escalar la economía circular. Específicamente, Internet de las cosas (IoT) juega un papel fundamental en la implantación de la economía circular, ya que los dispositivos inteligentes realizarán un seguimiento en tiempo real de los bienes.²² Al analizar este informe, se puede notar que un pilar fundamental de la economía circular lo constituye la desmaterialización del crecimiento, vale decir desacoplar el crecimiento de la base física, lo que lleva a sus defensores a argumentar que es factible seguir creciendo sin comprometer los recursos naturales, en otras palabras, seguir creciendo y al mismo tiempo disminuir el consumo de recursos y los impactos ambientales.

C. Luces y sombras de la economía circular

La mayor barrera es la dificultad de romper hábitos arraigados de los fabricantes, de la cadena de suministros y de los consumidores y usuarios.

21. PNUMA. *Descubriendo los caminos hacia una economía verde e inclusiva. Resumen Ejecutivo*. Ginebra. PNUMA, 2015, pp.5-7.

22. E. M. A. F. and WEF. *Intelligent Assets: Unlocking the Circular Economy Potential*. Reino Unido. Ellen MacArthur Foundation, 2016, pp.13-15.

Según el informe del grupo de trabajo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente los principales problemas que entraña el desacoplamiento son: explicar cómo el conocimiento de los flujos de recursos mundiales puede integrarse con los retos relacionados; convencer a los decisores políticos (y al público) que los límites físicos reales de los recursos naturales no renovables llaman a la acción; acelerar el desacoplamiento ya iniciado entre el consumo de recursos y la economía; desarrollar señales de mercado adecuadas; promover las ciudades como espacios privilegiados para concretar en la práctica el concepto de desacoplamiento de los modos de producción y consumo, y demostrar que el desacoplamiento es un requisito previo indispensable para reducir los niveles mundiales de desigualdad social.²³

Pero quizás las más importantes y difíciles de rebatir son las basadas en las leyes de la Termodinámica y la denominada “Paradoja de Jevons”. En efecto, afirman sus detractores, que bajo la ilusión de la economía circular parecería que el crecimiento puede continuar de manera ilimitada, pues se estaría reciclando los residuos y convirtiéndolos en nuevos recursos, bajo el slogan *zero waste* (residuo cero). El problema, señalan, es que en este planteamiento hay dos errores fundamentales. El primero es que no tiene en cuenta las leyes básicas de la física, como la Segunda Ley de la Termodinámica, consistente en que todo proceso implica un consumo de energía. Entonces el propio proceso de reciclaje de recursos implica, por un lado, una pérdida de recursos, pues el reciclaje no es posible al 100%, y por otro, un gasto energético en el propio proceso de reciclado.

El segundo error reside en que tampoco reparan en la Paradoja de Jevons, conforme a la cual las mejoras en la eficiencia de uso de un recurso no siempre llevan a un menor uso del recurso, sino que pueden derivar, por el contrario, en un uso mayor.

La paradoja de Jevons, denominada así por su descubridor –William Stanley Jevons–, afirma que a medida que el perfeccionamiento tecnológico aumenta la eficiencia con la que se usa un recurso, lo más probable

23. PNUMA. *Extracto del Informe Desacoplar el uso de los recursos naturales y los impactos ambientales del crecimiento económico*. 2011. [Consultado el: 20/2/2018] Disponible en: <https://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/onu/349-spa-sum.pdf>

es que aumente el consumo de dicho recurso, antes que disminuya. Concretamente implica que la introducción de tecnologías con mayor eficiencia tecnológica puede aumentar el consumo total de energía. A esta contradicción también se la denomina “efecto rebote”.²⁴ Por otra parte, en ámbitos científicos hablan de la “cuadratura del círculo” de la economía circular en cuanto al reciclaje de materiales. El uso de los materiales por año se divide en las siguientes categorías: 12 gigatoneladas (GT) de combustibles fósiles (petróleo, gas, carbón) que en casi su totalidad van para ser quemadas en la producción de electricidad, consumo doméstico, o en el transporte; 19 GT de biomasa, para muchos usos distintos, la alimentación del ganado o directamente la alimentación humana, la producción de pasta de papel, de madera para construcción, y la mayor parte de madera para quemar; 22 GT de materiales de construcción, arenas y gravas para cementos y por último, el cuarto sumando, a nivel mundial, es 4,5 GT de materiales metalíferos, ingresando en la economía en promedio menos de 1 gigatonelada de metales ya concentrados y refinados, algunos de más fácil reciclaje que otros. En consecuencia, varios científicos llegaron a la conclusión de que, en conjunto, lo que se recicla actualmente en el mundo no es más que el 6% de los materiales extraídos, lo que ocasiona un alejamiento de la posibilidad de lograr una economía circular.²⁵

El ex ministro de Ambiente Alimentación y Asuntos Rurales del Reino Unido, Dan Rogerson, recibió muchas críticas al declarar que una economía completamente circular no era ni factible ni deseable porque llegaba un punto en que el costo de tratar de recuperar los materiales con el reciclaje superaría los beneficios de hacerlo, ya sea en términos de uso de energía, de emisiones de dióxido de carbono, otros daños ambientales, y/o dinero. No todos los productos se pueden reutilizar, dismantelar y refabricar sin ningún tipo de generación de residuos y sin requerir el uso de las materias primas vírgenes adicionales. Finalmente, este político hace notar que las recientes propuestas de la Comisión Europea sobre la economía circular apuntan a una tasa de reciclado del 70%, calificándose, con razón, como

24. M. J. R., “Economía Biofísica” *Investigación y Ciencia*, 2012.

25. W. H., F. K., D. W., M. H., “How Circular is the Global Economy? An Assessment of Material Flows, Waste Production, and Recycling in the European Union and the World in 2005” *J.I. E.*, 2015

“ambiciosas”. Evidentemente, concluye que, de acá a 2030, la Comisión no cree que sea posible reciclar todos los residuos.²⁶

Para muchos economistas resulta imposible pensar en un desarrollo económico basado en el continuo aumento en la producción de bienes que también esté en armonía con la sostenibilidad del ambiente, lo que dio origen a la “teoría del decrecimiento”. En ella confluyen dos áreas principales: la primera, la bioeconomía, parte del análisis de los factores termodinámicos y biológicos del proceso económico, desarrollado originalmente por el matemático y economista rumano Nicholas Georgescu-Roegen en la década de 1970, quien, entre otras cosas, distinguió entre alta entropía (energía no disponible para la humanidad) y baja entropía (energía disponible), haciendo hincapié en los límites que las leyes de la naturaleza le imponen al crecimiento económico y situando a la economía como un subsistema de la biosfera. Y la segunda área parte de la falta de las políticas de desarrollo en el Sur, con el apoyo en los últimos años principalmente de Serge Latouche. Los teóricos del decrecimiento no admiten ningún intento de conciliar el crecimiento y la protección del ambiente, y critican sobre todo el término desarrollo sostenible ya que consideran que es un concepto vacío que encierra una contradicción porque la empresa moderna ya no es sostenible. Para este autor, el decrecimiento no es un concepto, es un simple eslogan mediático creado para escandalizar, para crear impacto ya que nadie hace nada para intentar resolver la problemática, los políticos hablan de reducir los niveles de contaminación, pero luego dictan leyes que permiten el uso indiscriminado de pesticidas, deforestaciones, o generan la guerra del petróleo. En su libro *La apuesta por el Decrecimiento*, explica que dicha teoría es un proyecto político consistente en la construcción, tanto en el Norte como en el Sur, de sociedades convivenciales autónomas y ahorrativas. El cambio radical proviene de lo que denomina los pilares del decrecimiento o el modelo de las “8 R”: reevaluar: significa sustituir los valores globales, individualistas y consumistas por valores locales, de cooperación y humanistas; reconceptualizar: parte de la base de que la economía considera la naturaleza como una mercancía y se debe realizar un cambio de valores, la naturaleza por encima de la economía presentando una visión biocéntrica, a

26. R. H., “¿Es la economía circular alcanzable o deseable?” *Economía circular y minería urbana*. 2014. [Consultado el: 30/3/2018] Disponible en: <https://mineriaurbana.org/2014/08/12/es-la-economia-circular-alcanzable-o-deseable/>.

diferencia de las visiones antropocéntricas que someten la naturaleza a los diseños de la economía; reestructurar: es necesario adaptar el aparato de producción y las relaciones sociales en función de la nueva escala de valores: menos no es peor, menos es más; relocalizar: equivale a producir localmente, fomentar las economías regionales; redistribuir: tiene un doble efecto positivo, por un lado, de forma directa, reduciendo el poder de la clase consumidora mundial (el Norte tiene una deuda con el Sur), y por otro, de manera indirecta, disminuyendo el consumo desmedido; reducir: disminuir el impacto en la biosfera de la manera de producir y consumir, las horas de trabajo, el consumo sanitario y el turismo de masas, y reutilizar y reciclar: alargar el tiempo de vida de los productos para evitar el consumo y el despilfarro.²⁷ Es importante destacar el cambio de cosmovisión presente en esta teoría, de la antropocéntrica predominante en la actualidad, a la biocéntrica. Sin embargo, el término decrecimiento no es fácilmente aceptado, surgen críticas por sus connotaciones negativas, por ejemplo, ocasionaría un gran desempleo y porque parece contradictorio que ahora se plantee decrecer también a los países en los que la mayoría de la población no ha llegado a conocer ni los mínimos derechos básicos, tales como alimentación, agua potable, vivienda digna y que los habitantes de los países desarrollados del Norte (y las elites privilegiadas del Sur) no tengan derecho para exigir a los países del Sur que decrezcan.²⁸

Pero volviendo a la economía circular y frente a las críticas detalladas anteriormente, también se escuchan voces en su defensa ya que estiman que este tipo de economía redundaría en beneficios ambientales, sociales y económicos. En cuanto a los ambientales, señalan que los recursos naturales (energía, agua y materias primas) se utilizan repetidamente, conservándose dentro de la economía local el mayor tiempo posible y reduciéndose la extracción de materias primas. La mayor productividad del suelo, la reducción de residuos en la cadena de valor de la alimentación y la vuelta de los nutrientes al suelo incrementará el valor de la tierra y del suelo como activos, a la vez que reduciría la necesidad de reposición con nutrientes adicionales. En lo referido a los beneficios económicos, la transición hacia una economía circular generará grandes oportunidades para empresas innovadoras y otorgará una

27. S. L. *La Apuesta por el decrecimiento: ¿Cómo salir del imaginario dominante?* Barcelona. Icaria Editorial, 2008.

28. P. G. A., "El decrecimiento, camino hacia la sostenibilidad". *El Ecologista*, 2007.

ventaja competitiva a quienes sean capaces de anticiparse a la demanda en los mercados de servicios de ingeniería y ecología industrial.²⁹ La alianza entre la economía circular y la tecnología es capaz de cambiar drásticamente la industria en pocos años, acelerando la transición desde un modelo lineal de producción masiva y obsolescencia programada, a uno cerrado, circular, bajo demanda (*on-demand*) que produce solo lo imprescindible, justo donde y cuando se necesita. Las consecuencias para los países son enormes, puesto que se volvería a regionalizar sectores industriales enteros, reduciendo la vulnerabilidad de las actuales –e inestables– cadenas de suministro, creando empleo local y asegurando ciclos de producción y consumo más eficientes.³⁰ Y entre los beneficios sociales se destacan el valor del trabajo, el capital y la tecnología invertida. La capacidad de generación de empleo de la economía circular está por encima de la que ofrece una gestión de residuos basada en el vertido, la incineración e incluso el reciclaje.

Si bien, en la actualidad, una economía totalmente circular todavía no es alcanzable, esto no significa que no se pueda avanzar en las áreas en las cuales se pueda reutilizar y reciclar. Justamente, todas estas diferentes líneas de pensamiento coinciden en la necesidad de modificar el sistema de producción actual, concibiendo los productos para refabricar, reacondicionar, reciclar y desvincular la economía de los combustibles fósiles, altamente contaminantes, utilizando, en su lugar las energías renovables.

IV. Análisis de la economía circular en las diferentes legislaciones

A. Normativa comunitaria: Unión Europea.

A fines de 2015 la Comisión Europea adoptó un ambicioso paquete de propuestas para convertir su economía regional en una más circular y

29. C. M. C., “Más allá del reciclaje, avanzar hacia la producción limpia, el ecodiseño y los biomateriales”. *Daphnia*. 2016. [Consultado el: 10/4/2018] Disponible en: <http://www.daphnia.es/revista/64/articulo/1258/Mas-alla-del-reciclaje-avanzar-hacia-la-produccion-limpia-el-ecodisenyo-y-los-biomateriales>.

30. N. C., “Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la economía circular”. *Revisita Ambienta*, 2016.

ayudar a las empresas y a los consumidores europeos en la transición hacia una economía más sólida y circular. La aproximación hacia una economía circular constituyó el núcleo del Programa de Eficiencia en el Empleo de los Recursos, establecido en el marco de la Estrategia Europa 2020, para garantizar que el crecimiento económico sea menos dependiente del uso de los recursos y proteja al ambiente. Entre las medidas más relevantes destacadas por el Comunicado de prensa emitido por la Comisión Cerrar el Círculo, figuran:

- La financiación de más de 650 millones de euros con cargo a Horizonte 2020 y de 5.500 millones de euros con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos;
- la adopción de medidas para reducir el despilfarro de alimentos; una indicación de fechas mejorada y herramientas que permitan alcanzar la meta 12.3 del objetivo 12 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (reducir a la mitad el desperdicio de alimentos a más tardar en 2030);
- la elaboración de normas de calidad para las materias primas secundarias;
- la adopción de medidas en el Plan de Trabajo sobre Diseño Ecológico para 2015-2017 tendientes a promover la reparabilidad, durabilidad y reciclabilidad de los productos y la eficiencia energética;
- una revisión del Reglamento sobre abonos y reforzar el papel de los bio-nutrientes;
- una estrategia para el plástico, su reciclabilidad, biodegradabilidad, la presencia de sustancias peligrosas y dé cumplimiento al objetivo 14 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (reducir significativamente los desechos marinos);
- una serie de acciones sobre la reutilización del agua, y
- una propuesta legislativa para reformar la Directiva Marco de Residuos, la de Envases, la de Vertederos y, en menor medida, otras Directivas de Residuos.

Entre los elementos clave de esta propuesta sobre residuos revisada figuran los siguientes objetivos comunes a 2030: reciclar el 65% de los residuos municipales y el 75% de los residuos de envases, reducir la eliminación a un máximo del 10% de todos los residuos en vertedero, promover la reutilización y la simbiosis industrial, convirtiendo los subproductos de una industria de materias primas de otra y apoyar a los regímenes de recuperación y reciclado.

Todas estas medidas permitirán crear 580.000 nuevos puestos de trabajo y podrían aportar a las empresas un ahorro neto de 600 mil millones de euros reduciendo al mismo tiempo las emisiones anuales totales de gases de efecto invernadero entre un 2 al 4%. En los sectores de la reutilización, la fabricación y la reparación, por ejemplo, el coste de la remanufactura de teléfonos móviles podría reducirse a la mitad si fueran más fáciles de desmontar.³¹

Sin embargo, no todos son elogios, la organización ecologista Amigos de la Tierra valora esta nueva propuesta como poco ambiciosa denotando la falta de compromiso por avanzar hacia una verdadera economía circular ya que los porcentajes de reciclaje y reutilización se han visto reducidos del 70 al 65% y se ha eliminado el porcentaje del 30% de reducción de desperdicio alimentario.³²

En el comunicado del 2 de diciembre de 2015 dirigido al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, la Comisión destacó que este Plan de Acción contribuirá a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible antes de 2030, fundamentalmente para el objetivo 12 (garantizar modelos sostenibles de consumo y producción) y la Alianza del G-7 sobre la eficiencia de los recursos. Posteriormente, analizó que un mejor diseño puede hacer que los productos sean más duraderos o más fáciles de reparar, actualizar o reelaborar, destacando que se apoyarán cuestiones tales como la reparabilidad, la durabilidad, la posibilidad de actualización, la reciclabilidad de materiales o sustancias y se combatirá la obsolescencia programada.

Además, se comprometió a proponer:

- medidas de ejecución del diseño ecológico revisadas (a partir de 2016);
- la normalización sobre eficiencia de los materiales dentro del diseño ecológico que faciliten la reparación (a más tardar en 2019);

31. CE. *Comunicado de prensa. Cerrar el círculo: la Comisión adopta un ambicioso paquete de nuevas medidas sobre la economía circular para impulsar la competitividad, crear empleo y generar crecimiento sostenible*. IP/15/6203. Bruselas. Comisión Europea, 2015

32. L. M., “Europa da carpetazo a la economía de ‘usar y tirar’ y apuesta por la economía circular”. *Compromiso Empresarial*. 2016. [Consultado el: 25/20/2017] Disponible en <http://www.compromisoempresarial.com/rsc/2016/01/europa-da-carpetazo-a-la-economia-de-usar-y-tirar-y-apuesta-por-la-economia-circular/>.

- un programa de ensayos independiente en el marco de Horizonte 2020 para detectar la obsolescencia programada;
- requisitos para desmontar, reutilizar y reciclar las pantallas electrónicas;
- la diferenciación de las contribuciones financieras abonadas por los productores en el régimen de responsabilidad ampliada del productor;
- medidas sobre la contratación pública ecológica (CPE);
- orientaciones sobre mejores prácticas en la gestión de los residuos y la eficiencia en el uso de los recursos en los sectores industriales en los documentos de referencia sobre las mejores técnicas disponibles (BREF);
- orientaciones y mejores prácticas en relación con los residuos mineros;
- elaboración de las normas de calidad aplicables a las materias primas secundarias donde sean necesarias (en particular, respecto de los plásticos);
- medidas para facilitar el transporte legal de residuos entre los Estados miembros y reducir el número de traslados ilegales;
- revisar la normativa europea relativa a los abonos para facilitar el reconocimiento de los abonos orgánicos y basados en los residuos;
- medidas para facilitar la reutilización del agua;
- una iniciativa sobre producción de energía a partir de residuos en el marco de la Unión de la Energía, cuando estos no se puedan evitar ni reciclar;
- medidas para clarificar la legislación europea relativa a los alimentos y los piensos a fin de facilitar la redistribución de alimentos comestibles y seguros a las personas necesitadas y, cuando resulte segura, la utilización de antiguos alimentos como recurso para la alimentación animal;
- directrices relativas a la donación y bancos de alimentos;
- medidas para la recuperación de materias primas críticas;
- un reglamento revisado sobre fertilizantes;
- adoptar una estrategia sobre el plástico, la reciclabilidad, biodegradabilidad, la presencia de sustancias peligrosas en estos y los desechos marinos;
- un objetivo más ambicioso para el reciclado de envases de plástico en la propuesta legislativa revisada sobre los residuos, y
- un marco de seguimiento simple y eficaz para la economía circular en estrecha cooperación con la Agencia Europea de Medio Ambiente.³³

33. CE. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cerrar el círculo: un plan de*

Un año después de la adopción de su paquete de medidas sobre la economía circular, la Comisión presentó en enero de 2017 un Reporte de Implementación y un Anexo de Resumen de Acciones, que marcan los progresos logrados hasta el momento, así como, las nuevas iniciativas que serán lanzadas en el corto plazo para avanzar hacia un modelo circular. En el Reporte se puede desatacar: la adopción del *Ecodesign Working Plan 2016* como parte del *Clean Energy for All Europeans Package* que, entre otras cosas, se centra en la eficiencia de recursos más allá del ahorro energético, introduciendo nuevos criterios como la durabilidad, reparabilidad y reciclaje; las medidas existentes en ecodiseño y ecoetiquetas, sobre todo en dispositivos electrónicos y una Guía para la Transición hacia una Economía Circular en referencia a las Mejores Técnicas Disponibles (MTD) para varios sectores industriales. Dentro de los residuos y materias primas secundarias, el desperdicio alimentario representa una de las grandes prioridades de la Comisión. Por ello, se ha puesto en marcha, en 2016, una Plataforma sobre la Prevención del Desperdicio Alimentario y se ha propuesto el dictado de un Reglamento que permita crear un mercado único para aquellos producidos sobre la base de materias primas secundarias. También incluyó una Propuesta de modificación de la Directiva 2011/65/EU sobre restricciones en la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos, las cuales facilitarán las operaciones del mercado de segunda mano (por ejemplo, la reventa) y la reparación de aparatos eléctricos y electrónicos. En cuanto a las acciones de prevención o reciclado de plásticos, la Comisión publicó el Plan de Trabajo para el Desarrollo de una Estrategia Europea sobre plásticos en el contexto de una economía circular. Fundamentalmente consiste en desvincular la producción de plásticos de las materias primas fósiles y reducir las emisiones de Gases de Efecto Invernadero en el ciclo de vida de estos materiales. Junto con este Reporte, la Comisión anunció que lanzará dos nuevas plataformas: la plataforma europea de financiación de economía circular, coordinada por la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversión y la plataforma europea de grupos de interés en economía circular, basada en tres pilares principales: compartir mejores prácticas, intercambio de información entre los principales grupos de interés y diálogo institucional.

acción de la UE para la economía circular. COM (2015) 614 final. Bruselas. Comisión Europea, 2015.

Por otro lado, el programa Horizonte 2020 ha dedicado una de sus convocatorias llamada *Industry 2020 in the Circular Economy* a la financiación de proyectos innovadores de economía circular y, para el 2018, se comprometió a seguir cumpliendo lo previsto en el plan de acción, entre otras acciones, presentando una estrategia sobre los plásticos, un marco de seguimiento para la economía circular y una propuesta dirigida a fomentar la reutilización del agua.³⁴

Conjuntamente, la Comisión presentó una nueva Comunicación sobre la transformación de los residuos en energía y su lugar en la economía circular, más allá de la incineración de residuos. A este respecto, el Comité Económico y Social Europeo emitió un Dictamen sobre el contenido de la Comunicación de la Comisión al Parlamento titulada “*El papel de la transformación de los residuos en energía*”. Tanto la Comunicación de la Comisión como el texto del Comité destacan la importancia que tiene la transformación de residuos en energía, pero muchas veces es obstaculizada por las continuas subvenciones injustificadas a los combustibles fósiles y la incineración de los residuos. En este tema en concreto, puntualiza la necesidad de desarrollar políticas de disuasión e incentivación como la introducción de impuestos, la eliminación progresiva de los regímenes de ayuda o una moratoria sobre las nuevas instalaciones y el desmantelamiento de las antiguas.³⁵

Por su parte, el Comité Europeo de las Regiones el 30 de noviembre de 2017 ha adoptado el Dictamen *The role of waste-to-energy in the circular economy* recordando que la jerarquía de residuos debe ser el principio rector en la gestión de los residuos. En la cima de la jerarquía está la prevención de residuos, seguida por la reutilización de productos, el reciclaje, la valorización energética y el vertido como el escenario menos óptimo. Dicho Comité recomienda a los Estados con poca o ninguna capacidad de incineración, no desarrollar la recuperación de energía a menos que sea bajo una

34. CE. *Comunicado de prensa Residuos plásticos: una estrategia europea para proteger el planeta, defender a los ciudadanos y capacitar a las industrias*. IP/18/5/ES. Estrasburgo. Comisión Europea, 2017

35. CESE. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “El papel de la transformación de los residuos en energía”* COM (2017) 34 final, Diario Oficial de la Unión Europea, Unión Europea, 13 de octubre de 2017.

planificación muy cuidadosa, priorizando, en su lugar, la recolección selectiva y reciclaje.³⁶

También en el año 2017, la organización *Zero Waste Europe* publicó un nuevo informe intitulado *Deliver or pay, or how waste incineration causes recycling to slow down*, en el que advierte contra la prohibición del vertido y aboga por el uso de instrumentos más efectivos para reducir los residuos y avanzar hacia una economía circular. Afirma que en la mayoría de los territorios que han prohibido el uso de vertederos se multiplicaron las plantas de producción de energía a partir de residuos, pero en los siete países europeos donde se ha establecido la prohibición del vertido, el resultado ha sido que se desvíen más residuos hacia la incineración que hacia el reciclaje, como es el caso de Países Bajos y Alemania. Por consiguiente, concluye que una política de vertido cero que no mira hacia la reutilización y la reducción de residuos, permite a los países continuar con una economía lineal, aumentando la generación de residuos.³⁷

El 16 de enero de 2018, la Comisión Europea aprobó la primera estrategia sobre los plásticos denominada “Residuos plásticos: una estrategia europea para proteger el planeta, defender a los ciudadanos y capacitar a las industrias”, como parte de la transición hacia una economía más circular en la Unión y a nivel nacional. Dispone que todos los envases de plástico del mercado serán reciclables para 2030, el consumo de plásticos de un solo uso se reducirá y se restringirá el uso intencional de microplásticos. Esta estrategia transformará la forma en que se diseñan, producen, utilizan y reciclan los productos en la Unión. Consiste en un marco de seguimiento, compuesto por un conjunto de diez indicadores clave, haciendo que el reciclaje sea rentable, frene los residuos plásticos, termine con la basura marina y fomente la inversión y la innovación. Como próximos pasos se prevé, para el 2018, una nueva directiva sobre instalaciones portuarias de recogida y una propuesta sobre los plásticos de un solo uso y, para el 2019, la revisión de la Directiva

36. CE. *Dictamen El papel de la transformación de los residuos en energía en la economía circular*. 30 de noviembre-1 de diciembre de 2017.

37. S. M., “*Deliver or pay*”, or how waste incineration causes recycling to slow down”. *Zero Wasted Europe*. 2017. [Consultado el: 25/3/2018] Disponible en: <https://zerowasteurope.eu/2017/10/deliver-pay-waste-incineration-causes-recycling-slow/>.

relativa a los envases y residuos de envases, y sobre la recogida separada y la clasificación de residuos.³⁸

A nivel de las ciudades de los Estados miembros de la Unión, en septiembre del año 2015, el Ayuntamiento de París realizó una petición denominada *Call of cities for circular economy* para promover la economía circular entre las entidades locales.³⁹ Los municipios de Ámsterdam, Bruselas, Copenhague, Lisboa, Londres, Milán y Roma ya la firmaron y se comprometieron a reducir los impactos ambientales y a desarrollar políticas a favor de la economía circular mediante acciones tendientes al vertido cero, el reciclaje (especialmente de biorresiduos), la reducción de los desechos (especialmente de alimentos), el ecodiseño, preparación para la reutilización y el reciclaje (Ayuntamiento de París, 2016). Siguiendo este modelo, el 15 de marzo de 2017, diferentes localidades firmaron la “Declaración de Sevilla: el compromiso de las ciudades por la Economía Circular” que, con el objetivo de establecer un modelo de desarrollo sostenible, inclusivo y resiliente, propone reducir el consumo de los recursos naturales e impulsar el reciclaje y la reutilización.⁴⁰ Además de Sevilla, han mostrado su apoyo municipios tales como Córdoba, Granada, Jaén, Vigo, Toledo, Tarragona, Logroño, Badajoz, Coslada, Fuenlabrada, Bustarviejo, Gavá o Granollers. Liderando este cambio se identifica a la ciudad inglesa de Peterborough, al norte de Londres, que ha puesto en marcha una ambiciosa e innovadora estrategia de economía circular. Plantea siete pasos *para cerrar el círculo (las 7 R)*: repensar la manera en la que se gastan recursos, rediseñar los productos para que puedan desmontarse, reutilizar los artículos (*economía colaborativa*), reparar (la obsolescencia programada es uno de los grandes

38. CE. *Comunicado de prensa Economía circular: La Comisión cumple sus promesas, ofrece orientaciones sobre la valorización energética a partir de residuos y trabaja con el BEI para impulsar la inversión*. IP/17/104. Bruselas. Comisión Europea, 2018.

39. Francia. A. P. “Call of cities for circular economy”. París. 2015. [Consultado el: 8/11/2017] Disponible en: http://www.acrplus.org/images/news/20150915-EtatsGeneraux-call_of_cities_for_circular_economy.pdf.

40. Para más información véase: Jornada de Economía Circular: Declaración de Sevilla: El Compromiso de las Ciudades por la Economía Circular. Sevilla, 15 de marzo de 2017. [Consultado el: 3/3/2018] Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/58a3606bb8a79bb8ae7d7847/t/58cbb35e3e00be7918doadcd/1489744740550/DeclaracionC3%B3n+de+Sevilla+DEF+maquetada.pdf>.

enemigos de la economía circular), remanufacturar, reciclar y recuperar. Y espera convertirse en la primera ciudad 100% circular del Reino Unido⁴¹ (Fresneda, 2017).

