

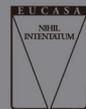
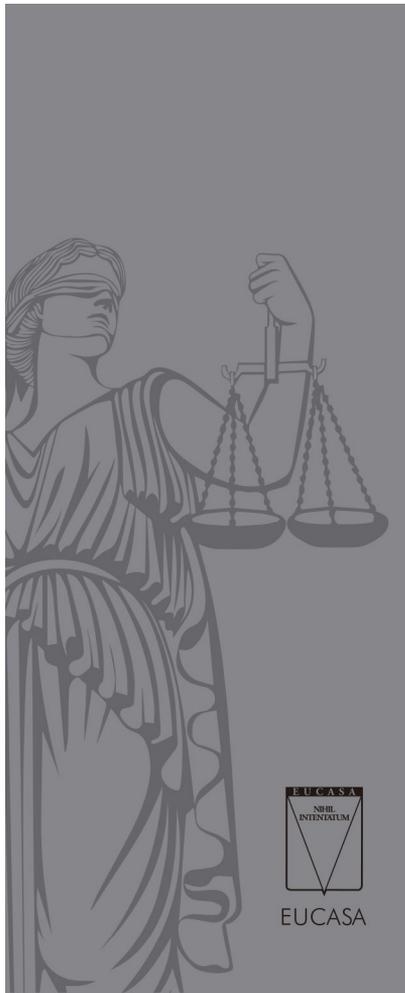
Año 4 | Número 4 | setiembre, 2021

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

e-ISSN 2618-4699



EUCASA

SUMARIO

Editorial. *Omar Carranza*

INVESTIGACIONES

Las convenciones interpretativas como control horizontal de la decisión judicial. *Federico José Arena*

Representaciones que operan frente a la problemática del abuso sexual infantil en ámbitos de salud pública de la provincia de Salta-Argentina. *Fanny Margarita Arrieta Dib, Marina Guadalupe Cheda y Héctor Guillermo Morales*

El método de casos como herramienta de enseñanza. Sus resultados y reflexiones en épocas de pandemia. *Patricia Carina Calpanchay Suárez*

Inclusión de los delitos ambientales en el Código Penal argentino. *María Alejandra Cau Cattán, Rosa Inés Torres Fernández y Jorge Luis Villada*

El control de la Administración en tiempos de pandemia. *José Carlos Moslares*

Erving Goffman y las dinámicas de la identidad social en las instituciones totales. *Víctor Hugo Ligarrabay*

RESEÑAS

Reseña del libro *Ciencia y religión. Perspectivas históricas, epistemológicas y teológicas*, de L. Florio. *Claudio Roberto Bollini*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
(UCASAL)

OMNIA. Derecho y Sociedad
Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas
N° 4 | 2021

CONSEJO EDITOR

Director: Ab. Omar Carranza / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Secretario: Mg. Lic. Victor F. Toledo / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Dra. Úrsula Basset / Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina / Miembro del Comité Directivo de la International Academy of the Jurisprudence of the Family

Dra. Cecilia Blanco / Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional de Córdoba - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)

Mg. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas / Grupo Persona, Instituciones y Exigencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia

Lic. Martín Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

Lic. Roberto Washington González / Licenciatura en Criminalística y Perito en Accidentología de la UCASAL

Ab. Juan Carlos Pérsico / Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata - Instituto de Derecho Internacional Público del Colegio de Abogados de La Plata (CALP)

Lic. Alejandro Gabriel Safarov / Licenciatura en Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Santiago del Estero

Dra. Irene Vasilachis de Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

COMITÉ EVALUADOR

Dr. Aldo Ameigeiras / Universidad de Buenos Aires

Dr. Gustavo Arballo / Universidad Nacional de La Pampa

Dr. Fernando Charria García / Universidad Libre - sede Cali - Colombia

Dra. Prof. Evangelina Norma Contini / Universidad Nacional de Tucumán

Dra. Raquel Guzmán de Dallacaminá / Consejo de Investigación de la Universidad Nacional de Salta

Dr. Sergio Díaz Ricci / Universidad Nacional de Tucumán

Mg. María Cecilia Flores Toranzos / Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Salta

Ab. Leonardo Matías Gualpa / Secretaría de Minería y Energía de la Provincia de Salta

Ab. María del Milagro Herrera / Poder Judicial de la Provincia de Salta

Mg. Pedro Marcelo Ibarra / Universidad Nacional de Salta

Mg. Rocío García Jarsún / Secretaría del Tribunal de Juicio Salta II - Distrito Orán

Mg. Tobías Larregui / Universidad Nacional de Córdoba

Lic. Agustín Pérez Marchetta / Ministerio de Derechos Humanos y Justicia de la Provincia de Salta

Dra. Mabel Parra / Universidad Nacional de Salta

Mg. María Elisa Rosa / Ministerio Público Pupilar de la Provincia de Salta

Ab. Prof. Liliana del Carmen Ruarte / Secretaría de Ambiente y Desarrollo de la Provincia de Salta

Dra. Guadalupe Valcarce Ojeda / Universidad Nacional de Córdoba

Dra. Claudina Xamena / Poder Judicial de la Provincia de Salta

Dra. Daniela Zaikoski / Universidad Nacional de La Pampa

e-ISSN 2618-4699

Domicilio editorial: Campus Universitario Castañares - 4400 Salta - Argentina

Tel.: (54-387) 4268609

E-mail: revistaomnia@ucasal.edu.ar

web: <http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>

www.ucasal.edu.ar/eucasa

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Nº 4 · 2021



EDICIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
SALTA - ARGENTINA

Omnia. Derecho y Sociedad es la revista científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Argentina, creada en el año 2018 y publicada bajo el sello EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta) (<http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>)

Es una publicación de periodicidad anual que reúne colaboraciones que versan sobre temas de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Se recogen en ella artículos científicos, ensayos, textos sobre jurisprudencia y doctrina y reseñas de libros. Todos ellos son sometidos a un proceso de evaluación por pares externos. Todos los escritos son inéditos y de carácter original.

La revista ha sido incorporada al Catálogo 2.0 de Latindex (folio 29156) y está indexada también por LatinRev

Su nombre, *Omnia*, obedece a dos razones. En primer lugar, se trata de una publicación que involucra a todas las carreras que se imparten en la Facultad —Abogacía, Lic. en Relaciones Internacionales, Lic. en Criminalística, Lic. en Seguridad, Perito en Accidentología y Martillero Público y Corredor Inmobiliario—. En segundo lugar, se busca dar cabida al más amplio abordaje de los temas de interés de la revista. La denominación, *Derecho y Sociedad*, define un contenido disciplinar propio de las ciencias sociales.

Esta publicación ha sido creada con el fin de promover la divulgación del conocimiento generado en la Facultad de Ciencias Jurídicas como producto de sus funciones sustantivas de investigación, docencia y extensión, así como favorecer la construcción de vínculos con otras instituciones nacionales e internacionales.

OMNIA. Derecho y Sociedad cuenta con las siguientes secciones: "Investigaciones", que reúne resultados parciales o finales de proyectos de investigación o ensayos académicos; "jurisprudencia y doctrina", que recoge análisis de sentencias judiciales y aportes doctrinarios de publicistas reconocidos y "reseñas de libros", en la que se realizan comentarios de libros de relevancia para la temática abordada por la revista.

Es una revista de acceso abierto publicada bajo licencia *Creative Commons* Atribución-NoComercial-CompartirIgual. Es decir que todo su contenido está libremente disponible sin cargo para usos lícitos por los usuarios, sin autorización previa del autor o del editor. Los autores retienen, sin embargo, el derecho a ser adecuadamente citados.

La responsabilidad sobre las opiniones vertidas en los textos y sobre el respeto a la propiedad intelectual corresponde a los autores.

e-ISSN 2618-4699

OMNIA. Derecho y Sociedad is the scientific journal of the Faculty of Legal Sciences of the Universidad Católica de Salta, Argentina, created in 2018 and published under the EUCASA seal (Ediciones Universidad Católica de Salta).

It is an annual publication that gathers collaborations on topics of legal, political and social sciences. It contains scientific articles, essays, texts on jurisprudence and doctrine and book reviews. All of them are subjected to an external peer evaluation process. All writings are unpublished and original.

The journal has been incorporated into Latindex Catalog 2.0 (folio 29156) and is also indexed by LatinRev

The name of journal, *Omnia*, is due to two reasons. In the first place, it is a publication that involves all the careers that are taught in the Faculty -Law, International Relations Degree, Criminal Law Degree, Security Degree, Accidentology Expert and Public Hammer and Real Estate Broker. Second, it seeks to reflect the broader treatment of the issues of interest. The denomination, *Law and Society*, defines a disciplinary content of the social sciences.

This publication has been created with the purpose of promoting the dissemination of the knowledge generated in the Faculty of Legal Sciences as a product of its substantive functions of research, teaching and extension, as well as favoring the construction of links with other national and international institutions.

OMNIA. Derecho y Sociedad has the following sections: "Investigations", which gathers partial or final results of research projects or academic essays; "Jurisprudence and doctrine", which includes analysis of court decisions and doctrinal contributions from recognized publicists and "book reviews", in which comments are made on books of relevance to the issue addressed by the magazine.

It is an open access magazine published under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike license. In other words, all of its content are freely available free of charge for lawful use by users, without prior authorization from the author or publisher. The authors retain, however, the right to be properly cited.

The responsibility for the opinions expressed in the texts and on the respect for intellectual property lies with the authors.

e-ISSN: 2618-4699

Sumario

Editorial.....	7
Omar Carranza	

INVESTIGACIONES

Las convenciones interpretativas como control horizontal de la decisión judicial <i>Interpretative conventions as a way of horizontal control of judicial decision</i>	11
Federico José Arena	

Representaciones que operan frente a la problemática del abuso sexual infantil en ámbitos de salud pública de la provincia de Salta-Argentina <i>Representations that operate on the issue of child sexual abuse in public health areas of the province of Salta-Argentina</i>	27
Fanny Margarita Arrieta Dib, Marina Guadalupe Cheda y Héctor Guillermo Morales	

El método de casos como herramienta de enseñanza. Sus resultados y reflexiones en épocas de pandemia <i>Case method as a teaching tool. Its results and reflections in pandemic times</i>	47
Patricia Carina Calpanchay Suárez	

Inclusión de los delitos ambientales en el Código Penal argentino <i>Inclusion of environmental crimes in the Argentine Penal Code</i>	55
María Alejandra Cau Cattán, Rosa Inés Torres Fernández y Jorge Luis Villada	

El control de la Administración en tiempos de pandemia <i>Administration control in pandemic times</i>	79
José Carlos Moslares	

Erving Goffman y las dinámicas de la identidad social en las instituciones totales <i>Erving Goffman and the dynamics of social identity in total institutions</i>	91
Víctor Hugo Ligarribay	

RESEÑAS

Reseña del libro *Ciencia y religión. Perspectivas históricas, epistemológicas y teológicas*, de L. Florio

Review of the book Science and Religion. Historical, epistemological and theological perspectives, by L. Florio 103

Claudio Roberto Bollini

Estimados lectores:

El presente número de *Omnia. Derecho y Sociedad* es una clara muestra de la consolidación de nuestra revista, logro que no podría haberse concretado sin el respaldo del Comité Editorial, la asistencia de la editorial EUCASA y la colaboración de autores y evaluadores.

Nuestra publicación ha sido indexada e incorporada a bases de datos internacionales, regionales y nacionales. Seguimos trabajando para ingresar en otros espacios específicos, tarea que requiere una permanente actualización y perfeccionamiento de nuestros procesos editoriales.

A partir de este número, es nuestra decisión avanzar hacia una periodicidad semestral, definiendo como fechas de publicación los meses de marzo y setiembre. Sin lugar a dudas, esta decisión supone un salto no solo cuantitativo sino fundamentalmente cualitativo, ya que requiere de una difusión a mayor escala, al mismo tiempo que procesos editoriales más afianzados y estandarizados.

Los artículos que presentamos en esta ocasión abordan diversas problemáticas en torno a variadas cuestiones relacionadas con el campo del derecho y disciplinas conexas.

El trabajo de Arenas busca conectar la discusión filosófica sobre la práctica judicial de identificación del derecho con el problema del control de la actividad judicial, entendiendo como tal a la verificación de la corrección jurídica de las decisiones judiciales acerca de la existencia y el contenido del derecho.

En materia de derecho ambiental, Villada et al. dan cuenta de la ausencia en el Código Penal de la Argentina de una figura especial referida al daño ecológico como tipo delictivo. Por tal motivo, y teniendo en cuenta que en el Congreso de la Nación está previsto el tratamiento de la reforma de dicho código, plantean que la inclusión en él de los delitos ambientales es de suma necesidad y urgencia.

Arrieta et al. ahondan en las representaciones sociales presentes en el personal profesional y no profesional de un área del sistema de salud pública de la provincia de Salta (Argentina) frente a la problemática del abuso sexual infantil (ASI).

La enseñanza del derecho es abordada en el artículo de Calpanchay Suárez, tomando como referencia el método de estudio de casos a partir del análisis del contexto institucional de algunas Facultades de derecho del país que emplean esta herramienta pedagógica y didáctica.

La pandemia de COVID-19 evidenció situaciones de emergencia en diversos ámbitos. Mosrales refleja en su ensayo cómo esta incidió en el control de la administración pública y en la función de los organismos de control pertinentes.

El ensayo de Ligarrabay se propone estudiar el efecto que las instituciones de encierro tienen en los procesos de conformación de las identidades sociales de las personas mediante un estudio comparativo entre la teoría de la sociedad disciplinaria de Michel Foucault y la teoría interaccionista de Erving Goffman.

Finalmente, Bollini realiza una reseña descriptiva sobre el libro *Ciencia y Religión. Perspectivas históricas, epistemológicas y teológicas*, de Lucio Florio, publicado por EUCASA en 2020.

Queremos expresar nuestro agradecimiento a los autores, quienes han confiado en nuestra publicación para visibilizar sus trabajos y exhortamos a quienes tengan interés en la publicación de artículos a contactarse con nosotros.

El Director

Investigaciones



Las convenciones interpretativas como control horizontal de la decisión judicial¹

Interpretative conventions as a way of horizontal control of judicial decision

Federico José Arena²

Resumen

En este trabajo propongo conectar la discusión filosófica sobre la práctica judicial de identificación del derecho con el problema del control de la actividad judicial. Por control de la actividad judicial me refiero a la verificación de la corrección jurídica de las decisiones de jueces y juezas en sus sentencias acerca de la existencia y el contenido del derecho. Procuraré mostrar que, además de formas de control vertical, existe la posibilidad de un tipo de control horizontal apoyado en la estructura convencional que adquiere la acción colectiva de jueces y juezas. El texto se concentrará en dos cuestiones centrales: en qué consiste esa estructura convencional y de qué modo permite controlar la actividad judicial.

Palabras clave: decisión judicial - control horizontal - convenciones interpretativas - criterios de corrección

Abstract

In this paper I intend to connect the philosophical discussion on the judicial practice of identifying the law with the problem of how to control judicial activity. By control of judicial activity I mean the verification of the legal correctness of the decisions on the existence and content of the law taken by judges in their sentences. I will try to show that, in addition to forms of vertical control, there is the possibility of a type of horizontal control based on the conventional structure that the collective action of judges acquires. The text will focus on two main issues: the elements of the conventional structure and how it may be able to control judicial activity.

Keywords: judicial decision - horizontal control - interpretative conventions - correctness criteria

Derecho/ artículo científico

Citar: Arena, F. J. (2021). Las convenciones interpretativas como control horizontal de la decisión judicial. *Omnia. Derecho y sociedad*, 4 (4), pp. 11-25.

¹ El presente artículo se enmarca en el proyecto «Teorías y técnicas de la interpretación jurídica. Un análisis teórico-práctico de los cánones de interpretación vigentes», dirigido por Paula Gaido y Federico Arena, radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS), Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Res. CIJS 30/2018.

² Investigador adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET). Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba y doctor en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica por la Universidad de Génova, Italia. Sus líneas de investigación son la teoría general del derecho, la teoría de la interpretación y la relevancia jurídica de los estereotipos sociales. ORCID: 0000-0001-8826-635 3. farena@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La práctica judicial de identificación del derecho, es decir, el conjunto de acciones a través de las cuales los jueces determinan la existencia y el contenido del derecho, se ha encontrado al centro del debate iusfilosófico de los últimos años. Los filósofos del derecho han intentado elaborar esquemas diferentes para ofrecer una reconstrucción de esa práctica, con el objetivo de ofrecer una explicación de algunos problemas filosóficos, tales como la existencia de desacuerdos entre jueces, la pretensión de autoridad del derecho o la capacidad práctica de las normas jurídicas, entre otros. En particular han recurrido a modelos de acción colectiva construidos en ámbito económico (la teoría de los juegos) y en ámbito filosófico (hechos institucionales). Específicamente, se trata de formas en que la acción de un conjunto de individuos puede entrelazarse para formar una convención de coordinación (teoría de los juegos) (Lewis, 1969; Postema, 1982) o una convención constitutiva (hechos institucionales) (Marmor, 2009; Searle, 1995).

En este trabajo quisiera conectar esas discusiones con el problema del control de la actividad de los jueces; en particular, sus decisiones sobre la identificación del derecho. Generalmente, se considera que esa actividad (*i.e.*, las decisiones de los jueces sobre la identificación del derecho) resulta controlada por mecanismos institucionales específicamente previstos a tal efecto, en particular los distintos recursos procedimentales. Estos recursos permiten que un órgano judicial, superior al que tomó la decisión, controle la corrección de la decisión del tribunal inferior. Se trata, en consecuencia, de un tipo de control vertical. Los límites de este control se manifiestan cuando se trata de órganos judiciales supre-

mos, es decir, órganos cuyas decisiones son finales, en el sentido de que no existe un órgano superior que pueda revisarlas. Sin embargo, creo posible postular la existencia de un tipo de control horizontal apoyado en la estructura que adquiere la acción colectiva de los jueces; control que se extiende incluso a los órganos supremos. Intentaré ofrecer argumentos a favor de la tesis según la cual, en algunos casos, la acción colectiva de los jueces adquiere la estructura de una convención y esta estructura funciona como un tipo de control horizontal de las acciones de cada uno de ellos. Por convención entiendo una regularidad de comportamiento en la que (parte de) las razones por las que cada uno de los involucrados se conforma a la regularidad es que los demás lo hacen. Mi intención aquí no es tanto defender la efectiva existencia de tales convenciones, sino mostrar de qué modo, si se las acepta, es posible que funcionen como control de la actividad de los jueces.