B. Normativa nacional

1. España

La Fundación COTEC, en colaboración con la Cátedra UNESCO de Sostenibilidad de la Universidad Politécnica de Catalunya, la Asociación Internacional Reciclar Ciudad y la Asociación para la Sostenibilidad y el Progreso de las Sociedades publicó, el 10 de febrero de 2017, el **primer informe sobre economía circular en España**. Resalta que dicho país centra la mayoría de los esfuerzos en un aspecto de la economía circular, en la política de residuos, tal como es el Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos (PEMAR) 2016-2022 que tiene como objetivo final el uso eficiente de los recursos, lo cual se ve reflejado en la aplicación del principio de jerarquía de residuos establecido en la normativa comunitaria. También destaca la Estrategia española de Bioeconomía Horizonte 2030, la que incorpora como sectores objeto de atención al agroalimentario, el de los bioproductos industriales, el de la bioenergía obtenida de la biomasa o el de los servicios asociados a los entornos rurales. Sin embargo, aún quedan por desarrollar programas o acciones para reducir el desperdicio de alimentos, quizás en espera del desarrollo de normativa y metodología común de la Unión al respecto.⁴²

En línea con el impulso europeo hacia la economía circular, los Ministerios de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, y de Economía, Industria y Competitividad, por un lado, y el comisario europeo de Medio Ambiente, por el otro, firmaron, el 18 de septiembre de 2017, el “Pacto por una economía circular: El compromiso de los agentes económicos y sociales 2018-2020”, que busca impulsar la transición hacia una economía

41. C. F., “Las siete ‘R’ de la ciudad circular”. *El Mundo*. España. 2017. [Consultado el: 15/12/2017] Disponible en: <http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2017/07/31/597e21d3268e3eea578b457b.html>.

42. F. C. Situación y Evolución de la Economía Circular en España. Madrid. Fundación Cotec, 2017, pp.46-48.

circular, baja en emisiones. En el acto de firma del pacto, la ministra de agricultura explicó que el Gobierno prepara una estrategia para la economía circular orientada con el Paquete de Acción de Economía Circular que presentó la Unión Europea (explicada *ut supra*) que se abrirá a la participación pública y espera pueda implantarse en 2018. De esta manera, tanto España como la Unión se comprometieron a impulsar la transición a una economía circular mediante un conjunto de acciones concretas, tales como: reducir el uso de los recursos naturales no renovables, reutilizando los residuos como materias primas secundarias; impulsar el análisis del ciclo de vida de los productos y la incorporación de criterios de ecodiseño; la aplicación efectiva del principio de jerarquía de los residuos; incrementar las formas innovadoras de consumo sostenible y los servicios digitales; promover el uso de la ecoetiqueta y difundir la importancia de avanzar desde la economía lineal hacia una economía circular.⁴³ Una de ellas es la reciente creación, por el Real Decreto 6/2018, vigente desde el 23 de enero de 2018, de la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública dependiente del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. En sus fundamentos destaca la finalización del Plan de Contratación Pública Verde, hace referencia a la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las empresas y a la consideración de la Huella de Carbono en la contratación pública. En el artículo 2 (fines) señala que tiene como finalidad garantizar la coordinación de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos en la incorporación y el uso de criterios ecológicos en la contratación pública y sus funciones se encuentran detalladas en el artículo 4 (funciones). Actualmente, se encuentra pendiente de entrada en vigor la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.⁴⁴

43. Para más información: España. MAPAMA. “Pacto por una economía circular: El compromiso de los agentes económicos y sociales 2018-2020” *Mapama*, 2017. [Consultado el: 8/4/2018] Disponible en: <http://www.mapama.gob.es/directo/PactoEconomiaCircular.pdf>.

44. Para profundizar en el tema, véase: España. MPAT. *Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública*. Boletín Oficial del Estado, N° 19, sec. 1, 22 de enero de 2018.

En cuanto a las comunidades autónomas españolas, si bien todas presentan planes y programas de residuos, únicamente encontramos en el País Vasco o Euskadi, Cataluña y recientemente en Castilla-La Mancha y en Extremadura, una estrategia propiamente dicha en materia de Economía Circular. De igual forma, es importante citar la Ley Andaluza de Bioeconomía, que trata uno de los principales aspectos descritos en el paquete de Economía Circular de la Unión.

a) Castilla-La Mancha

Los incendios en el vertedero ilegal de neumáticos de Seseña (Toledo) y en la planta de reciclaje industrial de Chiloeches (Guadalajara) marcaron un punto de inflexión en la política de gestión de residuos del Gobierno de Castilla-La Mancha, dando lugar a la redacción de una nueva Ley de Economía Circular cuyo borrador está prácticamente terminado y a la espera de aportes cuando pase a información pública. Con ello, la comunidad autónoma se convertirá en pionera de este tipo de economía en el Estado español, siendo la primera comunidad que aborda su regulación con rango de ley. La nueva ley pretende así incluir los principios de la economía circular en el sistema productivo de la región y dar soluciones a problemas como la gestión de los recursos naturales (agua, suelo, servicios ecosistémicos, diversidad biológica o energía), el proceso de producción, el consumo y la gestión de residuos. Este último punto es uno de los más importantes porque en el este se introduce el mercado de materias primas, plásticos, residuos de alimentos, residuos de construcción y demolición, biomasa y biomateriales. En la nueva normativa se establecen multas, fianzas o “fiscalidad ambiental”, que se aplicarán a empresas y a particulares contaminantes, pudiendo recaudar hasta 15 millones de euros, que serán una “tasa verde” para realizar políticas ambientales. Además, al hilo de esta normativa, el Gobierno castellano-mancheño quiere minimizar los riesgos para la salud humana y el ambiente, impulsar la competitividad y el crecimiento económico, crear empleo, favorecer el desarrollo sostenible, y servir para la lucha contra el cambio climático, la promoción de la economía hipocarbónica (baja en carbono) reduciendo con ello las emisiones de dióxido de carbono y su concentración en la atmósfera. Precisamente, también prepara un programa de promoción para el desarrollo de una economía rural hipocarbónica, que forma parte de las medidas establecidas en el Plan de Desarrollo

Rural 2014-2020 y en la Estrategia Regional frente al Cambio Climático. En cuanto a residuos, la Ley de Economía Circular busca la convergencia hacia el “mínimo vertido”, eliminando progresivamente el depósito controlado de residuos.⁴⁵

b) Castilla y León

El 18 de enero de 2018, la Junta de Castilla y León aprobó la Estrategia de Eficiencia Energética Castilla y León 2020, en cumplimiento con los objetivos fijados en la Agenda 2030 y en la Estrategia Europea 2020. La misma se propone superar el objetivo fijado por la Unión Europea del incremento del 20% de la eficiencia energética, lo que representará en 2020, cifrar el ahorro energético, respecto a 1990, en el 32,45%, lo que en valor absoluto implicará un ahorro energético acumulado entre los años 2016 y 2020 de 757.300 tep en energía final.⁴⁶ El cumplimiento de este ambicioso objetivo implicará reducir las emisiones de dióxido de carbono en un 30,24% respecto del año 1990, lo que en valor absoluto significará dejar de emitir, respecto a 2007, 2.522.400 toneladas de dióxido de carbono, superando en 10,24 puntos porcentuales el objetivo fijado de la Estrategia Europa 2020. La inversión total de esta se estima en 799,1 millones de euros, de los que 547,9 (68,6%) será inversión privada y 251,2 (31,4%) será pública y se identifican 7 sectores estratégicos: industrial, edificación, transportes, servicios públicos, administración autonómica, I+D+i en eficiencia energética y formación, comunicación y difusión.⁴⁷

45. A. A. P., “Castilla-La Mancha tomará la delantera con la primera Ley de Economía Circular de España”. *eldiario.es* Castilla-La Mancha. 2017. [Consultado el: 20/3/2018] Disponible en: http://www.eldiario.es/clm/Castilla-La-Mancha-Economia-Circular-Espana_0_703429894.html.

46. La tonelada equivalente de petróleo (tep, en inglés toe) es una unidad de energía, equivale a la energía que rinde una tonelada de petróleo y es una de las unidades grandes de energía que sirve también de parámetro de los niveles de emisión de dióxido de carbono a la atmósfera que se generan al quemar diversos combustibles, como carbón, plástico, es decir que el petróleo se considera como patrón de medida, como la unidad. Un tep = 11.678,8 Kwh.

47. C. C. L. ACUERDO 2/2018, de 18 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba la Estrategia de Eficiencia Energética de Castilla y León 2020. Boletín Oficial de Castilla y León, N° 16, 23 de enero de 2018.

c) Cataluña

La Estrategia de Impulso a la Economía Verde y a la Economía Circular aprobada por el ACUERDO GOV/73/2015, del 26 de mayo de 2015, en Cataluña, promueve la sostenibilidad como eje estratégico para alcanzar la recuperación económica, mejorar la competitividad, crear empleo y reducir los riesgos ambientales, respondiendo a los diferentes mandatos y recomendaciones internacionales que impulsan un modelo de economía verde y circular. Esta estrategia es una herramienta que contextualiza el concepto de economía verde y circular en Cataluña y, a la vez, se convierte en una hoja de ruta de carácter estratégico para impulsar este modelo económico en España. Entre sus objetivos se destacan: alinear la estrategia del Gobierno en materia de competitividad de acuerdo con las líneas de crecimiento inteligente, sostenible e integrador que postula la Unión, comunicar los esfuerzos que en materia de economía verde y circular está desarrollando el Gobierno local e incrementar la capacidad de transformación hacia una economía verde y circular. En cuanto a los ámbitos claves que impulsa la normativa, se identifican: la generación de demanda y creación de mercados, mejorar el acceso a la financiación, promover la innovación y el desarrollo, impulsar la internacionalización y fomentar el empleo.⁴⁸

d) País Vasco o Euskadi

Euskadi cuenta con una importante gama de instrumentos que facilitan la transición hacia la economía circular, como la compra y contratación pública verde, la tracción ambiental sobre cadena de suministro a través del *Basque Ecodesign Center*, el desarrollo de estándares técnicos y ambientales, las autorizaciones y licencias ambientales y las inspecciones administrativas. Esta batería de instrumentos apoya a las empresas que se deciden por negocios circulares e incluyen ayudas a proyectos de ecoinnovación y demostración, subvenciones y también deducciones fiscales del impuesto de sociedades por inversión en tecnologías limpias. En este marco, la Sociedad Pública de Gestión Ambiental del País Vasco puso en marcha en 2014, la Iniciativa de “Proyectos Demostración en Economía Circular” en línea con las actuaciones previstas en el “Plan de Prevención y Gestión de Residuos 2020” y en

48. El programa se puede consultar en: G.G. C. *Impuls a l’Economia Verda I a l’Economia Circular*. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya. N° 6881, 28 de mayo de 2015.

el Proyecto clave “Fabricación Verde” del Programa Marco Ambiental 2020, iniciativa que se repitió durante los ejercicios 2015 y 2016. En síntesis, los proyectos seleccionados prevén obtener, en caso de éxito, un potencial de ahorro de materiales de 276.000 toneladas de materiales/año, 38,7 mil millones de euros al año de facturación y la creación de 156 nuevos empleos.⁴⁹

e) Extremadura

La Junta de Extremadura, junto con representantes de agentes sociales y económicos, ha firmado, el 22 de mayo de 2017, un acuerdo para la construcción y puesta en marcha de una Estrategia de Economía Verde y Circular para Extremadura, Extremadura 2030. Este acuerdo se incluye en el Marco Regional de Impulso a la Economía Verde y Circular de Extremadura cuyo objetivo principal consiste en convertir la región en un referente internacional en economía verde y economía circular para el 2030. Partiendo de considerar la economía circular como la base de la economía verde, como su ADN (porque transforma los procesos productivos lineales de la economía industrial en procesos circulares, emulando a la naturaleza), este nuevo modelo supone una oportunidad para Extremadura, la de convertir la debilidad debido a la falta de industrialización en una ventaja en torno a la calidad y cantidad de los recursos naturales de los que dispone. Fundamentalmente señala la importancia del turismo de naturaleza, del valor de la biodiversidad y la riqueza que eso puede generar, de la producción de energías limpias y renovables, de la calidad o de la cantidad de agua de los embalses y ríos. Dentro de este Marco Estratégico se plantean tres niveles de actuación: 4 programas (sobre participación masiva ciudadana, concertación social y acuerdo político, sobre capacitación ciudadana en liderazgos verdes destinados al empleo y al emprendimiento, sobre investigación en economía verde, bioeconomía y economía circular y sobre identificación del potencial de la economía verde y circular en Extremadura) 30 proyectos-guía y más de 300 actuaciones.⁵⁰

49. S. P. G. A. “Iniciativas empresariales de economía circular en el País Vasco. Descripción de 36 proyectos”. Bilbao. Sociedad Pública de Gestión Ambiental, 2017.

50. J. de E. “Marco Regional de Impulso a la Economía Verde y Circular en Extremadura”. Extremadura. 2017. [Consultado el: 3/3/2018] Disponible en: http://extremadura2030.com/wp-content/uploads/2017/03/marco_070617_v.f_sin-anexos.pdf

2. China

En las dos últimas décadas China ha sido uno de los países del mundo con mayor crecimiento económico, así como uno de los más contaminados y el primer país en emisiones de dióxido de carbono. Por tanto, las autoridades ambientales chinas crearon el concepto de economía circular, implementando los principios de “reducción, reutilización y reciclaje” en la producción, distribución y consumo, dentro de tres niveles básicos de acción. En el de la empresa individual, esta debe ser eficiente reduciendo el consumo de recursos y emisiones contaminantes y de residuos, reutilizando los recursos y reciclando los subproductos. En el segundo, el de los parques ecoindustriales e industrias en grupo, es necesario reutilizar y reciclar los recursos, de tal manera que circulen totalmente dentro del sistema de producción local. Finalmente, en el tercer nivel, se deben integrar los sistemas de producción y consumo en las diferentes regiones chinas, pudiendo circular los recursos entre las industrias y los sistemas urbanos. Este nivel requiere el desarrollo municipal o regional de sistemas de recolección, almacenaje, procesado y distribución para cada producto. En todos los niveles se exige producción más limpia, y facilidades públicas para poder realizar el concepto de economía circular. Por todo ello, en enero de 2009 entró en vigor la Ley de Economía Circular, reforzando y ampliando los principios básicos de “reducir, reutilizar y reciclar” ya establecidos en leyes ambientales anteriores, como la Ley de Conservación de Energía, la Ley de Aguas o la Ley de Producción Limpia. Pero esta nueva ley, a diferencia de las anteriores, se centra exclusivamente en estos principios, dotándoles por primera vez de una definición detallada y desarrollándolos uno a uno.

En el Capítulo I (Principios Generales), el artículo 2 define el término de economía circular como la que adopta los principios de reducción, reutilización y reciclaje en los procesos de producción, circulación y consumo. Pone en cabeza del gobierno el desarrollo de esta economía, el mercado y las empresas la llevan a cabo con la participación de la población (artículo 3). Las empresas e instituciones pública deberán reducir el consumo de recursos, de la producción, el vertido de desechos y mejorar la reutilización y reciclaje de estos (artículo 9). El capítulo II (Reglas de Administración Básicas) especifica con mayor detalle los requisitos que deberán contener los planes de desarrollo de esta ley (artículo 12). El artículo 15 introduce un precepto muy importante, consistente en la obligación, por parte de las

autoridades chinas de desarrollar un Catálogo de Productos y Envases sujetos a reciclaje obligatorio. Y los productores deberán reciclarlos, siempre que sea posible técnica o económicamente, de lo contrario deberán transformarlos en materia inocua para el ambiente. Para ello, los productores podrán delegar contractualmente estas responsabilidades a sus distribuidores u otras organizaciones (presumiblemente empresas de reciclaje), aunque no aclara si el productor será el responsable primario en caso de que el reciclaje no se produzca. También es importante destacar que las industrias de alto consumo de energía y agua son reguladas en cuanto a la conservación de energía y de agua por la Ley de Conservación de Energía y supervisadas por el departamento administrativo de economía circular (artículo 16). Cabe hacer referencia a la introducción, por primera vez (luego se reitera en toda la Ley) del Departamento de Desarrollo de Economía Circular bajo el Consejo de Estado. Los capítulos III y IV analizan con más profundidad los tres principios básicos de reducción, reutilización y reciclaje. Por ejemplo, en el artículo 18 se establece otro catálogo, esta vez para técnicas, equipo, materiales y productos fomentados (en especial el uso de agua reciclada), restringidos (el petróleo) o eliminados, estos últimos no podrán ser producidos, importados, vendidos o usados. Se restringe o prohíbe el uso de agua corriente para limpieza de vías urbanas, plantación agrícola o paisajismo (artículo 27). Por otra parte, el capítulo IV obliga a las empresas e industrias, en la medida de lo posible, a la utilización y reciclaje total de sus desechos, previendo un sistema de intercambio de información sobre desechos industriales. Así los desechos que no puedan ser reutilizados por una empresa pueden ser utilizados por otras (artículo 36), fomentándose un mercado colaborativo de salida e intercambio de desechos de todo tipo (artículo 37). Finalmente, los capítulos V y VI respectivamente, hacen referencia a los incentivos para fomentar el desarrollo de la economía circular y las responsabilidades legales (penales y multas) derivadas del incumplimiento de la Ley.⁵¹

Desde la entrada en vigor de la ley, la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma y el Ministerio de Protección Ambiental han promovido modelos

51. L. H., J. L. R. G., “Nueva Ley de Economía Circular”. Shanghai. *Roca Junyent Shanghai Office*. 2008. [Consultado el: 14/12/2017] Disponible en: <https://www.casaasia.es/pdf/220954813PM1233593293716.pdf>.

de simbiosis industrial, como en la Zona Desarrollo Económico y Tecnológico de Rizhao.

Se otorgaron exenciones fiscales a las empresas en el sector de la reutilización, así como se promulgaron objetivos para las industrias del carbón, acero, electrónica, química y petroquímica. La economía circular se actualizó con una estrategia de desarrollo nacional en el XII Plan Quinquenal⁵² (2011-2015). Los objetivos incluyeron reutilizar el 72% de los residuos sólidos industriales para 2015 y aumentar la productividad de los recursos (producción económica por unidad de recursos utilizados) en un 15%. El plan presentó una triple estrategia de 10-100-1.000, vale decir:

- 10 programas principales enfocados en el reciclaje de desechos industriales, la conversión de parques industriales, la refabricación, la minería urbana y el desarrollo de sistemas de recolección y reciclaje de desechos;
- 100 ciudades verdes como Suzhou y Guangzhou, y
- 1.000 parques industriales en todo el país.

En el año 2012, la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma y el Ministerio de Finanzas solicitaron que el 50% de los parques industriales nacionales y el 30% de los provinciales completaran las iniciativas de transformación de la economía circular para 2015, con el objetivo de lograr una descarga de contaminantes cercana a cero.

El Nuevo Distrito de Suzhou constituye un ejemplo de iniciativas en parques de simbiosis industrial. Entre las prácticas circulares se destacan, por ejemplo, las placas de circuitos fabricadas a mano a partir de restos de cobre de otras industrias más pesadas. La administración del parque identificó el reciclaje y la recirculación de recursos metálicos como el oro y el cobre dentro de la cadena de suministro de tableros de circuitos impresos. Las empresas de residuos electrónicos recuperan el cobre y el agua generados por el procesamiento de tableros de circuitos. Entre otros ejemplos, se puede mencionar que un productor de caolín (un tipo de arcilla) convierte los residuos de la minería en insumos para la producción de ácido sulfúrico y materiales

52. Cada cinco años, en la República Popular de China se renuevan los objetivos del país en el ámbito social y económico mediante la publicación de los denominados Planes Quinquenales, que establecen nuevos retos en el ámbito nacional e internacional como el eje directriz de desarrollo del país a corto plazo.

de construcción; un fabricante de papel toma residuos de amoníaco de una compañía química para utilizarlos en su proceso de desulfuración y se produce el reciclaje del agua industrial.⁵³

En sintonía, a finales de 2014, había construido 10,5 mil millones de m² de edificios de bajo consumo en zonas urbanas, aproximadamente el 38 por ciento de la superficie total de los edificios de viviendas urbanas y la producción de vehículos de nueva energía de China se incrementó 45 veces entre 2011 y 2015.⁵⁴

Sin embargo, todos estos progresos resultaron insuficientes para transformar la economía del país que consume la mayor cantidad de recursos del mundo, pero que también produce la mayor cantidad de desechos. A este respecto, el profesor del Instituto de Medio Ambiente de la Universidad de Fujian, Chen Qinghua, lamentó que, hasta el año 2015, la tasa de reciclaje de plásticos de China no alcanzó el 30%.⁵⁵

Por ello, en octubre de 2015 el Comité Central del Partido Comunista Chino, en quinta sesión plenaria, aprobó el XIII Plan Quinquenal (2016-2020), ampliando, detallando y cuantificando alguno de los objetivos ambientales. Desde el eje de desarrollo sostenible, lo destacable en lo que interesa a este trabajo radica en la apuesta de Xi Jinping por desarrollar una economía verde. En este ámbito, los objetivos son ciertamente desafiantes para China que ha basado el desarrollo de su industria y la generación de energía en el consumo del carbón, causando graves problemas de contaminación.⁵⁶

Específicamente dicho Plan incluye las siguientes propuestas:

53. J. M.; T. H., "Lessons from China". *Nature*, vol. 531, 24 march 2016, pp. 440-443.

54. Estos datos se pueden consultar en: UNEP. "Forests to cover one quarter of China in country's bid to build 'eco-civilization'". *UNEP*. Nairobi 26 de mayo de 2016. [Consultado el 7/5/2018] Disponible en: <https://www.unenvironment.org/news-and-stories/news/forests-cover-one-quarter-china-countrys-bid-build-eco-civilization>.

55. "China quiere ponerse al nivel de la UE en desarrollo de la economía circular". *La Vanguardia*. 23 de noviembre de 2016. [Consultado el: 29/4/2018] Disponible en: <http://www.lavanguardia.com/vida/20161123/412109862646/china-quiere-ponerse-al-nivel-de-la-ue-en-desarrollo-de-la-economia-circular.html>.

56. A. P. P., "XIII Plan Quinquenal de China: desafíos geopolíticos para la gobernanza mundial". 16 de septiembre de 2016. *Instituto Español de Estudios Estratégicos* [Consultado el: 6/5/2018] Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEO96-2016_PlanQuinquenal_China_AguedaParra.pdf.

- Mejorar la asignación de recursos incrementando el valor de la producción de la industria de reciclaje en tres billones de yuanes, lo que supone un aumento del 67% frente al año 2015 y la relación de reciclaje de los desechos principales deberá alcanzar el 54,6% para el 2020.
- Fortalecer las medidas ambientales y desarrollar el concepto de “ciudades verdes”.
- Fomentar la producción no residual y facilitar la financiación a empresas que optimicen su plan de gestión ambiental.
- Incentivar el consumo de energía ambientalmente responsable por parte de la sociedad.
- Controlar y fomentar la producción limpia y tecnológicamente avanzada.
- Asegurar el seguimiento de políticas relacionadas con la contaminación del agua, aire y tierra.
- Mejorar la protección ambiental fomentando el desarrollo de las nuevas energías y redes eléctricas inteligentes e impulsar el transporte eléctrico.
- Optimizar el tratamiento del agua y realizar 20 proyectos de conservación.
- Ascender, para 2020 al 70% la proporción de los cursos de agua apta para el consumo humano y pesca y al 5% para la agricultura.
- Reducir el consumo de energía primaria a menos de 5.000 millones de toneladas de carbón para 2020. Esto último supone que el incremento anual deberá reducirse desde el 3,6% registrado en el periodo 2011-2015 hasta un 2,5%.
- Disminuir el consumo de energía por unidad de PBI al 15% con base en 2015.
- Reducir las emisiones de dióxido de carbono por unidad de PBI al 40-45% con base en 2015.
- Reducir el consumo de agua en un 35% con base en 2013.
- Fabricación y venta de 5 millones de vehículos alimentados con las nuevas energías.⁵⁷

Además, el mencionado Plan prevé, en la generación de energía renovable, la creación de más de 13 millones de empleos y una inversión de

57. G. A. S. *13º Plan Quinquenal de la República Popular China. Octubre 2016*. Pekín. ICEX. España Exportación e Inversiones, 2016, pp. 18-20.

2.500 millones de yuanes hasta el 2020, de los cuales 1.000 se destinarán a proyectos de energía solar, 700 a eólica, 500 a hidroeléctrica y mareomotriz, y 300 a geotermia. Cabe destacar que, al igual que los planes anteriores, el documento incluye la energía nuclear dentro de las energías renovables. China cuenta con 35 reactores de energía nuclear en operación, 21 están en construcción y se prevé incrementar la capacidad hasta llegar a 58 GW en 2020, 150 GW en 2030.⁵⁸

El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente mostró su interés en el desarrollo de este nuevo Plan Quinquenal y publicó el Informe *Green is Gold: The Strategy and Actions of China's Ecological Civilization* (en castellano *El verde es oro: la estrategia y acción de la civilización ecológica china*) analizando principalmente su dimensión ambiental. En dicho informe se destaca que, si el país tiene éxito en su misión hacia la construcción de una “ecocivilización”, casi una cuarta parte de China estaría cubierta de bosques para el año 2020, es decir, la cobertura forestal de gigante asiático llegaría a más de 23%. Entonces, si China tiene éxito en la consecución de estos objetivos, pasaría de ser uno de los países más contaminante del planeta a una sociedad de ahorro de recursos, ambientalmente amigable que busca integrar el desarrollo ecológico con el desarrollo económico, social, cultural y político.⁵⁹

3. Uruguay

El 14 de junio de 2017, los diputados Diego Irazábal y Rodrigo Goñi presentaron ante la Cámara de Representantes un Proyecto de Ley sobre Economía Circular Sostenible, como parte de un conjunto de proyectos para promover e impulsar la economía circular. El artículo 1 declara de interés general la fabricación de productos que incorporen materias primas recicladas en sus procesos y el artículo 2 crea el Programa Nacional de Economía Circular, con la finalidad de implementar acciones que permitan:

58. J. D., “Multimillonario plan contra la contaminación en China”. *Energía y Sostenibilidad*. 18 de enero de 2017. [Consultado el 7/5/2018] Disponible en: <http://www.madrimasd.org/blogs/energiasalternativas/2017/01/18/133351>.

59. UNEP. *Green is Gold: The Strategy and Actions of China's Ecological Civilization*. Ginebra. UNEP, 2016, p.5.

- desarrollar protocolos para la reducción de desperdicios y para la utilización de materias primas recicladas en la fabricación de nuevos productos;
- crear un sistema de certificación de economía circular;
- certificar los procesos de fabricación de productos que incorporan, parcial y/o totalmente, materia prima reciclada;
- diseñar e implementar planes de capacitación y asistencia técnica;
- desarrollar líneas de investigación para la fabricación de productos elaborados con materia prima reciclada;
- desarrollar bases de datos para facilitar el análisis de ciclo de vida y alentar la creación de sistemas territoriales de economía circular, que deberán registrarse colectivamente en el Programa Nacional de Economía Circular.

El artículo 3 crea el Registro Único de Emprendimientos y el artículo 4, un régimen de compras estatales para las unidades productivas y de comercio inscriptas en el Registro Único de Emprendimientos de Economía Circular. A este respecto, todas las administraciones públicas estatales, deberán priorizar las compras de productos en cuya fabricación se utilicen materiales reciclados (artículo 5). También se prevén beneficios tarifarios a los emprendimientos productivos, industriales y comerciales que desarrollen acciones complementarias de gestión, reutilización y reciclaje de residuos sólidos urbanos y rurales, y que operen bajo la lógica de parques industriales (artículo 6).⁶⁰

4. Argentina

En la Argentina recientemente comenzaron los debates en pos del paradigma circular y en reemplazo de la economía lineal. En todos los sectores se reconoce como indispensable la adopción de políticas que implementen el principio de la Responsabilidad Extendida del Productor y si bien la República Argentina fue pionera en la discusión de regulaciones, lleva más de una década debatiendo proyectos de gestión de envases. En el marco de la Ley N° 25.916 sobre Gestión de Residuos Domiciliarios, el Ministerio de

60. El proyecto completo se encuentra disponible en: Uruguay. C.R.C.I.E.M. *Proyecto de Ley Economía Circular Sostenible*. Carpeta N° 2128 de 2017. Repartido N° 717. XLVIIIa. Legislatura. 2017, Uruguay.

Ambiente de la Nación avanzó hacia basural cero⁶¹ y elaboró un documento denominado “Formulación de un Plan Estratégico Provincial de Gestión de Residuos hacia la Economía Circular”. Consiste en un instrumento que deben desarrollar las provincias, con la debida participación de los municipios, para planificar una gestión de residuos sólidos urbanos sustentable en su territorio desde el punto de vista ambiental, económico y social. El objetivo de ampliar el enfoque hacia una economía circular tiene que ver con que los residuos no son basura por lo cual incluirá otras temáticas transversales a los residuos, como energía, agua, cambio climático, producción más limpia, consumo responsable, contemplando el cierre de todos los basurales para el año 2025 y la tendencia a la disposición cero para el 2035.⁶²

En octubre de 2016 entró en vigor la ley N° 27.279 de Gestión de Envases Vacíos de Fitosanitarios que regula los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre el tratamiento que deben tener los envases usados de productos fitosanitarios, los cuales deberán ingresar a un Sistema de Gestión Integral de Envases Vacíos de Fitosanitarios, creado por la norma. Es importante destacar que dicha ley fue reglamentada (a poco más de un año desde su publicación) por el Decreto 134/2018 (publicado en el Boletín Oficial el 20 febrero de 2018).