Dividiré el trabajo en dos. Primero, procuraré mostrar en qué sentido se puede concebir la actividad de los jueces como regulada por convenciones. En este punto me referiré también al desafío escéptico según el cual no existe entre los jueces una convención. Segundo, indicaré de qué modo esas convenciones pueden funcionar como control de la acción colectiva de los jueces. En este punto abordaré las objeciones a la posibilidad de que las convenciones ofrezcan razones para la acción.

CONVENCIONES Y ESCEPTICISMO

La noción de convención

Aquí asumiré una noción estricta de convención. Es decir, en sentido amplio, algo que es convencional se opone a algo natural, ya que depende de los hombres, de sus acciones

y creencias, u otras actitudes (Celano, 2010 [1997], pp. 281-282; Vilajosana Rubio, 2010, pp. 139-140)³. En el sentido estricto que usaré aquí, convenciones son solo una subclase de los hechos que dependen de las acciones y actitudes humanas. Se trata de hechos en los que las acciones y actitudes humanas adquieren una configuración particular. A este conjunto de circunstancias que deben darse para que exista una convención las llamaré condiciones de convencionalidad (Celano, 2010; Lewis, 1969; Marmor, 2009). Aquí, por razones de brevedad, me referiré solo a las que definen las convenciones no basadas en el acuerdo⁴ y las presentaré de un modo que parecerá estipulativo; sin embargo, cada una de ellas está apoyada en un argumento filosófico. La primera condición para la existencia de una convención no basada en el acuerdo es que se verifique una cierta regularidad o convergencia de comportamiento. Una regularidad de comportamiento puede ser concebida como «realizar la acción A en la ocasión O» o, puesto de modo más general, «A en O». La regularidad exige que O se presente con cierta frecuencia, o al menos que se haya presentado más de una vez y que sea posible que vuelva a presentarse (Gilbert, 2008, p. 8). La segunda condición, que permite pasar de una mera convergencia de conducta a una convención, es una actitud de los involucrados, denominada por la literatura «condición de dependencia». Así, cuando se trata de una

convención, existe un sentido crucial en el cual decimos que nos conformamos a la regularidad, en parte debido a que otros lo hacen. En particular, la razón del seguimiento está constituida (al menos en parte) por el hecho de que existe una práctica común (Celano, 2010 [2003], p. 330). Por ejemplo, si se concede que es convencional la práctica de que, al cortarse una comunicación telefónica, debe volver a llamar la persona que llamó primero, entonces la razón en virtud de la cual los involucrados se comportan regularmente de ese modo es, en parte, que los demás también lo hacen. Finalmente, la tercera condición para la existencia de una convención sin acuerdo es la arbitrariedad. Si bien no ha sido fácil precisar en qué consiste, aquí entenderé que la regularidad de comportamiento es arbitraria cuando los sujetos involucrados habrían podido seguir una regularidad alternativa, satisfaciendo la misma función (*e.g.*, podría ser que quien deba rellamar sea la persona que recibió la llamada inicial)⁵. La posibilidad de elegir configurar de modo distinto una determinada convención puede advertirse claramente en aquellos casos donde ambas posibilidades se dan en el mundo actual. Por ejemplo, es sencillo advertir que el sentido de circulación de los automóviles es arbitrario, dado que existen lugares donde se conduce del lado izquierdo y lugares donde se conduce del lado derecho. Ambas opciones permiten realizar, entre otras, la misma finali-

³ Esta distinción ha de ser matizada pues las acciones y las creencias humanas son parte de lo natural y, en consecuencia, también lo son las convenciones (véase Kekes, 1989, pp. 26-27).

⁴ La identificación precisa de estas condiciones se debe, sobre todo, a David Lewis (véase Lewis, 1969). Desde mi punto de vista, la noción de convención basada en el acuerdo es secundaria respecto de aquella no basada en el acuerdo, aunque no podré extenderme aquí sobre esta última afirmación.

⁵ La arbitrariedad no ha de ser confundida con la indiferencia. Ni tampoco la arbitrariedad implica indiferencia. (Véase Lewis, 1969, pp. 76-80; Marmor, 2009, pp. 8-9; Vilajosana Rubio, 2010, p. 176; Arena, 2011). Por ejemplo, podría ser que, dado el costo de la llamada, no sea indiferente quién tenga que rellamar.

dad de organizar de manera segura el tráfico de automóviles⁶. En definitiva, las condiciones de existencia de las convenciones no basadas en el acuerdo consisten en la convergencia de comportamiento, la condición de dependencia y la arbitrariedad⁷.

Estas tres condiciones pueden combinarse con otras características y dar lugar a diferentes tipos de convenciones. Uno de ellos son las convenciones constitutivas⁸. La noción de convención constitutiva ha sido defendida por Andrei Marmor en distintos trabajos, pero es en su libro *Social Conventions* donde confiere un aspecto de unidad a su propuesta (Marmor, 2009). Existen actividades en las que los seres humanos suelen involucrarse con regularidad, que parecen satisfacer la condición de arbitrariedad y, además, parece existir un sentido en el que parte de las razones para involucrarse en tales actividades es que otras personas también lo hacen.

Estas actividades se presentan como regidas por un conjunto de reglas que poseen una doble función: (i) constituyen la práctica y (ii) regulan la conducta dentro de la práctica⁹. En otras palabras, definen la práctica y cómo participar en ella (Searle, 1969, p. 33). Asimismo,

esas reglas (iii) definen o constituyen, en parte, los valores asociados con la práctica en cuestión y definen el discurso evaluativo a ella aplicable (Marmor, 2009, pp. 37-39).

Las convenciones constitutivas pueden entonces ser definidas como una regularidad de comportamiento(s) que adquiere(n) su significado a partir de reglas que definen una práctica social y el modo de participar en ella.

Ahora bien, aun cuando aceptemos esta reconstrucción de la noción de convención, resulta a primera vista dificultoso extenderla a la actividad de los jueces. Ello es así en cuanto es común que los jueces identifiquen de maneras muy diferentes el contenido del derecho. Es sobre este hecho que se apoya lo que llamaré el desafío escéptico. Si el escéptico tiene razón entonces es falso que exista una convención, pues para esto último es necesario que se dé una regularidad de comportamiento o convergencia.

El desafío escéptico

La interpretación jurídica es la actividad que consiste en identificar el derecho, es decir, la actividad de determinar el significado de los enunciados de las fuentes, *i.e.* de los textos normativos (Guastini, 2012, p. 27; Guastini, 2014, p.

⁶ Para ser una alternativa, la regularidad debe satisfacer ciertas condiciones, al respecto véase Lewis, 1969, pp. 71 y Marmor, 2009, p. 10.

⁷ Existe una propiedad ulterior que ha sido propuesta como condición de convencionalidad, a saber, el conocimiento común. Desde mi punto de vista, el conocimiento común no es una condición de convencionalidad, pero no entraré en esa discusión aquí. En igual sentido, véase Burge, 1975, p. 250; contra Celano, 2010 [1995].

⁸ El otro tipo son las convenciones de coordinación introducidas, si bien no con esta denominación, por David Lewis (véase Lewis, 1969).

⁹ Las convenciones constitutivas son entonces actividades constituidas por un conjunto de reglas. Para caracterizar estas reglas, Marmor recurre a la distinción de Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas (véase Searle, 1964 y, con mayor elaboración, Searle, 1969). Según Searle, las reglas regulativas son aquellas que regulan formas de conducta que existen independientemente de, y con anterioridad a, la creación de la regla (p. ej. «obligatorio llevar corbata en los exámenes»). Las reglas constitutivas, en cambio, son aquellas que crean o definen nuevas formas de conducta («marcar un gol»). Nótese que la capacidad de constituir conductas no es una propiedad de reglas individuales y aisladas sino de conjuntos o sistemas de reglas. Un sistema de reglas es constitutivo si define las condiciones de posibilidad de una actividad o práctica social.

31 y ss.). El resultado de esta actividad consiste en (la formulación de) un enunciado interpretativo de la forma «D significa N», donde D está por el texto normativo (la disposición) y N por su significado (la norma) (Guastini, 2012, p. 45). Según el escéptico, no es posible determinar la corrección de los enunciados interpretativos. En palabras de Guastini:

El escepticismo ante las reglas, tal como lo concibo, equivale a sostener que cualquier tesis sobre la existencia de una única interpretación correcta —cualquier tesis que sostenga que los problemas interpretativos admiten una única respuesta «correcta» (i.e. verdadera)— es falsa. Y es falsa precisamente debido a la indeterminación de sistema jurídico en el sentido especificado, lo que trae como consecuencia que los enunciados interpretativos no tienen valor de verdad. La indeterminación interpretativa del sistema jurídico es el verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas (Guastini, 2012, p. 38).

El fundamento principal de la tesis escéptica, según Guastini, es que los significados, que pueden en abstracto ser atribuidos a una disposición, son por lo general numerosos (o, al menos, más de uno). Siempre según el escéptico, este rasgo del significado de los textos jurídicos depende menos del carácter «objetivamente» equívoco del lenguaje que de otras fuentes tales como la multiplicidad de métodos interpretativos, las distintas teorías dogmáticas y el sentimiento de justicia de los intérpretes, *i.e.*, sus preferencias éticas y políticas (Guastini, 2012, p. 40)¹⁰.

Para el escéptico, dado que cada texto normativo puede ser, y de hecho es, interpretado en numerosas maneras diversas, no tiene sentido decir que un intérprete se ha equivocado en asociar al texto una norma (falsa), en lugar de otra norma (verdadera). Esto implica que no existen criterios (objetivos) que permitan predicar error respecto de los enunciados interpretativos y, por lo tanto, que toda afirmación de este tipo no es más que una expresión de la ideología o actitudes valorativas del intérprete que no tiene nada que ver con una convención. La interpretación introduce así un margen de indeterminación respecto del contenido del derecho que impide determinar si los jueces han seguido o no una convención. Si no es posible determinar cuándo una convención ha sido seguida o no, entonces no tiene sentido (*i.e.*, es imposible) hablar con sentido de una convención.

El siguiente ejemplo permite ilustrar lo que sostiene el escéptico. El inciso 6 del artículo 163 del Código Penal argentino agrava la pena del hurto cuando «fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público». Al menos dos veces la Cámara Nacional de Casación Penal tuvo que decidir en recursos interpuestos por condenados en primera instancia por hurto agravado en virtud de haberse apoderado de una bicicleta (satisfaciendo las demás condiciones típicas). En esos casos, el recurrente sostenía que el término «vehículo» incluido en ese inciso no comprende a las «bicicletas». El 16 de febrero del año 2001, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo, en la causa Vilchez, que «la bicicleta, debe considerarse incluida en el concepto de vehículo del inc. 6 del art. 163 del C.P.»¹¹. Unos

¹⁰ Véase, con algunas variaciones, Guastini, 2014, p. 62.

¹¹ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa n.º 2884 «Vilchez, Carlos Abelardo s/ recurso de casación», sentencia del 16 de febrero de 2001.

años más tarde, el 20 de noviembre de 2012, la Sala II de la misma Cámara sostuvo, en la causa Benítez, que respecto del alcance del vocablo vehículo utilizado en la ley es menester «concluir en la exclusión de este medio del ámbito de la agravación punitiva»¹².

Se trata de dos decisiones válidas dentro del ordenamiento jurídico argentino y, sin embargo, cada una atribuye a una misma disposición normativa (término «vehículo» del inciso 6 del artículo 163 del Código Penal) dos significados completamente opuestos (comprende o no a las bicicletas).

Esto muestra, creo sostendría el escéptico, que los métodos interpretativos disponibles en la cultura jurídica argentina permiten a los jueces atribuir una misma disposición significados diferentes por lo que, en definitiva, cuál de esos significados sea asociado al texto normativo dependerá de una decisión de los jueces mismos. En efecto, por un lado, la Sala III en la causa Vilchez se apoyó, entre otros, en dos métodos o técnicas interpretativas centrales. Primero, en el método literal formal, es decir, basado en lo señalado por los diccionarios de la lengua:

... la palabra vehículo en su definición académica no hace referencia a bicicleta; ni en la explicación de bicicleta se menciona «vehículo» pero sí velocípedo, y en este vocablo el Diccionario de la Real Academia Española dice que es un vehículo (21a. edición, Madrid, 1992); en consecuencia, semánticamente la bicicleta es un vehículo y en este vocablo están comprendidas las bicicletas (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 2001).

Segundo, en el método intencionalista, apoyado en las intenciones aplicativas (*i.e.*, acerca de alcance del término) del legislador histórico. Así, citando las actas del debate parlamentario se indica que el legislador Villarroel sostuvo que

... con este proyecto se amplía la protección penal, no circunscribiéndola exclusivamente a los vehículos de cuatro ruedas o más. Vale decir a toda clase de vehículos. [...] desde el punto de vista de la política criminal que tanto vale o puede valer la propiedad de un automóvil como la de una bicicleta (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, 2001).

Por otro lado, la Sala II, en Benítez, se apoyó a su vez en dos técnicas o métodos interpretativos centrales, entre otros. Primero, también en el método literal; pero en este caso en un argumento literal más sofisticado apoyado en el uso (y conectado con un argumento valorativo acerca de la incidencia de la indeterminación). Sobre la base de este método se afirma que «bicicleta» no es un caso paradigmático de «vehículo», *i.e.* una bicicleta no es el primer ejemplo que se le viene a la mente a un usuario competente del lenguaje cuando piensa en el significado de la palabra «vehículo». Así como «usar como medio de pago» no es el significado que se le viene en mente a un usuario competente del lenguaje cuando piensa en el significado de «usar arma de fuego». Sobre esta base, y a partir de la consideración de que el derecho penal debe ser de aplicación restrictiva, se sostiene que no debería aplicarse a aquellos casos que no constituyen el significado paradigmático de los términos usados en el texto legal. El segundo método usado

¹² Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa n.º 15.268 «Benítez Alvarez, Carlos Esteban s/recurso de casación», sentencia del 20 de noviembre del año 2012.

por la Sala II en Benítez es también el del legislador histórico, pero en este caso basado en la intención como finalidad (*i.e.*, aquello que el legislador pretendía lograr con la modificación legislativa) y se señala que «en efecto, de la lectura del debate parlamentario se puede colegir —sin mayor esfuerzo— que evidentemente la expresión ‘vehículo’ se refiere, sin lugar a dudas, a los automóviles».

En definitiva, cada sala, recurriendo a métodos interpretativos disponibles en la cultura jurídica argentina, interpreta de manera diferente una misma disposición. Esto no es más que un ejemplo, sostiene el escéptico, de la indeterminación del ordenamiento jurídico; en el sentido de que no sabemos qué normas pertenecen al ordenamiento («obligatorio castigar de manera agravada el hurto de bicicletas» o «prohibido castigar de manera agravada el hurto de bicicletas») hasta que un juez haya interpretado la disposición normativa y resuelto así la equívocidad producida por la variedad de métodos interpretativos disponibles. De ello se sigue que no es posible sostener que existe entre los jueces una convención de interpretar «vehículo» de un modo o el otro, o, puesto en otros términos, de interpretar la disposición del Código Penal de un modo u otro. No hay convención porque no hay regularidad, ya que las interpretaciones son dispares. Y, dado que no hay convención, tampoco hay criterios de corrección.

Desde mi punto de vista es falso que la divergencia en la identificación de las normas elimine toda posibilidad de que exista una convención. Por el contrario, de un análisis detallado de la actividad interpretativa surge que en ella existen un conjunto de convenciones que permiten, hasta cierto punto, determinar

cuándo el texto mediante el cual se formula la norma general ha sido correctamente interpretado. El desafío escéptico pierde de vista una distinción entre dos tipos de convenciones. Por un lado, convenciones que fijan cuál es el resultado de la interpretación y, por otro lado, convenciones que determinan cómo llevar a cabo la actividad interpretativa. Aun cuando concedamos al escéptico que entre los jueces no existen convenciones del primer tipo, de ello no se sigue que tampoco existan convenciones del segundo.

Convenciones interpretativas

Existe un sentido evidente según el cual la interpretación depende de convenciones. Las palabras o los enunciados no poseen un significado natural o dado, por el contrario, son los individuos o usuarios quienes atribuyen significado a las marcas y a los sonidos. Si esto fuera todo lo que sostiene al respecto la tesis convencionalista, entonces sería una tesis pacífica pero, creo, poco interesante. Además, como muestra el ejemplo de la bicicleta, la posible determinación del significado sobre la base de las convenciones del lenguaje ordinario no se traslada necesariamente al contexto de la interpretación jurídica¹³. Pero, sobre todo, este convencionalismo evidente no daría cuenta de la complejidad de la práctica interpretativa en el ámbito jurídico. Como acabamos de ver, en ese ámbito se usan convenciones interpretativas que no se limitan a las del lenguaje natural, sino que por lo general son más complejas y variadas (Bayón Mohino, 2002, pp. 63-64). El significado literal u ordinario de un enunciado jurídico no agota el conjunto de convenciones que determinan el contenido del derecho. Además de las con-

¹³ Acerca de la diferencia entre interpretación en contextos de conversación ordinaria e interpretación jurídica véase Guastini, 2012, pp. 46-50 y 196-197; y Celano, 2017.

venciones semánticas del lenguaje ordinario, existe un conjunto de convenciones interpretativas jurídicas que fijan el procedimiento a través del cual los intérpretes pueden atribuir significado a los textos jurídicos.