El principal objetivo consiste en asegurar que estos envases no sean empleados en usos que puedan implicar riesgos para la salud humana o el ambiente. En el artículo 6 establece una jerarquía de opciones para la gestión integral, ubicando, en primer lugar, la prevención en la generación, seguida por la reutilización, después el reciclado, valorización y finalmente la disposición final. Este sistema de fitosanitarios se articula en tres etapas:

- Del Usuario al Centro de Almacenamiento Transitorio (CAT), que son instalaciones utilizadas para recepcionar, acondicionar, acopiar y derivar

61. Véase: Argentina: “Ley N° 25.916. Gestión de Residuos Domiciliarios”. Boletín Oficial de la República Argentina, núm. 30479. 7 de septiembre de 2004.

62. Para más información véase: Argentina. M.A.D.S. *Plan Nacional de Economía Circular de Residuos: Formulación de un Plan Estratégico Provincial de Gestión de Residuos hacia la Economía Circular*. [Consultado el: 19/12/2017] Disponible en: <http://ambiente.gob.ar/wp-content/uploads/Plan-Estrat%C3%A9gico-Provincial-PEP-para-la-Gesti%C3%B3n-Integral-de-Residuos-S%C3%B3lidos-Urbanos-hacia-una-Econom%C3%ADa-Circular.pdf>.

los envases vacíos a los canales de valorización o disposición final. Se establece la responsabilidad extendida y compartida y el usuario deberá separar los envases vacíos conforme las dos clases establecidas en el artículo 7.

- Del Centro de Almacenamiento Transitorio (CAT) al Operador: aquella persona física o jurídica autorizada para modificar las características físicas y/o la composición química de cualquier envase vacío de fitosanitario.
- Del Operador a la Industria: los envases vacíos procesados por el operador pasan a la industria para su posterior reinserción en un proceso productivo.

Ante el incumplimiento de sus disposiciones establece sanciones, de posible aplicación concurrente, las cuales podrán ser desde apercibimiento, multa pecuniaria, suspensión de la actividad hasta la clausura temporaria o permanente, total o parcial.⁶³

Actualmente, en el Congreso se está discutiendo la sanción de una ley nacional de responsabilidad extendida al productor que alcanzará a los residuos electrónicos y se está avanzando hacia una minería urbana.

En cuanto a las energías limpias, desde el año 2006 está vigente la Ley N° 26.093 de Biocombustibles, en el año 2015 comenzó a regir la Ley N° 27.191, modificando la Ley N° 26.190 “Régimen de Fomento Nacional para el uso de Fuentes Renovables de Energía destinada a la Producción de Energía Eléctrica”, con el objeto de lograr para 2018 que todos los consumidores tengan un 8% de su energía proveniente de fuentes renovables y el Poder Ejecutivo de la Nación promulgó, a través del decreto 1075/2017, la Ley N° 27.424 de “Régimen de Fomento a la Generación Distribuida de Energía Renovable Integrada a la Red Eléctrica Pública”. Su principal virtud, además del amplio consenso político alcanzado es que habilita este recurso creando la figura del usuario-generador o prosumidor –consumidores a la vez que generadores de energía– que entrega electricidad limpia, producida en el mismo lugar y al mismo voltaje en que va a ser consumida, el derecho

63. Para una explicación más detallada véase: “Argentina: Ley N° 27.279. Ley de protección ambiental para la gestión de envases vacíos de fitosanitarios”. Boletín Oficial de la República Argentina. 11 de octubre de 2016.

a inyectar sus excedentes de energía eléctrica a la red reuniendo determinados requisitos técnicos, tarifas de incentivos y beneficios promocionales.⁶⁴

Esta ley implica un verdadero cambio de paradigma, ya que la energía no saldrá de una sola fuente para ser distribuida como sucede hasta ahora, sino que cada casa podrá ser un punto de distribución, aprovechando los recursos para generar energía *in situ*. Con la Ley N° 27.191 solo podían generar electricidad los agentes del mercado mayorista, pero esta nueva ley es el marco regulatorio que faltaba para que todos los consumidores puedan ser generadores y permitirá que quienes instalen tecnologías de generación de energía limpia en su casa puedan no solo contribuir con la lucha contra el cambio climático, sino también a ahorrar en sus facturas de luz y gas.⁶⁵

El 11 de noviembre del 2017 se llevó a cabo la presentación del Programa de la Fundación Ellen MacArthur para la Economía Circular, organizada de manera conjunta por la red mundial de parlamentarios Globe International, la oficina para el Cono Sur de ONU Medio Ambiente y la Dirección General de Relaciones Internacionales de la Cámara de Diputados de la Nación, para avanzar en una agenda conjunta que incluya la Economía Circular para 2030 en el marco de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible y finalmente se acordó continuar debatiendo las estrategias y herramientas para la implementación de políticas hacia la economía circular.⁶⁶

En el ámbito local, Buenos Aires-Ciudad fue seleccionada en los premios *The Circulars* 2016⁶⁷ en la categoría de altamente elogiada ya que está

64. Para un conocimiento más profundo de los puntos de la ley, consultar: “Argentina: Ley N° 27424 Régimen de Fomento a la Generación Distribuida de Energía Renovable Integrada a la Red Eléctrica Pública”. Boletín Oficial de la República Argentina. 27 de diciembre de 2017.

65. L. R., “La energía renovable, de la terraza a la red nacional”. *Infobae*. 2017. [Consultado el: 18/12/2017] Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2017/12/10/la-energia-renovable-de-la-terrazza-a-la-red-nacional/>.

66. C. D., “Jornada sobre Economía Circular y Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030”. *Los Verdes*. 2017. [Consultado el: 13/12/2017] Disponible en: <http://www.losverdes.org.ar/jornada-economia-circular-objetivos-desarrollo-sostenible-2030/>.

67. El Foro Económico Mundial y el Foro de Jóvenes Líderes Globales, en colaboración con *Accenture Strategy*, crearon *The Circulars* -Premios a la Economía Circular-, con el objetivo de reconocer las contribuciones de los gobiernos, las multinacionales y las pymes en la adopción de los principios de la economía circular.

migrando hacia la sostenibilidad a través de políticas públicas y el uso creciente de la tecnología, la conciencia ambiental y el consumo responsable. A este respecto, fundó el *Green Economic Center* promovido por la Agencia de Protección Ambiental del Gobierno de la Ciudad para fomentar un nuevo pensamiento económico siguiendo los parámetros ambientales. El Centro ha comenzado con la promoción de empleos verdes y a través del Programa Buenos Aires Produce más Limpio, busca fortalecer el paradigma ambiental en los negocios, promueve herramientas para impulsar al máximo el aprovechamiento de los residuos a través del reciclado, de la reutilización y valorización. Además de esta distinción, se puede destacar el funcionamiento, a partir de 2013, de la Planta de Reciclaje de tratamiento de residuos áridos o también denominados residuos de la construcción y demolición (son los provenientes de la construcción y demolición de edificios). En esa planta se reciben escombros y restos de construcción que son transformados para ser reutilizados en obras civiles, viales o en los rellenos sanitarios. Actualmente, puede tratar hasta 2.400 toneladas por día, de las cuales logra recuperar un 90%, que equivalen a más de 2.100 toneladas/día de residuos áridos recuperados. Por otro lado, y de acuerdo con la Ley N° 1.854 de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos de la Ciudad conocida como Ley Basura Cero, los generadores especiales de residuos áridos y afines deben abonar un impuesto a la generación de residuos sólidos urbanos.⁶⁸ Dicha ley estableció un cronograma de reducción progresiva del enterramiento de residuos con plazos concretos, prohibiendo el enterramiento de residuos aprovechables y reciclables para el año 2020. También prohibió la incineración de residuos en todas sus formas, la cual estará vigente al menos hasta que se llegue al objetivo de reducción del enterramiento del 75%. Esta prohibición es imprescindible para la correcta aplicación del plan, ya que apunta a reducir el enterramiento de residuos para su reaprovechamiento en el circuito productivo a través de la reutilización, el reciclaje y compostaje. La ley extiende la responsabilidad de los productores, importadores y distribuidores de aquellos productos o envases de difícil o imposible reciclaje. El sistema contemplado incluye la separación en origen entre residuos secos y húmedos ya que los primeros se desvían a centros de selección, donde los materiales reciclables

68. L. V.-FEP. *Economía Circular. Cómo mantenerse dentro de los límites ecosistémicos con equidad y satisfacción de derechos*. Buenos Aires. Los Verdes, 2016.

son clasificados y acondicionados para su venta a plantas de reciclaje, mientras que los que no se pueden reciclar se desvían a los centros de transferencia y luego a rellenos sanitarios. Por su parte, los residuos orgánicos se desvían hacia plantas de compostaje o biogás.⁶⁹

C. Normativa voluntaria

The British Standards Institution (BSI),⁷⁰ en mayo del año 2017, publicó la primera norma de carácter internacional para la Economía Circular denominada *BS 8001:2017 Framework for implementing the principles of the circular economy in organizations*, la cual tiene como finalidad proporcionar un marco para la aplicación de esta iniciativa, es una guía para que las organizaciones logren pasar las diferentes etapas de la implementación de los postulados de la economía circular. El flamante instrumento es la primera normativa voluntaria sobre este tipo de economía, tanto en el Reino Unido como en todo el mundo, proporcionando principios rectores para que organizaciones e individuos implementen prácticas más sostenibles. La piedra angular es la aplicación práctica de los principios de la economía circular, vale decir, el pensamiento sistémico, la innovación, la gestión, colaboración, optimización del valor y transparencia. Es importante destacar que la norma no pretende ser prescriptiva o certificable; está destinada a ser utilizada con flexibilidad por aquellos que la adoptan. Para apoyar el marco, proporciona orientación sobre los temas específicos que rodean la transición a un modelo circular: medidas, responsabilidad y seguro, asuntos logísticos, materiales y modelos de negocio específicos asociados, incluyendo el leasing, la economía compartida y la remanufactura.⁷¹

69. La normativa completa se encuentra disponible en: L. CABA. Ley N° 1854 *Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos*. Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 2.357. 2006

70. La British Standards Institution (BSI), es un organismo nacional de normalización sin ánimo de lucro reconocido del Reino Unido.

71. BSI. *Executive Briefing on BS 8001 Framework for implementing the principles of the circular economy in organizations-Guide*. Londres. British Standards Institution, 2017.

V. Conclusiones

A lo largo del artículo se analizaron las recientes legislaciones que avanzan hacia un cambio de paradigma: de la economía lineal bajo el lema “extraer-fabricar-tirar”, a la economía circular basada en “refabricar, recondicionar y reciclar”. El modelo lineal de producción vigente durante los últimos 50 años ocasionó el agotamiento de los recursos naturales, con la pérdida generalizada de los ecosistemas e ignorando a muchas personas que además de vivir en condiciones de pobreza dependen directamente de ellos. Por lo tanto, desde la comunidad científica, la sociedad civil, las empresas y los Estados se avanza hacia un nuevo sistema económico ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusivo, actuando sobre las causas fundamentales de los desequilibrios. Frente al deterioro ambiental y al derroche de los recursos naturales, emerge un modelo económico alternativo denominado economía circular que propone la reutilización de los recursos imitando los ciclos de la naturaleza y reduciendo al mínimo los desechos. En consecuencia, el modelo circular no se agota solo en el reciclaje, es mucho más que eso, comienza en el mismo diseño de los productos, mientras que el reciclaje, tal como se entiende habitualmente, provoca una reducción de la calidad y vuelve al proceso como materia prima en bruto. También se basa en la generación de energía de fuentes renovables, en lugar de los combustibles fósiles, tan contaminantes y que provocan efectos adversos en el cambio climático. Por lo tanto, para que se pueda producir un giro hacia la economía circular hace falta contar con un marco normativo, que regule la responsabilidad extendida del productor, fomente la economía colaborativa, reglamente la gestión de los residuos plásticos, los eléctricos y electrónicos, de neumáticos usados, una sobre registro de emisiones y transferencias de contaminantes y que obligue al fabricante y productor a incorporar siempre una parte de material reciclado en cada producto. Además, es necesario formular políticas públicas que fomenten el crédito para la migración hacia una economía circular y que penalicen la linealidad en los procesos productivos. Sin olvidarse del etiquetado ecológico, el ecodiseño y una atención especial a ciertas áreas, como la construcción de edificios sostenibles. En esta línea de trabajo, el Paquete de Acción de Economía Circular de la Unión Europea del año 2015 inició el camino a la circularidad, pero China ya hace años que elabora normativas para implementar este modelo. En el año 2007 este país asiático propuso por primera vez la construcción de una civilización ecológica,

incorporando así el concepto de desarrollo sostenible al contexto de la civilización humana y después de 10 años, ha avanzado considerablemente en sus acciones, así como en la defensa de una civilización ecológica.⁷²

Uruguay ya cuenta con un proyecto de ley sobre Economía Circular Sostenible y en la Argentina, a partir del año 2017, se vislumbran avances en este sentido. El año 2018 promete ser muy activo legislativamente en cuanto la creación del marco normativo necesario para encaminar a la Argentina rumbo a la circularidad. Teniendo en cuenta lo reciente de la normativa analizada, resulta apresurado emitir juicio acerca de su efectividad y eficacia para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Bibliografía

- Antuña Suárez, G. *13º Plan Quinquenal de la República Popular China. Octubre 2016*. Pekín. ICEX. España Exportación e Inversiones, 2016.
- Argentina. Ley N° 25.916. *Gestión de Residuos Domiciliarios*. Boletín Oficial de la República Argentina, N° 30.479. 7 de septiembre de 2004.
- Argentina. Ley N° 27.279. *Ley de protección ambiental para la gestión de envases vacíos de fitosanitarios*. Boletín Oficial de la República Argentina. 11 de octubre de 2016.
- Argentina. Ley N° 27.424. *Régimen de Fomento a la Generación Distribuida de Energía Renovable Integrada a la Red Eléctrica Pública*. Boletín Oficial de la República Argentina. 27 de diciembre de 2017.
- Argentina. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. *Plan Nacional de Economía Circular de Residuos: Formulación de un Plan Estratégico Provincial de Gestión de Residuos hacia la Economía Circular*. [Consultado el: 9/12/2017] Disponible en: <http://ambiente.gob.ar/wp-content/uploads/Plan-Estrat%C3%A9gico-Provincial-PEP-para-la-Gesti%C3%B3n-Integral-de-Residuos-S%C3%B3lidos-Urbanos-hacia-una-Econom%C3%ADa-Circular.pdf>.
- Avilés Pozo, A. “Castilla, La Mancha tomará la delantera con la primera Ley de Economía Circular de España”. *eldiario.es* Castilla, La Mancha. 2017.

72. Z. H. “Civilización ecológica y desarrollo sostenible”. *China Hoy*. 5 de diciembre de 2017. [Consultado el: 7/5/2018] Disponible en: http://spanish.chinatoday.com.cn/eco/analys/content/2017-12/05/content_750847.htm

- [Consultado el: 20/3/2018] Disponible en: http://www.eldiario.es/clm/Castilla-La-Mancha-Economia-Circular-Espana_o_703429894.html
- “Bienvenidos a la economía azul”. *Ecointeligencia*. 2012. [Consultado el: 15/12/2017] Disponible en: <https://www.ecointeligencia.com/2012/05/economia-azul-gunter-pauli/>.
- Braungart, M., McDonough, W. *Cradle to Cradle (De la cuna a la cuna): Rediseñando la forma en que hacemos las cosas*. Madrid. McGraw-Hill. 2005.
- British Standards Institution. *Executive Briefing on BS 8001 Framework for implementing the principles of the circular economy in organizations. Guide*. Londres. British Standards Institution, 2017.
- Cerantola, N. “Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la economía circular”. *Revista Ambienta*, 2016.
- “China quiere ponerse al nivel de la UE en desarrollo de la economía circular”. *La Vanguardia*. 23 de noviembre de 2016. [Consultado el: 29/4/2018] Disponible en: <http://www.lavanguardia.com/vida/20161123/412109862646/china-quiere-ponerse-al-nivel-de-la-ue-en-desarrollo-de-la-economia-circular.html>
- Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo. Hacia una Economía Circular: un programa de residuos cero para Europa*. COM/2014/0398/FINAL. Bruselas. Comisión Europea, 2014.
- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular*. COM (2015) 614 final. Bruselas. Comisión Europea, 2015.
- *Comunicado de prensa. Cerrar el círculo: la Comisión adopta un ambicioso paquete de nuevas medidas sobre la economía circular para impulsar la competitividad, crear empleo y generar crecimiento sostenible*. IP/15/6203. Bruselas. Comisión Europea, 2015.
- *Comunicado de prensa. Residuos plásticos: una estrategia europea para proteger el planeta, defender a los ciudadanos y capacitar a las industrias*. IP/18/5/ES. Estrasburgo. Comisión Europea, 2017.
- *Comunicado de prensa. Economía circular: La Comisión cumple sus promesas, ofrece orientaciones sobre la valorización energética a partir de residuos y trabaja con el BEI para impulsar la inversión*. IP/17/104. Bruselas. Comisión Europea, 2018.

- Comité Económico y Social Europeo. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “El papel de la transformación de los residuos en energía”* COM (2017) 34 final. Diario Oficial de la Unión Europea. Unión Europea. 13 de octubre de 2017.
- Comité Europeo de las Regiones. *Dictamen El papel de la transformación de los residuos en energía en la economía circular*. 30 de noviembre a 1 de diciembre de 2017.
- Comunidad de Castilla y León. Consejería de Economía y Hacienda. *ACUERDO 2/2018, de 18 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba la Estrategia de Eficiencia Energética de Castilla y León 2020*. Boletín Oficial de Castilla y León, núm. 16. 23 de enero de 2018.
- De Guillebon, B., “Los siete pilares de la Economía Circular”. *CEN Boletín de la Confederación de Empresarios de Navarra, Medio Ambiente*. 2014.
- Diotti, C., “Jornada sobre Economía Circular y Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030”. *Los Verdes*, 2017. [Consultado el: 13/12/2017] Disponible en: <http://www.losverdes.org.ar/jornada-economia-circular-objetivos-desarrollo-sostenible-2030/>.
- Dufour, J., “Multimillonario plan contra la contaminación en China”. *Energía y Sostenibilidad*. 18 de enero de 2017. [Consultado el 7/5/2018] Disponible en: <http://www.madrimasd.org/blogs/energiasalternativas/2017/01/18/133351>.
- Ellen MacArthur Foundation, *Hacia una economía circular. Resumen Ejecutivo*, Reino Unido, Ellen MacArthur Foundation, 2014.
- *Growth Within: a circular economy vision for a competitive Europe*. Reino Unido, Ellen MacArthur Foundation, SUN, McKinsey & Co. 2015.
- *Hacia una economía circular. Resumen Ejecutivo*, Reino Unido, Ellen MacArthur Foundation, 2017.
- Ellen MacArthur Foundation y World Economic Forum, *Intelligent Assets: Unlocking the Circular Economy Potential*. Reino Unido, Ellen MacArthur Foundation, 2016.
- España, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. *Pacto por una economía circular: El compromiso de los agentes económicos y sociales 2018-2020*. Mapama. 2017. [Consultado el: 8/4/2018] Disponible en: <http://www.mapama.gob.es/directo/PactoEconomiaCircular.pdf>.

- España, Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. *Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública*. Boletín Oficial del Estado, N° 19, sec. 1, 22 de enero de 2018.
- Francia. Ayuntamiento de París. *Call of cities for circular economy*. París. 2015. [Consultado el: 8/11/2017] Disponible en: http://www.acrplus.org/images/news/20150915-EtatsGeneraux-call_of_cities_for_circular_economy.pdf.
- Fresneda, C., “Las siete ‘R’ de la ciudad circular”. *El Mundo*. España. 2017. [Consultado el: 15/12/2017] Disponible en: <http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2017/07/31/597e21d3268e3eea578b457b.html>.
- Fundación Cotec. *Situación y Evolución de la Economía Circular en España*, Madrid, Fundación Cotec, 2017.
- Govern de la Generalitat de Catalunya. *Impuls a l’Economia Verda I a l’Economia Circular*, Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, N° 6881, 28 de mayo de 2015.
- Grisbert Aguiar, P., “El decrecimiento, camino hacia la sostenibilidad. *El Ecologista*. 2007.
- Haas, W., Krausmann, F., Wiedenhofer, D., Heinzen, M., “How Circular is the Global Economy? An Assessment of Material Flows, Waste Production and Recycling in the European Union and the World in 2005” *Journal of Industrial Ecology*, 2015
- Hathaway, R., “¿Es la economía circular alcanzable o deseable?” *Economía circular y minería urbana*. 2014. [Consultado el: 30/3/2018] Disponible en: <https://mineriaurbana.org/2014/08/12/es-la-economia-circular-alcanzable-o-deseable/>
- Hernández, L., Ruiz Galán, J. L., “Nueva Ley de Economía Circular”. Shanghai: Roca Junyent Shanghai Office. 2008. [Consultado el: 14/12/2017]. Disponible en: <https://www.casaasia.es/pdf/220954813PM1233593293716.pdf>.
- Huiyuan, Z. “Civilización ecológica y desarrollo sostenible”. *China Hoy*. 5 de diciembre de 2017. [Consultado el: 7/5/2018] Disponible en: http://spanish.chinatoday.com.cn/eco/analys/content/2017-12/05/content_750847.htm.
- International Standard Organization. *Gestión ambiental. Integración de los aspectos ambientales en el diseño y desarrollo de productos*. ISO/

- TR 14062:2002(es) 2002. [Consultado el: 21/10/2017] Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:tr:14062:ed-1:v1:es>.
- International Standard Organization, *Sistemas de Gestión ambiental. Directrices para la incorporación del ecodiseño*. ISO 14006:2011(es). 2011. [Consultado el: 21/10/2017] Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:14006:ed-1:v1:es>.
- Jornada de Economía Circular, *Declaración de Sevilla: El Compromiso de las Ciudades por la Economía Circular*. Sevilla. 2017. [Consultado el: 3/3/2018] Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/58a3606bb8a79bb8ae7d7847/t/58cbb35e3e00be7918doadcd/1489744740550/Declaraci%C3%B3n+de+Sevilla+DEF+maquetada.pdf>.
- Junta de Extremadura, *Marco Regional de Impulso a la Economía Verde y Circular en Extremadura*. Extremadura. 2017. [Consultado el: 3/3/2018] Disponible en: http://extremadura2030.com/wp-content/uploads/2017/03/marco_070617_v.f_sin-anexos.pdf.
- Latouche, S., *La apuesta por el decrecimiento: ¿Cómo salir del imaginario dominante?* Barcelona. Icaria Editorial, 2008.
- Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley N° 1854. *Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos*. Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 2.357, 2006.
- Lovins, A., Lovins, H., Hawken, P., “La ruta hacia el capitalismo natural” *Harvard Business Review*, Reprint Number 99309. 1999. [Consultado el: 9/4/2018] Disponible en: https://www.terra.org/data/capitalismo_nat.pdf.
- Lyle, J. *Regenerative Design for Sustainable Development*, New York. Wiley and Sons, 1994.
- Los Verdes-FEP. *Economía Circular. Cómo mantenerse dentro de los límites ecosistémicos con equidad y satisfacción de derechos*. Buenos Aires. Los Verdes. Buenos Aires, 2016.
- Martín, L., “Europa da carpetazo a la economía de ‘usar y tirar’ y apuesta por la economía circular”. *Compromiso Empresarial*. 2016. [Consultado el: 25/10/2017] Disponible en <http://www.compromisoempresarial.com/rsc/2016/01/europa-da-carpetazo-a-la-economia-de-usar-y-tirar-y-apuesta-por-la-economia-circular/>.
- Martínez Camarero, C., “Más allá del reciclaje, avanzar hacia la producción limpia, el ecodiseño y los biomateriales”. *Daphnia*. 2016. [Consultado el:

- 10/4/2018] Disponible en: <http://www.daphnia.es/revista/64/articulo/1258/Mas-alla-del-reciclaje-avanzar-hacia-la-produccion-limpia-el-ecodisenyo-y-los-biomateriales>.
- Mathews, J., Tan, H. “Lessons from China”. *Nature*, vol. 531, 24 march 2016, pp.440-443.
- MuzniK, S. “Deliver or pay”, or how waste incineration causes recycling to slow down”. *Zero Wasted Europe*. 2017. [Consultado el: 25/3/2018] Disponible en: <https://zerowasteurope.eu/2017/10/deliver-pay-waste-incineration-causes-recycling-slow/>.
- Parra Pérez, Á., “XIII Plan Quinquenal de China: desafíos geopolíticos para la gobernanza mundial”. 16 de septiembre de 2016. *Instituto Español de Estudios Estratégicos* [Consultado el: 6/5/2018] Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO96-2016_PlanQuinquenal_China_AguedaParra.pdf.
- Pérez, M., “Biomimesis: cómo la naturaleza soluciona nuestros problemas”, *Fundación Melior*. 2012. [Consultado el: 7/3/2018] Disponible en: <http://www.fundacionmelior.org/content/tema/biomimesis-como-la-naturaleza-solucion-a-nuestros-problemas>.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. PNUMA. *Extracto del Informe desacoplar el uso de los recursos naturales y los impactos ambientales del crecimiento económico*. 2011. [Consultado el: 20/2/2018] Disponible en: <https://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/onu/349-spa-sum.pdf>.
- *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza - Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*. New York. PNUMA, 2011.
- *Descubriendo los caminos hacia una economía verde e inclusiva. Resumen Ejecutivo*. Ginebra. PNUMA, 2015.
- Ramos Martín, J., “Economía Biofísica”, *Investigación y Ciencia*, 2012.
- Rocha, L. “La energía renovable, de la terraza a la red nacional”. *Infobae*. 2017. [Consultado el: 18/12/2017] Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2017/12/10/la-energia-renovable-de-la-terrazza-a-la-red-nacional/>.
- Rosemberg, A., “Ecología y simbiosis industrial: Nuevos conceptos que agregan valor al relacionamiento productivo”, *Revista Virtual Pro. Ecología industrial*, 2008. [Consultado el: 23/3/2018] Disponible en: <https://www.revistavirtualpro.com/revista/ecologia-industrial/4>.

- Stahel, W., “The Performance Economy”, Hampshire. Palgrave Macmillan, 2010.
- Sociedad Pública de Gestión Ambiental, *Iniciativas empresariales de economía circular en el País Vasco Descripción de 36 proyectos*, Bilbao, Sociedad Pública de Gestión Ambiental, 2017.
- UNEP, “Forests to cover one quarter of China in country’s bid to build eco-civilization”. *UNEP*. Nairobi 26 de mayo de 2016. [Consultado el 7/5/2018] Disponible en: <https://www.unenvironment.org/news-and-stories/news/forests-cover-one-quarter-china-countrys-bid-build-eco-civilization>.
- *Green is Gold: The Strategy and Actions of China’s Ecological Civilization*. Ginebra, UNEP, 2016.
- United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division. *World Population Prospects: The 2017 Revision, Key Findings and Advance Tables*. New York. United Nations, 2017.
- Uruguay. Cámara de Representantes. Comisión de Industria Energía y Minería. *Proyecto de Ley Economía Circular Sostenible*. Carpeta N° 2128 de 2017. Repartido N° 717. XLVIIIa. Legislatura, 14 de junio de 2017.

La protección de la vivienda familiar en el régimen legal de las Uniones Convivenciales

*Sebastián Ignacio Fortuna**

Resumen

La conceptualización de familia, bajo la óptica del Derecho Constitucional, implica también las uniones convivenciales. En ese orden, bajo el principio de protección integral de la familia es necesario el establecimiento de medidas regulatorias mínimas para asegurar el ejercicio pleno del derecho a la igualdad de los convivientes, al mismo tiempo de reconocerse el derecho a no casarse como manifestación de autonomía personal. Bajo aquel marco normativo orientador, el presente trabajo pretende la analizar el régimen de la protección de la vivienda familiar prevista en el régimen legal de las Uniones Convivenciales vigente en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Palabras clave: Derecho de familia, uniones convivenciales, protección de la vivienda familiar.

* Abogado. Especialista en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Magister en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, UBA. Docente de la materia Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA, Cátedra Dra. Lidia B. Hernández, comisión a cargo de la Dra. María Victoria Famá. Prosecretario del Juzgado Nacional en lo Civil N° 88, con competencia exclusiva en asuntos de familia; sebastianfortuna@derecho.uba.ar.

The Family Home Protection in the Domestic Partnership Legal Regimen

Abstract

The conceptualization of “family”, from the standpoint of Constitutional Law, also involves domestic partnerships. Under the principle of protection of the family it is necessary to establish minimum regulatory measures to ensure the full exercise of the right to equality of the cohabitants and, at the same time, recognize the right not to marry as a manifestation of personal autonomy. Under this guiding normative framework, the present work aims to analyze the regime of the family home protection prescribed in the domestic partnership legal regimen in the Civil and Commercial Code of the Argentine Republic.

Keywords: Family Law, Domestic Partnership Legal Regimen, Family Home Protection.

I. Introducción

Una de las grandes novedades que ha tenido la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ha sido la inclusión de un cuerpo normativo destinado a regular, bajo ciertas condiciones, la vida en pareja.

En el presente trabajo se pretende estudiar la protección de la vivienda familiar derivada en vínculo legalmente reconocido en los diferentes “ciclos de vida” que se presentan en este tipo de conformaciones familiares. Es decir, se estudiará cómo es el régimen protectorio durante la vida en común y cómo aquella protección cobra virtualidad tras el cese de la unión, sea por la voluntad de los convivientes o bien por la muerte de uno de ellos.

Con esa finalidad, este trabajo de doctrina se encuentra estructurado en tres secciones.

En la primera se analizarán concretamente cuáles son los aspectos estructurantes de la regulación de las uniones convivenciales. Se pretende así delimitar el campo de análisis situando la regulación en el cuerpo legal; su ámbito de aplicación personal; y la forma en que interrelaciona

el reconocimiento de la autonomía personal, como valor central a la hora de conformar estas uniones, y las imposiciones normativas que coartan aquella autonomía en resguardo de la protección integral de la familia, y de los derechos individuales de quienes conforman este tipo de uniones afectivas.

La segunda sección pretende entender cuáles son los argumentos en que se funda esta modalidad regulatoria descripta. A tales fines, bajo una mirada que parte del orden constitucional y propio a un estado pluralista de derechos, se analizará cuál es concepto de familia que se considera adecuado y la forma que en este encaja la regulación aquí analizada. En ese orden de ideas, se pretenderán fijar las bases centrales sobre las que la regulación se erige a los fines de la protección constitucional del específico grupo familiar, proponiendo medidas intervencionistas específicas a la autonomía de sus integrantes en resguardando sus derechos fundamentales.

En la misma sección, pero bajo un párrafo aparte, se abordará la manera en que juega el concepto de solidaridad familiar en el marco de aquella regulación jurídica.

Finalmente, en la tercera sección se analizará concretamente la cuestión de la protección a la vivienda familiar en las diferentes instancias descriptas.

II. Los aspectos estructurantes de la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación

Durante las últimas tres décadas las conformaciones familiares tradicionales identificadas con el matrimonio han cedido paso al reconocimiento normativo de las uniones convivenciales, como regulación que en general es impuesta bajo los presupuestos de dos premisas básicas: el reconocimiento de un modelo de diversidad familiar y la necesidad de brindar un marco protectorio, cuanto menos mínimo, a quienes las integran.

El derecho comparado da fe de aquellos avances normativos, observándose la presencia de disímiles regulaciones que patentizan la existencia de una tensión entre diversos principios fundamentales del derecho moderno, como son la autonomía, la libertad y la protección de la familia.

La Argentina no se encuentra exenta de aquel terreno de disputas. Partiendo de una mirada por fuera del marco legislativo conocido, podríamos

sin más aventurar que la vinculación entre la legislación y la familia ha estado por casi dos siglos enmarcada en el reconocimiento de un tipo de familia único: la matrimonial. Aun pese a los crecimientos exponenciales de las uniones convivenciales evidenciadas a partir de la década de 1960, las que en mayor o menor medida han preexistido con las unidades familiares matrimoniales, la normativa civil que ha regulado los espacios de interrelación que suceden en el ámbito privado vinculado con lo familiar, ha elegido el reconocimiento de un único modelo de familia, legitimado por el discurso jurídico, y regulado a la precisión de forma tal que se permita establecer los espacios de actuación de cada uno de los integrantes.

En paralelo al proceso de cambio social, resultó notablemente importante la evolución de la jurisprudencia en el reconocimiento de derechos en el marco de las uniones convivenciales, cuyas líneas de interpretación han sido un elemento más de presión para la consagración de un discurso jurídico medianamente uniforme. Al mismo tiempo, en las diversas ramas del sistema jurídico se han ganado espacios que reconocen derechos específicos a las uniones no matrimoniales; fundado ello en su reconocimiento como una modalidad alterna de familia, que requiere la intervención del Estado para la protección de sus miembros.

La lectura constitucional del campo normativo, en clave propia a un sistema pluralista de derechos, ha coadyuvado la presencia de discursos críticos que demandaron reformas normativas que incluyeran el reconocimiento de derechos a las personas que viven en pareja. Sus fundamentos, una vez más, no se han basado en la equiparación de derechos con la familia matrimonial, sino en el reconocimiento de derechos humanos básicos, al mismo tiempo que se proclama el mentado derecho de no casarse como prepuesto para el respecto del principio constitucional de autonomía personal.

En ese contexto, una de las grandes novedades normativas que trajo la sanción del CCyCN, que cumple cuatro años de vigencia este 2018, se trató de la inclusión de un cuerpo normativo destinado a regular las relaciones de pareja.

Aun cuando se analizarán aquí algunas particularidades de la regulación que se comenta, no puede dejar de destacarse que resulta cuanto menos simbólico el encuadre normativo donde se sitúa la regulación de las Uniones Convivenciales. Es que, al introducirse la regulación bajo el título de “Relaciones de familia” se está asumiendo una postura ideológica que es clara: por un lado, se pone en primer plano el interés del Estado en abordar normativamente un aspecto de la realidad afectiva de las personas bajo la

óptica del Derecho de Familia, al que históricamente se le ha reconocido una importancia particular en razón de constituir las agrupaciones familiares la llamada célula básica de reproducción social.

Por otro lado, se asume una lectura plural de la sociedad, al introducirse en el referido cuerpo normativo modalidades vinculares que históricamente han sido sancionadas, o al menos silenciadas, por la legislación.

Finalmente, se adopta un modelo regulador que, teniendo en consideración los ejemplos del derecho comparado, pretende encontrar el justo equilibrio entre el respeto del derecho de autodeterminación, que repele la intervención del Estado en la vida privada, y la protección de la igualdad y la dignidad de las personas.

Esta lectura es la adoptada por quienes integraron la comisión de juristas que tomó a su cargo la redacción del anteproyecto, al referir en sus fundamentos que la normativa se enmarca bajo la “obligada perspectiva de derechos humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de las convivencias de pareja”. Así, se destaca la necesidad de dar prioridad a la autonomía de la voluntad, aunque limitándose aquella libertad a la afectación del orden público, la conculcación del principio de igualdad entre los miembros de la pareja, o afectación de los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes.

En lo que refiere al método, dentro el Libro segundo titulado “Relaciones de familia”, y luego de ser reguladas las relaciones personales y patrimoniales emergentes del matrimonio, el cuerpo normativo se encarga en el Título III de las llamadas “Uniones Convivenciales”.

La regulación se ordena en cuatro capítulos que se encargan de la constitución y prueba, pactos de convivencia, efectos de las uniones durante la convivencia, y cese la convivencia y sus efectos.

Con referencia al marco de aplicación personal, artículo 509 del CCyCN establece que las disposiciones contenidas en el Título III se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

El “terreno” de aplicación de la ley queda así restringido a determinado tipo de vinculación afectiva, ligando esta a la relación entre dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común. Ello, en cierta medida, se desprende del conjunto de requisitos que enuncia la disposición.

Sobre esta base, la doctrina ha extraído un conjunto de elementos que se enuncian como constitutivos de la unión. Siguiendo los desarrollos que las voces autorales han hecho respecto de la conformación del fenómeno social, se han señalado que aquellas características son la singularidad; la publicidad y la notoriedad; la estabilidad y permanencia; indiferencia del sexo; y el proyecto de vida en común.¹

Asimismo, algunos autores, observando también este tipo de uniones como un reflejo diverso de las uniones matrimoniales, destacan que bajo este requisito se implica el mantenimiento de relaciones sexuales² y la cohabitación, entendida esta última como el compartir la vivienda.³

A su turno, el artículo 510 del CCyCN establece el conjunto requisitos personales que deben existir para el reconocimiento de los efectos de la ley. Tales son que los integrantes sean mayores de edad; no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; que no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; que no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; y que mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Con referencia a los efectos de dichas uniones, buscando un equilibrio entre libertad e intervencionismo estatal,⁴ la norma parte del reconocimiento

1. Véase, entre muchos otros: N. E. Solari, *Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2015, p 243; J.O. Azpiri, *Uniones Convivenciales. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 52; M.V. Famá, “*Uniones Convivenciales*”, en O.J. Ameal, (director), L.B. Hernández y L. Ugarte (coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2016, p. 401 y sig.; N. Lloveras, O. Orlandi, F. Faraoni, “*Uniones Convivenciales*”, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 50; M.V. Pellegrini, *Las Uniones Convivenciales...*, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2017.

2. J. O. Azpiri, *Uniones Convivenciales. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, p. 53.

3. N. E. Solari, *Derecho de las Familias*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 247; N. Lloveras, O. Orlandi, F. Faraoni, “*Uniones Convivenciales*”, en: *Tratado de Derecho de Familia*, *op. cit.* p. 50.

4. Si se pretendiera profundizar con relación a esta dicotomía, véase: S.I. Fortuna, “La matriz constitucional de la regulación en materia de uniones convivenciales”, *RDF*, Abeledo Perrot, 2017, N° 79, p 139.

a la autonomía de los integrantes de la pareja para pactar respecto de las relaciones jurídicas de la unión.

Aquellos pactos, que el artículo 513 CCyCN prescribe deben ser realizados por escrito, regulan los efectos de la unión. Son modificables en cualquier tiempo, rescindibles y deberán estar inscriptos para reconocérseles efectos ante terceras personas.

En lo que refiere a la naturaleza jurídica de estos pactos, ha sido señalado que se tratan de negocios jurídicos de tipo familiar.⁵ Si bien se conforman mediante el acuerdo de voluntades entre quienes los suscriben, circunstancia que se asemeja a los contratos, su contenido pretende la regulación de cuestiones específicas como son los efectos jurídicos que producirá la vida en común de los convivientes y las consecuencias de la ruptura;⁶ en ausencia de convenio se tornarán aplicables un conjunto de previsiones que tienen carácter supletorio, contenidas en el Capítulo III del Título del Código.

A su vez, en el otro de los extremos en los que la legislación oscila, se encuentran los límites a aquella autonomía de la voluntad y, en consecuencia, las restricciones que son impuestas por la legislación a la libertad de pactos.

Por un lado, el artículo 515 CCyCN señala que los pactos no podrán ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión. Por otro, conforme dispone el artículo 513 CCyCN en su última parte, no puede ser dejado sin efecto el contenido del denominado “piso mínimo obligatorio”, contenido en los artículos 519, 520, 521 y 522 del CCyCN; los cuales refieren al deber de asistencia, contribución de los gastos del hogar, responsabilidad por las deudas frente a terceros y protección de la vivienda familiar.

En efecto, como se observa, la norma limita el ejercicio de la autonomía con un contenido de orden público, conformado por derechos que se pretenden esenciales, excluyéndose aquellas cuestiones de índole eminentemente patrimonial.

5. M. V. Pellegrini, “Los pactos en las uniones convivenciales”, en *RDF*, 2015, N° 70, p. 137; M. V. Pellegrini, “Uniones convivenciales. El reconocimiento jurídico de las diversas formas familiares”, en: A. M. Chechile (directora), C. López (coordinadora), *Derecho de Familia: Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 310.

6. J. O. Azpiri, *Uniones Convivenciales. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit., p. 202.

Por otro lado, la referencia al “orden público” que pretende resguardar el artículo 515 CCyCN, no puede sino considerarse como una alusión indicativa, sin un contenido preciso en razón a la mutabilidad y/o variabilidad del término referido; el que eminentemente deriva de las creencias u opiniones vigentes en un lugar y momento determinado.⁷

En definitiva, la pretensión de la regulación es clara, y sirve de norte para el análisis que en particular se haga sobre las limitaciones específicas que se verán a continuación. Se explica: se afirma en este trabajo respecto al valor central que tiene la autonomía de la voluntad en el ejercicio de una vida plena, cuya proclama, como valor heredado de la modernidad, se erige en contra del poder omnímodo del Estado que limita libertades bajo presupuestos que concibe universales. Los límites a la autonomía no están sino en la afectación de derechos de las otras personas que se encuentran vinculadas en aquella relación negocial; no de cualquier derecho sino de aquellos sobre los que se funda nuestro ordenamiento legal constitucional, y que responden a un modelo plural de derechos. Cruzar esos límites; afectar la igualdad mediante pactos que impliquen un sometimiento físico y/o moral de uno de los integrantes de la pareja respecto del otro; imponer modelos de conducta; o importar marcos regulatorios propios a regímenes para cuya virtualidad se requiere la aceptación expresa de quienes los integran, sin una clara razonabilidad en la medida restrictiva resulta no solo contrario a la propia directiva que sienta el artículo 19 de la CN, sino que desconoce la libertad para conformar una modalidad familiar diferente a la matrimonial, y libre de las reglas que allí imponen.

Las restricciones, entonces, no pueden sino apuntar a evitar situaciones abusivas que enmascaren desigualdades estructurales, como aquellas que derivan del género o de una situación socioeconómica altamente dispar.⁸ Es bajo estos parámetros que se alcanza el deseado equilibrio entre el respeto a la autonomía personal y la intervención estadual, justificada en el cuidado a los derechos fundamentales que los poderes de Estado deben asumir.

7. CSJN, sentencia, 16/8/2015, “Z., L. I c. ANSES”, Fallos 328:3099, cit. en: M.V. Famá, “Régimen patrimonial de las uniones convivenciales”, *RCCyC, La Ley*, 2015, online AR/DOC/4285/2015.

8. M. V. Famá, “Régimen patrimonial de las uniones convivenciales”, *op. cit.*; S.I. Fortuna, “La matriz constitucional de la regulación en materia de uniones convivenciales”, en *RDF*, Abeledo Perrot, 2017, N° 79, p. 139.

III. Los fundamentos constitucionales de la regulación en materia de las uniones convivenciales

A. Protección constitucional de la familia, paternalismo justificado y derechos fundamentales

Proveer marcos protectorios a las uniones convivenciales nos remite en forma directa al análisis del concepto de familia que emerge de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la conforman de acuerdo con el artículo 75 inc. 22; y la interpretación que de aquel concepto efectúan tanto los organismos internacionales de derechos humanos como los Tribunales Internacionales que velan por el compromiso de los Estados en la satisfacción de aquellos derechos.

En primer orden, vale recordar que el propio artículo 14 bis de la Constitución Nacional proclama la “protección integral de la familia” como principio rector que se erige bajo una matriz indeterminada, en cuanto al tipo de familia que refiere la norma. A diferencia de muchas constituciones latinoamericanas que formulan una defensa de la familia bajo la modalidad matrimonial, la Constitución Nacional debe leerse como una propuesta democrática y pluralista que pretende la protección, en condiciones de igualdad, de las diferentes conformaciones familiares que se presentan en nuestra sociedad.

Sin duda, como hemos observado, resulta no obstante necesario repensar de qué forma el Estado interactúa con aquellas vinculaciones afectivas, y en qué condiciones la intervención regulatoria resulta necesaria.

Las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos abordan la protección familiar desde la conceptualización del llamado “derecho a la vida familiar”, reconociéndose a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y por ello el derecho de cada persona a conformarla, y a obtener del Estado protección de su unidad y sus integrantes en tanto elementos básicos para su existencia. En concreto, vale destacar que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre prescribe en su artículo V que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, también integrante del bloque de constitucionalidad de acuerdo con lo prescripto por el artículo 75 inciso 22 de la carta fundamental, sostiene en su artículo 16 inciso 1°

que “los hombres y 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 (...) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observa en su artículo décimo que “los Estados partes en el presente pacto reconocen que: 1) se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”.

De igual manera, entendiéndose a la familia como “un elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado” se erigen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 14.

Resulta también interesante observar que el 5º párrafo de la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala que “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias”.⁹

Recordando el marco normativo descripto, vale preguntarse qué se entiende por “familia”.

En las sociedades occidentales modernas la familia ha sido sinónimo de familia nuclear en la que sexualidad, procreación y convivencia “legítimas” coinciden en el espacio de lo “privado” del ámbito doméstico. Ahora bien, no cualquier sexualidad ni domesticidad compartida es traducida como familia, sino aquella que es protagonizada por la pareja heterosexual unida en matrimonio y sus hijos; ello, al menos, es el modelo tradicional que se ha traducido en la legislación durante los siglos XIX y XX.¹⁰ Es así

9. ONU, CCPR, Observación General N° 19.

10. V. Spaventa, “La familia desnuda”, *RCJ*, enero/agosto 2007, N° 26. Online: <http://phoenicis.dgsca.unam.mx/ojs/index.php/rcj/article/viewFile/16784/15981>

como se ha construido un discurso jurídico, y un orden simbólico,¹¹ donde el parentesco legítimo es aquel regido por la heterosexualidad; que define la familia y la constituye en el espacio legitimado por el Estado para la reproducción de las pautas culturales consideradas válidas.¹²

Por detrás de aquellos discursos que tradicionalmente se han impuesto desde las legislaciones históricas, se encuentra instalada desde hace muchos años una realidad que, en lo que hace a la definición de familia, difiere considerablemente de aquella construcción normativa clásica. Estudios antropológicos han demostrado que el término “familia” varía en su construcción según la cultura y la época histórica que se analice. Si bien nadie puede negar el hecho biológico de la concepción y del nacimiento, lo cierto es que la estructuración del parentesco y de las relaciones familiares no solo depende de la construcción legislativa, sino de los vínculos entre los miembros de las agrupaciones familiares que demuestran formas diferentes de familia a las que reconoce aquel orden normativo.¹³

La irrupción pública en la sociedad de agrupaciones familiares distintas a la tradicional, sin duda ha puesto en crisis la eficacia del paradigma tradicional elaborado en torno de lo que debe entenderse por “la familia”. Eva Giberti observa que aquellos que han roto con el paradigma descriptivo “han transformado lo instituido (el canon convencional) en instituyente (modalidades que modifican lo predeterminado) y reclaman su reconocimiento como familias, aunque transgredan las pautas concebidas como recomendables por el paradigma que reguló, durante los dos últimos siglos, el funcionamiento de la familia en Occidente. Reconocimiento que excluiría la clasificación de desviados, marginales o transgresores”.¹⁴

Desde esta perspectiva, como observan Gil Domínguez, Famá y Herrera, el modelo de Estado constitucional de derecho al que adscribe nuestro sistema jurídico, nos obliga a intentar esbozar un concepto constitucional

11. S. Agacinski, citado en: J. Butler, *Deshacer el Género*, Buenos Aires, Paidós, 2006, p. 163.

12. B. Judith, *Deshacer el Género*, op. cit., p. 163 y ss. Véase también: A. Cadoret, *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco*, Madrid, Gedisa, 2003, p. 134.

13. A. Cadoret, *Padres como los demás. Homosexualidad y parentesco*, Madrid, Gedisa, 2003, p. 13 y ss.

14. E. Giberti, “La familia y los modelos empíricos”, en: C. Wainerman, *Vivir en Familia*, (compiladora), Buenos Aires, Losada, 1994, p. 118.

de familia que permita auscultar, desde el pluralismo y la tolerancia, varios aspectos fundamentales. En tal sentido, desde el derecho de los derechos humanos, emerge la opción preferencial por la fuente que más proteja a la persona –también conocido como principio *pro homine*– del cual surge claramente que cuando confluyen dos o más fuentes, debe aplicarse aquella que mayor cobertura ofrezca a la persona. O bien, el principio según el cual se debe buscar la mayor vigencia sociológica de los derechos humanos. Sobre esta base, puede concluirse que una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseñe un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos.¹⁵

En ese contexto, ya en el año 1979 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó, en el caso “Marckx c/ Bélgica”, que la expresión “vida familiar”, contenida en el artículo 8 del citado Convenio de Roma, “no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos familiares de facto respecto de personas que cohabitan fuera del matrimonio” y que la noción de familia debe ser interpretada “conforme las concepciones prevalecientes en las sociedad democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”. La misma apertura interpretativa puede observarse años después en diversos precedentes dictados por el mismo Tribunal, tal como en “Keegan c/ Irlanda”, del 26 de mayo de 1994, y en “Kroon c/ Países Bajos”, del 27 de octubre de 1994.¹⁶

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de expedirse acerca del concepto de familia en tres recientes sentencias dictadas en 2012. En orden cronológico la primera se trata del caso “Atala Riffo y Niñas c/ Chile”, del 24/2/2012, que señala: “En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de familia. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de

15. A. Gil Domínguez, M.V. Fama, M. Herrera, *Derecho constitucional de familia*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 73. Véase también: M. V. FAMÁ, “Uniones convivenciales...” en: *RDPyC*, 2014, N° 3, p. 171.

16. TEDH, Sentencia, 13/6/1979, “Marckx c/ Bélgica”, id. Sentencia, “Keegan c/ Irlanda”, 26/5/1994; id. “Kroon c/ Países Bajos”, 27/10/1994.

hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.¹⁷ Este mismo estándar es reiterado en dos sentencias posteriores dictadas por aquel Tribunal, correspondientes a los casos “Forneron e hija vs. Argentina”, de fecha 27/4/2012 y “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, de fecha 28/11/2012.

En efecto, no puede más que afirmarse que el concepto constitucional que se desprende de la lectura que hacen los tribunales internacionales, y especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en razón a su repercusión en el orden jurídico interno, es la adopción de un concepto de familia que resulta tan amplio como los márgenes del afecto; donde la asistencia, colaboración y dependencia mutua definen su reconocimiento social y, al mismo tiempo, la vuelven endeble frente a los cambios culturales que transforman los vínculos combinándose en nuevas unidades de afecto cuyo reconocimiento cultural exige protección legal. En estos caminos sinuosos, donde lo cultural parece desbordar el terreno de lo legal, es donde resurge nuevamente la clásica pregunta que cuestiona la función reguladora del Estado en el marco de la privacidad de los habitantes que lo conforman.

En ese orden, si concebimos que dentro de un Estado plural de derechos existen conformaciones de pareja que se edifican sobre la base de los principios de solidaridad, asistencia, colaboración y dependencia mutua existen razones suficientes para que, en el marco del principio constitucional de protección integral de la familia, el Estado adopte medidas destinadas a la protección de sus integrantes.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación representa un gran avance en la senda descripta. En términos muy generales, debe recordarse que la reforma legislativa ha optado por el establecimiento de un piso regulatorio imperativo mínimo, dando amplio margen para la autonomía de la voluntad de los integrantes de la pareja; bajo una premisa fundada en el respeto a la autonomía y libertad de quienes deciden no contraer matrimonio. Para ello, se ha elegido por la formulación de un modelo legislativo cuyas intrusiones en el marco de la vida privada se encuentran especialmente destinadas a evitar la afectación de derechos fundamentales básicos.

Avanzando en esta síntesis, y en lo que refiere al cuerpo de derechos y obligaciones de los convivientes, con la aprobación del Código Civil y

17. Corte IDH, sentencia, “*Atala Riffo y Niñas c/ Chile*”, 24/2/2012, párrafos 142 y 144.

Comercial el Estado ha definitivamente asumido una tarea identificada con una intervención de tipo proteccionista, o bajo de la órbita teórica del paternalismo justificado,¹⁸ fijando las pautas elementales para el ejercicio del plan de vida particular que los convivientes eligieron diagramar. La normativa consagra un piso mínimo inderogable, que se impone como un freno a la libertad negocial. Aquel piso se vincula con un derecho asistencial, el deber de contribución, la responsabilidad frente a terceros y la protección a la vivienda.¹⁹

Ese piso mínimo inderogable para quienes conforman una unión convivencial representa no solo valores sobre los que la sociedad pluralista pretende se estructuren las diversas unidades familiares, sino también las pautas básicas necesarias para la protección de sus miembros.

Al mismo tiempo, presenta un conjunto de reglas, o consecuencias supletorias, destinadas a cobrar vida frente a la ruptura de la unión, cuyos lineamientos centrales descansan en la protección de sus integrantes, en especial de aquel que puede sufrir perjuicios económicos que tienen como causa el quiebre afectivo de aquellas comunidades afectivas.

El tipo de intervención de la que hablamos es lo que los teóricos han llamado *paternalismo justificado*. No habrá aquí imposición de ideales personales o planes de vida elegidos, sino de *conductas* o *cursos de acción* aptos para la satisfacción de las preferencias subjetivas y la realización de los planes de vida libremente elegidos.²⁰ La justificación de aquella intervención en la libertad individual y la autonomía reside no solo en eliminar los

18. C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed. Buenos Aires, Astrea, 2007.

19. Para ampliar este análisis, compulsar: S. I. Fortuna, “La matriz constitucional de la regulación en materia de uniones convivenciales”, *op. cit.*

20. C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 413 y ss. Véase también V. Camps, “Paternalismo y bien común”, *Revista digital DOXA*, 1998, N° 5; E. Garzón Valdez, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Revista digital DOXA*, 1988, N° 5; G. Dworkin, “Paternalism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, online: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/>. Conforme lo desarrollado por el autor en el texto citado, el paternalismo presenta tres elementos: la interferencia con la libertad de acción de una persona, la coerción y la presencia o ausencia del consentimiento. En ese marco, Dworkin define al paternalismo como “la interferencia con la libertad de acción que se justifica por razones concernientes al bienestar, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o valores de la persona o personas coaccionadas”.

obstáculos que hacen a las restricciones para el desarrollo de los planes de vida, sino también en la protección de los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan sus propios intereses.

A fines de desarrollar la idea de la necesidad de la práctica intervencionista, Camps sostiene que el mundo está compuesto por dos tipos de personas: los fuertes y los débiles; “las instituciones deberán proteger al débil, al incompetente, al incapaz de ejercer libremente su libertad. Deberán hacerlo competente”.²¹

La distinción efectuada entre fuertes/débiles ensayada por la autora atraviesa todos los vínculos intersubjetivos en los que transcurren los actores sociales. Es decir, el competente es el fuerte, el superior, en cualquiera de los sentidos posibles: cronológico, cultural, político, económico, religioso, profesional. Debido a aquella superioridad, se constatan relaciones como las de amo-siervo, gobernante-gobernado, padre-hijo, profesor-discípulo, clérigo-fiel, médico-enfermo.

Existe entonces un deber por parte del Estado de protección a aquel que se encuentra en inferioridad de condiciones respecto de los otros, adoptando medidas de protección y asistencia que, generalmente, tienen como resultado una restricción en la libertad y autonomía. Se trata, en rigor, de un deber de justicia consistente en subsanar los desequilibrios y poner en disposición de aquellos que se hallan en situaciones de desigualdad los bienes primarios y necesarios para asegurar su dignidad, y lo que aquella importa (bienestar, salud, educación, vivienda, trabajo, etcétera).

En efecto, en el entendimiento de la existencia de la referida dicotomía, y que en toda relación humana existe una parte débil y otra fuerte, es viable concebir que la intervención del Estado destinada a corregir esa desigualdad, y garantizar la satisfacción de bienes básicos para la subsistencia, es justa.

Dicho ello, la pregunta que queda hacernos es: en qué medida, y bajo qué intensidad, es justificada la intervención del Estado en la decisión autónoma de conformar una unión convivencial, estableciendo reglas imperativas, de orden público, y consecuentemente inderogables. Es que no debe importarnos si se regula de forma tal de habilitar que los convivientes puedan reconocerse contractualmente derechos específicos el uno al otro, sino

21. V. Camps, “Paternalismo y bien común...”, *op. cit.*

analizar cuidadosamente si es justificada la decisión de imponer reglas aplicables aun frente al silencio o rechazo de los convivientes.

Así, como se ha formulado, partiendo de la autonomía de la voluntad como valor central, debe asumirse que la libertad de unos no puede ser ejercida en perjuicio de los otros y, por ello, es función de la ley corregir aquella asimetría cuando pone en riesgo la libertad, dignidad y supervivencia del más desfavorecido.

La intervención del Estado al regular las uniones convivenciales debe existir a los fines de corregir aquella desigualdad. Es decir: estableciendo un piso mínimo regulatorio obligatorio que, al mismo tiempo en que reconozca la autonomía y libertad de conformar distintos tipos de familia y de convenir la regulación que se considere adecuada al vínculo, se imponga obligaciones de mínima que garanticen la satisfacción de derechos básicos, corrija las desigualdades que propenden a la insatisfacción de aquellos derechos y se enraíce al principio de solidaridad familiar que nace en la misma afectividad que define aquel particular vínculo humano.

Así entonces, y solo bajo aquellos parámetros, la intervención paternalista del Estado se encuentra justificada en el marco de las uniones convivenciales; haciendo justicia para el débil, redistribuyendo los bienes existentes, y procurando que este, al menos en el marco de aquella vinculación, vea garantizada la tan anhelada libertad.

A su vez, este razonamiento, debe destacarse, se enraíza con la conceptualización del principio de solidaridad familiar que define la familia contemporánea. Es que la solidaridad a la que se refiere no solo ha representado el desplazamiento de la idea de autoridad como instrumento para la construcción del orden jerárquico de las relaciones familiares, sino también una herramienta que limita el ejercicio de la libertad individual indiscriminada cuando las vinculaciones familiares, cuya protección encomienda la Constitucional Nacional, se desmoronan al mismo tiempo que perjudican a uno de los integrantes de la unión.

B. La solidaridad familiar como arquitectura política para la regulación de las uniones convivenciales

Los factores de cambio que movieron las bases de las conformaciones familiares encuentran su raíz sociohistórica durante el siglo XX cuando, como describe Axel Honneth, se soltaron las tenazas institucionales entre

la relación íntima sexual, el matrimonio y la familia; provocando la inauguración de nuevas formas de intimidad y privacidad donde la libertad individual, como ideal de la modernidad, mermó su intensidad discursiva para dar paso a una libertad de orden social, construida desde el plano interpersonal.