En este sentido Chiassoni afirma que un código interpretativo (o código hermenéutico) consiste en un conjunto de directivas hermenéuticas. Estas directivas están estructuradas, a su vez, en diferentes niveles, por lo que encontramos directivas primarias¹⁴, directivas secundarias¹⁵ y directivas axiomáticas¹⁶.

Cada código incluye así un conjunto de reglas que definen un cierto tipo de método interpretativo y establecen cómo usarlo. Estas reglas permiten evaluar, al menos de manera relativa, los resultados interpretativos. Es por ello que puede afirmarse que tales códigos son convenciones constitutivas. Esto permite también dar cuenta del hecho de que los jueces, al interpretar un cierto texto en un determinado sentido, no lo hacen por lo general de manera aislada y sobre la base de métodos interpretativos de creación individual. Por el contrario, el hecho de que un determinado método sea utilizado por los demás jueces es una razón para usarlo. Ciertamente, cuál sea, de hecho, el contenido de cada código hermenéutico usado en una comunidad jurídica y qué tipos y niveles de directivas incluya, es una cuestión de hecho.

Aun cuando el escéptico tiene razón al afirmar que la pluralidad de los métodos interpretativos desempeña un papel relevante en la indeterminación del ordenamiento, de ello no se sigue que no existan criterios de corrección de la interpretación. Los métodos interpretativos forman parte de las convenciones sobre la base de las cuales los jueces asocian un significado a una disposición. Estas convenciones establecen cuáles son, y cómo usar, los procedimientos para obtener ciertos resultados interpretativos. Por ejemplo, en el caso del método intencionalista usado por la Sala II (y más allá del resultado de la interpretación siguiendo la versión sofisticada del método literal), puede señalarse que, si bien se pretende apoyar el razonamiento en la intención del legislador histórico, en ningún momento se citan fragmentos de las actas (como sí lo hace la Sala III), sino que se reconstruye lo que, desde el punto de vista del juez, sería la finalidad de un legislador ideal que satisfaga ciertas condiciones de racionalidad respecto de la necesidad de la reforma legislativa. Es decir, dado que la inclusión del inciso 6.º en el artículo 163 del Código penal se debió a la necesidad de modificar el anterior régimen de agravamiento del robo de automotor, ya que establecía una pena excesiva, el juez concluye que el nuevo texto no puede sino referirse también a automotores. Pero no cita ningún fragmento de las

¹⁴Las directivas primarias «son aquellas directivas que indican a los intérpretes recursos sobre la base de los cuales una disposición puede ser *traducida* en una o más normas explícitas» (Chiassoni, 2011, p. 90). Un ejemplo de directivas de este tipo es el conjunto de directivas que conforma la interpretación lingüística, dentro del cual podemos encontrar la que impone atribuir a una disposición el significado que resulta del uso común de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural en la que está formulada.

¹⁵Las directivas secundarias «regulan el uso de las directivas primarias y establecen los criterios para evaluar la corrección [...] de las interpretaciones [...] obtenidas sobre la base de éstas» (Chiassoni, 2011, p. 111).

¹⁶Por último, las directivas axiomáticas constituyen «el conjunto (la base) de principios últimos —de axiomas— de un código hermenéutico, y consisten habitualmente en reglas finales, que prescriben qué objetivo (normalmente general) de política del derecho debe ser perseguido al interpretar las disposiciones» (Chiassoni, 2011, p. 134). Véase también Chiassoni, 2004, p. 63.

actas que así lo señalen. Hay un sentido, entonces, en que se usó de manera equivocada el método del legislador histórico; ya que no se siguió la directiva de citar fragmentos de las actas del debate parlamentario.

De todos modos, los criterios de corrección establecidos por las convenciones interpretativas tienen límites, ya que no suele existir una convención última que desempeñe el papel de criterio último para elegir entre los diferentes métodos interpretativos. Esto es advertido por Nino, cuando señala que en «Gedes Hnos.», «Mórtola y Cía.», «Piccardo» y «Bergamino» la Corte sostuvo que la interpretación de la Constitución debe atenerse a su letra y a su tenor literal; sin embargo en «Bressani» se sostuvo que el valor mayor de la Constitución no está en su texto escrito sino en su obra práctica, realista, de conciliación de intereses que exige, para que se la siga cumpliendo, una interpretación flexible y elástica a fin de adaptarla a nuevas ideas y circunstancias. En este sentido, no debe perderse de vista la terminología usada (Nino, 1992, p. 105).

CONVENCIONES Y CONTROL SOCIAL

Controlar implica guiar el comportamiento. Pero esto último ha sido, a su vez, entendido en al menos dos modos distintos. Por un lado, como la capacidad de motivar la acción. Es decir, como la capacidad de causar o dar lugar a la realización de una acción. Por otro lado, como la capacidad de justificar la acción o, más específicamente, a la capacidad de ofrecer razones para la acción justificadas. Dicho con otras palabras, para guiar el comportamiento de otros es posible, o bien ofrecer una razón que motiva la acción, o bien ofrecer una razón que justifica la acción. Ahora bien, es todavía posible distinguir entre dos tipos de razones justificativas: meras razones justi-

ficativas y razones que crean una obligación o un deber. La distinción también se formula distinguiendo entre *mere having a reason* y *having an obligation or a duty* (Postema, 1982; Coleman, 2001, p. 367). Quizás un modo de dar cuenta de esta distinción es señalando que en el primer caso se trata de racionalidad instrumental y, en el segundo, de racionalidad fundamental o no instrumental. La primera hace depender la racionalidad de una acción en función de los deseos del agente. La segunda hace depender la racionalidad de una acción en función de valores objetivos y universales (Schiavello, 2010, pp. 30-36).

Hay un sentido en que las convenciones funcionan de este modo. Empecemos entonces por el primer significado de guiar el comportamiento ofreciendo un motivo para la acción. Como señalé al inicio, los involucrados en una convención se conforman a la regularidad porque los demás lo hacen. Pero ello explica solo en parte la acción. La explicación completa hará referencia al deseo en virtud del cual están interesados en ajustarse a la regularidad. Por ejemplo, la razón por la que, cuando se interrumpe una comunicación telefónica, las personas al teléfono siguen la regularidad «rellama quien llamó primero» es que ambas desean retomar la comunicación y saben que de ese modo podrán hacerlo. Del mismo modo, las acciones de cada uno de los jueces involucrados en la interpretación de los textos normativos se explican, en parte, por el hecho que los demás jueces se ajustan a la regularidad. Los jueces están motivados por el interés de interpretar los textos jurídicos y la preferencia condicionada de usar un determinado método solo si los demás jueces también lo hacen. La acción de cada uno de los jueces que utilizan las directivas que definen y establecen cómo usar cada método interpretativo se explica, en parte, por el hecho que

los demás jueces usan ese método interpretativo. Pero, de nuevo, ello explica solo en parte la acción. Como en toda convención constitutiva, una vez que el agente ha decidido participar en la práctica definida por la convención, el hecho de que ciertas reglas formen parte de ella constituye un motivo para que los agentes sigan esas reglas. De lo contrario, su deseo de participar en la práctica no resultaría satisfecho. Así, quien desea interpretar una disposición sobre la base de los métodos usados en una cierta comunidad jurídica tiene un motivo para aplicar las reglas que definen cada uno de los métodos en cuestión. Sin embargo, la explicación completa ha de recurrir a la decisión o el interés de cada individuo en participar en la práctica. La acción de quienes juegan según las reglas del ajedrez se explica en parte porque los demás jugadores juegan según esas reglas, pero la explicación completa exige hacer referencia al interés por embarcarse en un partido de ajedrez, *e.g.*, ganar un premio, satisfacer la ambición del maestro, etc. Así, quien desea, en virtud de cierto interés, interpretar una disposición sobre la base de los métodos usados en una cierta comunidad jurídica, tiene un motivo para aplicar las reglas que definen cada uno de los métodos en cuestión, pero el uso de estos dependerá también de sus propios intereses.

Pero, ¿pueden las convenciones ofrecer razones justificativas para la acción? Varios autores han negado esta posibilidad. Así, según Dickson, del hecho de que aceptemos que sería absurdo que, para interpretar, un juez siguiese sus convicciones políticas o morales, incluso cuando el método interpretativo usa-

do no fuese seguido por ningún otro juez, no se sigue que la práctica compartida proporcione al juez una razón para ajustarse a determinadas convenciones interpretativas.

The fact that other judges adopt a given set of [interpretative methods] in common is thus relevant to [...] judge's deliberations about what she should do in order to identify the law in her jurisdiction, but is relevant in allowing her to identify what is the [interpretative methods] in that legal system, rather than in giving her reasons why she should accept and follow that rule so identified (Dickson, 2007, p. 396).

Sin embargo, tal como entiendo a Dickson, me parece que su argumento principal es que la existencia de una convención no constituye el tipo correcto de razón justificativa. Ello en cuanto la existencia de convergencia de comportamiento no es una razón *completa* para la acción¹⁷. Es decir, la existencia de una convención justifica la acción solo si existe, además, otra razón subyacente para ajustar el comportamiento a la convención. Por ejemplo, que los demás conduzcan por la derecha es una razón para conducir por ese mismo lado, en virtud de que existen razones a favor de evitar daños a uno mismo y a los demás. La existencia de una convención genera razones para la acción, pero la existencia de estas razones «convencionales» depende de que existan, además, razones para la acción subyacentes que no son creadas por la convención misma. Ahora bien, esta respuesta nos pone frente al desafío de mostrar de qué modo, combinada

¹⁷ «Una razón operativa es aquella que *justifica* una actitud práctica hacia una acción, la formación de una intención; una razón auxiliar es un juicio descriptivo que identifica el tipo de acción que tenemos una razón operativa para ejecutar; una razón completa es el conjunto de premisas no redundantes de un razonamiento práctico, lo que incluye siempre una razón operativa y una o varias razones auxiliares» (Bayón Mohino, 1991, p. 86).

con otras razones, una convención puede imponer un deber y no solo motivar la acción¹⁸.

Existen dos propuestas para defender la idea de que las convenciones imponen un deber. Primero, las convenciones pueden generar deberes convencionales en virtud de su carácter constitutivo. Segundo, en algunos casos existen deberes políticos que, asociados a la existencia de una convención, conllevan a que estas últimas impongan deberes. Veamos ambas estrategias.

Las convenciones pueden dar lugar a deberes condicionales en virtud del carácter constitutivo de algunas de ellas¹⁹. Una convención constitutiva define una práctica y establece cómo participar en ella. Así, una vez que estamos embarcados en jugar una partida de ajedrez, la capacidad práctica de las reglas del ajedrez queda explicada por el hecho de que seguirlas es el único modo de jugar al ajedrez. Además, esta explicación tiene la ventaja de no recurrir a ninguna norma ajena a la convención²⁰. Del mismo modo, una vez que los jueces aceptan utilizar ciertos métodos interpretativos es posible seguir tales convenciones interpretativas (constitutivas)

para identificar las normas que imponen deberes²¹. Un enunciado de este tipo depende de la existencia de convenciones constitutivas, aceptadas por los jueces, que impongan asociar a una disposición la norma que impone ese deber. Como adelanté, la capacidad práctica de las convenciones constitutivas es siempre condicional²². Un individuo está justificado a seguir las reglas de la práctica si existe una razón subyacente para participar en ella. Que esa justificación imponga un deber dependerá de consideraciones morales o políticas que no pueden nunca ser respondidas por las reglas del juego mismas. El seguimiento de los métodos interpretativos vigentes en una comunidad será obligatorio para los jueces solo si existe una razón justificativa en sentido fuerte que así lo imponga, pero ello no es establecido por la existencia de la convención misma (Marmor, 2001, p. 85). Ahora bien, en el caso de las convenciones constitutivas se verifica una situación particular, ya que estas convenciones constituyen no solo la práctica sino también parte de su valor. De este modo, las razones primarias para participar en la práctica pueden verse influenciadas

¹⁸ Algunos autores sostienen que, aun cuando exista una convención, ello no podría dar cuenta de la formulación de enunciados de deber. Por ejemplo, según Coleman ello se debe a que los deberes son un tipo de razón que no puede ser extinguida por el destinatario o los destinatarios, mientras que las reglas convencionales, tal como las he definido, sí pueden serlo (Coleman, 2001, p. 370).

¹⁹ Los autores a los que me referiré a continuación se preocupan, en realidad, por la naturaleza constitutiva de la regla de reconocimiento. Como en el resto de este trabajo, adapto sus argumentos al análisis de la tesis convencionalista aquí defendida.

²⁰ En este sentido, según Redondo, «we can explain genuine legal normativity as an irreducible social phenomenon which does not necessarily depend on critical morality» (Redondo, 2001, p. 167). Cabe aclarar que Redondo está aquí intentando construir una teoría de la normatividad del derecho basada no solo en la noción de regla constitutiva, sino en la más abarcadora teoría de la realidad social elaborada por Searle (véase Searle, 1995; y Searle, 2010)

²¹ «Only when some basic constitutive rules are accepted, we can see legal dispositions as specific institutional facts» (Redondo, 2001, p. 172).

²² «The 'ought' such rules prescribe engenders reasons for action only on the condition that one is initially committed to participating in the practice constituted by these same conventions» (Marmor, 2001, p. 30).

por la práctica misma²³. Es decir, el compromiso puede derivar, según Marmor (2001), de los valores que la práctica misma contribuye a constituir. Pero la capacidad práctica derivará siempre de esos valores, no de la convención misma²⁴. Por ejemplo, el uso regular de ciertos métodos interpretativos otorga cierta previsibilidad a la práctica lo cual, en el contexto jurídico, es un valor.

La segunda estrategia sostiene que el deber de los jueces de seguir la convención deriva de ciertos *general political-moral concerns* (Postema, 1982; y Postema, 1987). Según este autor, es posible mostrar que las convenciones sobre cuya base los jueces identifican y aplican el derecho poseen capacidad práctica. Según este argumento, una vez que la convención se estabiliza, se genera en cada uno de los involucrados la expectativa de que los demás continuarán conformándose a ella. La creación de estas expectativas puede dar lugar a la obligación de seguir la convención, si se verifican ciertas condiciones. Las expectativas generadas por la acción de un individuo, aun cuando sean razonables, no imponen necesariamente a quien las generó la obligación de satisfacerlas²⁵. La obligación surge solo cuando se dan las dos circunstancias siguientes:

- (i) when detrimental reliance on those expectations is, in a suitably broad sense, «induced» and
- (ii) when the context in which expectations

arise and are sustained is closely analogous to a cooperative enterprise for mutual benefit in which considerations of fair play require conformity (Postema, 1982, p. 180).

Estas dos condiciones permiten construir el argumento denominado del *fair-play*. Este argumento se aplica a actividades que se distinguen por ciertas características, entre las que podemos encontrar la existencia de beneficios mutuos y la aceptación voluntaria de tales beneficios. El argumento puede resumirse del modo siguiente:

- (i) No todos los casos de frustración de expectativas son casos disvaliosos (injustos).
- (ii) Existe un caso en el cual la frustración de expectativas es disvaliosa (injusta).
- (iii) La frustración de expectativas es disvaliosa cuando la expectativa es frustrada por quienes la alentaron.

Desde este punto de vista, las convenciones pueden crear obligaciones, ya que la conformidad general genera expectativas acerca del hecho de que la conducta de cada uno de los involucrados se mantendrá en el tiempo. Existen, según Postema, dos circunstancias que hacen que sea obligatorio para los jueces cumplir con las convenciones sobre cuya base identifican el derecho (*i.e.* identifican los textos normativos y los interpretan). En primer lugar, se trata, en el caso del juez, de preferencias de origen profesional. En el sentido de que el desempeño de su profesión, *i.e.* la efectiva aplicación y ejecu-

²³ «[T]he reasons one may have for participating, that is, the reasons for playing the game, as it were, would normally rely on those values which are constituted by the conventions constituting the practice» (Marmor, 2001, p. 27).

²⁴ «Whether judges, other practitioners, or laymen, have any moral or other reasons to play the game or not, is a totally separate question [...] those reason cannot be prescribed by the social conventions themselves» (Marmor, 2001, p. 33)

²⁵ Como, en el caso mencionado por Postema, el hecho de que Kant al dar su paseo diario pasara por la ventana de una señora siempre a las cinco de la tarde y de que sobre esa base la señora haya generado una expectativa usando la aparición de Kant como modo de medir el tiempo, no produce para Kant la obligación de mantenerla. Al respecto, véase Postema, 1982, p. 180.

ción del derecho, exige que los jueces coordinen sus esfuerzos. En particular, exige por un lado que mantengan la unidad y la integridad de los textos y de la interpretación, y por otro lado demanda que medien entre ellos y los ciudadanos. En segundo lugar, la relación entre jueces y ciudadanos, si bien interdependiente, es asimétrica. La actividad del juez tiene carácter autoritativo y, además, se trata de ejercer poder sobre otros²⁶. Los jueces conciben, y reclaman a los demás que conciban, su actividad como autoritativa, lo que equivale a decir que inducen expectativas en los ciudadanos. Este tipo de actividad exige, según la doctrina de la responsabilidad política, que los jueces actúen sobre la base de una teoría pública general, que los constriña a la consistencia y que no permita esconder tras ella el propio interés. Según Postema, esta *general public theory* exige que el juez (i) tienda a la coherencia respecto de la actividad de los demás jueces y (ii) respete las expectativas razonables y legítimas de los ciudadanos con relación a su actividad.

De este modo, si es correcto el argumento según el cual las expectativas inducidas han de ser respetadas, lo ciudadanos están legitimados a esperar que los jueces se ajusten a las convenciones. Y recíprocamente, los jueces, bajo la teoría de la responsabilidad política, están obligados a respetar esas expectativas. Y, por lo tanto, tienen la obligación de respetar las convenciones sobre cuya base identifican el derecho. Claramente, para que este argumento funcione, el contenido de las «preocupaciones político-morales generales» no puede coincidir con el conjunto de creencias que una

sociedad posee al respecto. Pues en este caso no se habría avanzado en la justificación de las convenciones sobre cuya base se interpreta el derecho, ya que ese conjunto de creencias no coincide necesariamente con las exigencias de la moral sustantiva. El punto importante es, de todos modos, que bajo esta concepción los jueces tienen el deber de ajustarse a las convenciones interpretativas solo en aquellos ordenamientos jurídicos que expresan preocupaciones político-morales correctas. Las convenciones no ofrecerían razones justificadas en aquellas prácticas interpretativas que no incluyen ese tipo de preocupaciones o que, incluso, incluyen objetivos político-morales equivocados o aberrantes²⁷.

CONCLUSIONES

En este texto he intentado mostrar que las convenciones interpretativas permiten controlar la acción judicial en dos sentidos. En primer lugar, porque ofrecen criterios de corrección para evaluar el modo en que ha sido atribuido significado a una disposición normativa. En segundo lugar, porque bajo ciertas condiciones ofrecen a jueces y juezas razones para la acción.

De ello no se sigue que el escéptico esté completamente equivocado. O, al menos, lo dicho aquí no tiene la intención de mostrar eso. Es cierto que las disposiciones pueden ser interpretadas de más de una manera y ello se debe, sobre todo, a la existencia dentro de la cultura jurídica de una multiplicidad de métodos interpretativos y a la inexistencia de criterios últimos de ordenación. Todo lo cual, desde

²⁶ En este punto Postema se aparta de las tesis más específicas de Fuller, a quién sigue respecto de la insistencia en la necesidad de dar cuenta no solo de la relación de los jueces entre sí, sino también de estos con los ciudadanos. Fuller sostiene que la relación es simétrica y que tanto jueces como ciudadanos se encuentran ligados por obligaciones de reciprocidad, que fijan su contribución a la empresa cooperativa del derecho (véase Fuller, 1969 [1964], pp. 204-209).

²⁷ Esta es la crítica que, con algunas variaciones, Shiner dirige a Postema y Finniss (Shiner, 2010, p. 439).

mi punto de vista, exige conceder al escéptico la tesis de la indeterminación del ordenamiento jurídico. Pero no es este el punto central del presente texto, ni tampoco he ofrecido mayores argumentos a favor de esta tesis escéptica.

Lo que, en cambio, he intentado argumentar, es que de esa indeterminación no se sigue que no existan otros criterios de corrección de la interpretación. Criterios que pueden ser llamados internos a un método interpretativo, ya que su funcionamiento depende de que el mismo intérprete se involucre en la práctica de usarlo. Cuando ello es el caso, esos métodos ofrecen, a través de sus directivas, criterios de corrección y razones para la acción. Ello significa que es posible decir que una interpretación es equivocada cuando el juez no ha seguido las directivas que definen el método interpretativo elegido. Además, la existencia de esos métodos ofrece un motivo para interpretar siguiendo la convención y, bajo ciertas condiciones, una justificación para hacerlo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arena, F. J. (2011). Marmor on the Arbitrariness of Constitutive Conventions. *Jurisprudence*, 1(2), 441-450.
- Bayón Mohino, J. C. (1991). *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (Eds.), *La relevancia del derecho* (pp. 57-92). Barcelona: Gedisa.
- Burge, T. (1975). On Knowledge and Convention. *The Philosophical Review*, 84(2), 249-255.
- Celano, B. (2010). *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*. Roma: Aracne.
- (2010 [1995]). Consuetudini, convenzioni. En Celano, B. (Ed.), *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 173-231). Roma: Aracne.
- (2010 [1997]). Interazione strategica e convenzione. En Celano, B. (Ed.), *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 281-322). Roma: Aracne.
- (2010[2003]). La regolad iriconoscimento è una convenzione? En Celano, B. (Ed.), *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 323-341). Roma: Aracne.
- (2017). *Due problemi aperti della Teoria dell'interpretazione giuridica*. Modena: Mucchi editore.
- Chiassoni, P. (2004). Codici interpretativi: Progetto di voce per un *Vademecum* giuridico. *Analisi e diritto*, 2002-2003, 55-124.
- (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.
- Coleman, J. L. (2001). The Conventionality Thesis. *Philosophical Issues*, 11(1), 354-387.
- Dickson, J. (2007). Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule? *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(3), 373-402.
- Fuller, L. L. (1969 [1964]). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Gilbert, M. (2008). Social Convention Revisited. *Topoi*, 27(1/2), 5-16.
- Guastini, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Discusiones*, 11, 27-58.
- (2014). *Interpretar y argumentar* (S. Álvarez Medina, Trans.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kekes, J. (1989). *Moral tradition and Individuality*. Princeton: Princeton University Press.
- Lewis, D. (1969). *Convention. A Philosophical Study*. Oxford: Basil Blackwell.
- Marmor, A. (2001). *Positive Law and Objective Values*. Oxford-New York: Clarendon Press.
- (2009). *Social Conventions. From Language to Law*. Princeton: Princeton University Press.

- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Postema, G. (1982). Coordination and Convention at the Foundation of Law. *The Journal of Legal Studies*, 11(1), 165-203.
- (1987). The Normativity of Law. En Gavison, R. (Ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart* (pp. 81-104). Oxford: Clarendon Press.
- Redondo, M. C. (2001). On Normativity in Legal Context. En Lagerspetz, E. (Ed.), *On the Nature of Social and Institutional Reality*. Jyväskylä: University of Jyväskylä Printing House.
- Schiavello, A. (2010). *Perché obbedire il diritto. La risposta convenzionalista e i suoi limiti*. Pisa: ETS.
- Searle, J. R. (1964). How to Derive «Ought» From «Is». *The Philosophical Review*, 73(1), 4358.
- (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. London: Cambridge University Press.
- (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press.
- (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. OxfordNew York: Oxford University Press.
- Shiner, R. A. (2010). Law and Its Normativity. En Patterson, D. (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 417-445). Oxford: Blackwell.
- Vilajosana Rubio, J. M. (2010). *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid: Marcial Pons.



Representaciones que operan frente a la problemática del abuso sexual infantil en ámbitos de salud pública de la provincia de Salta-Argentina¹

Representations that operate on the issue of child sexual abuse in public health areas of the province of Salta-Argentina

Fanny Margarita Arrieta Dib, Marina Guadalupe Cheda y Héctor Guillermo Morales²

Resumen

Esta investigación focaliza, desde un carácter exploratorio, en las representaciones sociales que surgen frente a la problemática del abuso sexual infantil (ASI), en el personal profesional y no profesional de un área del sistema de salud pública de la provincia de Salta-Argentina. Las representaciones sociales nos facilitan conocer la evidencia registrable y naturalizada, que puede entrar en contradicción con el saber académico y, por ello, es importante considerarlas. Esta investigación constituye un paso significativo

Abstract

This research focuses, from an exploratory point of view, on the social representations that arise in the face of the issue of child sexual abuse (ASI), among professional and non-professional personnel of an area of the public health system of the province of Salta-Argentina. Social representations allow us to know the recordable and naturalized evidence, which may conflict with academic knowledge and, therefore, it is important to consider them. This research is a significant step towards trying

Derecho y Sociedad / artículo científico

Citar: Arrieta Dib, F. M.; Cheda, M. G.; Morales, H.G. Representaciones que operan frente a la problemática del abuso infantil en ámbitos de la salud pública en la provincia de Salta, Argentina. *Omnia. Derecho y sociedad*, 4 (4), pp. 27-45.

¹ Instituto de la Familia y la Vida de la Universidad Católica de Salta. Este artículo es resultado del proyecto de investigación "Representaciones que operan frente a la problemática del abuso sexual infantil", aprobado por Resolución Rectoral 30/19. El equipo de investigación estuvo conformado por Fanny Margarita Arrieta Dib (directora), Marina Guadalupe Cheda y Héctor Guillermo Morales.

² **Fanny Margarita Arrieta Dib.** Licenciada en Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Quilmes. Mediadora extrajudicial, Universidad Católica de Salta, homologado por el Ministerio de Justicia de la Nación. Instructora en Planificación Familiar Natural, UCA. Monitor universitario en Reconocimiento de la Fertilidad, IVAF de la Universidad de Valencia, España. Directora del Observatorio para la Problemática del Maltrato Infanto-juvenil dependiente del Instituto de la Familia y la Vida de la UCASAL. farrieta@ucasal.edu.ar

Marina Guadalupe Cheda. Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Procuradora, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de Salta. Mediadora extrajudicial, Universidad Católica de Salta y Fundación Libra, homologado por el Ministerio de Justicia de la Nación. Subdirectora del Observatorio para la Problemática del Maltrato Infanto-juvenil dependiente del Instituto de la Familia y la Vida de la UCASAL. gcheda@ucasal.edu.ar

Héctor Guillermo Morales. Licenciado en Psicopedagogía, UNSA. Maestrando en Psicología Social, UCASAL. Profesor en Pedagogía, Psicología y Filosofía. Profesor en Formación, Ética y Ciudadanía. Diplomado en Abordaje Integral del Niño y del Adolescente, UCASAL. Secretario del Observatorio para la Problemática del Maltrato Infanto-juvenil dependiente del Instituto de la Familia y la Vida de la UCASAL. guillomoraless@yahoo.com.ar

para tratar de modificar o cambiar las prácticas sociales que relativizan la presencia de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes, y permitir una respuesta adecuada y oportuna ante su emergencia; dado que las representaciones, el discurso y las prácticas se condicionan mutuamente y determinarán el umbral de reacción frente al ASI. Los trabajadores del sistema de salud público, como todas las personas, tienen representaciones acerca del ASI. Por tanto, es fundamental evaluar las necesidades de formación sobre el niño en riesgo, determinar los factores predictivos de sus actitudes y el nivel de conocimiento respecto al tema, ya que todo ello derivará en generar recursos para protegerlo, a través de tareas de prevención y de intervenciones adecuadas.

Como resultado se observa que algunas de las representaciones sociales que desvirtúan el verdadero conocimiento sobre el ASI se mantienen; por lo tanto, se hacen necesarias capacitaciones para desterrarlas.

Palabras clave: abuso sexual infantil - representaciones sociales - agentes de salud - prevención

to modify or change social practices that relativize the presence of sexual abuse in children and adolescents and to enable an adequate and timely response to their emergency; given that representations, discourse and practices condition each other and determine the threshold for reaction in the face of ASI. Public health system workers, like all people, have representations about ASI. Therefore, it is essential to assess the training needs of children at risk, to determine the predictive factors of their attitudes and the level of knowledge on the subject, since all this will lead to the generation of resources to protect them, through prevention tasks and appropriate interventions.

As a result, it is observed that some of the social representations that distort the true knowledge about ASI are maintained; therefore, training is necessary to banish them.

Keywords: child sexual abuse - social representations - health agents - prevention

INTRODUCCIÓN

A modo aclaratorio, y en consonancia con lo que desde la Justicia de nuestro país y en diferentes instrumentos internacionales de derechos de niños, niñas y adolescentes se viene trabajando en relación a otorgar un genuino lugar a las víctimas conforme sus propias particularidades, se vuelve necesario precisar que recientemente ha habido una evolución en la terminología utilizada: ha dejado de emplearse el adjetivo “infantil” cuando se habla de abuso, trabajo, pornografía, cuando estos delitos son cometidos hacia niñas, niños y adolescentes. Por tanto, actualmente se desalienta el uso del término “abuso sexual infantil” o “maltrato y/o violencia infantil”, ya que dicha terminología no visibiliza adecuadamente que la agresión es cometida por un adulto en perjuicio de un niño, niña o adolescente (NNA). Se trata de delitos contra los NNA, en los que el autor queda invisibili-

zado. Si bien hoy se recomienda utilizar el término abuso sexual y/o maltrato contra NNA para referirse a toda actividad que vulnere los derechos de estos, en el presente trabajo de investigación se ha respetado la denominación adoptada al momento de su presentación, esto es, antes de establecerse este cambio terminológico.

Dado que los primeros receptores de los casos de abuso sexual infantil (ASI) son el sistema de salud, de seguridad o los organismos públicos de Justicia, es que se ha visto la necesidad de comenzar a explorar, en este caso, cuál es el conocimiento o las representaciones sociales que tienen del ASI el personal profesional y no profesional de un área del sistema de salud pública de la ciudad de Salta.

La respuesta social ante el ASI, tanto del sistema de salud como de la población en general es decisiva en función de proteger o agravar la traumatización sufrida por niños, niñas y adolescentes.

Se conocen cuáles son los mitos o representaciones que desvirtúan el real conocimiento de la dinámica del ASI, por ello, a través de esta investigación exploratoria —que se valió de instrumentos cuanti-cualitativos— se pudo determinar cuáles de estas representaciones están presentes en el universo estudiado.

METODOLOGÍA

El Hospital Papa Francisco cuenta con 32 centros de salud a su cargo y administración, con un universo de 1500 empleados entre profesionales y no profesionales.

A partir de un muestreo no probabilístico por conveniencia (Hernández Sampieri, 2010) seleccionó una muestra de 339 miembros del personal del mencionado Hospital, es decir que se trabajó con los sujetos que se encontraban disponibles y dispuestos a ser indagados; el caso más frecuente de este procedimiento —y que ha sido aplicado en este trabajo— es utilizar como muestra a los individuos a los que se tiene fácil acceso (Pérez-Tejada, 2007).

La población estuvo conformada por personal de los centros de salud y del Hospital Papa Francisco, que forman el Área Operativa LV del Ministerio de Salud de la Provincia de Salta. Fue parte de esta población el personal de los diferentes estamentos: profesionales, técnicos, administrativos, maestranza, entre otros.

Cabe destacar que la muestra fue heterogénea, no solo por los rangos de edad de los participantes sino también por los diferentes niveles de formación académica y, además, por el hecho de que la mayoría de los que participaron, si consideramos la perspectiva de género, fueron mujeres. Lo que caracterizó a todos es el hecho de pertenecer a efectores de salud (centros de salud y hospital) de la zona sureste de la capital de Salta, provincia de Salta, Argentina.

Se realizó un análisis cuantitativo por medio de un cuestionario autoadministrado. Dicho cuestionario se elaboró con aproximadamente un 85 % de preguntas cerradas, cuyas respuestas se presentaban por opciones, y con un 15 % de preguntas abiertas, cuyas respuestas requirieron ser categorizadas.

El principal instrumento para la recolección de la información durante el proceso investigativo fue la encuesta. Dada las particularidades del tema y las dificultades que se pueden dar para abordarlo en grupo, las encuestas fueron autoadministradas, anónimas e individuales. Cabe hacer notar que también se incluyeron preguntas abiertas para indagar específicamente y con mayor profundidad acerca de las características de los abusadores y de las consecuencias que deja el ASI.

A través del instrumento utilizado se ha recabado información sobre los siguientes temas que hacen a las representaciones respecto al ASI: qué se entiende por ASI, dónde se da con mayor frecuencia, quiénes lo cometen, su incidencia por clases sociales, si las actitudes de los niños propician el acto abusivo, la posibilidad de develación por parte del niño, la caracterización del abusador, las consecuencias que deja el ASI, el nivel de percepción por parte de los terceros frente a un niño abusado.

MARCO TEÓRICO

Esta investigación abordó desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa las representaciones sociales que sobre el ASI tiene el personal profesional y no profesional del Área Operativa LV y Hospital Papa Francisco. En relación con ello se hace necesario definir algunos conceptos.

Se define a la violencia contra la niñez como:

El uso deliberado de la fuerza física o del poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra un niño, por parte de una persona o un grupo, que cause o tenga muchas probabilidades de causar perjuicio efectivo o potencial a la salud del niño, a su supervivencia, desarrollo o dignidad (Kurg, 2002).

Por su parte, el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño señala que violencia contra la niñez es “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”.

A su vez, la Organización Mundial de la Salud establece que “el maltrato infantil representa un problema mundial y sus consecuencias pueden durar toda la vida”.

El abuso sexual infantil es entendido como una forma de maltrato que frecuentemente se produce de forma simultánea o secuencial a otros tipos de violencia, lo que va a constituir un factor de riesgo para nuevas victimizaciones a manos de otras personas. Su impacto en la vida de los NNA puede ser muy relevante y sus efectos persistentes en el tiempo (Echeburúa y Guerricaechevarría, 1998). Más precisamente, cuando hablamos de abuso sexual nos referimos a

... contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño, o a otra persona. El abuso sexual también puede ser cometido por una persona menor de 18 años cuando esta es significativamente mayor que el niño (víctima) o cuando el agresor está en una posición de poder o control sobre otro (Bañuelos y Castaños, 2016).

Puede haber abuso sexual con contacto físico (tocamientos, por ejemplo) y sin con-

tacto físico (por ejemplo, cuando se obliga a un niño o a una niña a ver una película pornográfica, o mediante proposiciones verbales explícitas).

Mayoritariamente, los niños y niñas son víctimas de abuso sexual por parte de personas de su propio entorno. En general, el abusador o abusadora posee alguna relación de autoridad con el niño o niña, existiendo entre ellos respeto, confianza y cercanía. En la mayoría de las ocasiones existe una manipulación de la confianza y del vínculo. Los abusadores recurren a la coacción, a engaños y amenazas. Los niños y niñas no saben lo que les está pasando, están confusos y les coge por sorpresa, y en numerosas ocasiones no saben a quién recurrir para pedir ayuda (López Sánchez y Sánchez, 1999). No siempre se ejerce con violencia. El abuso sexual intrafamiliar se desarrolla en la intimidad familiar, protegido por el secreto y la ley del silencio.

Los datos de que se dispone de la ocurrencia del abuso sexual son solo una pequeña parte de los casos que realmente ocurren (1 de cada 5 niñas y 1 de cada 13 niños, según UNICEF). Diversas investigaciones han demostrado que el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, por parte de personas que los conocen y los frecuentan, es una de las formas de violencia sexual más traumáticas desde el punto de vista psicológico, cuyas consecuencias son duraderas para la víctima.