El cambio al que se alude, que se produjo durante el siglo XX, es aquel vinculado con la desinstitucionalización de la pequeña familia burguesa, y el proceso de liberalización del matrimonio de las llamadas coerciones externas y el establecimiento del “amor romántico”, como estrategia de cohesión familiar. En efecto, como señala el autor que ha sido referenciado, “en el horizonte del nuevo modelo de reconocimiento, se espera institucionalmente de los cónyuges no solo que funden familia y engendren hijos, sino que se brinden afecto y el amor que sienten entre sí”. Los lazos que se crean en el universo familiar son lazos de afecto y colaboración donde las libertades individuales no son construidas sino en el marco de libertades sociales, unas dependientes de las otras.

Parsons en el siglo XX sostuvo que la familia moderna era un paradigmático caso de institucional relacional, ya que es en ella donde deben prevalecer modelos simétricos de cuidado mutuo y de empatía, donde la estructura igualitaria de reconocimiento se contrapone a la simetría de autoridad, clasificándose roles fijos para el padre y para la madre.²²

La vida familiar actual, o posmoderna, presupone en cambio una ruptura con los roles fijos y complementarios antes descriptos, para dar lugar a una igualdad de tipo societaria donde los integrantes de la familia se dividen las funciones de acuerdo con sus posibilidades fácticas; las obligaciones antes prefijadas se flexibilizan dándose lugar a una comunidad de solidaridad y ayuda mutua. Las obligaciones dejan de tener una complementariedad funcional, como lo entendían Hegel y sus contemporáneos, construyéndose en cambio una complementariedad de carácter recíproco. Se construye un futuro común, el “nosotros” de la relación íntima o amorosa.

En forma concomitante, a medida que durante el siglo XX el matrimonio se liberó en su relación interna, en su relación externa se juridificó, sometiéndose a nuevas regulaciones destinadas principalmente a responder a un modelo de Estado social cuya raíz se conecta con la necesidad de brindar

22. T. Parsons, “La edad y el sexo en la estructura social de los Estados Unidos”, en: *Ensayos de teoría sociológica*, Buenos Aires, 1987, Paidós, p. 79.

mayor protección al integrante más débil, o económicamente dependiente en aquella relación.

Así, la solidaridad reemplaza a la autoridad como marco constructivo de la familia.

Reconociendo el significado polisémico de la palabra solidaridad, Kemelmajer de Carlucci, sostiene que las transformaciones sociales y culturales maduras en la década de 1960 importaron que la familia deje de concebirse como una institución jerárquica, para pasar a ser una organización donde cada integrante es un sujeto de derecho y, gracias a aquella unidad doméstica, logra el pleno desarrollo de su personalidad. En el Derecho contemporáneo la solidaridad representa un límite a la autonomía, fundado principalmente en el reconocimiento de deberes que se conectan con el reconocimiento de los derechos inviolables que se reconocen a las personas.²³

La familia, como observa Encarna Roca, “ha de concebirse al servicio de sus componentes y no a su inversa”.²⁴ “La familia es el lugar donde se reproducen las condiciones morales del liberalismo: si su régimen interno es injusto, entonces no solo las libertades de algunos miembros disminuyen, sino que la vida pública se ve amenazada a causa del perjuicio en la posibilidad de participar en las instituciones de la democracia liberal. No se puede permitir a ningún grupo incapacitar a nadie para la participación en la vida pública. La familia es, pues, una sociedad abierta, porque es una comunidad en la que madura la personalidad de los individuos que la forman, y en esa tarea colabora asimismo el Estado”.²⁵

La solidaridad se vuelve el elemento central a la hora de determinar la forma en que los vínculos humanos se construyen en el plano familiar. Aun cuando normativamente, hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, no se ha reconocido la existencia del principio que recepte la referida solidaridad, aquella se enmarca como un ideario de construcción familiar que se encuentra instalado culturalmente en el mundo occidental.

23. A. Kemelmajer de Carlucci, “La autonomía de la voluntad en el Derecho”, en M. Graham, M. Herrera (directoras), *Derecho de las Familias...*, Buenos Aires, Infojus, 2014, p. 3.

24. E. Roca, *Familia y cambio Social. De la “casa” a la persona*, Madrid, Civitas, 1999.

25. M. Pareira, *Direitos fundamentais*, citado en: A. Kemelmajer de Carlucci, “Capítulo introductorio”, en: A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, N. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial*, op. cit.

Es que esta solidaridad ha circulado en el marco de las vinculaciones afectivas contemporáneas de forma casi imperceptible, naturalizándose, y fijándose de forma tal que resulta esperable que en el marco de una relación de pareja se colabore mutuamente para la construcción de un plan de vida común, por más simple o cotidiano que aquel fuere.

Como principio del derecho, la solidaridad familiar ha sido parte de razonamientos explicativos de diversas normas del derecho de familiar. No debe olvidarse que las obligaciones alimentarias entre cónyuges y parientes han sido fundadas en la existencia de un “deber moral de solidaridad” entre los miembros más próximos del grupo familiar, y que es sobre aquel deber moral que la ley se erige reconociendo la obligación civil.²⁶ A su vez, las normas que en el marco de la regulación aplicable al régimen de bienes en el matrimonio reconocen la obligación de soportar en forma conjunta las cargas o gastos domésticos, y de responder en forma solidaria a frente a determinadas deudas vinculadas a la satisfacción de aquellas necesidades que hacen a la vida común; o incluso la regulación destinada a la protección de la vivienda familiar y sus muebles, apelan a la solidaridad como principio de cohesión familiar, y de articulación de aquella con la sociedad.

Córdoba ha afirmado que “la instrumentación de la solidaridad nace a partir de la idea de la piedad familiar del Derecho Romano. Esto era el

26. G. Bossert, *Régimen Jurídico de los Alimentos*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2006, p. 2. También: M. L. Mizrahi, “Los alimentos entre cónyuges divorciados por causales objetivas. Desdoblamiento interpretativo del artículo 209, C.Civ.”, LL, 2009-B-1104. En Jurisprudencia se ha dicho: “El fundamento de dicha obligación está dado por el principio de solidaridad familiar, a raíz del cual surge la necesidad de que los individuos que están ligados por lazos de parentesco, de acuerdo con el orden de prelación impuesto por la misma norma, concurren a hacer posible el bien personal de los integrantes de la comunidad a la cual pertenecen...”. Véase: Cam. Civ. y Com, sentencia segunda instancia, Mar del Plata, 13/5/2014, “U., L. J. C/ P., I. y Ot. s/ Alimentos”, Expte. N° 155371, *elDial.com* - AA8815. En igual sentido: En jurisprudencia: Trib. Flia., sentencia de primera instancia, Formosa, 20/5/1999, La Ley, 2000-C, 894, LLLitoral, 2000-103, AR/JUR/2760/1999; Juzg. Familia San Isidro, sentencia de primera instancia, 30/11/2015, “A. C. M. S. c/ A. F. R. s/Incidente de Alimentos”, SI-30076-2013, *elDial.com* - AA937C; La CNCiv., Sala L, Sentencia de segunda instancia, 26/8/2015, “G. DE C., A. I. c/ C., G. A. s/ALIMENTOS”, reseñado en: Actualidad en Derecho de Familia, 2015-V, Abeledo Perrot; CNCiv., Sala J, Sentencia de segunda instancia, 06/10/2011, “H., L.D.C. v./ B., E. s/alimentos”, sumario 21438; íd. Sala C, Sentencia de segunda instancia, 12/03/2012, “G., M. v. S., C. D.”.

comportamiento esperable entre los miembros del grupo más pequeño de la sociedad”.²⁷ Para los romanos la *pietas* importaba no solo la virtud que impulsaba a cumplir los deberes para con la divinidad y con la patria, sino también con los mayores, los familiares y con todos aquellos a quienes estamos unidos con el vínculo de la sangre.²⁸ Ahora bien, esa asimilación difícilmente pueda ser trasladada a nuestros tiempos. Como se ha fundado, las conformaciones familiares de la posmodernidad se constituyen bajo los ideales de igualdad y libertad, atravesados por la solidaridad como elemento estructurante para la construcción de la vida doméstica.

Así entonces,

(...) la solidaridad importa el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás... actúa como un mecanismo de articulación, que permite concretar la igualdad real y verdadera entre los miembros de la comunidad a pesar de sus naturales diferencias individuales.²⁹

Como afirman Lloveras y Salomón,

(...) la solidaridad familiar es un presupuesto que sirve de apoyo de las diversas formas familiares, demarcando las bases para obtener a través del derecho reglamentario el resguardo o amparo de determinados aspectos que rodean a las familias, a la vez que

27. Palabras pronunciadas por Marcos Córdoba en la conferencia “La solidaridad es un principio general del Derecho de Argentina”, dictada en el marco del “Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones”, UBA, Derecho. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/la-solidaridad-es-un-principio-general-del-derecho-de-argentina/+5226>.

28. E. Forcellini, *Pietas*, III, Bolonia, 1965, p. 709, citado en: V. A. Bech, “El derecho penal romano como argumento contra el paganismo ‘Pius Iuppiter’ en ‘Ad Nationes’ II, 13, 16, de Tertuliano”, *REHJ*, 2007, XXIX, 37-49, 2007, Online: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552007000100001>.

29. CNCiv., Sala L, Sentencia de segunda instancia, 26/8/2015, “G. DE C., A. I. c/ C., G. A. s/ALIMENTOS”, reseñado en: *Actualidad en Derecho de Familia*, 2015-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

se erige como un límite claro al ejercicio irrestricto de la autonomía de la voluntad... La solidaridad implica un compromiso y un deber hacia los restantes integrantes de la forma familiar que como personas protagonizan, enlazándose el proyecto de vida autorreferencial con la interacción que el mismo tiene respecto a los otros proyectos de vida autorreferenciales, de los integrantes de esa forma familiar.³⁰

Al mismo tiempo, su reconocimiento importa la obligación estadual de regular las vinculaciones familiares bajo el prisma de la solidaridad analizada, limitando la autonomía individual de manera de reducir los riesgos que pudiese acarrear el ejercicio abusivo del aquel derecho en el marco de las vinculaciones de pareja que, en los términos ya estudiados, entendemos como familia.

Veamos ahora cómo juegan estos conceptos en la cuestión vinculada con la protección de la vivienda familiar, tanto durante la vigencia de las uniones como con posterioridad a su cese.

IV. La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales

La vivienda familiar en el marco de las uniones convivenciales ha despertado interés tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, principalmente por el hecho de la desprotección legal que imponía la normativa civil y la clara diferenciación existente respecto al amparo dado a las uniones matrimoniales.

La importancia, tanto simbólica como material, que tiene la vivienda en una familia resulta tangencial, ya que de ella depende el desarrollo de sus miembros en un espacio que se supone de resguardo y seguridad. En efecto, en palabras de Aída Kemelmajer de Carlucci:

La vivienda tiene para el individuo un gran valor, no solo patrimonial, sino esencialmente extrapatrimonial: en el plano material, le

30. N. Lloveras, M. Salomón, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, p. 115-116.

da amparo a su integridad física, pues lo protege de los peligros de la naturaleza y de las amenazas de los malvivientes; jurídicamente, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad; en el plano moral, es el centro de la esfera de su intimidad, “el santuario de su vida privada”, etcétera.³¹

La significación de la vivienda en la esfera del hombre, aun pese a los efectos que irradia sobre la vida civil, representa un derecho fundamental reconocido en la Constitución Nacional³² que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento legal. Es en ese orden de ideas que recae como obligación activa del Estado asegurar a toda persona la protección de la vivienda, sea tanto en el aspecto individual como al núcleo familiar conformado por aquel individuo.³³

Así entonces, el establecimiento de un marco protectorio como el que la ley propone respecto de las uniones convivenciales resulta, como se argumentará, valorable. Su expreso reconocimiento responde a concretización de un derecho fundamental básico reconocido en el artículo 14 de la Constitución Nacional, pero direccionado hoy a diferentes modelos familiares.

En ese contexto, la legislación civil y comercial estructura un régimen que varía en su intensidad según cuál sea el ciclo de vida en que se encuentre

31. A. Kemelmajer de Carlucci, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 29. Véase también: N. Lloveras, V. Duran, “La protección de la vivienda desde el derecho y la psicología”, *RDF*, 2017, N° 80, p. 8.

32. La Constitución derogada de 1949, rezaba en su art. 37 que “El Estado formará la unidad económica familiar, de conformidad con lo que una ley especial establezca” y que “El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine”. A partir del año 1957, y tras la incorporación del artículo 14 bis, la Constitución Nacional reconoce “la defensa del bien de familia” y el “acceso a una vivienda digna”. A su turno, tras la reforma constitucional sufrida en el año 1994, el derecho a la vivienda ha sido reconocido expresamente en la Declaración de los Derechos del Hombre (art. 25); el PIDESC (artículo 11.1); la CEDAW (art. 14.2); la CDN (art. 27.3) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5, inciso e.iii).

33. N. Lloveras, “La protección constitucional de la vivienda familiar”, *LL*, 1993-E-812; M. V. Famá, “Hogar, dulce hogar... Protección de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia de pareja”, *op. cit.*; M.V. Famá, “Convivencias de pareja y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil”, *LL*, 2006-D, 604.

la pareja, estableciéndose particularidades propias a este tipo de modalidad familiar en comparación con el modelo matrimonial clásico. Así, nos encontramos por un lado con lo normado en el artículo 522 del CCyCN que, en reflejo con el régimen protectorio vigente para las uniones matrimoniales, reproduce la restricción al poder dispositivo de uno de los convivientes con respecto al inmueble que es sede del hogar familiar, y a los muebles indispensables que lo integran. En aquella misma norma, con respecto a la relación de los convivientes con sus acreedores, se prohíbe la ejecución de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la inscripción de la unión; excepto que dichas deudas hayan sido tomadas por ambos convivientes, o por uno solo con el asentimiento del otro.

Por otro lado, se estructura un régimen de resguardo de la vivienda a regir con posteridad al quiebre de la unión. De tal forma, cuando la ruptura de la unión es producto del quiebre del vínculo afectivo en vida los convivientes, el artículo 526 CCyCN consagra un régimen de protección con una intensidad más leve, permitiendo sea atribuida la vivienda a uno de los convivientes durante un plazo reducido y fijo.

Por último, reconoce el artículo 527 del CCyCN un exiguo derecho que extiende al conviviente supérstite. A aquel, pese a no habersele reconocido derechos sucesorios, se le concede la posibilidad de reclamar a los herederos de quien en vida fuera su pareja permanecer, también por un escaso periodo de tiempo, en la vivienda donde moraba con el *de cuius*.

Siguiendo la estructura anunciada, se analizará a continuación –con sentido crítico y especial cuidado– el régimen legal aludido. Asimismo, se intentará delinear la manera en que se presenta un adecuado diálogo entre los principios constitucionales que han sido delineados en los primeros apartados del presente trabajo con el régimen legal analizado.

A. Protección de la vivienda durante la vigencia de la unión convivencial

En la instancia actual de análisis del presente trabajo, conviene ser recordado que la protección que consagra el artículo 522 del CCyCN tiene aplicación durante la vigencia de la unión y conforma el denominado piso mínimo obligatorio; ello implica la imposibilidad de que pueda ser dejado sin efecto sobre la base de acuerdos que pretendieran celebrar los convivientes. Aun así, su aplicación resulta limitada a las uniones convivenciales inscriptas. Esta limitación ha sido fundada en el estado registral que

da publicidad a la unión y, consecuentemente, seguridad a los terceros que contratan con algunos de los integrantes de la pareja.³⁴ La necesidad de registro de la unión convivencial para que opere el mecanismo de protección de la vivienda resulta condición necesaria para su viabilidad. Es que, más allá del reconocimiento legal del vínculo afectivo, y de los restantes efectos legales que emanan del ordenamiento civil, la registración de la unión se vuelve necesaria para lograr su oponibilidad a los terceros que pretenden cobrar sus acreencias ejecutando aquella vivienda.

En referencia a la protección interna, es decir entre convivientes, la previsión limita el poder dispositivo de uno de los convivientes con respecto al inmueble que es sede del hogar conyugal, y a los muebles indispensables que lo integran, reproduciendo en este aspecto la protección otorgada a las uniones matrimoniales. La norma es amplia en tanto no distingue el hecho de si hubiese o no descendencia. Así la protección a la vivienda familiar se enclava en el entendimiento de que su sustento es el reconocimiento del derecho humano a la vivienda de todas las personas con independencia del modelo familiar que conforman.

Entre otras cuestiones que merecen ser destacadas, la norma comentada exige el asentimiento del conviviente no titular para la realización de los actos sobre los que pesa la limitación (actos de disposición del inmueble donde se radique el hogar familiar y de los muebles indispensables para las necesidades básicas de la familia en cuestión), previéndose la posibilidad que, frente a la oposición, la judicatura autorice la disposición del bien en cuestión cuando aquel sea prescindible y no comprometa el interés familiar.

La realización del acto sin el correspondiente asentimiento, o autorización judicial en defecto, será nulo ante el pedido efectuado por el conviviente afectado; acción que podrá ejercerse dentro del plazo de seis meses de conocido el acto cuya impugnación se pretende.

34. M. V. Famá, “Uniones Convivenciales”, en: O.J. Ameal, *Código Civil y Comercial*, op. cit.; J. O. Azpiri, *Uniones convivenciales. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit., p. 88; N. Lloveras, O. Orlandi, F. Faraoni, “Uniones Convivenciales”, en A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera, N. Lloveras, *Tratado...*, op. cit. p. 135; M.V. Pellegrini, “Las uniones convivenciales en el proyecto...”, op. cit.; M. Herrera, *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 329; M.V. Pellegrini, “Los pactos en las uniones convivenciales”, *RDF*, 2015, N° 70, p. 137; M.V. Pellegrini, *Las Uniones Convivenciales...*, op. cit. p. 141.

La norma no aclara la forma en que debe efectuarse el asentimiento, lo que habilitaría a pensar que puede ser prestado sin ningún tipo de formalidad. Aun así, de tratarse de la enajenación de un acto efectuado por escritura pública, el asentimiento debiera ser otorgado bien en aquel instrumento de venta, o el otro suscripto anteriormente bajo la misma formalidad.

Por otro lado, con respecto a la protección en su faz externa, es decir, respecto de terceros acreedores de alguno de los convivientes, el artículo 522 CCyCN comentado establece también una limitación a la ejecución de la vivienda familiar por deudas contraídas con posterioridad a la inscripción de la unión, y salvo que dichas deudas hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno solo de ellos, pero con el asentimiento del otro. Esta disposición ha recibido críticas desde dos aspectos: por un lado, se observa que no se indica si la unión convivencial debe encontrarse inscrita en el registro correspondiente a la jurisdicción donde se encuentra la vivienda familiar.³⁵ Por otro, se reprocha la solución en tanto conspira contra la fluidez del tráfico negocial y el acceso al crédito por parte de quienes integran la unión.

Con referencia a la primera cuestión, aun admitiendo la deficiencia advertida en la redacción de la norma, en tanto no indica en forma concreta dónde debe efectuarse la inscripción, debe concluirse que corresponde sea realizada en el Registro de la Propiedad correspondiente al bien en cuestión. Es de aquella forma que se garantiza la debida protección.³⁶

En lo que hace a la segunda observación, ha señalado Famá que hubiese sido “suficiente para proteger la vivienda el régimen optativo (y no coactivo como el que aquí se propone) que el mismo Código prevé a través de la figura de la afectación, regulada entre los artículos 244 y 255”.³⁷ Esta propuesta, pareciera ser la acertada, principalmente teniendo en cuenta que

35. E. A. Sambrizzi, “Las denominadas uniones convivenciales en el proyecto de reformas al Código Civil”, *DJ*, 12/12/2012.

36. En igual sentido: G. Medina, E.G. Roveda, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 470; M. V. Famá, “Uniones Convivenciales”, en: O.J. Ameal, *Código Civil y Comercial*, op. cit.; J.O. Azpiri, *Uniones convivenciales. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit., p. 88.

37. M. V. Famá, “Uniones convivenciales”, en: Oscar J., *Código Civil y Comercial*, op. cit.

existe una protección específica reconocida en el ordenamiento legal que satisface la exigencia de protección del derecho de protección a la vivienda familiar.

Conviene, no obstante, poner en resalto una observación efectuada por Szmuch³⁸ con relación a la necesidad de inscripción para que la protección cobre virtualidad. El autor señala, con acierto, que la registración de unión convivencial se sostiene en la necesidad de dar publicidad a su existencia, ello independientemente de los efectos que emergen del ordenamiento jurídico y se aplican a este tipo de conformaciones familiares. Así entonces, al establecer la ley un efecto específico como es la protección de la vivienda familiar a partir de la registración de la unión lo hace a fin de que aquella unión sea pública y, por ello, resulte oponible a terceros. En consecuencia, sobre la base de aquellos argumentos, si los terceros conocían la existencia de la unión convivencial en oportunidad de haberse constituido como acreedores de uno de los convivientes aceptaron aquella realidad familiar y, por ello, la protección del artículo 522 del CCyCN tendría virtualidad, aun pese a la inexistencia de registro. El análisis efectuado resulta interesante, aunque de compleja aplicación. En el supuesto descrito, la protección de la vivienda de las uniones no registradas cobrará virtualidad únicamente cuando pudiese acreditarse que el tercero tenía efectivo conocimiento de la existencia del vínculo afectivo. Ello implicaría introducir en el trámite ejecutorio excepciones no previstas en el ordenamiento procesal para repeler la ejecución promovida, sobre la base de efectivo conocimiento del vínculo afectivo; lo que se traduce, además, en una dificultosa y adicional prueba.

Así entonces, no obstante suscribir a la opinión dada por Fama en el anteúltimo párrafo al presente, en cuanto a que hubiese sido suficiente para proteger la vivienda el régimen optativo que el mismo Código prevé a través de la figura de la afectación, regulada entre los artículos 244 y 255, la exégesis del artículo 522 del CCyCN responde a la necesidad de reconocer un régimen protectorio de la vivienda convivencial frente a los terceros que pretendan ejecutarla razón por la cual, y más allá de las críticas a la solución

38. M. G. Szmuch, “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación”, en *RdN*, enero-marzo 2015, N° 919.

legal, la operatividad de la norma descansa en la necesidad del registro correspondiente.

También con referencia a la exigibilidad del registro que impone la norma, pero desde otra óptica en el análisis vinculada al derecho a la igualdad, resulta de interés resaltar otra observación efectuada por la doctrina. Solari critica la necesidad de que la unión convivencial se encuentre “inscrita en el registro correspondiente” para dotar de protección a la vivienda. Sostiene que la exigencia, no prevista para las uniones matrimoniales, pone en un pie de inferioridad y desigualdad a las convivenciales, llevándolas a un terreno de desprotección cuando el bien objeto de resguardo es el mismo. Además, razona que resulta contradictorio el hecho de que la inscripción de las uniones convivenciales tenga efecto meramente probatorio, como así prescribe el artículo 512 CCyCN, cuando en el caso el régimen protectorio depende de la inscripción. En efecto, observa el citado autor, puesto que el derecho a la vivienda constituye un derecho humano, su protección no puede depender de su inscripción registral, debiéndose, en su caso, haberse dispuesto de un registro especial al efecto de esa anotación, distinto al de la inscripción de la unión.³⁹

Ahora bien, debe ser advertido que pretender equiparar la solución existente a la vigente para las uniones matrimoniales, brindando una protección sin la modalidad de inscripción a la que refiere la norma bajo comentario, implicaría bien defender una inscripción compulsiva de las uniones convivenciales, ya que sería la única forma de garantizar el conocimiento de la unión a los fines de la protección del bien; o bien exigir a toda persona física o jurídica que contrate con un individuo la investigación acerca de su situación de convivencia.

Conviene puntualizar que, sin duda, resulta una importante imprecisión el hecho de que la regulación no especifique de qué tipo de registro se trata. Aunque la falta de aclaración debe entenderse como que la inscripción no puede sino ser hecha ante el Registro de Propiedad correspondiente a donde se encuentre el bien cuya protección se pretende.⁴⁰ La referida

39. N. E. Solari, *Derecho de las Familias*, op. cit., p. 262.

40. En coincidencia: J. O. Azpiri, Comentario al artículo 522, en: A. J. Bueres, *Código Civil y Comercial de la Nación...*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, Tomo 2, p. 322; M. V. Famá, “Uniones convivenciales”, en: O. J. Ameal, *Código Civil y Comercial*, op. cit.; M.

inscripción será la única forma de facilitar que los terceros y el funcionario público que intervenga en el acto puedan verificar su existencia y, en tal caso, requerir el asentimiento del conviviente.⁴¹

B. Protección de la vivienda familiar tras el cese de la unión convivencial

Ocurrida la ruptura de la unión convivencial por alguna de las causas previstas en el artículo 523 del Código⁴² sucede en forma inmediata el cese de los efectos que conforman el piso mínimo obligatorio de derechos y obligaciones de los convivientes y, al mismo tiempo, deviene el nacimiento de una serie de consecuencias supletorias, salvo pacto en contrario que disponga expresamente la exclusión de alguna de ellas.

Como ha sido observado, la conciencia acerca de la importancia de la celebración de pactos se vuelve trascendental en esta instancia. En aquellos instrumentos es donde los convivientes podrán regular, dentro del espacio existente entre el orden público y el piso mínimo de protección legamente establecido, las consecuencias a regir durante su vigencia de la unión o para la eventualidad de la ruptura.⁴³

Si no lo hicieren y, consecuentemente, no resolvieren respecto de los efectos a regir luego del cese, cobrarán virtualidad los derechos que emergen de los artículos 524 (compensación económica), 526 (atribución de la vivienda familiar), 527 (atribución de la vivienda familiar en caso de muerte)

V. Pellegrini, “Los pactos en las uniones convivenciales”, *RDF*, 2015, N° 70, p. 137; M. V. Pellegrini, *Las uniones convivenciales...*, *op. cit.* p. 141.

41. Con posterioridad a que se presentara el proyecto encargado a la Comisión Redactora del CCyCN, el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires redactó un informe donde concretamente se reclamaba la modificación del artículo en cuestión, de manera tal que se indicara en forma expresa que la inscripción del bien cuya protección se pretenda sea efectuada en el Registro de Propiedad correspondiente. Véase: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, “Informe del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LL, Cita online: AR/DOC/1689/2014.

42. Se advierte que no es el objeto ni la finalidad de este trabajo abordar las causales de cesación de las uniones convivenciales, razón por la cual no se referirá a estas.

43. N. Lloveras, O. Orlandi, F. Faraoni, *Uniones convivenciales*, *op. cit.*, p. 161; M. V. Famá, “Uniones convivenciales”, en: O.J. Ameal, *Código Civil y Comercial*, *op. cit.*

y 528 (distribución de los bienes) del CCyCN. La autonomía de la voluntad vuelve a cobrar aquí especial relevancia, aunque el no ejercicio tendrá como consecuencia que el régimen legal habilite una serie de remedios cuya finalidad está destinada a proteger al integrante más débil de la relación afectiva.⁴⁴

La materia que nos convoca –protección de la vivienda familiar tras la ruptura de la unión convivencial– cobra especial relevancia, ya que el cuerpo normativo ha regulado en la búsqueda de un equilibrio entre los derechos patrimoniales del titular del dominio del bien en cuestión y la protección de la morada respecto de aquellas personas que la habitan y se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad.

Es en ese contexto que la norma establece un mecanismo de protección sustancialmente diferente al vigente durante la convivencia. Entonces, dijimos que para la protección irradie efectos era necesaria la inscripción en el registro de propiedad del lugar donde se encuentre el bien en cuestión. En cambio, la regulación aquí comentada se desentiende de aquella cuestión registral, requiriéndose únicamente que se trate del hogar que haya sido la cede de la unión convivencial.

Con referencia a los supuestos de atribución previstos, debe en primer lugar recordarse que, entre los fundamentos al Anteproyecto, la Comisión a cargo de su redacción señalaba que la protección especial que se consagra en la legislación se funda en la conceptualización de la vivienda familiar u hogar familiar como un derecho humano. Así, el artículo 526 del CCyCN contiene dos presupuestos que habilitan el pedido de la atribución de la vivienda familiar tras la ruptura de la unión. El primero de ellos alude al caso de que quien solicita el remedio tenga a su cargo hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad; mientras que el segundo se presenta cuando quien solicite acredite extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

Como se ha interpretado, corresponde primero advertirse que ambos casos representan presupuestos autónomos y actúan, cada uno, en función de la acreditación de los requisitos establecidos en la norma. Asimismo, cuando

44. M. Molina de Juan, “Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. No será lo mismo casarse que no casarse”, *ELDial.com*, DC1E30, publicado en 03/12/2014.

el artículo refiere a hijos, en función del principio de no discriminación que debe regir a tales fines interpretativos, debe entenderse que alude a hijos comunes o solo de uno de los convivientes con quienes se haya compartido la vivienda. Asimismo, podría también incluir a aquellos hijos quienes, siendo mayores de edad, subsiste en su favor el derecho alimentario establecido en el artículo 658 del CCyCN.⁴⁵

Además, y en referencia al segundo de los presupuestos, la norma alude a situaciones de “extrema necesidad” e “imposibilidad” en procurarse otra vivienda, lo que sin duda obliga a realizar un análisis estricto en cada caso de modo de no consagrar un abuso en el derecho de quien solicita.

Como consecuencia a lo dicho, no sería aventurado afirmar que el ámbito de aplicación de la norma es amplio, en tanto no se restringe a la protección de la vivienda cuando se encuentra habitada por hijos menores, o con capacidad restringida, o incapaces; sino que su protección se extiende a parejas que no tienen bajo su cuidado hijo alguno. Al mismo tiempo, la amplitud cede en este último caso, rigiendo solo a casos de extrema necesidad y bajo un límite temporal celosamente determinado por la norma.

Debe también advertirse en este estado que el régimen protectorio que establece la legislación resulta claramente menos intenso que el previsto para las uniones matrimoniales. Conforme se desprende de los artículos 433 y 434 del CCyCN, entre los cónyuges no hay plazo de duración máximo prestablecido por la ley; y el cuidado de los hijos, posibilidades económicas y el interés de terceros juegan como pauta de valoración para la determinación del uso exclusivo del bien en favor de uno de ellos. La distinción se ha fundado en el ejercicio que resulta de la construcción de un equilibrio entre el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad, bajo el presupuesto de dar una protección al conviviente que se encuentre en estado de mayor vulnerabilidad y, al mismo tiempo, garantizar el derecho a la propiedad del titular del bien en cuestión. Razón por la cual considero que la regulación resulta razonable en función de los derechos constitucionales en juego.

45. M. V. Famá, “Uniones Convivenciales”, en: O.J. Ameal, *Código Civil y Comercial*, op. cit.

Con ese criterio de mayor intensidad ha sido también entendido que el derecho en cuestión puede ser dejado sin efecto por pacto en contrario que los convivientes hayan celebrado. Es decir, su vigencia operará con carácter supletorio a la falta de acuerdo.

Algunas voces doctrinarias han confrontado la constitucionalidad de la norma bajo la óptica del derecho a la igualdad y en función del diferente marco de protección entre las uniones convivenciales y el matrimonio. Así, María Victoria Famá ha razonado que:

En tal contexto, el artículo 526 resulta inconstitucional porque propone un trato discriminatorio entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, contrario a la idea de igualdad que reproduce también el artículo 558 del nuevo Código (...) La solución es discriminatoria, por un lado, porque a diferencia de lo que ocurre en el seno del matrimonio, la atribución del uso de la vivienda en las uniones convivenciales forma parte del régimen supletorio y no imperativo del que las partes pueden sustraerse por pacto en contrario (...) El artículo 526 establece un plazo máximo de dos años de ocupación de la vivienda que el artículo 443 no contempla en el caso del matrimonio, donde solo se indica que el juez debe estipular un plazo, sin señalar un tope que puede no ser adecuado a los intereses de la familia.

A la misma observación ha arribado Azpiri, quien sostiene que se está brindando un tratamiento diverso a un supuesto de naturaleza similar, distinción que podría resultar cuestionada en cuanto a su constitucionalidad.⁴⁶

En respuesta a aquella afirmación, podría sostenerse que la ley no resulta discriminatoria en tanto el fin protectorio del artículo 526 no es el derecho de los hijos, sino el derecho de los adultos a ver preservada su vivienda post cese de la unión.

Pellegrini, asumiendo que podría cuestionarse la norma en términos de decisión legislativa, aunque no su constitucionalidad, sostiene que,

46. Véase: M. V. Famá, “El uso de la vivienda familia el cesar la unión convivencial”, *LL*, 2015-B, 921. En similar sentido: L. Levy, “La vivienda familiar en el Anteproyecto de Código Civil”, *JA*, 2012, suplemento especial II, p. 41; J.O. Azpiri, *Uniones convivenciales. Análisis bajo el Código...*, op. cit., p. 239; N.E. Solari, *Derecho de las familias*, op. cit. p. 276.

respecto a los hijos menores de edad, con discapacidad o capacidad restringida, sean comunes o del conviviente al que le es atribuido el inmueble, corresponderá evaluar la extensión de la contribución alimentaria del conviviente titular del bien y, en su caso, ordenar que la atribución se mantenga por mayor tiempo.⁴⁷

Estos últimos argumentos no resultan a mi criterio convincentes. Si bien resulta cierto que la protección apunta a la vivienda de los convivientes, y no a los niños que habitan en ella, la previsión expresamente establece la existencia de hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad solo como pautas para su concesión. En consecuencia, la norma está teniendo en consideración el derecho a la vivienda de quienes se encuentran en una clara situación de vulnerabilidad. Por ello, coincido en que la norma analizada establece una solución dispar con relación a lo que sucede en la atribución del hogar tras el cese del matrimonio. Ello, frente a la necesidad de brindar una adecuada protección al derecho humano a la vivienda, como por aplicación del principio de igualdad de los hijos, ambos de raigambre constitucional.⁴⁸

No modifica este criterio que el derecho alimentario de los hijos menores de edad se encuentre integrado por la obligación del alimentante de proporcionar una vivienda. Ambas cuestiones, tanto la determinación de una cuota alimentaria a favor de los hijos, y los rubros por los que ella se integre, como la duración del tiempo por el que se extienda la atribución de la vivienda, son factores que la judicatura deberá tener en cuenta cuando se tome una u otra decisión.

Por ello, aun cuando se considere razonable que la protección se proyecte con menor intensidad, permitiendo dejar sin efecto la regulación por

47. M. V. Pellegrini, *Las Uniones Convivenciales...*, *op. cit.*, p. 234. En igual sentido: N. Lloveras, O. Orlandi, F. Faraoni, *Uniones convivenciales*, *op. cit.*; M. Molina de Juan, “Protección de la vivienda familiar”, *RCCyC*, 2015, diciembre, p. 52.

48. En igual sentido: ponencia presentada por R. Méndez y M.F. Ricolfi, en el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, celebrado en la Ciudad de Mendoza en agosto de 2018, titulada: “De las modificaciones que pueden otorgar una mejor protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales”. Véase: <http://congresoderechofamiliasmendoza.com/ponencias-2/comision-5/>. Compulsar también las opiniones opuestas expresadas en: G.E. Tavip, N. Giraudo Esquivio, “La Atribución de la vivienda familiar...”, *RDF*, 2017, N° 80, p. 233.

pacto en contrario y estableciendo un plazo para la duración de la atribución, no resulta razonable cuando la protección que se brinda se sustenta en la existencia de hijos menores de edad, debiendo haberse equiparado la solución, en el caso en concreto, a las uniones matrimoniales.⁴⁹

Esta discusión no ha tenido aun la oportunidad de presentarse en numerosos precedentes jurisprudenciales. Aun así, los dos que se registran

49. Coinciden con este criterio diversas ponencias presentadas en el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, celebrado en la Ciudad de Mendoza en agosto de 2018. En concreto: M. L. Pierucci y N. Giraudó Esquivó, “La atribución del uso de la vivienda familiar. Modificación del plazo fijado en el artículo 526 del CCC”; R. Méndez y M.F. Ricolfi, “De las modificaciones que pueden otorgar una mejor protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales”; S. M. Urrutia, “Mayor protección para convivientes ante el cese de la unión convivencial”. En igual sentido, la Comisión donde aquellas ponencias fueron presentadas, Comisión N° 5 “Protección de la vivienda. Afectación. Crisis familiares y vivienda. Niños adultos y mayores”, presidida por Carlos Arianna, concluyó, de *lege lata*, que “a. En virtud de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 20 inciso 2), los artículos 2, 558 párrafo segundo y 659 del Código Civil y Comercial corresponde interpretar que el límite de dos años previsto en el art. 526 no rige cuando la vivienda se atribuye al ex conviviente que tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad. b. Se reputa inconstitucional el plazo de dos años establecido respecto del inc. a) del art. 526 por considerarlo discriminatorio respecto de los hijos matrimoniales –frente a los cuales no se computan plazos– y de los habidos en unión convivencial”, y, de *lege ferenda*, se propusieron las siguientes alternativas: a. Se propone la redacción del artículo de la siguiente forma: “Artículo 526. Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. En este supuesto el juez debe fijar el plazo de la atribución el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. El plazo indicado no se aplica en el supuesto previsto en el apartado a). b. Se propone la redacción del artículo de la siguiente forma: “Artículo 526. Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. En este supuesto el juez determina el plazo de duración. El plazo indicado no se aplica en el supuesto previsto en el apartado a)”. Véase: <http://congresoderechofamiliasmendoza.com/ponencias-2/comision-5/>.

advierten las discusiones doctrinarias y avizoran un conflicto interpretativo que se mantendrá vigente.

Una sentencia emitida por la justicia de Jujuy en el año 2015 autorizó a uno de los litigantes a usar la vivienda familiar hasta tanto la hija menor de las partes adquiriera la mayoría de edad. Sostuvo en efecto que “corresponde formular el rechazo de la demanda de desalojo también por el derecho constitucional de la niña a la vivienda familiar, el que pone en su cabeza el derecho a retener el inmueble sede del hogar de sus padres cuando convivieron. De ese modo, y siendo el lugar donde ella nació el hábitat en el que está creciendo, tiene derecho a vivir en él. Ello, sin importar que el padre de la menor sea titular de la tenencia del inmueble, constituido por un lote fiscal, pues aun en la tensión entre el derecho de propiedad y el derecho al hogar familiar de la hija menor de edad, debemos pronunciarnos a favor de este último”.⁵⁰ Los jueces actuantes evitaron caer en la discusión relativa a la constitucionalidad de la norma; aun así, centraron el razonamiento en el hecho de buscar una solución que propenda a la protección de la vivienda de la hija menor de edad de quienes eran parte para rechazar así la acción de desalojo intentada.

En un reciente pronunciamiento dictado por la Sala 2^a de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata⁵¹ se evidenció con mayor claridad la disparidad de criterios en la cuestión bajo estudio. El precedente en cuestión contaba con complicaciones adicionales, ya que se trataba de la atribución de la vivienda inscrita en condominio entre las partes y respecto de la cual la guardadora de los tres niños, aspirante a la adopción de aquellos, reclamaba le sea atribuido el que fuera el hogar convivencial. A su turno, su ex conviviente, quien se había retractado del requerimiento vinculado con la adopción de aquellos menores de edad, se oponía al reclamo debido a afirmar no tener obligación alimentaria alguna respecto de aquellos niños. En lo que respecta al tema de análisis, la mayoría del tribunal que el límite temporal de dos años estipulado en el artículo 526 del CCyC para la atribución de la vivienda se refería exclusivamente a la relación entre los

50. CCivCom, San Salvador de Jujuy, Sala 2, sentencia de segunda instancia, 11/11/2015, Rubinzal Culzoni online, RC J 818/16.

51. CCivCom., Mar del Plata, Sala 2, sentencia de segunda instancia, 16/5/2018, “S. M. L. C/R. M. A. S/ Materia a categorizar” (inédito).

ex convivientes, no existiendo impedimento alguno para que se amplíe en virtud de la obligación alimentaria que también pesa sobre los progenitores extramatrimoniales. Habiendo niños o niñas habitando la vivienda familiar, el plazo de atribución máximo de dos años que fija el artículo 526 CCyCN no rige para ellos, porque la vivienda es un rubro de los alimentos que debe cubrir el progenitor que no convive con ellos en ese momento. Además, encontró legitimada a la actora a efectuar aquel reclamo aplicando analógicamente para ello la figura del progenitor afín, y las obligaciones que emergen de esa figura. En ese sentido, se sostuvo que era acertada la decisión de restringir los derechos de propiedad en pos del grupo familiar, y hasta la mayoría de edad de los niños afectados.

Contrariamente, en voto minoritario, el tercer magistrado integrante del Tribunal entendió que la cuestión debía ser resuelta de forma diferente, argumentando para ello la constitucionalidad del plazo de atribución que fija el artículo 526 del CCyCN. En efecto, señaló que las obligaciones emergentes del accionado respecto de los niños de autos se desprendían del principio de socioafectividad, que debe implementarse como herramienta destinada a proteger en forma efectiva el interés de los niños de autos y la dignidad de la persona humana. En ese contexto, resumiéndose los argumentos dados, el magistrado reputó apropiada la atribución de la vivienda a la ex conviviente en los términos del artículo 526 del CCyCN, aunque consideró que el plazo máximo de dos años que establece aquella norma, y que fuera además peticionado por el accionado, resultaba inconstitucional. Conforme señaló el magistrado, al no imponer el artículo 443 del CCyCN un límite temporario para el ejercicio del derecho y sí hacerlo en el marco de uniones no matrimoniales, el legislador ha incurrido en un trato discriminatorio en relación con los efectos que el derecho tiene respecto de aquellos menores de edad en el ámbito de la convivencia.

La disparidad de criterio evidenciada a la hora de resolver un tema tan sensible como lo es la protección de la vivienda donde tenía morada una unión convivencial evidencia la necesidad de repensar el régimen protectorio, no solo a los fines de buscar soluciones concretas a los problemas que se presentan en la judicatura, sino también a fin de pensar una eventual reforma normativa que sanee esas discusiones en orden a lograr una protección efectiva a quienes se encuentran en la posición más débil en la relación jurídica.

En ese contexto, manteniéndose aquella situación de necesidad y vulnerabilidad, la restricción al derecho de propiedad, con causa en la atribución de

la vivienda al ex conviviente no titular o bien que el bien en que condominio no sea liquidado ni partido, se presenta justificada.

Volviendo al análisis exegético de la ley, el derecho que reconoce la norma, cuyos presupuestos de viabilidad han sido explicitados previamente, cesa al cumplimiento del plazo que fije el juez. El plazo nunca podrá ser superior a los dos años computados desde el cese de la unión; por el cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en oportunidad de su determinación; o bien frente alguna de las causales de indignidad previstas en artículo 2281 del CCyCN. Asimismo, se establece la posibilidad de que el juez fije una renta compensatoria por el uso del bien inmueble en favor de su titular que no tendrá para sí su uso, y que cuando el bien inmueble se encuentre en condominio entre los integrantes de la unión, no sea partido ni liquidado.

Por último, se reconoce el derecho a continuar la locación, en iguales términos que establecía la Ley de Locaciones Urbanas N° 23.091, vigente antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

En estos aspectos, la protección brindada por la norma resulta adecuada en cuanto logra el punto de equilibrio entre el respeto de la autonomía de la voluntad y la intervención del Estado en orden a la protección de un derecho que, si bien con características de índole patrimonial, resulta trascendental para la vida de la persona afectada o más débil de la relación. Con esa finalidad, es correcta la imposición de un plazo de duración para su vigencia como también que la cuestión integre el cuerpo de derechos supletorios que las partes pueden dejar sin efecto.

Con ese mismo argumento, resulta también adecuada la posibilidad de establecer una renta compensatoria por el uso del bien a favor de su titular, siempre que aquella sirva para evitar el abuso indebido de los derechos que la norma pretende resguardar.

Por último, e independientemente de lo anterior, debiera revisarse la disparidad de criterio asumida cuando la protección se destina respecto de viviendas donde habitan hijos menores o incapaces, o bien sujetos al régimen alimentario, en comparación a la mayor protección que en iguales casos se ha dado en el marco de uniones matrimoniales. Aquí la cuestión excede a la convivencia de pareja, y de lo que se trata es de brindar protección por encontrarse involucrados hijos menores de edad o con capacidad restringida, respecto de quienes el Estado debe asumir una intervención activa para la protección de sus derechos.

Consecuentemente, hubiese sido beneficioso, cuando el bien se encuentre habitado por hijos menores de edad o con capacidad restringida, establecer un mismo marco protectorio, sea que estén los adultos casados o bajo el régimen de unión convivencial; quedando bajo la decisión del juez el establecimiento del plazo de duración de la atribución de la vivienda, de acuerdo con las circunstancias del caso, de igual manera que lo hacen los artículos 443 y 444 CCyCN.

C. Derecho real de habitación del conviviente supérstite

También bajo un régimen supletorio, y ante la falta de pacto que concretamente deseche el derecho consagrado por la legislación, el artículo 527 del CCyCN consagra la protección de la vivienda gratuita en favor del conviviente supérstite. Los fundamentos de la regulación han sido enraizados en la solidaridad familiar, mientras que las limitaciones que establece la norma en la necesidad de lograr el debido equilibrio entre el derecho a la vivienda y el de la propiedad de los herederos del causante.⁵²

En lo que interesa, la norma consagra el derecho para los casos en que el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable, o de bienes suficientes para asegurar el acceso a esta. La norma se enmarca en el reconocimiento de un derecho de mínima a quien carece de vocación sucesoria, y frente al supuesto de que el requirente se encontraría en una situación de mayor vulnerabilidad debido a poder ser expulsado por los herederos del causante del inmueble donde tenía radicada con su pareja la vivienda familiar.⁵³

El derecho se podrá invocar por el plazo máximo de dos años desde que ocurra el fallecimiento;⁵⁴ se petitionará respecto del inmueble de propiedad

52. Estos fundamentos han sido esbozados tanto en los fundamentos al Anteproyecto del CCyCN suscriptos por la comisión redactora.

53. Compúlese, entre otros: J. O. Azpiri, *Uniones convivenciales, Análisis bajo...*, op. cit., p. 245; M. V. Pellegrini, *Las Uniones convivenciales*, op. cit. p. 426; N. Lloveras, O. Orlandi, F. Faraoni, *Uniones Convivenciales*, op. cit.; O. Orlandi, “La protección de la vivienda y el derecho sucesorio”, *RDF*, 2017, N° 80, p. 37.

54. El establecimiento del derecho sujeto a plazo es una respuesta que ha sido entendida prudente por numerosas legislaciones en el derecho comparado, como sucede en las regulaciones autonómicas de Cataluña, Aragón, País Vasco, o incluso en el Pacto de Solidaridad francés.

donde estuvo radicado el hogar familiar, y que a la apertura de la sucesión no se encontrare en condominio con otra persona.

Su aplicación, debe advertirse, resulta amplia en tanto resulta viable su exigibilidad tanto para las uniones inscriptas como respecto de aquellas que no hubiesen pasado por registración.

Asimismo, al requerir la previsión normativa que el conviviente superviviente carezca de vivienda propia habitable o de bienes para garantizarla, y al imponer un plazo de vigencia, se distancia del derecho que en igual situación se le concede al cónyuge conforme el artículo 2383 del CCyCN.

Además, también a diferencia de lo que ocurre con las uniones matrimoniales, este beneficio exige de una petición expresa, la que deberá materializarse en el expediente sucesorio. Sostiene Azpiri, respecto del tiempo de ejercicio del derecho, que deberá exigirse antes de que se haya ordenado la inscripción de la partición del inmueble a nombre del heredero adjudicatario, cuando se haya solicitado la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en relación con aquella propiedad.⁵⁵ El pedido será sustanciado con los herederos y deberán acreditarse los extremos que establece la norma para su procedencia.

Aun así, el derecho no resulta oponible a los acreedores del causante. Ello, con fundamento en que aquellos terceros no están obligados a soportar los efectos de la mentada atribución.

En relación con el plazo de duración por el que se establece la atribución de la vivienda, ha sido interpretado que deberá ser fijado por el juez teniendo como límite máximo los dos años que impone la norma. La resolución judicial que decide su procedencia será el momento en el que se empieza a computar el plazo que se haya fijado, y no es razonable su aplicación de manera retroactiva al fallecimiento del causante.⁵⁶

Respecto a las causas que hacen cesar el derecho, debe estarse al plazo que se haya establecido en el resolutorio que reconoció al superviviente permanecer en la vivienda. Aun así, la norma establece concretamente que cesa el derecho frente a la conformación por parte del superviviente de una nueva unión convivencial, si aquel contrajera matrimonio o adquiriese una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta. Todos estos supuestos importan una modificación de las circunstancias que se tuvieron en

55. J. O. Azpiri, Jorge O., *Uniones convivenciales, Análisis bajo...*, op. cit., p. 245.

56. M. V. Pellegrini, *Las Uniones convivenciales*, op. cit. p. 426.

cuenta en oportunidad de conceder el derecho, aunque nuevamente deberá ser evaluada judicialmente la procedencia de aquellas causales en orden a evitar una aplicación automática y a determinar efectivamente la situación de vulnerabilidad que se tuvo en cuenta en oportunidad de la concesión del derecho que ha efectivamente dejado de existir.

El derecho acreditado resulta razonable debido a la protección de la vivienda reconocida constitucionalmente, y en aras a la solidaridad familiar que se desprende de la protección integral de la familia que la Constitución Nacional manda. Si bien se trata de un derecho de raigambre eminentemente patrimonial, los derechos anunciados exigen que el Estado adopte legislativamente medidas destinadas para una protección; lográndose el debido equilibrio con los de los herederos mediante el establecimiento del plazo de dos años que resulta razonable.

No puedo dejar de advertir que la muerte de uno de los convivientes, cuando la vida afectiva se encontraba en plena vigencia, constituye un hecho sobreviniente e inesperado que no se vincula con el cese causado por la voluntad de uno de ellos. Entiendo que esta situación, aun cuando expresamente no este evidenciada por la norma, abona a los fundamentos de admisibilidad del derecho en cuestión.

V. Conclusiones

La conceptualización de familia, bajo la óptica del Derecho Constitucional, implica también las uniones convivenciales. En ese orden, bajo el principio de protección integral de la familia es necesario el establecimiento de medidas regulatorias mínimas para asegurar el ejercicio pleno del derecho a la igualdad de los convivientes, al mismo tiempo de reconocerse el derecho a no casarse como manifestación de autonomía personal.

Hablar de solidaridad importa pregonar una regulación que limite la autonomía personal en defensa del derecho a la igualdad entre los integrantes de una pareja estable; y hacer palmario, al mismo tiempo, el principio constitucional de protección integral de la familia mediante disposiciones normativas que, aun de mínima aplicación, garanticen a los integrantes de las uniones convivenciales el disfrute de los derechos esenciales que la misma Constitución enarbola.

El Código Civil y Comercial establece que ocurrida la ruptura de la unión por alguna de las causas previstas en el artículo 523 del Código sucede

en forma inmediata el cese de los efectos que conforman el referido piso mínimo obligatorio y, al mismo tiempo, deviene el nacimiento de una serie de consecuencias supletorias, salvo pacto en contrario que disponga expresamente su exclusión.

La conciencia acerca de la importancia de la celebración de pactos se vuelve trascendental en esta instancia. Allí los convivientes podrán, dentro del espacio existente entre el orden público y el piso mínimo de protección legamente establecido, regular las consecuencias a regir durante su vigencia de la unión o para la eventualidad de la ruptura.

Si no lo hicieren, cobrarán virtualidad los derechos que emergen de los artículos 524 (compensación económica), 526 (atribución de la vivienda familiar), 527 (atribución de la vivienda familiar en caso de muerte) y 528 (distribución de los bienes) del CCyCN.

La autonomía de la voluntad vuelve a cobrar aquí especial relevancia, aunque el no ejercicio tendrá como consecuencia que el régimen legal habilite una serie de remedios cuya finalidad está destinada a proteger al integrante más débil de la relación afectiva.

En lo que refiere a la protección de la vivienda familiar tras el cese de la unión, se observa en primer lugar que el ámbito de aplicación de la norma es amplio, en tanto no se restringe a la protección de la vivienda cuando se encuentra habitada por hijos menores, o con capacidad restringida, o incapaces, sino que su protección se extiende a parejas que no tienen bajo su cuidado hijo alguno. Al mismo tiempo, la amplitud cede en este último caso, rigiendo solo a casos de extrema necesidad y bajo un límite temporal celosamente determinado por la norma.

El régimen protectorio que establece la legislación resulta claramente menos intenso que el previsto para las uniones matrimoniales. Conforme se desprende de los artículos 433 y 434 del CCyCN, entre los cónyuges no hay plazo de duración máximo preestablecido por la ley; y el cuidado de los hijos, posibilidades económicas y el interés de terceros juegan como pauta de valoración para la determinación del uso exclusivo del bien en favor de uno de ellos.

En términos generales, la protección brindada por la norma resulta adecuada en cuanto logra el punto de equilibrio entre el respeto de la autonomía de la voluntad y la intervención del Estado en orden a la protección de un derecho que, si bien con características de índole patrimonial, resulta trascendental para la vida de la persona afectada o más débil de la relación.

Con esa finalidad, es correcta la imposición de un plazo de duración para su vigencia, como también que la cuestión integre el cuerpo de derechos supletorios que las partes pueden dejar sin efecto.

Resulta también adecuada la posibilidad de establecer una renta compensatoria por el uso del bien a favor de su titular, siempre que aquella sirva para evitar el abuso indebido de los derechos que la norma pretende resguardar.

Aun así, se entiende que debiera revisarse la disparidad de criterio asumida cuando la protección se destina respecto de viviendas donde habitan hijos menores o incapaces, o bien sujetos al régimen alimentario, en comparación a la mayor protección que en iguales casos se ha dado en el marco de uniones matrimoniales. Aquí la cuestión excede a la convivencia de pareja, y de lo que se trata es de brindar protección debido a encontrarse involucrados hijos menores de edad o con capacidad restringida, respecto de quienes el estado debe asumir una intervención activa para la protección de sus derechos.

Consecuentemente, hubiese sido beneficioso, cuando el bien se encontrare habitado por hijos menores de edad o con capacidad restringida, establecer un mismo marco protectorio, sea que estén los adultos casados o bajo el régimen de unión convivencial, quedando bajo la decisión del juez el establecimiento del plazo de duración de la atribución de la vivienda, de acuerdo con las circunstancias del caso, de igual manera que lo hacen los artículos 443 y 444 CCyCN.

En lo que respecta al derecho real de habitación de conviviente supérstite, su inclusión en la regulación vigente resulta razonable para la protección de la vivienda reconocida constitucionalmente, y en aras de la solidaridad familiar que se desprende de la protección integral de la familia que la Constitución Nacional manda. Si bien se trata de un derecho de raigambre eminentemente patrimonial, los derechos anunciados exigen que el Estado adopte legislativamente medidas destinadas para una protección, lográndose el debido equilibrio con los del/los heredero/s mediante el establecimiento del plazo de dos años que resulta razonable.

Bibliografía

Azpiri, J., *Uniones Convivenciales. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

- Bossert G., *Régimen Jurídico de los Alimentos*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2006.
- Butler, *Deshacer el Género*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- Cadoret, *Padres como los demás, homosexualidad y parentesco*, Madrid, Gedisa, 2003.
- Camps V, “Paternalismo y bien común”, *Revista digital DOXA*, 1998, N° 5.
- Dworkin, G, “Paternalism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, Online: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/>.
- Famá M. V., “Uniones Convivenciales”, en: Ameal, (director), Hernández y Ugarte (coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2016.
- “Convivencias de pareja y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil”, *LL*, 2006-D, 604.
- “El uso de la vivienda familia el cesar la unión convivencial”, *LL*, 2015-B, 921.
- “Hogar, dulce hogar... Protección de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia de pareja”, *JA*, 2007-IV, p. 54.
- “Régimen patrimonial de las uniones convivenciales”, *RCCyC* 2015 (diciembre), 21.
- “Uniones convivenciales...”, *RDPyC*, 2014, N° 3, p. 171.
- Fortuna, S. I., “La matriz constitucional de la regulación en materia de uniones convivenciales”, *RDF*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, N° 79, p. 139.
- Garzón Valdez, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Revista digital DOXA*, 1988, N° 5.
- Giberti, E. “La familia y los modelos empíricos”, en: C. Wainerman (compiladora), *Vivir en Familia*, Buenos Aires, Losada, 1994, p. 118.
- Gil Domínguez, Fama, Herrera, *Derecho constitucional de familia*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- Herrera M., *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.
- Kemelmajer de Carlucci, A., “Capítulo introductorio”, en: Kemelmajer De Carlucci, Herrera, Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015.
- “La autonomía de la voluntad en el Derecho”, en Graham M, Herrera M, (directoras), *Derecho de las Familias...*, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.

- Levy L., “La vivienda familiar en el Anteproyecto de Código Civil”, *JA*, 2012, suplemento especial II, p. 41.
- Lloveras, N. “La protección constitucional de la vivienda familiar”, *LL*, 1993-E-812.
- Lloveras N., Salomón, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009.
- Lloveras, Orlandi, Faraoni, “Uniones Convivenciales”, en Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015.
- Lloveras N., Duran V., “La protección de la vivienda desde el derecho y la psicología”, *RDF*, 2017, N° 80, p. 8.
- Medina G., Roveda E., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- Mizrahi, M. L. “Los alimentos entre cónyuges divorciados por causales objetivas. Desdoblamiento interpretativo del artículo 209, CCiv.”, *LL*, 2009-B-1104.
- Molina de Juan M., “Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. No será lo mismo casarse que no casarse”, *ELDial.com*, DC1E30, publicado el 03/12/2014.
- Molina de Juan M., “Protección de la vivienda familiar”, *RCCyC*, 2015, diciembre, p. 52.
- Nino C., *Ética y Derechos Humanos*, 2ª ed. Buenos Aires, Astrea, 2007.
- Parsons T., “La edad y el sexo en la estructura social de los Estados Unidos”, en: *Ensayos de teoría sociológica*, Buenos Aires, Paidós, 1987.
- Pellegrini M. V., “Los pactos en las uniones convivenciales”, *RDF*, 2015, nro. 70, p. 137;
- “Uniones convivenciales. El reconocimiento jurídico de las diversas formas familiares”, en: A. M. Chechile (directora), C. López (coordinadora), *Derecho de Familia: Conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 310.
- “Los pactos en las uniones convivenciales”, en *RDF*, 2015, N° 70, Buenos Aires, p. 137.
- *Las Uniones Convivenciales*, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2017.
- Roca E., *Familia y cambio social. De la “casa” a la persona*, Madrid, Civitas, 1999.
- Sambrizzi, “Las denominadas uniones convivenciales en el proyecto de reformas al Código Civil”, *DJ*, 12/12/2012.
- Solari, N. E., *Derecho de las Familias*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2015.