La detección precoz del problema, así como el tratamiento temprano serían factores de protección para niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, debemos clarificar qué se entiende por representaciones sociales. Las representaciones colectivas hacen referencia a las normas y los valores de las colectividades concretas como la familia, el Estado o las instituciones educativas, religiosas, etc.

Durkheim considera que la existencia de

las representaciones colectivas no depende de ningún individuo en particular y su duración es superior a la duración de la vida del individuo. Estas características hacen que las representaciones colectivas trasciendan a las personas.

Por ende, es importante estudiar cómo las personas influyen y son influenciadas por la realidad social, indagando en el sentido común y en sus prácticas cotidianas, lo que permitirá conocer las representaciones sociales que comparten.

Moscovici propuso el concepto de representación social en 1961. La teoría de las representaciones sociales ofrece un marco explicativo acerca de los comportamientos de las personas estudiadas que no se circunscribe solo a la interacción, sino que abarca también aspectos culturales y estructuras sociales más amplias, como ser las estructuras de poder y de subordinación.

Este autor propuso el estudio del sentido común desde dos vías: una, desde su producción en el plano intelectual y social; dos, desde su concepción como forma de construcción de la realidad social. Por ende, es importante estudiar cómo las personas influyen en y son influenciadas por la realidad social, indagando en el sentido común y en sus prácticas cotidianas; esto permitirá conocer las representaciones sociales que los individuos comparten.

Tradicionalmente los miembros de una sociedad elaboran una forma específica de conocimiento que les permite comprender y explicar al mundo, así como los diferentes hechos y eventos que forman parte del mismo. Es decir, construyen representaciones sociales, conjunto de conocimientos organizados que incluye conceptos, imágenes, informaciones, actitudes, opiniones, a través de los cuales podemos comprender y explicar el mundo social y físico que nos rodea.

Las representaciones sociales son creencias, ideas y opiniones de sentido común, compartidas por un grupo social, pero que se incorporan de modo subjetivo. Estas representaciones permiten a las personas comprender su entorno de modo rápido. Es por ello que las representaciones tienen efectos en la vida cotidiana, facilitando la comprensión del entorno e impulsando a la acción. Es decir, producen y orientan de modo práctico las conductas y la comunicación social (Mora, 2002).

Según Echebarría et al. (1987) y Jodelet (1989), la representación social se compone de teorías implícitas que el grupo necesita para explicar hechos sociales negativos, como es el abuso infantil. Estas explicaciones ingenuas son resistentes al cambio porque las personas las perciben como realidad objetiva. Se construyen y modifican permanentemente como consecuencia de las interacciones cotidianas entre los miembros de un sistema social. Las personas elaboran representaciones sociales sobre objetos significativos del contexto en que se desenvuelven. Uno de estos objetos con significado para los miembros de una amplia mayoría de las sociedades es, sin duda, el abuso infantil. Este constituye un problema social de profundas raíces históricas, cuya percepción ha cambiado a través del tiempo. Por lo tanto, lo que hoy las autoridades, los profesionales y el público en general entienden como abuso infantil es la redefinición de uno de los problemas más antiguos de la humanidad (Casas, 2006).

La historia del abuso infantil no es otra que la de la representación que se ha tenido de la infancia. Centrándose en las creencias, ideas y actitudes que los diferentes grupos socioculturales comparten sobre las conductas que se consideran o no abusos infantiles, debido a las consecuencias graves que generan, en la

actualidad se llevan a cabo programas de prevención para sensibilizar a la sociedad.

En este sentido,

De Paúl y San Juan (1995) y San Juan y De Paúl (1996) plantean la necesidad de realizar prevención universal, centrada en las representaciones sociales de los ciudadanos sobre los maltratadores y los niños, las niñas y los adolescentes maltratados, porque per-

mitiría que las personas estén en mejores condiciones para detectar posibles casos de maltrato, poner en práctica acciones de apoyo y prevenir daños en el menor (Vega Rodríguez y Moro Gutiérrez, 2013).

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), caracteriza las más importantes representaciones sociales respecto al ASI y aquellas que se sostienen en el tiempo:

Representación social	Realidad
Los abusos sexuales son poco frecuentes.	En torno a un 23 % de niñas y un 15 % de niños son víctimas de abusos.
Solo son frecuentes en las niñas.	El 40 % de las víctimas de abuso sexual son niños.
Quienes los cometen están locos, son personas conflictivas y extrañas o han sufrido abusos en su infancia.	Los abusadores son personas con apariencia normal, de estilo convencional, inteligencia media, y no psicóticos, siendo imposible detectar una tendencia desviada a simple vista.
Los abusos sexuales solo se producen en los núcleos de ambientes socioculturales bajos.	El abuso sexual puede darse en cualquier nivel socioeconómico o cultural, aunque se detecta con más frecuencia en ambientes socioculturales bajos, porque los estudios se realizan con muestras seleccionadas en las administraciones públicas.
Los niños no dicen la verdad.	Los niños no suelen mentir cuando realizan una denuncia de abuso sexual. Según señalan diferentes estudios, solo el 7 % de las declaraciones resultan ser falsas. Estos casos se producen, en ocasiones, como una forma de apartar una figura no deseada del entorno del menor o como una justificación del fracaso escolar o de absentismo académico.
Los menores son responsables de los abusos.	La responsabilidad única de los abusos es del agresor.
Los menores pueden evitarlo.	Los niños pueden aprender a evitarlo; pero generalmente cuando les sucede es por sorpresa, los engañan o los amenazan y no saben reaccionar adecuadamente.

CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN

- **Edad de los sujetos de la investigación.** Del total de los participantes de esta investigación, un 67 % tenía entre 30 y 49 años, mientras que un 23 % tenía entre 50 y 59 años. Los menores porcentajes de edad se observaron para los rangos etarios de 2029 y 7079 años.

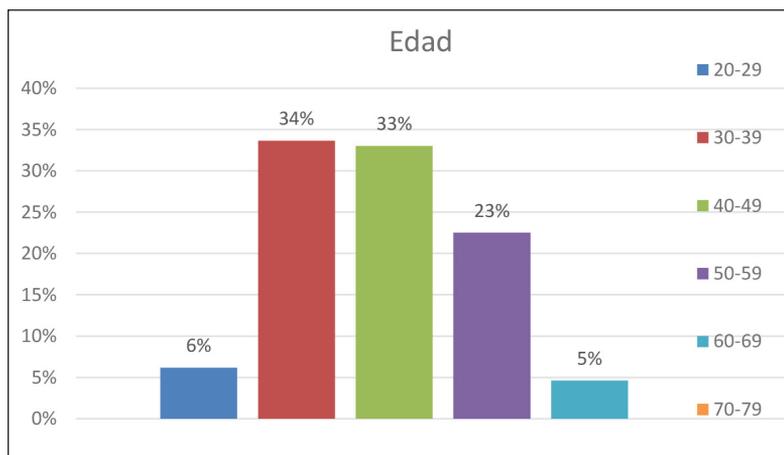


Figura 1. Edad de los sujetos de la investigación. Fuente: elaboración propia³.

- **Género de los sujetos de la investigación.** Respecto al género, la mayoría de los participantes fueron mujeres (78 %).

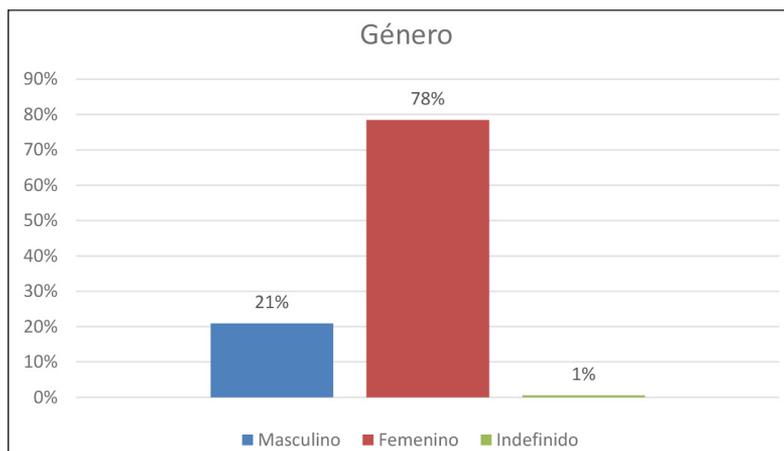


Figura 2. Género de los sujetos de la investigación.

³ Esto vale para todos los gráficos que se incluyen de aquí en adelante.

- Nivel de estudios alcanzado de los sujetos de la investigación.** En el mismo sentido, el 52 % expresó tener estudios universitarios, lo cual respalda lo anteriormente señalado, mientras que un 26 % destacó tener estudios terciarios. Solo un 4 % del personal encuestado representó los niveles primario y secundario.

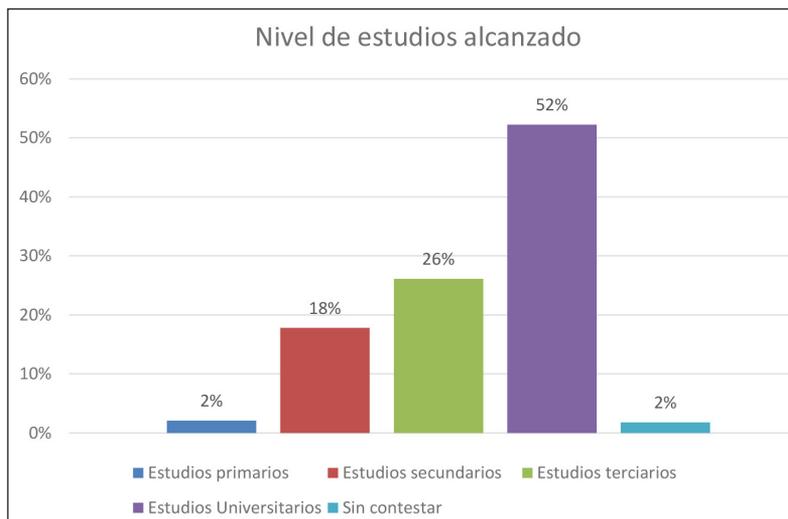


Figura 3. Nivel de estudios alcanzados por los sujetos de la investigación.

- Profesión de los sujetos de la investigación.** En relación con la formación de los participantes, se encontró que del personal de salud encuestado las personas en su mayoría eran enfermeros (31 %) y administrativos (25 %), y en un 9 % médicos. Un porcentaje importante no respondió a este interrogante (17 %). Cabe resaltar que la mitad de los encuestados manifestó tener una formación profesional (53 %).

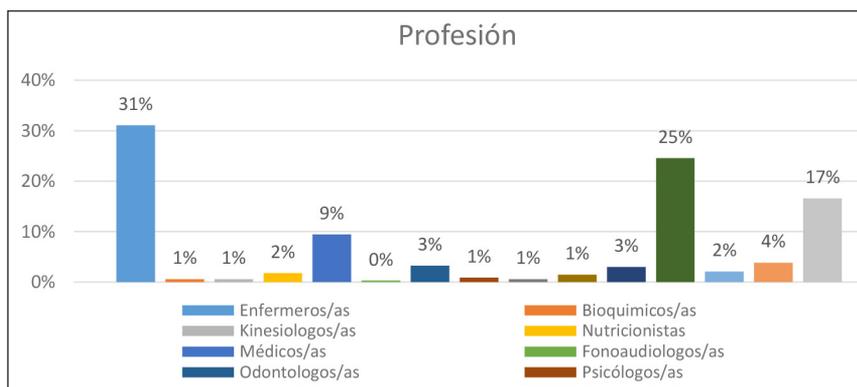


Figura 4. Profesión de los sujetos de la investigación.

En general, se puede advertir que los participantes de la investigación presentaron una formación relevante, en el sentido de pensar que podrían tener conocimientos significativos sobre la problemática estudiada o, al menos, haber recibido algún tipo de información al respecto durante sus trayectos formativos.

RESULTADOS

Al ser consultados los participantes acerca de qué entendían por abuso sexual infantil (ASI), la mayoría de ellos (un 52 %) respondió que el abuso incluye la violación, el manoseo y exhibiciones obscenas, mientras que un 22 % afirmó que el abuso incluye violación y manoseo. Asimismo, un 11 % de los encuestados consideró que el abuso solo se refiere a la violación, mientras que otro 10 % señaló que el abuso solo se refiere a los manoseos.

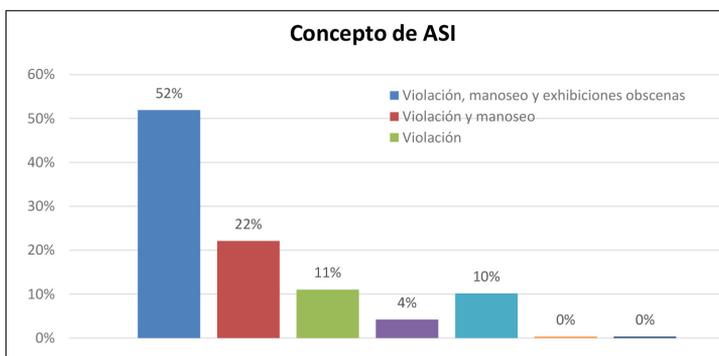


Figura 5. Concepto de abuso sexual infantil.

Se observa que un 52 % de los participantes consideró que las principales víctimas de abuso sexual infantil son niñas, niños y adolescentes con discapacidad, mientras que un 13 % consideró que las víctimas frecuentes son niñas, niños, adolescentes y niñas con discapacidad. Finalmente, puede destacarse que para un 8 % de los encuestados la principal víctima de los abusos son las niñas.

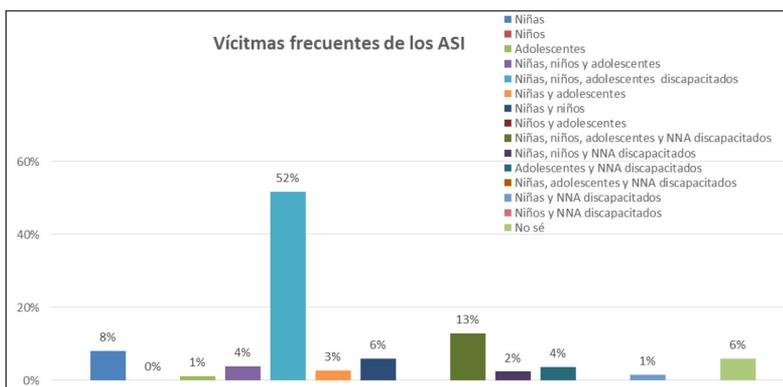


Figura 6. Víctimas frecuentes de abuso sexual infantil.

Cuando se consultó a los participantes acerca de los lugares donde generalmente ocurren los abusos, un 31 % respondió que estos tienen lugar en instituciones y en la casa, un 29 % sostuvo que los abusos suceden en la calle, en instituciones y en la casa, mientras que un 27 % afirmó que los abusos suceden generalmente en la casa.

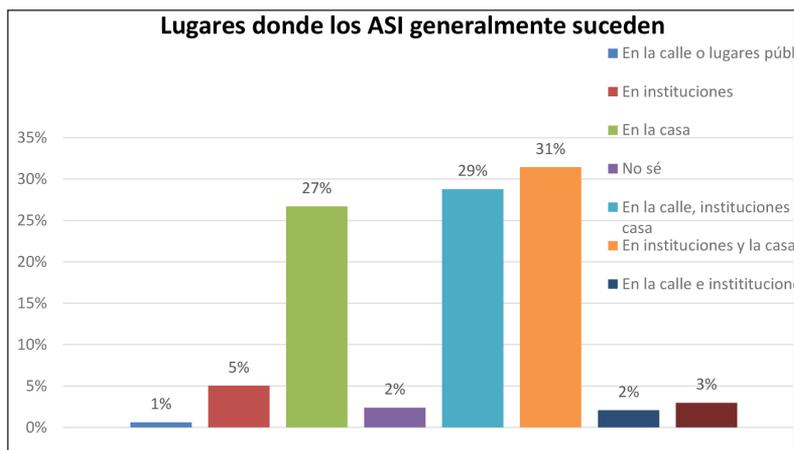


Figura 7. Lugares donde los abusos sexuales generalmente suceden.

Respecto a las personas que cometen los abusos sexuales, un 38 % de los participantes afirmó que el abuso es realizado por personas conocidas y familiares; asimismo, un 24 % sostuvo que el abuso es llevado a cabo por personas conocidas o cercanas, mientras que un 22 % respondió que son las personas desconocidas, cercanas y familiares quienes lo cometen.

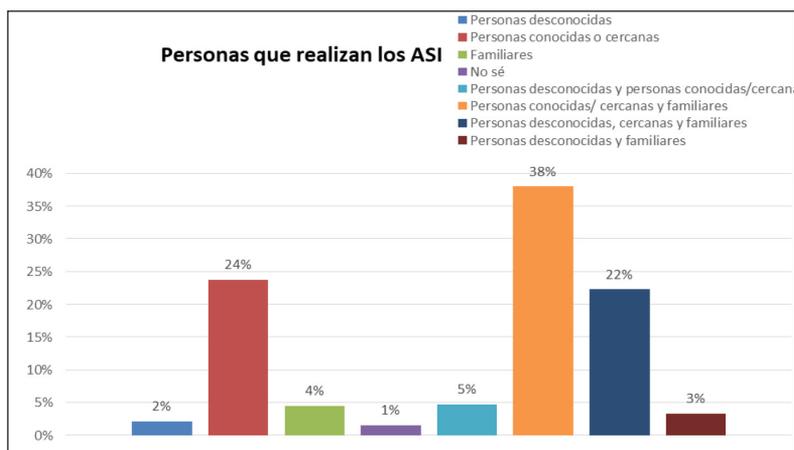


Figura 8. Personas que cometen los abusos sexuales.

Tal como puede observarse, la mayoría de los participantes (un 91 %) considera que el abuso sexual infantil se lleva a cabo en todas las clases sociales.

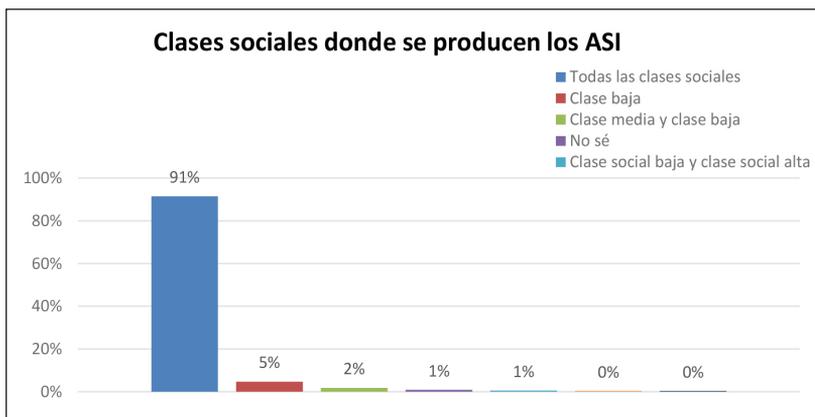


Figura 9. Clases sociales donde se producen los abusos sexuales.

Al ser consultados sobre la veracidad de los relatos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual, un 45 % de los participantes consideró que muy pocas veces estos inventan o mienten, mientras que un 45 % de los encuestados respondió que nunca inventan o mienten.



Figura 10. Concepciones sobre la veracidad de los relatos de NNA víctimas de abuso sexual infantil.

Otra cuestión importante que se les consultó a los participantes fue cuál consideraban que era la reacción de una niña, un niño o adolescente que había sufrido abuso sexual por parte de un familiar o una persona cercana. En este sentido, el 84 % de los encuestados afirmó que en ese caso le costaba contarle, pero que lo hacía después de un tiempo.

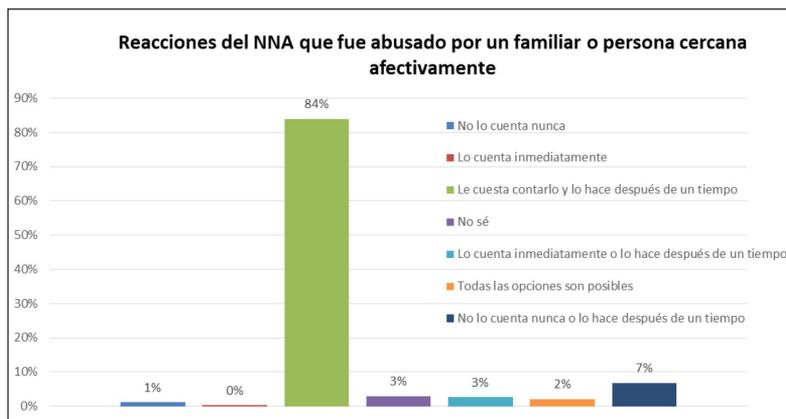


Figura 11. Reacciones de NNA que fue abusado por un familiar o persona cercana afectivamente.

Se indagaron también las creencias de los participantes acerca de la cantidad de casos de abuso sexual infantil. En este sentido, un 58 % sostuvo que la cantidad hoy es similar a la del pasado, pero que se conoce más sobre el tema y se denuncia; mientras que un 23 % afirmó que por un lado han aumentado, pero que también se conoce más sobre el tema y se denuncia.

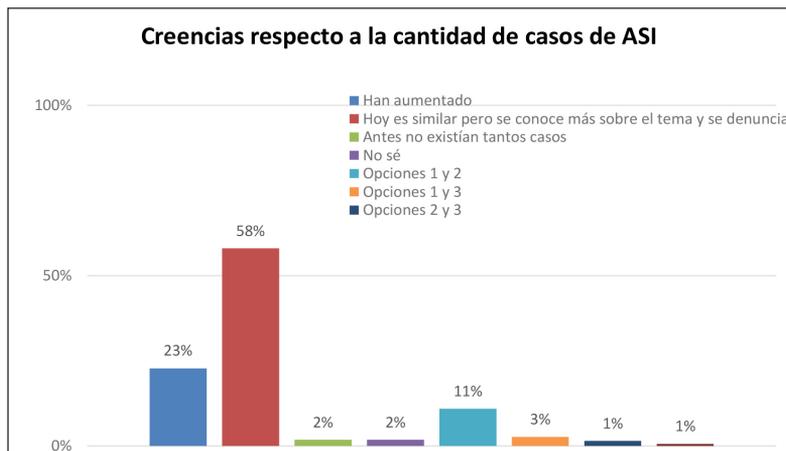


Figura 12. Creencias respecto a la cantidad de casos de abuso sexual infantil

Cuando se consultó a los encuestados acerca de la detección de una situación de abuso en un niño, una niña o un adolescente conocido, un 36 % respondió que se daría cuenta inmediatamente, mientras que un 31 % sostuvo que no se daría cuenta. Asimismo, un 29 % respondió “no sé” ante esta consulta.

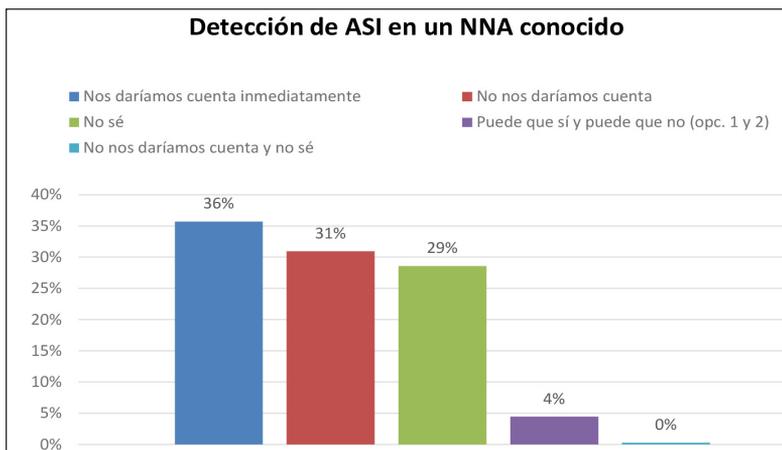


Figura 13. Detección de abuso sexual infantil en un NNA conocido

Al ser consultados sobre si las niñas, niños y adolescentes provocan los abusos sexuales con sus actitudes, vestimentas u otros factores, un 76 % de los encuestados respondió que no, mientras que un 12 % afirmó que sí.

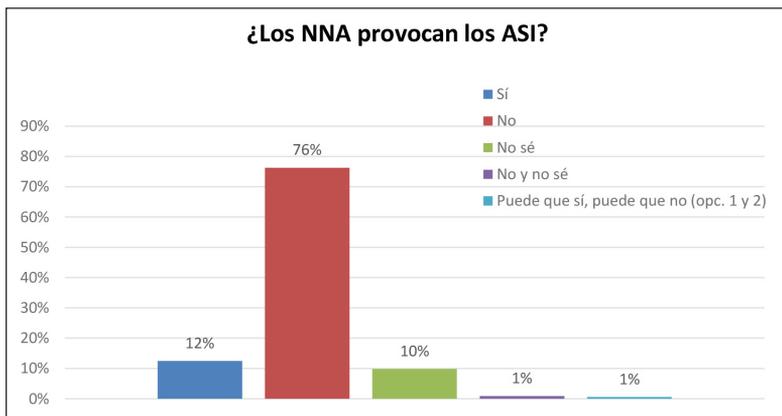


Figura 14. Los NNA provocan los abusos.

Respecto a la consideración de qué personas realizan con una mayor frecuencia los abusos sexuales a niñas, niños y adolescentes, un 57 % de los encuestados afirmó que son los hombres, mientras que un 39 % respondió que el abuso es llevado a cabo por personas de ambos sexos.

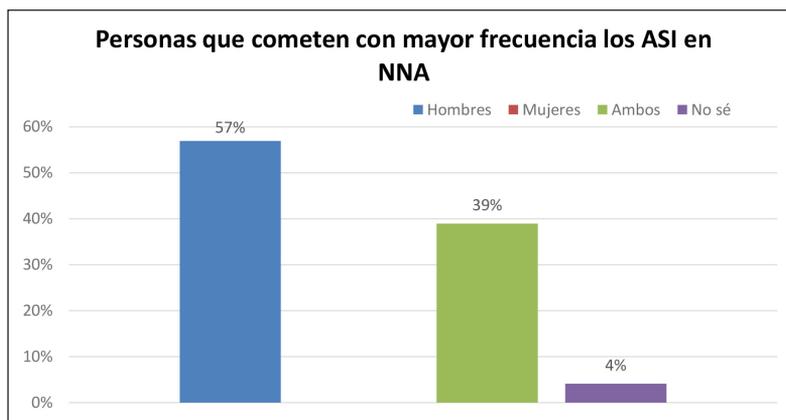


Figura 15. Personas que cometen con mayor frecuencia los abusos sexuales a NNA.

Otra cuestión que se les consultó a los participantes es si pensaban que los abusos sexuales infantiles se producían debido a que “los hombres no pueden controlar sus impulsos sexuales”. En relación con esta consulta, un 35 % dijo que no, un 32 % respondió “no sé” y un 31 % contestó que sí.

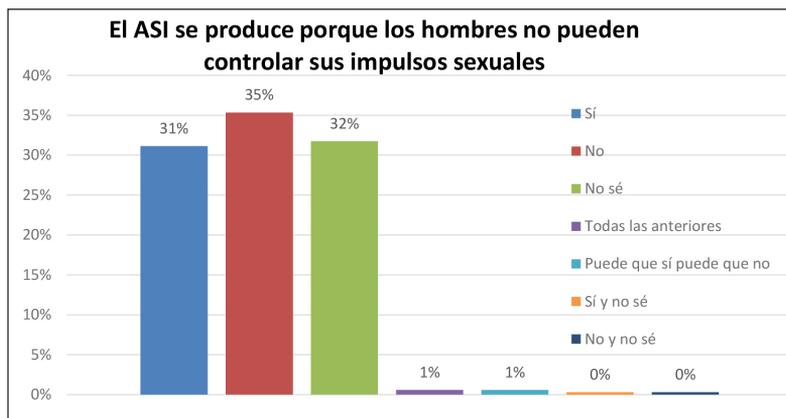


Figura 16. El abuso sexual infantil se produce porque los hombres no pueden controlar sus impulsos sexuales.

Al ser consultados los participantes sobre si consideraban que solo las personas adultas llevaban a cabo abusos a niñas, niños y adolescentes, la mayoría de ellos (un 85 %) respondió que no, mientras que un 9 % de los encuestados afirmó que sí. En un porcentaje mucho menor, un 5 % respondió “no sé”.

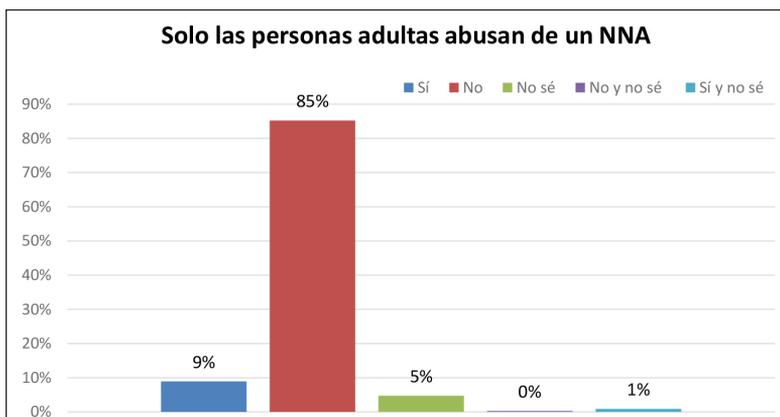


Figura 17. Solo las personas adultas abusan de un NNA.

Otro de los interrogantes que se planteó a los participantes es si consideraban que los abusos sexuales infantiles solían ir acompañados de violencia física. En este sentido, un 68 % de los encuestados afirmó que esto sucede en algunos casos, mientras que un 19 % respondió que sí.

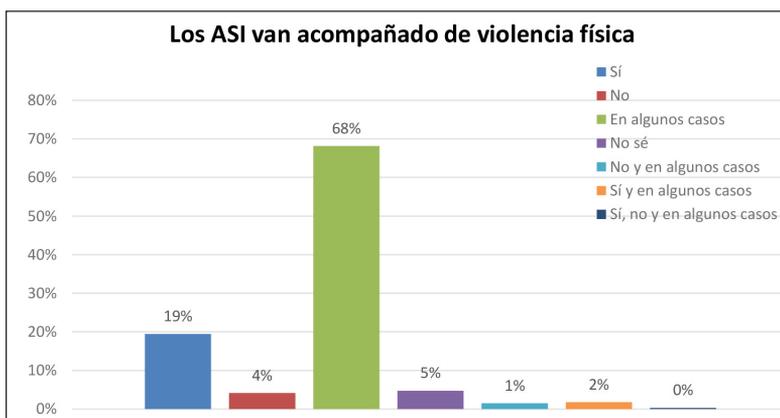


Figura 18. Los abusos sexuales van acompañados de violencia física.

Finalmente, a los participantes se les consultó si creían que una persona que había sido víctima de abuso sexual durante la infancia se convertiría más adelante en un agresor sexual. Respecto a este interrogante, un 58 % respondió que esto “no siempre ocurre”, un 17 % afirmó que no lo sabía y un 15 % sostuvo que esto “no ocurre”.

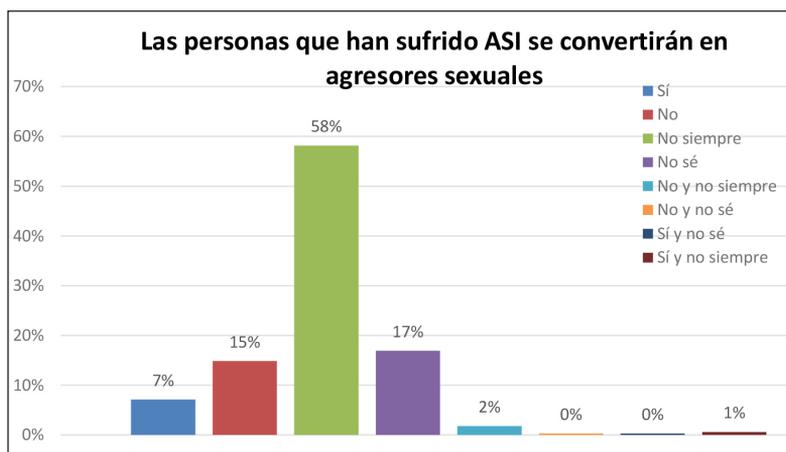


Figura 19. Las personas que han sufrido abuso sexual infantil se convertirán en agresores sexuales.

En cuanto al análisis de las preguntas abiertas:

Cuando se indagó a los participantes acerca de cómo se podrían imaginar, en sus propias palabras, a un abusador, sus posibles características físicas, psicológicas, sociales, de edad, etc., se pudo advertir que un 28 % expresó como característica peculiar del abusador el padecer trastornos psicológicos, frente a un 18 % que expresó que el abusador podía ser “cualquier persona” y un 12 % que pensaba que los abusadores podían ser “personas normales”. Se puede destacar, asimismo, que un 8 % resaltó que los abusadores podían ser hombres y mujeres mayores de edad, y un 9 % remarcó como característica distintiva del abusador a la manipulación.

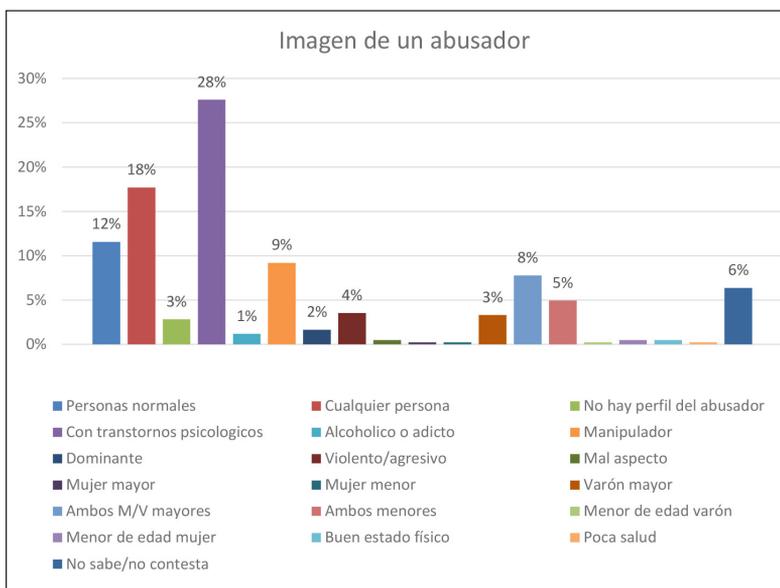


Figura 20. Imagen de un abusador desde la perspectiva personal de los encuestados.

Por otra parte, al indagar acerca de las consecuencias que el abuso podría causar en los NNA, se pudo observar que para la mayoría de los encuestados estas serían de tipo psicológicas, mientras que un 15 % destacó que las consecuencias serían sociales, y para un 14 %, físicas. Un porcentaje importante (9 %) manifestó no saber respecto de la cuestión.

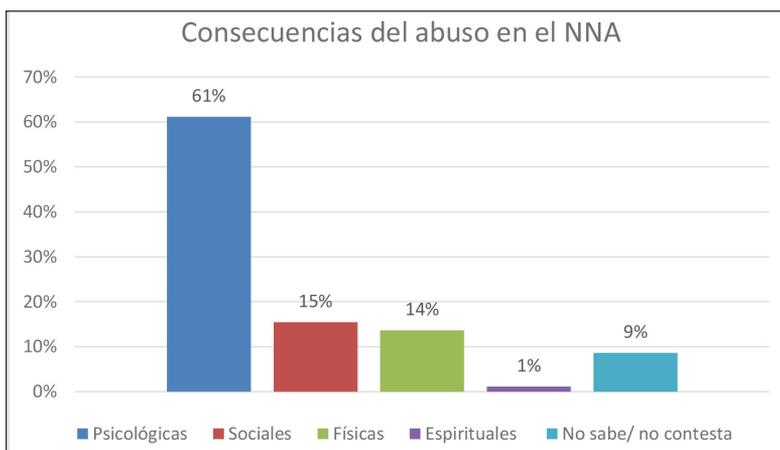


Figura 21. Consecuencias del abuso en NNA.