Spaventa V., “La familia desnuda”, *RCJ*, enero/agosto 2007, N° 26. Online: <http://phoenicis.dgsca.unam.mx/ojs/index.php/rcj/article/viewFile/16784/15981>.

Szmuch, “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación”, en *Revista del Notariado*, enero-marzo 2015, N° 919.

Tavip G., Giraudo Esquivó N., “La Atribución de la vivienda familiar...”, *RDF*, 2017, N° 80, p. 233.

El delito de estafa procesal y sus problemas concursales según la jurisprudencia

*Leandro Ezequiel Fusco**

Resumen

En el presente trabajo se aborda una cuestión que ha quedado ajena a la prolífica doctrina generada alrededor del delito de estafa procesal. Me refiero a los conflictos que se presentan cuando esta figura concurra con otros delitos y, especialmente, cuando la estafa procesal ha quedado en grado de tentativa. Al respecto, se ofrecen propuestas de solución para casos conflictivos a partir de los avances científicos ofrecidos por autores extranjeros y se reseña la casuística de la jurisprudencia reunida durante la tarea de investigación.

Palabras clave: estafa procesal, tentativa, concurso de delito, deberes de veracidad, estándares de punibilidad.

* Abogado (diploma de honor), Traductor Público en lengua italiana y Especialista en Ministerio Público por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Palermo. Actualmente, se desempeña como Profesor Titular interino de la materia Lengua y Derecho I en idioma italiano de la carrera de Traductor Público de la Facultad de Derecho de la UBA y como funcionario en la Cámara Federal de Casación Penal; leandrofusco@derecho.uba.ar.

Procedural Fraud and its Insolvency Problems According to Case Law

Abstract

The article is about an issue that has remained out of the prolific doctrine generated around the procedural fraud crime. That is, the conflicts that arise when this crime joins other crimes and, especially, when the procedural fraud remains as an attempt. In this regard, proposals for solutions to conflicting cases are offered based on the scientific advances offered by foreign authors and the casuistry of jurisprudence gathered during the research.

Keywords: Procedural Fraud, Joinder of Offenses, Punishment Standards.

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo es abordar una cuestión específica dentro de las hipótesis que presenta el delito de estafa procesal y que no ha sido de análisis profundo en la doctrina, puesto que la orientación principal de los autores respecto de este delito ha sido discutir desde su existencia misma hasta la casuística concreta.

Concretamente, habré de analizar la cuestión concursal de la estafa procesal, pero no desde un plano meramente teórico, sino desde la praxis judicial que tan enriquecedora ha sido para una figura penal que no tiene previsión legal específica.

El concurso de delitos en sí ha sido siempre una de las áreas que, a mi entender, presenta mayor complejidad en la dogmática penal, pero no por su insita dificultad, sino por los inconvenientes que se presentan al llevar los principios generales a los casos particulares.

A esto debemos sumar que la estafa procesal presenta peculiaridades que no se replican en otras figuras, la principal, ya la dije, es la ausencia de previsión legal, pero amén de ello contamos con especiales actores en la comisión del hecho en virtud de que, indefectiblemente, debemos contar con la intervención de un juez para que se verifique su existencia.

Pero esto no termina ahí. Cuando se analiza un delito en general, siempre se lo toma desde su figura consumada. Es muy extraño que se analice una figura legal solamente desde su tentativa y, lamentablemente, eso es lo que debería hacerse con gran parte de la dogmática que rodea al delito de estafa procesal, ya que la cantidad de veces que se consuma es infinitamente menor a las que se deja en grado de conato.

Aún hay ganas de profundizar un tema que ha sido materia de análisis por la doctrina y que concretamente Julio Báez ha explotado casi hasta su agotamiento.

En el particular, intentaré revelar una nueva visión respecto del caso del modo en que se debe analizar el concurso de la estafa procesal con otros delitos, no solo desde la perspectiva del delito consumado, sino desde lo que entiendo más importante, la posibilidad de concurso de este delito cuando se presenta en grado de conato, haciendo eje en la óptica jurisprudencial.

II. La tentativa de estafa procesal y su concurso

A. Generalidades

Como principio general, podemos decir que la estafa en sí es un delito de resultado y, por ende, admite la tentativa, pero la peculiaridad de su estructura además lleva a que, en muchos casos, la conducta engañosa utilizada para el fin último resulte de por sí un delito autónomo, verbigracia, la utilización de un documento de identidad falso.

Así lo ha entendido la jurisprudencia y el criterio señalado fue extendido a la particularidad de la estafa procesal. A modo de ejemplo citaré algunos antecedentes en los que se admitió la tentativa de estafa procesal. Entre ellos, se puede destacar el resolutorio de fecha 30/03/1988 in re “Noziglia, J.” de la sala VI de la Cámara del Crimen, en la cual se ha dicho que “(...) constituye el delito de tentativa de estafa procesal mediante uso de documento privado, adulterado la acción de los procesados que introdujeron en un juicio civil pruebas falsas en apoyo de la demanda, con innegable perjuicio patrimonial para los intereses del actor...”.

Vale advertir que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal (actual Cámara Federal de Casación Penal –CFCP–), en la causa N° 4.057 “Voza, Rodolfo” sostuvo que la ejecución judicial de documentos indebidamente retenidos importa, al menos, una tentativa de defraudación. Por lo

tanto, si bien no existen dudas en la jurisprudencia, orden a la posibilidad de que el delito sea tentado, en la práctica la cuestión no aparece tan sencilla. Es que como explica Nuria Pastor:

(...) la pregunta sobre el comportamiento típico es la pregunta sobre si hubo o no tentativa de estafa. Que se produzca el resultado es una cuestión que está en un nivel de análisis distinto y posterior, en el que se trata simplemente de ver si el riesgo de perjuicio patrimonial cristalizó o no en el resultado 3/4 una simple cuestión cuantitativa, pero cualitativamente todo el injusto está en la tentativa 1/4.¹

La tentativa, indica la autora, lleva ínsita la totalidad del injusto y por ello se complica el análisis; la ejecución está completa, pero ha fallado por razones ajenas al sujeto activo. Cómo determinar, entonces, si es o no punible a la luz de los principios generales de la teoría del delito.

Momento consumativo

Para ello, debemos dejar en claro, primero, cuándo se consuma el delito de estafa procesal. La doctrina no es pacífica, por cuanto se discute si el episodio consumativo es la sentencia o su ejecución.

Nótese que entre la sentencia que define el ganador del pleito y la ejecución misma podría pasar bastante tiempo y ello llevaría a debatir cuál es el momento de disposición.

Al respecto, es dable citar al catedrático español Oliva García quien sostiene que en el campo de la estafa procesal el daño patrimonial y el correlativo enriquecimiento injusto se pueden entender producidos en el momento de ejecución de la condena. o bien simplemente cuando aquella haya adquirido firmeza. En este caso no hay duda de que existe una disminución patrimonial, ya que esta no aparece cuando desaparece un bien del patrimonio sino, incluso, cuando se asume una obligación, pues también gravita sobre el propio patrimonio.

1. Pastor Muñoz, Nuria, “El engaño típico en el delito de estafa” en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial I Jornada de Derecho Penal Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, ARA Ed., Lima, 2005, pp. 122-123.

En ese sentido, la doctrina explica que, al referirse al bien jurídico, el Código Penal habla de propiedad, pero sin embargo las figuras que en él se describen abarcan mucho más que este derecho real. Se sostiene que, en realidad, la expresión no alude solo al dominio sobre las cosas, sino también al conjunto de todos los derechos y obligaciones con un contenido patrimonial susceptibles de apreciación pecuniaria.

Por esta razón se ha afirmado que el objeto jurídico de protección es el patrimonio, entendido como universalidad jurídica de los derechos y obligaciones reales y personales del sujeto bajo la relación de un valor pecuniario. Es que el delito de estafa es un acto contra la voluntad de disponer libremente del patrimonio, a fin de que no se disminuyan sus créditos y no aumenten sus débitos sin la intervención adecuada de aquella voluntad.²

Empero, la tesis contraria sostiene que a los fines de la consumación es necesario que el perjuicio se concrete mediante el efectivo menoscabo en el patrimonio de la víctima toda vez que la figura requiere un perjuicio real.³

Considero correcta esta última teoría, dado que el “perjuicio patrimonial” que exige la estructura de la estafa debe implicar el verdadero detrimento de los bienes de la víctima, el cual se da con el desapoderamiento y no con la mera sentencia.⁴

Esto puede aplicarse también, por ejemplo, a los casos en el que se ha dictado de una medida cautelar sobre elementos engañosos en la medida que por razones ajenas a la voluntad del autor del hecho no se haya realizado ninguna erogación.⁵

2. Spolansky, Norberto E., *La estafa y el silencio*, Astrea, pp. 86-87. Esta posición, además, pareciera que se desprende del fallo “Kamenszein” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 315:1434), uno de los poquísimos antecedentes en los que el más alto tribunal se dedicó al análisis de este delito.

3. Véase C.C.C. Sala VII causa 20.748. “Fernández Dellepiane, Jorge” rta. el 24/05/95.

4. Véase, en ese sentido, el fallo de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal “Mohabed, Daniel Salvador y otros s/ recurso de casación”, rta. el 27 de junio de 2014, Reg. 1377/14.

5. Esta postura, sin embargo, ha quedado en minoría en el caso resuelto por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal “Alenda Masutti, Oscar Hernán y otros s/recurso de casación”; rta. el 23/05/17, Reg. 556/17, causa N° FMZ 13015446/2009/CFC1, en el cual la mayoría resolvió que la traba de una medida cautelar implica “una resolución de contenido patrimonial que resulta perjudicial para un tercero”.

Así pues, hasta ese momento, el delito se mantiene en el estadio de tentativa. La jurisprudencia ha ido admitiendo en este sentido que es perfectamente posible en la estafa procesal, comenzando el *iter criminis* que conduce a la consumación de este tipo penal con la presentación en el proceso de los medios de prueba reseñados como idóneos para inducir en error al juez.

Según Báez, durante todo el desarrollo de ese proceso, y hasta tanto el imputado no desista de su pretensión injusta, el delito se encuentra tentado saliendo de ese estado –como dijéramos– en el momento en que la víctima ve disminuido su peculio y no con el pronunciamiento jurisdiccional que “dice el derecho”.⁶

Pero veamos ahora cómo esta tentativa de estafa procesal concursa con otros delitos, puesto que incluso, conducta de la estafa procesal en grado de tentativa, podría quedar subsumida en la conducta independiente de otros tipos penales específicos como, por ejemplo, el de uso de documento privado falso.

Sobre este tema habré de profundizar la investigación. Partiré para ello de la afirmación de la Cámara Nacional de Casación Penal, citada en el fallo “Andruchow” donde se sostuvo que “en el delito de estafa procesal la tentativa se configura con la sola presentación que tiende a engañar al juez”.⁷

La afirmación es contundente y, por cierto, facilita mucho las cosas, pero creo también que peca de voluntarista y amerita ciertamente un análisis más profundo. Considero que íntimamente relacionada con este tópico, se encuentra la valoración de la entidad del ardid o engaño. Como se dijo oportunamente, el sujeto engañado en este caso es el juez, por lo cual la entidad del ardid debe ser de una contundencia tal que pueda inducir a error a una persona que, se supone, se encuentra en una situación de solidez formativa y conceptual difícil de vulnerar, por lo que su análisis se hace aún más profundo.

Fue Soler quien tuvo especial interés en este tópico, ya que sostuvo oportunamente que la relación que debe mediar entre ardid y error plantea el muy debatido problema de la idoneidad del ardid, cuestión que también tiene importancia en los casos en que la estafa no llega a su fin, para determinar si ha existido o no tentativa.⁸

6. Báez, Julio C., *El silencio y la Estafa procesal*, *op. cit.*

7. CNCP sala IV 19/02/1998 “Andruchow, Juan” JA 1999-II-241.

8. Soler, *op. cit.*, tomo IV, p. 368.

¿Qué se debe entender por “presentación engañosa”?

¿Cómo valorar entonces el carácter de “presentación engañosa”? Repárese en que la estafa procesal se superpone y, a veces, puede confundirse con prácticas comunes que poseen normas procedimentales que se ajustan apropiadamente al problema.

Vale como ejemplo la denominada *ultra petita*, que se da en el marco de un proceso de derecho privado en el que la parte exagera la pretensión de la demanda. Como sanción, entonces, se aplican costas al litigante, o bien se inician expedientes administrativos por temeridad o malicia.

En efecto, es muy común en los procesos de derecho privado y aún en los penales desde que se habilitó la resolución de la cuestión civil para el juez dentro del proceso criminal, la petición exagerada o infundada para utilizarla, a veces, como medio de presión para acceder a una negociación.

Por ello, debe apreciarse con especial precaución esta conducta engañosa de las partes. No podemos tener dudas de que, si la parte presenta un documento apócrifo, más allá del delito autónomo que este representa, en caso de obtener una sentencia favorable nos hallaríamos frente a un engaño suficiente para que proceda la estafa.

Al respecto, se intenta trazar una línea alrededor del concepto de abuso del derecho. Esto significa que, si bien las partes tienen un margen para la petición excesiva o hasta temeraria, de modo alguno puede realizar afirmaciones conscientemente falsas o que sabe injustas, puesto que esto evidencia un accionar desleal y engañoso que no puede tener acogida en el derecho, más si lesiona principios como la buena fe, la ética procesal y la lealtad en litigio.

Pero no es esta la única mensura para analizar la entidad del ardid o engaño, ya que, de hecho, el principio de imposición de costas no se basa en la sola derrota o victoria, sino que, en realidad, imputa a cada parte la culpa que ha tenido a lo largo del proceso, por lo que este exceso se vería sancionado de otra manera.

Así las cosas, alguna doctrina acepta que las afirmaciones de las partes conscientemente falsas son ilícitas y, por lo tanto, poseen entidad suficiente para ser considerado engaño suficiente dentro de la figura de la estafa.⁹

9. Cerezo Mir, José, “La estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal*; Estafas y otras defraudaciones I, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 119.

Entiendo que este criterio no es el que mejor se adapta a nuestro derecho; máxime teniendo en cuenta las especiales características del sujeto engañado —el juez— que, en la mayoría de los casos, se ve auxiliado por el letrado de la contraparte, con lo cual el ardid o engaño debe tener mayor entidad.¹⁰

Los criterios de la jurisprudencia han receptado esta postura ya que, por ejemplo, según la sala VI de la Cámara del Crimen, “las demandas o peticiones injustas, las mentiras o exageraciones tan frecuentes, no bastan por sí solas para configurar el delito de estafa”.¹¹

Entre nosotros, no se impone a las partes un deber de veracidad, de hecho, es común observar en cualquier proceso de derecho privado grandes pretensiones por daños que no se condicen con esta. Sin desmedro de ello, de modo alguno podrían aceptarse, de parte de los litigantes, violaciones a la buena fe o utilización de mecanismos ilícitos para obtener un fallo favorable y, menos aún, utilizando al juez como medio.

Así es en Italia, por ejemplo, donde para la procedencia de la figura de análisis se requiere de un engaño calificado a través de la utilización de medios de prueba fraudulentos.¹²

Vale citar, al respecto, el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional¹³ en el que dicho tribunal sostuvo:

(...) las simples afirmaciones, negaciones o deformaciones de la realidad sin sustento probatorio alguno no configuran el ardid o engaño necesario en la mira de la estafa procesal. Al respecto, hemos interpretado que, a los efectos de la configuración del delito de estafa procesal debe concretarse la potencialidad de la mentira

10. Nótese que la jurisprudencia lo receptó en ese sentido al resolver que “no excede la demanda temeraria si la maniobra denunciada no contó con la introducción de un elemento falso.” (Sala 7° de la Cámara del Crimen en los autos Correa del 20/02/03).

11. *In re* “Liman, Simón” del 22/04/03. En igual sentido “las simples afirmaciones, negaciones o deformaciones de la verdad sin sustento probatorio alguno” (Sala III de la CNCP fallo “Fabis” del 5 de junio de 2000 y véase LL 2004-E, 967, donde se citan similares precedentes).

12. En los artículos 374, 374 bis del Código Italiano se sanciona a quien “artificiosamente altere el estado de lugares, cosas o personas” y también al que “declare o asiente datos falsamente en certificados destinados a ser presentados ante la justicia”.

13. Causa N° 497/08, “Rossi, Sebastián y otros/ Estafa”, Int. Sala IV I. 28/142 (25.310/2007).

para producir un engaño de tal entidad que inhiba al sujeto pasivo, es decir, a la administración de justicia, de la posibilidad de desentrañar la verdad histórica o, aún más, que propicie el dictado de una resolución reñida con lo realmente ocurrido por la tergiversación fáctica que produjo el engaño. No incurre en el delito el sujeto demandado que utilizó mecanismos propios de la defensa para resguardar sus derechos, sin incluir sustentos engañosos e invencibles que pudieran conducir a error al magistrado.¹⁴

Está en concordancia con lo expresado por Soler, quien logró echar luz sobre el tema al expresar que:

(...) la estafa solamente puede surgir cuando se introduzcan en la causa elementos falsos cuyo valor determinante para el juez sea evidente, de manera que la injusticia del pronunciamiento no dependa de un error de apreciación del juez, sino precisamente de la apreciación que jurídicamente debería acordar al elemento introducido, si fuera verdadero. Debe distinguirse el error de apreciación, de la correcta apreciación de un elemento erróneo y, desde luego, maliciosamente introducido en juicio. Negar el pago no es estafa; pero presentar un falso recibo es, sin duda, tentar el delito. Demandar por un pretendido crédito es algo muy distinto del hecho de ejecutar un pagaré falsificado.¹⁵

Es de destacar que, en el caso citado, se descartó la aplicación de la figura de estafa procesal, pero sí se ordenó investigar la utilización de documentos adulterados en el marco de ese expediente.

14. Igual opinión tiene la Sala VI de la misma Cámara. Esta Sala, aunque con una conformación parcialmente diferente, ha sostenido que: “El ardid o engaño en la estafa procesal requiere que la falsedad se encuentre en la base misma de la prueba capaz de inducir a error al magistrado. La sola incorporación en el proceso de información presuntamente falsa no determina la configuración del ilícito endilgado. No constituye el delito de estafa procesal la pretensión de demandar judicialmente lo que no se debe, o afirmar falsedades o negar verdades, ya que, en el marco del procedimiento judicial, la demandada –aquí querellante– está habilitada para promover la producción de prueba y contrarrestar o diluir los presuntos excesos del actor.” (Causa N° 28.302, “Cañavete, Oscar”, rta. 22/12/05).

15. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, p. 367, TEA, 4ª ed. 1987.

Ello nos lleva entonces a una interesante contradicción, ya que no aparece como lógico que se descarte la aplicación de la estafa procesal por carecer de entidad el ardid, pero a la vez ordenar la investigación del mismo ardid.

En realidad, lo que hay que realizar aquí es un desdoble en el análisis. Ello será materia de tratamiento *in extenso* en el próximo punto.

B. Propuesta de solución para los casos de concursos. Los estándares de punibilidad identificados

A los fines de exponer mi posición, plantearé tres escenarios, en los que describiré tres estándares de punibilidad: uno bajo, uno medio y uno alto, según los tribunales hacen ingresar en el riesgo prohibido las conductas que analizan de manera más amplia o restringida.

Es un tema que, a mi entender, resulta extremadamente interesante, por cuanto muchas veces la doctrina realiza esfuerzos para encuadrar

Pues bien, el citado caso “Rossi”, en el que el tribunal sostuvo que más allá del tratamiento del delito de estafa procesal

(...) ningún análisis se realiza en relación con la utilización de los documentos presuntamente adulterados (conforme surge del informe pericial de fs. 90/92 vta.), sin perjuicio de que corresponda –en primer término– establecer si es posible llevar adelante la acción penal respecto de este ilícito.

quedará incluido en la hipótesis del estándar de punibilidad medio, es decir, se realiza un análisis independiente del delito autónomo y la estafa procesal según su propia entidad.

Para fijar el estándar de punibilidad bajo, citaré la jurisprudencia de la Sala II de la CNCCF, que oportunamente ha entendido que cualquiera sea el resultado a que se arribe en punto a la discusión sobre la idoneidad del medio empleado, no puede perderse de vista que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la tentativa inidónea puede resultar punible.¹⁶

16. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, Causa N° 30.094, “Marcello, Andrés s/archivo por inexistencia de delito”. Juzg. Fed. N° 3, Secret. N° 6. Exped. N° 6.996/2009. Reg. N° 33.505. Véase también Sala II, Causa N° 31.394 “Rodríguez Giménez, Jesús Álvaro y otros s/ procesamiento y embargo”. Juzg. Fed. N° 1, Sec. N°1.

Según el tribunal citado, es así en virtud de lo normado por el artículo 44 *in fine* de nuestra legislación penal de fondo, que no permite descartar la penalidad aún frente a un hecho que intentase llevarse a cabo a través de un medio comisivo inidóneo para producir el resultado buscado, en virtud de que con ella de todos modos “da principio a la realización del tipo conforme a su representación o con el fin de cometer un delito, comienza su ejecución”, fundamento que deja fuera de esta concepción tan solo las tentativas irreales y supersticiosas.¹⁷

Reafirmando lo dicho, en el antecedente “Fiocca, Ariel s/sobreseimiento y otro”, la misma sala sostuvo que el aporte de pruebas falsas con características de verdaderas y capaces de lograr el objetivo para el cual fueron creadas, desvirtúa la inidoneidad sustentada por el juez de grado, configurándose el delito de estafa procesal en grado de tentativa.¹⁸

De tal modo, la afirmación de la Cámara de Casación en el fallo citado *ut supra*, en orden a que la mera presentación engañosa ante el juez constituye estafa procesal, se ve verificada por cuanto aun sin un destino de éxito, se sanciona por imperio del artículo 44 del C.P.

Ello es concordante con lo sostenido por la Sala VII de la Cámara del crimen que con cita doctrinaria entendió que:

(...) no interesa la posibilidad de que el engaño se evitara mediante un concienzudo contralor procesal por parte del juez o de la contraparte. Es que más allá de los efectivos poderes de contralor de las partes y el juez, la voluntad de engañar del autor traducida en maquinaciones fraudulentas, sea que se utilicen medios

17. La alzada federal citó, para así decir, profusa doctrina; a saber, Donna, Edgardo Alberto, *La tentativa*, Editorial de Belgrano, 1996, pp. 85-86 y Reinhart Maurach, Kart Heinz Gössel y Heinz Zipf, *Derecho Penal*, parte general, T° 2, traducción de la séptima edición alemana, Astrea, 1995, pp. 54-55. Consúltese también en la misma dirección a Mir Puig, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal*, 2001-1, Garantías Constitucionales y nulidades procesales – I, Doctrina, Jurisprudencia y Actualidad, dirigida por Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 631-664 y Sergio Romeo Malanda, “La relevancia jurídico-penal de la conducta de la víctima en los delitos de estafa” en *Colección de Autores de Derecho Penal, Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad* dirigida por Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 701-736.

18. CNCCF 29/12/11, Causa N° 30.716.

idóneos o inidóneos, merece ser reprochada penalmente puesto que hay dolo, es decir, la concreta voluntad que se dirige a la realización del fraude y exteriorización de ese dolo que implica la afectación de un bien jurídico en el caso de la tentativa idónea, o la perturbación en caso de resultar inidónea (Bergés y Giúdice Bravo, *op. cit.*, p. 159).¹⁹

Para estereotipar el estándar de punibilidad alto me remitiré a lo resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal que sostuvo en el antecedente “Rallin”²⁰ que:

(...) los derechos de las partes en un proceso judicial surgen de las pruebas aportadas al juicio, razón por la cual resulta insoslayable que el fraude debe recaer esencialmente sobre la prueba y en los elementos de convicción, y que a la hora de apreciar la idoneidad del ardid debe tenerse particularmente en cuenta su destinatario, que en el caso de la estafa procesal es un magistrado; por ello las irregularidades que adolece el acta notarial carece de entidad suficiente como para inducir a error al magistrado actuante o para viciar el proceso. En consecuencia, el documento presentado y supuestamente falso, no fue vinculante para el magistrado civil y no constituyó un ardid idóneo para inducir a error al juez y provocar la disposición patrimonial de un tercero, por ello debe descartarse la figura de estafa procesal (Conf. Causa N° 19.332 de la Sala I de la C.C.C. “Kichic” rta. el 2/12/02).²¹

Se advierte que nada se dice del uso –mediante la presentación– del documento, de modo que solo se valora la entidad de la prueba a los efectos de corroborar su idoneidad para causar perjuicio asimilando la

19. Causa N° 35.317, “Dib, Julio Osvaldo”. Procesamiento. Embargo. Estafa. Instr. 47/136. Sala VII.

20. Causa N° 45.215, “Rallín, Juan Antonio s/ procesamiento”. Juzgado Federal N°5; Secretaría N° 9, Registro N° 870.

21. Causa N° 43.413, “Schillaci, Roberto y otros s/ falsedad ideológica”, Juzgado Federal N° 5, Secretaría N° 9, Registro N° 1.452.

idoneidad del ardid con el delito independiente, dejando impune la totalidad de la conducta.

Así encontramos, entonces, tres soluciones diferentes para un mismo supuesto. Por un lado, aquella que desdobra el análisis de la estafa procesal y el delito que sirve de ardid o engaño dándole a cada uno entidad propia, y por el otro, las que asimilan el tratamiento de la cuestión a una sola manobra, estableciendo parámetros para la sanción del delito bajos –como en el caso que considera que toda presentación engañosa debe ser sancionada– o bien alta, analizando el ardid o engaño desde las exigencias de la estafa y olvidando que el delito que sirve a esos fines puede tener una sanción independiente.

Desde ya aclaro que el ejercicio que aquí se realiza es meramente académico y, va de suyo que los matices probatorios pueden haber hecho variar a los tribunales en su decisión.

Dicho esto, estableceré mi posición sobre el tema. Considero que al momento de realizarse una presentación engañosa ante el juez debe valorarse en primer lugar si existe un delito independiente.

Es que, como se dijo anteriormente, la especial característica del engaño –el juez– requiere que el ardid sea una maquinación contundente que, por lo general, se encuentra penalmente tipificada.

Ese análisis, debe realizarse a la luz de las características especiales del delito que se trata cuyos elementos de análisis difiere muchas veces de las exigencias para la procedencia de la estafa. Veamos, por ejemplo, lo que ocurre con el delito de falso testimonio.

Entienden los tribunales que:

(...) el delito de falso testimonio es formal, en tanto alcanza para su configuración la potencialidad dañosa de la versión falaz. De suyo, es suficiente con que exista la posibilidad de que la administración de justicia pueda ser engañada, extremo que no podría quedar condicionado, en todos los casos, a que el juzgador haya errado como consecuencia de las manifestaciones reputadas de falaces.

En cuanto se relaciona con la situación del imputado Jorge Alberto Pirotta, no puede descartarse de plano que Pesino hubiera sido instigado o que, en su caso, la introducción en el expediente laboral del mencionado testigo hubiera tenido el propósito de

engañar al magistrado interviniente, justamente sobre la base del testimonio aludido, lo que podría constituir en abstracto una conducta fraudatoria.²²

Es decir que para la configuración del delito de falso testimonio se exige solo la “potencialidad” dañosa, lo cual es un estándar de exigencia mucho más bajo que el concepto de entidad del ardid o engaño.

Así, a diferencia de lo sostenido por sus pares, los jueces de la Sala VII se introducen en el análisis de la idoneidad del delito independiente, logrando así asimilar dicha idoneidad a la entidad del ardid, ubicándose en un estándar de penalidad muy bajo.

Es doctrina de ese tribunal²³ que si de las pericias y del propio examen del documento surge que se está en presencia de la idoneidad del instrumento como medio comisivo para producir error en el juzgador; ello es, no se trata de un supuesto de falsificación o adulteración grosera, clara y evidente del que pudiera predicarse inidoneidad en el marco de la configuración del delito de estafa procesal.²⁴

La solución es, a mi criterio, igualmente errada. Pongo por ejemplo la cuestión de la falsedad documental; nótese que la expresión “de modo que pueda resultar perjuicio” contenida tanto en el artículo 293 como en el 292 del Código Penal es una de las más discutidas en el ámbito del derecho penal, puesto que “el perjuicio o su posibilidad que se presenta como característica común de cualquier delito, se particulariza, pues, en las falsedades documentales”.²⁵

Pues bien, el “perjuicio” requerido por el tipo penal de marras, no puede ser vinculado directamente al resultado final del hecho ejecutado, bastando la potencialidad del perjuicio o la posibilidad.

Así lo entiende la doctrina: “la expresión típica de modo que pueda resultar perjuicio significa que basta con que el perjuicio obre como posibilidad.