CONCLUSIONES

Se observa consenso en los siguientes aspectos: que los abusos ocurren en todas las clases sociales y se tiende a creer en el relato del niño, no se desestiman sus dichos ya que se considera que los niños muy pocas veces mienten o no mienten respecto a haber sufrido abuso. Asimismo, que los abusos solo en algunos casos van acompañados de violencia física, con lo cual se tiene conciencia de la dinámica de la relación abusiva.

Se señala como victimarios, en su mayoría, a aquellos que guardan un vínculo de cercanía con el niño, ya sea familiares o del entorno cercano (conocidos del niño), y se suponen consecuencias para la salud psicofísica de la víctima.

En relación al abusador no aparece un perfil definido para tipificarlo, excepto que los abusadores son mayoritariamente hombres y que en algunos casos presentan dificultades de orden psíquico, pero que también pueden parecer personas normales.

Los aspectos previamente enunciados serían concordantes con lo conceptualizado por las corrientes teóricas más actualizadas sobre esta temática, orientadas a la defensa y protección de la infancia.

Respecto al concepto de abuso, aproximadamente la mitad de los encuestados no tiene en claro las diferentes modalidades que incluye este delito. Como consecuencia de esta parcialización de conocimiento, se invisibilizan algunas formas de abuso y se expone al niño a seguir sufriendolo cuando lo que le sucede no encuadra en esta parcialización.

No se identifica a las niñas como las víctimas más frecuentes de los ASI.

La idea de que una persona es capaz de darse cuenta inmediatamente de si un NNA ha sido abusado, manifestado por un tercio de los encuestados, denota que se espera la eviden-

cia reconocible y palpable para reconocer el abuso, cosa que en la mayoría de los casos no ocurre y, por tanto, es una idea que disminuye el nivel de alerta para actuar.

Resulta un porcentaje alto (24 %) aquel que sostiene que los niños provocan situaciones que los pueden llevar a ser abusados, lo que significa culpabilizarlos.

Más de la mitad de los encuestados manifiesta o no desestima que el hombre abusa porque no puede controlar sus impulsos, lo cual denota una mirada justificativa de su accionar compatible con una cultura machista.

Puede decirse que los puntos enunciados precedentemente denotan, en la población estudiada, el predominio de algunas de las representaciones sociales más frecuentes respecto del ASI, lo cual puede derivar en falta de respuestas adecuadas, calificadas, coordinadas y eficaces en virtud de los conocimientos parciales o desconocimiento que se evidencian. Por tanto, la respuesta ante el ASI no será la esperada en función de poder dar contención, atención adecuada y derivación responsable a las víctimas.

Dentro del marco de la socialización de los resultados, se ha previsto una capacitación a fin de desterrar los mitos que impiden una adecuada comprensión y, por lo tanto, atención profesional del abuso sexual a niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se pretende extender la investigación respecto de otros operadores (por ejemplo, la policía, los docentes, los empleados judiciales).

Como consideración final, ya que el 78 % de los encuestados fueron mujeres, no se debe ignorar la mirada de género sobre esta problemática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bañuelos, A.; Castaños, A (coord.). (2016). *Abusos sexuales en la infancia. Visibilizando violencias*. Bilbao: Eraikiz Kolektiboa.

- Casas, F. (2006). *Revistas Científicas Complutenses*. Obtenido de Infancias y representaciones sociales: <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/23779>
- Echeburúa, E. y Guerricaechevarría, C. (1998). *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores, un enfoque clínico*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF) (2016). *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos*. Obtenido de https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016.pdf
- Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C.; y Lucio, P. B. (2010). *Metodología de la investigación*. México D.F.: McGraw-Hill / interamericana editores, SA.
- Jodelet, D. (1989). *Folie et représentations sociales*. París: PUF.
- Kurg, E.G. (2002). *Informe Mundial sobre violencia y salud*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- López Sánchez, F.; y Sánchez, A. D. (1999). *Prevención de abusos sexuales a menores: guía para padres y educadores*. España: Amarú Ediciones.
- Mora, M. (2002). *La teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici*. Obtenido de Athenea digital: <https://ddd.uab.cat/pub/atndig/15788946n2/15788946n2a8.pdf>
- Moscovici, Serge. *Pensamiento y vida social, Psicología Social y problemas sociales*. Cap. "la representación social: fenómenos, concepto y teoría", por Jodelet, D. Buenos Aires: Paidós.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (noviembre 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>
- Organización Mundial de la Salud (2020). *Maltrato infantil. Magnitud del problema*. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-mal-treatment>
- Pérez-Tejada, H. E. (2008). *Estadística para las ciencias sociales, del comportamiento y de la salud*. México DF: Cengage Learning.
- Páez, D., Villareal, M., Echebarría, A. y Valencia, J. (1987). *Cognición social: esquema y función cognitiva aplicada al mundo social*. En D. Páez (ed.), *Pensamiento, individuo y sociedad: Cognición y representación social*. Madrid: Fundamentos.
- Organización mundial de la salud (2020). *Violencia contra los niños*. Obtenido de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-children>
- Vega Rodríguez, M. T. y Moro Gutiérrez, L. (2013). La representación social de los malos tratos infantiles en la familia: factores psicosociales que influyen en la percepción de las conductas de maltrato. *Psychosocial Intervention*, 22(1), 7-14. Obtenido de HYPERLINK "<https://dx.doi.org/10.5093/in2013a2>"



El método de casos como herramienta de enseñanza. Sus resultados y reflexiones en épocas de pandemia¹

Case method as a teaching tool. Its results and
reflections in pandemic times

Patricia Carina Calpanchay Suárez²

Resumen

El proyecto «El método de casos como herramienta de enseñanza; formación y transmisión jurídico-social para docentes y estudiantes», aprobado por resolución rectoral n.º 1362/18 de la Universidad Católica de Salta (UCASAL), surgió a partir de la reflexión sobre la propia práctica docente de la Cátedra de Introducción al Derecho, comisión B3 (primer año de la carrera de Abogacía), de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Dicha reflexión denota un compromiso del docente con la calidad de la educación; en este caso, con la educación superior. La cátedra mencionada ha venido trabajando durante varios años con casos prácticos y jurisprudencia. Este aporte tiene por propósito dar cuenta de pequeños hallazgos encontrados durante el trabajo de campo. La investigación se realizó, epistemológicamente, desde las ciencias de la educación y el derecho y, específicamente, desde la pedagogía jurídica.

Palabras clave: casos - complementariedad - contextos virtuales - docencia

Abstract

The project «Case method as a teaching tool; training and legal-social transmission for teachers and students» approved by rector's resolution No. 1362/18 of the Catholic University of Salta (UCASAL), arose from the reflection on the teaching practice of the chair of Introduction to Law, commission B3 (first year of the Law Degree), of the Faculty of Legal Sciences. Such reflection denotes a commitment of the teacher with the quality of education; in this case, with higher education. The aforementioned chair has been working for several years with case studies and jurisprudence. The purpose of this contribution is to give an account of small findings found during the field work. The research was carried out, epistemologically, from the sciences of education and law and, specifically, from legal pedagogy.

Keywords: cases - complementarity - virtual environment - teaching

Derecho/ artículo científico

Citar: Calpanchay Suárez, P. C. (2021). El método de casos como herramienta de enseñanza. Sus resultados y reflexiones en épocas de pandemia. *Omnia. Derecho y sociedad*, 4 (4), pp. 47-54.

¹ El presente artículo se encuentra enmarcado en el proyecto de investigación «El método de casos como herramienta de enseñanza; formación y transmisión jurídico-social para docentes y estudiantes», aprobado por resolución rectoral n.º 1362/18 de la Universidad Católica de Salta. El equipo de investigación estuvo conformado por el doctor Luis Renato Rabi Baldi Cabanillas (director), Ana Mohnblatt y Patricia Calpanchay Suárez.

² Abogada, egresada de la Universidad Católica de Salta (UCASAL). Profesora en Ciencias Jurídicas egresada de la Universidad Nacional de Salta. Docente e investigadora en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL. pcalpanchay@ucasal.edu.ar

INTRODUCCIÓN

El aprendizaje en épocas de pandemia me obligó a repensar la práctica docente. Es así que me he planteado las siguientes preguntas: ¿cómo hacer para enseñar el derecho de un modo más próximo a la realidad profesional del abogado? ¿Se puede enseñar derecho de una manera diferente a la enseñanza tradicional? ¿Este método de enseñanza y aprendizaje que empleo a diario me permite alcanzar mis propósitos docentes? ¿Qué otras facultades de derecho del país emplean la metodología por casos?

Esta investigación analiza el contexto institucional de algunas facultades de derecho del país que emplean el método de casos y se encuentra enmarcada en el año lectivo 2019. Dichas facultades pertenecen a las universidades nacionales de Tucumán (UNT), de Buenos Aires (UBA), y las universidades Austral y Católica de Salta (UCASAL). Para la ejecución del proyecto se empleó un método mixto cuanti-cualitativo de investigación. Ello en razón de que se utilizaron distintas técnicas, a saber: entrevistas en profundidad, cuestionarios, *focus group* (grupo focal), observación participante y no-participante sobre determinadas situaciones áulicas, así como análisis documental.

Cada institución universitaria (más precisamente, cada facultad de derecho) está marcada por una nota de particularidad que no es otra cosa que su «cultura institucional». Leticia Piotti y Susana Lupiañez, en su obra *Análisis institucional y vínculos de convivencia escolar: el desafío de construir el nosotros en las instituciones educativas*, nos dicen:

Cada escuela tiene un estilo de funcionamiento, una forma particular de manifestarse y resolver los problemas que la diferen-

cian de otras escuelas, aunque pertenezcan al mismo nivel y atiendan a una población de alumnos similares. Esta imagen-representación son construcciones culturales, elaboradas a lo largo de la historia institucional, en la que se entrelazan los estilos de sus directivos y docentes, cómo se interpretaron las necesidades de la comunidad, etc. (Piotti y Lupiañez, 2002, p. 18).

Margarita Poggi y Graciela Frigerio, en su obra *Las instituciones educativas. Cara y ceca*, analizan el concepto de cultura institucional y explican que

... cada institución posee rasgos de identidad y señas particulares que le son propios; ambos constituyen y simultáneamente son aprehensibles en lo que denominamos cultura institucional. La cultura institucional es aquella cualidad relativamente estable que resulta de las políticas que afectan a esa institución y de las prácticas de los miembros de un establecimiento. Es el modo en que ambas son percibidas por estos últimos, dando un marco de referencia para la comprensión de las situaciones cotidianas, orientando e influenciando las decisiones y actividades de todos aquellos que actúan en ella (Poggi y Frigerio, 1992, p. 35).

Analizar el concepto de cultura institucional es de vital importancia, habiendo descubierto con esta investigación sobre el método de casos que cada institución tiene sus propias particularidades, sus propios planes de estudios, programas, centros de formación docente, centros de investigación, e incluso su propia concepción filosófica sobre qué es el derecho, su propia trayectoria, sus modelos de vínculos, etc. Todos estos son componentes de la cultura institucional dentro de los cuales, en cuanto

aquí interesa, merece especial atención la metodología de enseñanza universitaria y, dentro de ella, y en lo que constituye el específico objeto de estudio de esta investigación, el método de casos.

LA COMPLEMENTARIEDAD E INSTRUMENTALIDAD DEL MÉTODO DE CASOS

El método de casos —como objeto de la investigación— puede ser analizado desde dos puntos de vista. Desde un primer punto de vista, el método de casos se presenta en las universidades como «complementario» de la enseñanza de los contenidos teóricos. Según el diccionario de la Real Academia Española, «complementario» significa «que completa o perfecciona algo». Es un método de enseñanza complementario en la formación del abogado, lo que encuentra razón de ser en nuestro sistema jurídico continental europeo y codificado. En este sentido, en la obra coordinada por Rabbi Baldi Cabanillas (2019) *Lecciones de teoría del derecho. Una visión desde la jurisprudencia constitucional*, Maximiliano Consolo expresa que es importante considerar que «el aprendizaje basado en casos mira la realidad, partiendo su enseñanza de ella, bien que sin desmedro de la teoría. Esto permite inferir que en este tipo de metodología la relación entre la teoría y de la práctica es de complementariedad» (2019, p. 49). De igual modo, cuando los docentes —en las entrevistas realizadas en el transcurso de esta investigación— se refieren a «complementario de lo teórico» quieren decir que, además de la teoría que se desarrolla en cada clase, utilizan los casos prácticos o casos jurisprudenciales como una estrategia más de enseñanza.

Desde un segundo punto de vista, el método de casos tiene además un carácter instrumental: esto implica que se convierte en un

instrumento para transmitir determinado contenido pedagógico e incluso un instrumento para desarrollar y potenciar habilidades cognitivas. En ese sentido, el método de casos es un «medio» para un «fin». Como medio es una herramienta, y ese fin no es otro que lograr el aprendizaje en el alumno.

TIPOLOGÍA DE MÉTODOS DE CASOS

El método de casos fue el objeto de investigación. Si bien la expresión “método de casos” puede representar socialmente (entendiendo por representaciones sociales formas de conocimiento cotidiano con anclaje en la realidad) el sistema del Common Law de los Estados Unidos, no puedo dejar de precisar que este método se aplica en las universidades del país, tal vez no de la misma manera o forma. Incluso en los EE. UU. el método fue modificándose con el correr del tiempo.

El método nació en EE. UU. y se expandió con características propias a otras regiones. En cuanto a nuestro país, las facultades de derecho que practican el método tienen construido «su» método de casos. Se trataría de un método de casos «argentinizado» e incluso, más precisamente, podríamos hablar de la existencia de una «enseñanza por casos». Ello teniendo en cuenta nuestro sistema jurídico. Esto último implica analizar el objeto de estudio desde una perspectiva del mundo de la experiencia vivida por las personas. Por ello, me propuse comprender, a través de entrevistas con los docentes, qué entendían ellos por método de casos, qué entendían por «casos», y si ellos lo aplicaban.

Un autor moderno que aborda al método conceptualmente es Sergio Palacio, en su obra *Pedagogía jurídica*, quien expresa que «[el método] sirve eficazmente para enseñar a los alumnos a reflexionar y razonar acerca de las

decisiones judiciales como problemáticas jurídicas específicas y captar la estructura de esas decisiones. En síntesis, para enseñar el razonamiento legal» (2017, p. 134).

En igual sentido, Oscar Flores —docente de la Universidad Nacional de Tucumán— en la obra *Un método crítico de enseñanza y aprendizaje del derecho* agrega que Langdell, en EE. UU., proponía «enseñar derecho exclusivamente a través del análisis de fallos y discusión en clase», ya que el método de casos se había iniciado «como un método científico de descubrir principios de derecho»; además, también según Langdell, «los principios del derecho, como los de toda ciencia podían conocerse por inducción. A partir de la lectura de algunos casos relevantes, se inducían las líneas generales» (Landell, citado en Flores, 2019, p. 9). Ambos autores, junto con Rabbi Baldi Cabanillas en su obra ya citada, tienen en común una vinculación con el método de casos del «mundo anglosajón, el *Common Law*» (el sistema jurídico donde hizo carrera el método), pues centra su análisis especialmente en la labor de los jueces y en la relevancia de los precedentes judiciales. En efecto, se vincula al método de casos con el análisis de las sentencias judiciales (jurisprudencia). De ahí que las estructuras de las obras de los profesores Flores y Rabbi Baldi compartan el mismo esquema de abordaje en el trabajo con casos. Ese esquema es el siguiente: básicamente, se analiza una sentencia judicial (resolución judicial) de un tribunal —sea corte de justicia o tribunal ordinario de justicia—; se vincula «un contenido teórico» (tema) con el contenido de una sentencia judicial, debido a que esta última contempla determinada temática relevante en razón de la enseñanza a impartir. Esta vinculación tiene como objetivos el descubrir principios, ejercitar el pensamiento crítico del alumno, entender el razo-

namiento legal. Estos objetivos se alcanzan o se procuran alcanzar a través de una serie de preguntas críticas formuladas por el docente y que interpelan al alumno. Aquí, el rol de alumno consiste en «analizar».

En otro orden de ideas o representaciones sobre el método de casos, se encuentra a autores como Juan Seda, Osvaldo Pitrau, Graciela Medina, y Mario Ackerman. En sus obras se resalta un elemento fundamental del método de casos, a saber, «el problema». En este sentido, Susana Campari en *Formación pedagógica en derecho* sostiene que

... un caso es un relato cuidadosamente elaborado que plantea una situación problemática extraída de la vida real, que requiere análisis, investigación, toma de decisiones y resolución y que se presenta en la clase con un objetivo didáctico previamente definido. Si no hay un problema no hay caso (Campari, 2011, p. 113).