22. Causa N° 35.570, “Pirota, Jorge A. y otro”. Desestimación. Estafa procesal. Instr. 37/129. Sala VII.

23. Causa N° 26.576, “Fortini, Ana María Susana” del 15 de junio de 2005.

24. Se citó en dicho fallo Bergés, Mariano y Gúdice Bravo, Juan Facundo, *La estafa procesal*, Lema Editora, Buenos Aires, 1993, p. 107.

25. Creus, Carlos, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo 2, p. 414, Buenos Aires, 1998.

Cuando él se concreta en daño, con mayor razón se da la característica de tipicidad, sin perjuicio de que pueda originarse otro delito que concorra – material o idealmente–”.²⁶

De tal suerte, ha quedado claro que el análisis de uno y otro delito debe ser independiente. Se da una coincidencia interesante entre las figuras de falso testimonio y falsificación de documento respecto de la “potencialidad” del perjuicio, muy distinto al piso de riesgo prohibido fijado por la estafa. Ergo, no es aconsejable para resolver la cuestión asimilar el criterio sobre el delito que sirve como ardid o engaño con la estafa procesal misma.

La Sala IV de la actual Casación Federal fue la que analizó cómo valorar la idoneidad del ardid. En tal dirección, sostuvo que la idoneidad que debe revestir el engaño para provocar un error en el juez debe ser analizada *ex ante* y de manera abstracta y objetiva, sin atender al resultado efectivamente provocado ni a las características subjetivas de aquel a quien se dirige.²⁷

Es decir que, de descartarse por inidónea, por ejemplo, la presentación de un documento apócrifo deberá adoptarse idéntico criterio respecto de la estafa, pero no es dable continuar con la investigación de aquel delito sin considerar si existe o no un concurso ideal con la estafa procesal.

Para ello, debe realizarse un nuevo test sobre la entidad del ardid, pero contando a mi entender con una presunción *iuris tantum* de su efectiva idoneidad.

En efecto, corroborado que el delito independiente alcanzó su umbral de punibilidad –por ejemplo, en el documento porque no es una burda falsificación– se presume que el ardid o engaño es idóneo para la causación del perjuicio, aun cuando el juez sea el engañado.

Para ello, me aparto de lo sostenido por la Cámara Nacional de Casación Penal que, al hablar de un escrito con la firma de un abogado falsificada, dijo “lo que se erige como cuestión fundamental es si tal instrumento generó en el juez un error, y si dicho engaño motivó al magistrado a dictar una decisión jurisdiccional que implicó un menoscabo económico para la víctima”.²⁸

26. Creus, *op. cit.*, p. 415.

27. Causa N° 9.108, CFCP Sala IV “Maffini, Nélida Norma y otros s/recurso de casación” y Causa N° 5.376 “Pandolfelli, Jorge Alberto”.

28. Causa N° 13.373, CFCP, Sala IV, “Escofet, Patricia s/recurso de casación”.

Pues bien, en este caso se da erróneamente una especial trascendencia a la repercusión subjetiva del ardid, puesto que más allá de poseer para la doctrina finalista el ardid un fuerte componente subjetivo, lo cierto es que pertenece al tipo objetivo o de interpretación.²⁹

La teoría de los deberes de veracidad como propuesta de solución

En orden a la entidad del ardid, Nuria Pastor propone en sus trabajos que, a los efectos de valorar la entidad del ardid o engaño, se tengan en cuenta una serie de “deberes de veracidad”.

A su criterio, se debe desdoblar el análisis en dos niveles; en un primer nivel debe tenerse en cuenta la posición ocupada por el sujeto en la relación económica y la accesibilidad que el sujeto pasivo tiene a la información. Así, quien contrata un hotel en otro continente por Internet, se ve imposibilitado de verificar que efectivamente esté contratando lo que ve en la página, exigiéndose de parte del sujeto activo cierto reparo en la información que ofrece. En un segundo nivel de análisis debe verificarse si no existió una asunción de riesgo de la víctima, es decir, una renuncia al deber de veracidad. Pone como ejemplo aquel que ingresa al negocio, y sin preguntar ni decir nada, paga y se lleva un producto.

Puede ocurrir también que se produzca una asunción del autor de un mayor deber de veracidad, al comprometerse por demás en la posición contractual.

Finalmente, la más trascendente para lo que se viene tratando, resulta el bloqueo de información por parte del autor a la víctima. Ello se produce en los casos en que no solo se vulnera el deber de veracidad, sino que, además, se evita que el sujeto pasivo acceda a la verdad.

Imaginemos en lo particular una demanda sucesoria en la que se niega la existencia de un heredero pero que, no conforme con ello, se entrega una libreta de matrimonio en la que se “borra” a uno de los hijos del causante. Bajo estos estándares debe analizarse entonces a mi criterio si existió o no estafa procesal independientemente del delito que sirve como ardid o engaño.

Este último caso imaginario expuesto, nos da la pauta de que difícilmente pueda considerarse que no hubo estafa procesal si se cometió un

29. Causa N° 11.446, CNCP, Sala IV, “Cavallaro, Silvia S/ recurso de casación”.

delito independiente en el marco de un proceso tendiente a engañar al juez y perjudicar económicamente a un tercero, pero puede ocurrir.

Supongamos, por ejemplo, que se adultera un documento y se presenta ante el juez, pero que por los especiales conocimientos de este se frustra la estafa procesal. Podría ser, por ejemplo, un contrato apócrifo suscripto, *contra legem*, por un menor de edad. Tendría entidad para causar efectos jurídicos en terceros –por cierto, con una falta de diligencia importante, pero lo obviamos al fin ejemplificativo–, pero no en un juez que sabe que no cumple con los elementos esenciales del documento.

En definitiva, y como conclusión personal, me oriento por lo que denomino estándar de punibilidad medio recomendando ante un caso de concurso entre estafa procesal y otro delito, realizar primero un análisis de este último para luego sí, tamizar la idoneidad de este a la luz de las exigencias de los deberes de veracidad, bajo una presunción *iuris tantum* que este delito ha sido un efectivo “bloqueo a la información” del cual el juez es víctima.

III. El concurso con delitos específicos

A. Estafa procesal y uso de documento falso

Analizadas las cuestiones generales, cabe adentrarse en las formas concursales del delito. La doctrina es pacífica en considerar la existencia de un concurso ideal entre el uso de documento falso y la estafa procesal.

Citaré algunos ejemplos para corroborar dicha afirmación. En primer lugar, la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal³⁰ sostuvo ante la necesidad de rever un procesamiento de un imputado calificado como uso de documento público falso destinado a acreditar la identidad de las personas en concurso ideal con el de estafa procesal (arts. 296, 292 segundo párrafo y 172 del Código Penal) que la calificación era adecuada al hecho. Así, dijeron

(...) estamos en presencia de una defraudación dirigida a inducir en error al juez civil, quien, teniendo la facultad de producir la

30. Causa N° 46.043, “Finkielsztain, José Gabriel s/ procesamiento” Juzgado N° 12, Secretaría N° 23, Reg. N° 253.

disposición patrimonial, decidió sobre ella. El modo empleado para llevar adelante la maniobra ha sido la presentación de una partida de nacimiento falsa que llevó al juez civil a declarar, equivocadamente, a G. O. Cendan como único heredero de Ramón Cendan. Como cualquier defraudación, esta se consumó con el perjuicio patrimonial derivado de la declaratoria de herederos equivocada, toda vez que se vieron afectados los derechos de quienes se encontrarían legitimados para percibir los bienes del acervo.

En igual sentido se expresó la Sala VII de la Cámara del Crimen en el antecedente N° 35.317. “Dib. Julio Osvaldo”, conforme se citara con anterioridad. La Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, por su parte sostuvo también la posibilidad de concurso entre el uso de documento falso y la estafa procesal en el N° 31.394 “Rodríguez Giménez, Jesús Álvaro y otros s/ procesamiento y embargo”.

Allí se dijo que existía tentativa de estafa procesal mediante el uso de instrumento público falso en el caso de presentación de un testamento espurio en el marco de un proceso sucesorio, dirigido a inducir a error al juez civil que llevó adelante la sucesión testamentaria y que no llegó a concretarse por razones ajenas a la voluntad del imputado.

Idéntico criterio se adoptó en los autos “Núñez, Luis Eduardo s/ procesamiento”, en tanto se encuadró como falsificación de documento y estafa procesal la presentación de una resolución apócrifa de la AFIP ante el juez comercial en procura de que este, incurriendo en el error a cuya generación estaba destinado aquel instrumento, diera conclusión a la quiebra, permitiendo a Núñez liberarse de algunas de sus deudas y recuperar el patrimonio afectado a su corolario.³¹

En forma contraria, vale resaltar que también se ha dicho que “presentar un informe en un expediente, que según el denunciante posee datos falsos, no implica una maniobra por parte de Télam S.E. a través de la cual quienes representan dicha Agencia hayan intentado un perjuicio patrimonial en contra del pretense querellante”.³²

31. Causa N° 43.789, “Núñez, Luis Eduardo s/ procesamiento”, Juzgado N° 5, Secretaría N° 10, Expte. N° 13.005/07, Reg. N° 128.

32. Sala II, Causa N° 30.460, “Télam S.E. s/archivo”, Juzgado N° 11, Secretaría N° 21, Expte. N° 14.147/09.

Para así decir, se sostuvo que la figura requiere

(...) un fraude en los elementos que deben motivar la decisión del juez, pero el engaño no puede estar constituido por la sola afirmación o silencio contrario a la verdad, pues si fuera así todo el que perdiera un pleito de naturaleza pecuniaria estaría expuesto a ser condenado por estafa (D' Alessio, Andrés, *Código Penal, Comentado y Anotado*, Parte Especial artículos 79 a 306", La Ley, p. 464).

También se descartó la existencia del delito en la falsificación y posterior uso de una copia de una cédula de notificación emitida por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut –concretamente la fecha de notificación de la sentencia que no hacía lugar al recurso extraordinario– presentada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por uno de los abogados, habida cuenta de que el plazo para interponer el recurso de queja ante ese tribunal había fenecido.³³

Al respecto, se sostuvo que la conducta objeto de pesquisa quedaría fuera de los límites del derecho penal, toda vez que es necesario que el documento público adulterado sea capaz de imprimir en la relación sujeto-bien jurídico un perjuicio, al menos, potencial. Así, se consideró que la copia no constituía documento en los términos del artículo 292 del C.P., pues como tal, no contiene las formas requeridas por el orden jurídico como presupuestos para asignar valor de acreditación del acto que le dio vida.

Finalmente, el tribunal coligió que, si la copia presentada por el imputado hubiera tenido por sí sola el valor probatorio suficiente para dar por cierto su contenido, no hubiese sido necesario que el tribunal exija los originales de la cédula de notificación, como posteriormente ocurrió.

Sin embargo, se ha justificado la existencia de estafa procesal ante el caso de presentación de documentos extrínseca e intrínsecamente verdaderos. Así lo entendió la Sala VII de la Cámara del Crimen al sostener que “se ha considerado que tanto el uso de prueba documental falsificada como de docu-

33. CNCCF Sala I, Causa N° 43.717, “Incidente de Apelación de Sobreseimiento en autos: Warzawski Paul s/ falsedad ideológica”, Juzgado N° 3, Secretaría N° 6, Reg. N° 150.

mentos verdaderos, pero fraudulenta y artificioosamente empleados, resultan ardidés idóneos para inducir en error al juez en su convencimiento”.³⁴

De tal suerte, “no puede descartarse que el evento investigado constituya una de las conductas que atrapa la descripción típica del artículo 172 del Código Penal, bajo la denominación dogmática de estafa procesal, por cuanto con los instrumentos cuestionados el actor ha buscado generar error en el juez laboral, con el objeto de que falle en su favor disponiendo un desplazamiento patrimonial bajo una base equívoca”.

B. Estafa procesal y falso testimonio

Tal como se va visto más arriba, la jurisprudencia ha aceptado que la estafa procesal concurre con el delito de falso testimonio.

De hecho, es una de las hipótesis más comunes, ya que quien busca forzar un pronunciamiento judicial mediante prueba espuria, puede hacerlo de manera sencilla mediante la utilización de testigos que declaren mendazmente.

Así, la jurisprudencia tiene dicho que:

(...) la pretensión de la defensa acerca de que la declaración testimonial, aún falsa, no es un ardid suficiente para integrar una estafa procesal, dado que la situación podría ser equiparable al criterio doctrinal y jurisprudencial que desecha la mentira como medio idóneo para su configuración, tampoco tendrá acogida favorable.

Ello así, por cuanto en el caso, los imputados no efectuaron simples afirmaciones o alegaciones mentirosas, sino que en clara connivencia fueron llevando adelante diversos actos dirigidos a la concreción de un plan final, que no era otro que, mediante engaño, lograr una disposición patrimonial perjudicial para la contraparte.³⁵

34. C.N. Crim. y Correc., Sala VII, Cicciaro, Divito. (Prosec. Cám. ad-hoc: Sposeti). c. 382, Fancodini, Julio E. Rta.: 12/12/2011. En este caso se citó de la misma sala el antecedente N° 28.594, “Vrtal, Roberto Carlos”, rta: 11/05/2006.

35. CNCC, Sala V, Causa N° 40.625, “R., R.s/ procesamiento”. Proveniente del Juzgado de Instrucc. N° 27, Secretaría N° 124.

Es interesante el análisis que hace el tribunal, por cuanto valora concretamente la entidad del ardid más allá de la mera mentira como medio idóneo para la configuración del delito, otorgando especial preponderancia a la virtualidad del falso testimonio como medio para engañar al juez.

Asimismo, si bien mantiene la figura del falso testimonio vigente, la pone claramente como medio para la comisión del delito que realmente se proponían los imputados, esto es la disposición patrimonial perjudicial.

C. Estafa procesal y otros delitos

Si bien los señalados en a y b son los casos más comunes, se advierte que la estafa procesal concurre no solo con los delitos premencionados, sino también con otras defraudaciones.

Por caso, se consideró que el hecho de haber presentado en un expediente civil, a continuación que se dispusiera hacer lugar a la demanda instaurada y condenarlo al pago de \$ 300 de cuota alimentaria, un escrito de excepción de pago al que se adjuntó un recibo por el que se da cuenta del pago de \$ 5.100 en favor de la actora y en concepto de los alimentos reclamados, vencidos y futuros con firma de quien fuera cónyuge del imputado y fue certificado por un escribano, constituía al delito de estafa procesal en concurso ideal con defraudación por abuso de firma en blanco, en concurso real con falsificación de documento público.³⁶

Asimismo, resulta interesante analizar un antecedente de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, en el cual se hizo concursar la figura de falsedad ideológica realmente con la estafa procesal. Veamos.

Los hechos motivo de investigación, consistían en corroborar la veracidad de la existencia de una asamblea unánime de accionistas y por la cual se removió al presidente de la firma, conforme lo reflejaba la documentación aportada en los expedientes del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal.

Así, se acreditó a lo largo de la investigación que los imputados presentaron documentación ideológicamente falsa en los expedientes judiciales

36. Causa N° 35.221, "Lanza, Horacio V." Procesamiento. Defr. por abuso de firma en blanco. Instr. N° 32/114.

mencionados, con el fin de inducir a error a los magistrados a cargo de ambos procesos en los cuales se discernían cuestiones de índole patrimonial, con el fin de demostrar que se había perdido la facultad para desistir de la acción en representación de la sociedad, y así perjudicar los intereses de la Obra Social.³⁷

Es de advertir que, en este caso, a pesar de que se presentó la documentación ante el juez, el tribunal dio mayor trascendencia a la falsificación del acta en sí y no a su uso ante el magistrado.

En efecto, si bien el uso que se hace del documento muchas veces queda subsumido por el principio de subsidiariedad,³⁸ en este caso la Sala II entendió pertinente asignarle mayor relevancia a la autoría en la falsedad ideológica del instrumento que en su presentación misma ante la justicia.

D. La estafa procesal como delito autónomo

También puede darse que no se verifique un delito al momento de desplegar el ardid o engaño y, por tanto, proceda la posibilidad de aplicar la figura de la estafa procesal de forma autónoma.

La Sala VII de la Cámara del Crimen,³⁹ tuvo oportunidad de expedirse en tal dirección, confirmando un procesamiento por estafa procesal solamente.

En aquella oportunidad, los hechos motivos de imputación fueron el haber orquestado la maniobra que incluyó el obtener el voto afirmativo de las dos terceras partes de los acreedores quirografarios verificados de una firma que el imputado presidía, que se había presentado en concurso, para inducir a error al juez en lo comercial que entendía en los autos formados al efecto y que homologase el acuerdo concursal.

De esta manera, habría logrado que los distintos acreedores de la firma les cedan onerosamente sus créditos a otros accionistas para que estos

37. Sala II, Causa N° 26.528, “Iaiza Susana y otros s/procesamiento”, Juzg. Fed. N° 12, Secretaría N° 23, Expte. N°16.613/2002/14.

38. Sala I de la CNCCF, Causa N° 36.606, caratulada “Banco Río S.A. s/incompetencia”, rta. el 21/12/04 Reg. N° 1.421.

39. Causa N° 34.865, “Maggio, Francisco”. Presc./F. de acción/ Proc./ Emb. Estafa. I. 40/139.

se pronunciaran en favor de la propuesta de pago ofertada por la empresa concursada, que resultaba perjudicial para el remanente de los socios quirografarios.

La Sala IV de la misma Cámara, por su parte, sostuvo que la presentación del título de crédito espurio ante un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial configura el ardid que reclama la figura de estafa procesal, provocando con ello un error en el magistrado, a consecuencia del cual este dictara una sentencia de trance y remate.⁴⁰

Se consideró igualmente estafa procesal la presentación de un certificado médico, un presupuesto y una nota a efectos de justificar una dolencia física que no se padecía, a resultas de la cual se hiciera lugar a la medida cautelar peticionada en el marco de un expediente contencioso administrativo labrado a los efectos de quedar incluido a las excepciones previstas por el artículo 12 del decreto 214/02.⁴¹

Finalmente, a modo conglobante, citaré un antecedente de la Cámara Federal de Mendoza,⁴² en el cual se revocó un procesamiento por “el delito previsto y reprimido por el art. 172 del CP –estafa procesal en concurso ideal con la presunta infracción al art. 174 inc. 5 en función del art. 172, ambos del CP, esto último en grado de tentativa (art. 42 del CP), (art. 306 y ccs. del C.P.P.N.)”.

En el caso, se imputó el despliegue de una maniobra defraudatoria en contra del Estado Nacional (Ministerio de Economía), al demandar ante el Juzgado Federal N°2 de Mendoza, la devolución de fondos del tesoro “BON- TES” en cuyo expediente se habría presentado documentación presuntamente falsa al omitir denunciar oportunamente el fallecimiento del esposo de la actora, continuando las presentaciones, con la firma apócrifa de su extinto cónyuge simulando su supervivencia; y por haber denunciado falsamente como su domicilio real en la provincia de Mendoza, a fin de procurar la intervención del juzgado mencionado.

Pues bien, con muy buen tino, la alzada federal sostuvo:

40. Causa N° 35027, “Better Pharms/ falta de mérito”, Int. Sala IVI: 38/132 (22.955/2005).

41. Sala II, Causa N° 29.664, “Solmesky, Alberto y otros s/procesamiento y embargo” Juzg. Fed. N° 8, Sec. N° 16, Expte. N° 17.636/2004/8.

42. Causa N° FMZ 81623886/2013, caratulados: “Compulsa en AS. 15.446C” “Fiscal C/ Tagnochetti Mónica”.

(...) advertimos cierta contradicción por parte del juez al momento de subsumir los hechos en la figura de estafa procesal, ya que, en principio al imputar e indagar a la encartada califica los hechos, en las previsiones del art. 174 inc. 5º del C.P., luego, en la resolución atacada efectúa una descripción del denominado “fraude a la administración pública” (art. 174 inc. 5 del C.P.), como figura agravada, pero al momento de señalar que el medio comisivo empleado por la actora para perpetrar el fraude, fue el contemplado por el art. 172 (modalidad de estafa procesal), olvidó que la estafa procesal, en realidad, fue el medio empleado para cometer el fraude contra la Administración Pública, pues la maniobra se encontraba dirigida, no contra cualquier tercero, sino contra la Administración Pública, tercero al que el legislador quiso asignar mayor protección contemplándolo en la figura agravada, como inicialmente se había imputado y finaliza su razonamiento encuadrando el hecho en el art. 172 del C.P..” (...). En síntesis, no puede darse un concurso ideal entre los arts. 172 y 174 inc. 5º, ya que entre estas figuras solo se produce un concurso aparente de leyes, donde la figura especial desplaza a la genérica. Por lo que correspondería encuadrar los hechos, conforme a la calificación inicialmente endilgada y por la cual fuera indagada la encartada, ello es la presunta comisión del delito previsto y reprimido por el art. 174, inc. 5º, en función del art. 172 del C.P., en grado de tentativa (art. 42 del C.P.).

La solución me exime de mayores comentarios y aparece como acertada, pero evidencia otro de los inconvenientes de la falta de previsión específica de la figura en el derecho de fondo, lo que indujo sin dudas a error al juez de instrucción.

Desde una óptica finalista, se advierte con claridad que el fin último del actor es defraudar al erario, por lo cual, que el camino utilizado haya sido un juez en el marco de un proceso, no deja de privar a la conducta del agravante que la norma prevé.

Idéntico criterio se adoptaría desde el funcionalismo, dado que el riesgo introducido por la actora puso en peligro los bienes estatales.

IV. Conclusiones

Como primera conclusión es dable advertir que el delito de estafa procesal rara vez llega a consumarse, con lo cual la etapa de análisis de la tentativa se torna sumamente preponderante.

Como momento consumativo del delito, debe considerarse la disposición patrimonial perjudicial, es decir, con la ejecución de la sentencia. Hasta ese momento, nos encontramos en la fase de tentativa. Esta posición como ha podido verse, no es la que comparte la mayoría de la doctrina, sin perjuicio de lo cual, la considero acertada.

Por otro lado, entiendo que se ha dado debida respuesta a los interrogantes abiertos en orden a los límites procesales que deben sobrepasarse para que una “petición injusta” se transforme en un verdadero inicio de ejecución de la estafa procesal.

En esa dirección, es relevante señalar que la ausencia de un deber de veracidad de las partes deriva en que la conducta del sujeto activo se despliegue no solo en afirmaciones o reticencias, sino con elementos más relevantes o con entidad suficiente para generar un error en el juez.

Por el otro, la jurisprudencia es pacífica en cuanto a que la estafa concurre idealmente con el delito que se utiliza como ardid o engaño y hasta puede presentarse como delito autónomo.

Ello no obsta, sin embargo, a que deba realizarse un análisis independiente de la estafa procesal y el delito que con esta concursa. Es decir, analizar por un lado del delito que sirve como ardid o engaño a la luz de los requisitos propios de este y luego, adentrarse en el análisis de la idoneidad de este para producir el resultado final.

Como propuesta concreta, considero pertinente que, corroborados los extremos del delito independiente, se produzca una suerte de presunción *iuris tantum* en orden a la idoneidad de este a los fines de llegar a producir el resultado estafa. Ello puede no ocurrir en casos muy específicos. Recordemos el ejemplo imaginario del juez que conocía la fecha de deceso del causante por ser amigo personal de este ante la presentación de la partida de defunción falsa.

Debo admitir que, desde el funcionalismo, esto podría ser criticado, puesto que estaría recurriendo a un conocimiento especial del juez que excede su rol. Más allá de eso, la introducción del riesgo no le puede ser en ningún caso enrostrada, por cuanto incluso Jakobs nos enseña que “existen

supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimientos que son especiales en los demás casos”.⁴³

En este cuadro de situación, y más allá de la salvedad explicada, la estafa procesal está destinada al fracaso por circunstancias muy específicas ajenas a la idoneidad misma del delito de falsificación de documento público, por demás acreditada por la potencialidad del perjuicio.

Considero acertado en este caso, optar por lo que di en llamar el estándar de punibilidad medio, es decir, trabajar las cuestiones de forma independiente, pero recordando siempre que la tentativa inidónea es punible y que los delitos independientes deben ser siempre tratados de forma específica, priorizando la “potencialidad” del daño.

Para la evaluación de la entidad del ardid o engaño en el caso concreto de la estafa, ofrezco como parámetro el sistema de deberes de veracidad, expuestos magistralmente por la profesora Nuria Pastor, en el cual, por otro lado, puede apreciarse cómo en diversos contextos puede o no darse entidad a la maniobra defraudatoria.

A partir de estos parámetros, se podrá obviar la apelación constante a cuestiones subjetivas, permitiendo una imputación netamente normativa, tomando como eje el rol socialmente esperado de la persona.

Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo, “¿La *iniusta petitio* como ardid idóneo en la estafa procesal?”, *La Ley*, 1997-C, 879/884.
- Amadeo, José L., “Estafa procesal mediante la notificación de la demanda”. Suplemento del 4-3-2009. En: JA, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, Volumen: 2009-I, pp. 1323 a 1324.
- Báez, Julio C. y Cohen, Jessica, “Estafa procesal y documentos auténticos”, *La Ley*, 2000-E, 1057.
- Báez, Julio, “El silencio y la estafa procesal”, publicado en *La Ley* 22/09/2004; “La estafa procesal existe y puede ser cometida por el demandado”, *La Ley*, 2000-F, 861; “El demandado y la estafa procesal”, *La Ley*, 2000-E, 1039; “La estafa procesal puede ser cometida mediante la utilización de documentos verdaderos”, *DJ*, 2000-1-1175.

43. Jakobs, Günther, La imputación objetiva en Derecho Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 68.

- Buompadre, Jorge Eduardo, *Estafas y otras defraudaciones*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- *Delitos contra la propiedad*, Ed. Mave, Corrientes, 2008.
- Cadoppi, Alberto, Direttore, *Trattato di Diritto Penale*, UTET Giuridica, Torino, 2009.
- Cerezo Mir, José, “La Estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal*.
- *Estafas y otras defraudaciones I*, Rubinzal Culzoni Editores, 2000.
- Clemente, José Luis, “Estafa procesal”, Suplemento 11, diciembre de 2007, en: *LLC*, Córdoba, La Ley, Volumen: 2007, pp. 1120-1128.
- Couture, Eduardo J., “El deber de decir la verdad en el juicio civil”, *La Ley* 9, 30, Sup. Esp. Páginas de Eduardo J. Couture en *La Ley* 2008 (agosto), 37 Cita Online: AR/DOC/2225/2008.
- Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- Di Meglio, Alejandro, “Estafa procesal: el impacto de la calidad especial del juez como sujeto engañado en el requisito de idoneidad del ardid Nota a fallo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2013-7), pp. 121 a 134.
- Donna, Edgardo, *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- Fontán Balestra, Carlos y Ledesma, Guillermo, *Tratado de Derecho Penal*, La ley, Buenos Aires, 2013.
- Grisolía, Francisco en “La estafa procesal en el Derecho Penal chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 24, N° 23.
- Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- Laje Anaya, *La estafa y otras defraudaciones en la doctrina judicial argentina*, Alveroni Ediciones, Buenos Aires, 2005.
- Lascano, Carlos Julio (h), *El delito de estafa procesal*, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva serie, N° 1, 1995. Córdoba, Universidad Nacional, pp.127-140.
- Leturía, Mauro Fernando, “El delito de estafa procesal en el derecho penal argentino”, Suplemento 37. 17/9/2008, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2008-3, pp. 1367 a 1376.
- López González, Mirta L., Maiulini, Federico, “Estafa procesal. El momento de su consumación”, *Estafas y otras defraudaciones II.*, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Volumen: 2000-2, pp. 407 a 422.

- Maurino, Alberto Luis, “Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad”, *La Ley*, 2001-B, 1131, cita Online: AR/DOC/15825/2001.
- Mir Puig, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, *Revista de Derecho Penal*, 2001-1.
- Navarro, Guillermo Rafael, *Jurisprudencia criminal plenaria*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989.
- Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.
- Parajón, Hubert M., *Sobre el engaño y la mentira en el delito de estafa*, LL 03/03/2006.
- Pastor Muñoz, Nuria, “El engaño típico en el delito de estafa”, *Cuestiones Actuales de Derecho Penal General y Patrimonial I Jornada de Derecho Penal Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, ARA Editores, Lima, 2005.
- Puricelli, José Luis, “Particularidades de la estafa procesal. El silencio”, *La Ley* 2000-F, 1161.
- Rodríguez Devesa, José, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 8ª edición, Madrid, 1981.
- Romero, Gladys N. *Delito de estafa. Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- Romero, Gladys, *Los elementos del tipo estafa*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1985.
- Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, 4ª ed. 1987.
- Soto Nieto F., “Principios éticos en el proceso: el fraude y la estafa procesales”, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVIII, 1974.
- Spolansky, Norberto E., *La estafa y el silencio*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- Torio López, Ángel, “Acción y resultado típico en la estafa procesal”, *Libro homenaje al profesor José Antón Onea*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.
- Tozzini Carlos A., “La calidad del autor en la estafa procesal”, *Revista de Derecho Penal y Jurisprudencia*, Volumen I, 2000. “¿Existe el delito de estafa procesal?”, LL 2000-E, 773; “Estafas y Otras defraudaciones”, *Revista de Derecho Penal*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.
- Valle Muñoz, José Manuel; *El delito de estafa*, Barcelona, Bosch, 1987.
- Vázquez Iruzubieta, *Código Penal comentado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1970.