Esta afirmación es concluyente: «Si no hay un problema no hay un caso». Y, en consecuencia, sobre este problema el alumno debe poner en ejercicio ciertas habilidades cognitivas para analizar, investigar, tomar decisiones y resolver. Otro elemento que se resalta en esta última definición es que ese problema es «extraído de la vida real» y aquí, siguiendo a Osvaldo Pitrau en *Casos de derecho sucesorio*, el método «encuentra su fundamento en las denominadas técnicas de simulación, basadas en reproducir situaciones semejantes a la realidad, pero dentro de un aula» (2017, p. 12). El autor agrega que «(...) y el docente hará las preguntas basadas en supuestos prácticos que simulan situaciones reales, guiando al aprendiz a encontrar la solución» (2017, p. 13). Es interesante la concepción de Pitrau sobre el método de casos que él llama con más

propiedad «el método de casos prácticos»; fundamentado en las técnicas de simulación, en la mayéutica socrática (en referencia a Sócrates y Platón) y en el aprendizaje afectivo. Las obras de este segundo grupo de autores comparten en común la siguiente estructura de un «caso práctico»: un título inicial que es básicamente el tema sobre el que versa el caso. Luego consta el «planteo», que es el planteamiento de la situación problemática a resolver, el «problema». A continuación, una referencia a la jurisprudencia sobre el tópico indicando año, tomo y folio (bien que no en todos los autores se repite esta metodología). Y, por último, se expresan las tareas a realizar por el alumno. Estas «tareas» no son otra cosa que preguntas sobre las cuales el alumno no tiene una solución, sino que es él a través de su razonamiento quien debe llegar a ella. A diferencia de una sentencia judicial que consta de una solución ya dada por los jueces, aquí es el alumno quien debe llegar a dicha solución colocándose en diferentes roles, ya sea como abogado de la parte actora o de la parte demandada, e incluso en el mismo rol de juez. Lo que quisiera resaltar es que estos casos prácticos implican siempre un «hacer», más precisamente un «resolver» por parte de los alumnos.

Estas concepciones sobre método de casos o enseñanza por casos son las que fluyeron a lo largo de la investigación.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

En otro orden y a nivel del análisis sobre documentos y obras de la temática, cabe señalar que al comienzo, cuando se elaboró el «estado del arte» para el proyecto, no encontré material actualizado. Las obras base del proyecto fueron la de Cueto Rúa (1957) *El Common Law*, que analiza el método de casos en la enseñanza del derecho de los EE. UU.; su

fundamentación pedagógica, sus ventajas y desventajas, efectuando algunas consideraciones sobre el tema en la Argentina; y, en segundo término, la obra de Selma Wassermann (1994) *El estudio de casos como método de enseñanza*. Sin embargo, durante el transcurso de la ejecución del proyecto de investigación se fueron encontrando distintas obras significativas de profesores argentinos, algunas actuales, otras no tanto. Es así como puedo presentar el siguiente orden trípode de bibliografía encontrada. En primer lugar, se hallan libros y artículos que abordan la enseñanza del derecho en general y, en particular, de la enseñanza por método de casos en la Argentina. Tales obras son: 1) Gordillo, Agustín (1988), *El método en derecho*; 2) Böhmer, Martín (1999), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*; 3) Palacio, Sergio (2017), *Pedagogía jurídica. Elementos para la formación de abogados*; 4) Fischman, Fernando y Seda, Juan (2011), *Formación pedagógica en derecho. Procesos comunicativos y recursos didácticos*; 5) Ovejero Silva, Bruno (2018), *Introducción al Common Law como sistema jurídico*; y 6) Toller, Fernando (2005), *Orígenes históricos de la educación jurídica con el método de casos*.

En segundo lugar, encontré libros que proporcionan modelos de casos en diversas ramas del derecho, que tienen un enfoque meramente práctico y didáctico. Estas obras adoptan herramientas pedagógicas útiles tanto para alumnos como para docentes de derecho. Entre estas obras mencionamos a: 1) Medina, Graciela y Pitrau, Osvaldo (2017), *Casos de derecho de familia*; 2) Rolleri, Gabriel y Pitrau, Osvaldo (2017), *Casos de derecho sucesorio*; 3) Sancinetti, Marcelo (2016), *Casos de derecho penal* (tomos 1, 2 y 3); 4) Ziffer, Patricia (2011), *Casos de derecho procesal penal*; 5) Gullco, Hernán (2017), *Casos de derecho penal especial*; 6) Ackerman, Mario (2014),

Casos y materiales del derecho del trabajo y de la seguridad social; 7) Rabbi Baldi Cabanillas, Renato (2019), *Lecciones de teoría del derecho* (casos de Teoría del Derecho); y 8) Flores Oscar (2019), *Un método crítico de enseñanza y aprendizaje del derecho*.

Y por último, libros destinados a jóvenes abogados sobre cómo estudiar, plantear y argumentar un caso. Aquí puedo mencionar a Carrió, Genaro (2003), *Cómo estudiar y argumentar un caso* y a Suárez, Carina (2012), *Cómo plantear, resolver y argumentar un caso*.

MOTIVOS QUE SUBYACEN EN LOS DOCENTES RESPECTO DEL USO DE LA METODOLOGÍA DE ENSEÑANZA CON CASOS

Otro aspecto no menos relevante a analizar es el referente a la aplicabilidad del método por los distintos docentes de derecho de las universidades estudiadas. Al respecto, y teniendo en cuenta el referido concepto del método enunciado, los docentes enseñan por diversas razones, entre las que se destaca: a) por su formación en el extranjero, es decir el hecho de haber realizado cursos de posgrado en universidades de EE. UU., y haber aprendido con esa metodología; b) por su «experiencia vivida» durante su propio trayecto de formación en la carrera de grado, de modo que expresan «enseño de esta manera porque me enseñaron así»; c) por su «socialización profesional», es decir, cuando ingresan a una cátedra universitaria que sigue determinada forma de enseñanza con los alumnos y, por ende, adoptan esa metodología que es con la que trabajan año tras año.

Estos son, pues, algunos de los hallazgos obtenidos durante la investigación. Desde los integrantes del proyecto de investigación estamos trabajando en un libro donde abordaremos en profundidad todos estos temas que son de interés para la comunidad universitaria.

REFLEXIONES SOBRE EL MÉTODO DE CASOS Y LA EVALUACIÓN EN CONTEXTO DE PANDEMIA

Este contexto de pandemia, sobre todo a los docentes del sistema presencial nos impulsó a reflexionar sobre nuestra práctica docente. Antes de la pandemia el aula virtual era un espacio complementario —escasamente utilizado— en la enseñanza, donde el docente subía algún material de lectura, hacía anuncios, subía algún video, artículo, etc. La comunicación se daba «cara a cara». Ahora, el aula virtual es «el» canal de comunicación por excelencia y prácticamente el único con el que contamos. Es un espacio donde hay actividades para hacer, donde se produce el encuentro sincrónico y asincrónico. Sin duda, que este contexto de pandemia nos obliga a replantear la práctica docente y a reflexionar sobre ella, sobre la forma de plantear actividades de aprendizaje, la evaluación, etc. Respecto de la evaluación, tenemos que tener presente que el alumno ya cuenta con ciertos recursos en su domicilio, como libros, Internet, etc. Pero, sobre todo, porque nuestra concepción de evaluación es formativa o de seguimiento. Si adherimos a esta concepción —evaluación como proceso— nuestra forma de entender el proceso de enseñanza y aprendizaje no se reduce a que el alumno reproduzca un conocimiento, sino que además demuestre ciertas habilidades cognitivas y cómo emplea ese conocimiento o contenido.

Esta hibridación entre la presencialidad y la virtualidad, o solamente desde la virtualidad, nos desafía no solo como docentes sino como partes de una misma institución. Ahora tenemos que ser más creativos; no digo que antes no lo fuésemos, sino que tenemos que seleccionar de manera más precisa los recursos pedagógicos que nos permitan llegar a los objetivos propuestos. Cada foro de participación, cada tarea debe ser pensada en pos de preten-

der que el alumno alcance determinado objetivo, que aprenda cierto concepto y lo aplique o que realice determinado razonamiento. Y aquí aparece la planificación del docente, esta competencia docente que le ayudará a diagramar las distintas actividades. Y esto es importante porque cada actividad está encaminada a que el alumno llegue a determinados objetivos.

Y es en este contexto donde aparece el método de casos y el modelo pedagógico denominado *flipped classroom*. Este último puede utilizarse tanto en un sistema presencial como *blended learning* o a distancia. Desde la Cátedra de Introducción al Derecho sistema campus virtual, hemos implementado talleres (webinarios) en los cuales debatimos sobre los distintos casos previamente trabajados por los alumnos de manera individual, utilizando de esta manera ese espacio de encuentro para debatir, compartir y aprender. En este contexto, el rol del alumno es activo, es quien participa, comparte sus puntos de vista, opiniones y el docente es un coordinador; a diferencia del método de enseñanza tradicional, donde solo el docente habla y el alumno tiene una escasa participación. En ese sentido, a la explicación de los contenidos teóricos el alumno accede a través de videos previamente elaborados por el docente. Entonces, los webinarios se convierten en un espacio donde se producen el debate y el aprendizaje crítico sobre la materia. En efecto, en los contextos virtuales se puede lograr en el alumno un aprendizaje significativo. Un docente de derecho constitucional de la Universidad Católica de Salta me comentó sobre este punto —con motivo del proyecto de investigación mencionado—, lo siguiente:

... incluso las plataformas que existen en distancia permiten más que en la presencialidad el trabajo con método de casos porque hay muchas herramientas que se pueden

usar en el sistema, como foros (de debate o participativos), herramientas a-sincrónicas que no tenemos en la presencialidad que los sistemas virtuales lo permitan.

Este es un punto de vista interesante, ya que en la plataforma virtual de UCASAL no solo contamos con foros sino también con otros recursos como la wiki colaborativa que permite un trabajo colaborativo; glosarios; *collaborate blackboard* para las clases en línea (webinarios), etc. Aquí, la planificación del docente es esencial para el logro de buenos resultados de aprendizajes y competencias en los alumnos. Y, sin duda, el acompañamiento institucional a través del personal técnico es de vital importancia para facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje.

CONCLUSIONES

Pienso que, en estos tiempos de pandemia, el rol del docente se ha ampliado. El docente debe ser un facilitador, coordinador de recursos pedagógicos para que el alumno aprenda. Un docente que trata de hacer pensar, de incentivar, que motiva y enseña a pensar el derecho. Desde este punto de vista, la pandemia puede ser vista como una oportunidad para replantear nuestros modos de enseñanza, y sobre todo una oportunidad para introducir las TIC definitivamente en el aula. No podemos seguir desconfiando de las tecnologías, ya que estas han llegado para quedarse; al contrario, las tecnologías deben ser nuestras aliadas en el proceso educativo. Por último, la pandemia puede ser un buen puntapié inicial para que dejemos de percibir lo virtual como un entorno de no-presencialidad y, en cambio, entendamos a la educación toda como un proceso que se da a partir de la interacción de diver-

sas formas de copresencia, algunas mediatisadas, otras no-mediatisadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, M. (2014). *Casos y materiales del derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: Eudeba.
- Böhmer, M. (1999). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa.
- Carrió, G. (2003). *Cómo estudiar y argumentar un caso*. Buenos Aires: Lexis Nexis. Abeledo Perrot.
- Cueto Rúa, J. (1957). *El Common Law. Su estructura normativa. Su enseñanza*. Buenos Aires: La Ley.
- Fischman, F.; Seda, J. (2011). *Formación pedagógica en derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Flores, O. (2019). *Un método crítico de enseñanza y aprendizaje del derecho*. Tucumán: Libro digital.
- Gordillo, A. (1988). *El método en derecho*. Madrid: Civitas.
- Gullco, H. (2017). *Casos de derecho penal especial*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Medina, G.; Pitrau, O. (2017). *Casos de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ovejero Silva, B. (2018). *Introducción al Common Law como sistema jurídico*. San Miguel de Tucumán.
- Palacio, S. (2017). *Pedagogía jurídica*. Buenos Aires: Estudio.
- Piotti, L.; Lupiañez, S. (2002). *Análisis institucional y vínculos de convivencia escolar: el desafío de construir el nosotros en las instituciones educativas*. Córdoba.
- Poggi, M.; Frigerio, G.; Tiramonti, G. (1992). *Las instituciones educativas. Cara y ceca*. Buenos Aires: Troquel.
- Rabbi Baldi Cabanillas, L. R (2019). *Lecciones de teoría del derecho. Una visión desde la jurisprudencia constitucional*. Buenos Aires: Ábaco.
- Rolleri, G.; Pitrau, O. (2017). *Casos de derecho sucesorio*. Buenos Aires: Astrea.
- Sancinetti, M. (2016). *Casos de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Suárez, C. (2012). *Como plantear, resolver y argumentar un caso*. Buenos Aires: García Alonso.
- Toller, F. (2005). Orígenes históricos de la educación jurídica con el método de casos. *Anuario da Facultade de Dereito Universidade da Coruña*, n.º 9, 2005. ISSN: 1138-039X, ISSN-e 2530-6324, pp. 921-941.
- Wassermann, S. (1994). *El estudio de casos como método de enseñanza*. Argentina: Amorrortu editores.
- Ziffer, P. (2011). *Casos de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Hammurabi.



Inclusión de los delitos ambientales en el Código Penal argentino¹

Inclusion of environmental crimes in the Argentine Penal Code

María Alejandra Cau Cattán, Rosa Inés Torres Fernández y Jorge Luis Villada²

Resumen

El derecho ambiental refleja la preocupación que tiene el ser humano por el entorno natural que le brinda las condiciones externas para el desarrollo de la vida, en virtud de lo cual surgen una serie de instrumentos internacionales. Nuestro Código Penal no contiene una figura especial referida al daño ecológico como tipo delictivo, sino que sanciona los supuestos de envenenamiento de aguas o sustancias alimenticias o medicinales, pero no contempla los casos de menoscabos a la atmósfera, a los suelos, etc. Por tal motivo, teniendo en cuenta que en el Congreso de la Nación está previsto el tratamiento de la reforma del Código Penal, consideramos que

Abstract

Environmental law reflects the concern that human beings have for the natural environment that provides the external conditions for the development of life, by virtue of which a series of international instruments have emerged. Our Penal Code does not contain a special figure referring to ecological damage as a type of crime, but sanctions cases of poisoning of food or medicinal water or substances; although it does not cover cases of damage to the atmosphere, soil, etc. For this reason, given that the Congress of the Nation is considering the treatment of the reform of the Penal Code, we consider that the inclusion

Derecho/ artículo científico

Citar: Cau Cattán, M. A.; Torres Fernández, R. I.; Villada, J. L. (2021). Inclusión de los delitos ambientales en el código penal argentino. *Omnia. Derecho y sociedad*, 4 (4), pp. 55-77.

¹ El presente artículo es resultado del proyecto de investigación "Inclusión de los delitos ambientales en el Código Penal argentino", aprobado por Resolución Rectoral 1361/18. Fue generado en el ámbito del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad (IDEAS) y del Instituto de Ciencias Penales, Sociales y Afines, ambos de la Universidad Católica de Salta. El equipo de investigación estuvo conformado por Jorge Luis Villada (director), Rosa Inés Torres Fernández, María Alejandra Cau Cattán y Maximiliano Villada Alday; y los estudiantes de la carrera de Abogacía: Nicolás Colombres, Salomé Sánchez y Fabián Galli.

² **María Alejandra Cau Cattán.** Abogada. Master en Gestión de Biodiversidad. Maestranda en Criminología Ambiental de la Escuela Internacional de Criminología y Criminalística de España. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad de la UCASAL. Vicepresidente del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados de Jujuy. acaucattan@gmail.com

Rosa Inés Torres Fernández. Abogada y Procuradora, egresada de la UNC. Profesora en Ciencias Jurídicas, egresada de la UNSa. Magister en Gestión Ambiental por la UCASAL. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad de la UCASAL, del Instituto de Ciencias Penales, Sociales y Afines de la UCASAL y del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio de Abogados de Salta. Investigadora asociada «D» de la UCASAL. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0209-3867>. rosaitf23@gmail.com

Jorge Luis Villada. Abogado. Especialista en Derecho Penal por la UCASAL. Ex Juez de la Cámara Federal de Salta. Director del Instituto de Ciencias Penales, Sociales y Afines de la UCASAL. Docente de las cátedras de Derecho Penal General y Derecho Penal Especial de la UCASAL. Investigador independiente «B» de la UCASAL. villadajorge@hotmail.com

la inclusión de los delitos ambientales es de suma necesidad y urgencia, dado que existen numerosos fallos consecuencia de planteos por incumplimiento de leyes y principios ambientales.

Palabras clave: delitos ambientales - contaminación - ecocidio - criminalización - responsabilidad

of environmental crimes is of utmost necessity and urgency, given that there are numerous rulings as a consequence of claims for non-compliance with environmental laws and principles.

Keywords: environmental crimes - pollution - ecocide - criminalization - liability

INTRODUCCIÓN

El Instituto de Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad conjuntamente con el Instituto de Ciencias Penales, Sociales y Afines, ambos dependientes de la Facultad de Ciencias Jurídicas, presentaron ante la Universidad Católica de Salta el proyecto de investigación «Inclusión de los delitos ambientales en el Código Penal argentino», aprobado por Resolución Rectoral 1361/18. El presente artículo es producto del informe final de dicho proyecto de investigación.

El equipo estuvo integrado por el doctor Jorge Luis Villada (director) y los abogados Rosa Inés Torres Fernández, María Alejandra Cau Cattán y Maximiliano Villada Alday. Además, participaron los alumnos Nicolás Colombres, Salomé Sánchez y Fabián Galli.

Se trata de una investigación descriptiva de enfoque cualitativo sin anticipaciones de sentido o hipótesis, porque funciona como primera aproximación a la materia con el objetivo de caracterizar el área temática contextualizándola en la República Argentina. La metodología cualitativa de la investigación incluyó la aplicación de herramientas y estrategias tales como el análisis comprensivo de las diferentes legislaciones nacionales e internacionales, el análisis de documentos y el análisis de contenido.

Además, su objetivo general consiste en proponer la inclusión de figuras penales tipificando los delitos ambientales; es un proyecto

para enviar como propuesta de la Universidad Católica de Salta al Congreso de la Nación para la inclusión de tales ilícitos específicos en el Código Penal argentino. Como objetivo específico se encuentra la tipificación de los delitos ambientales, describiendo para ello las conductas y las penas correspondientes.

CONCEPTO DE AMBIENTE

El ambiente o medioambiente es abarcativo de los elementos naturales, sociales, culturales, arquitectónicos, paisajísticos y urbanísticos. Para Libster y Crea (2019) no es una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto natural de equilibrio.

CONCEPTO DE DERECHO AMBIENTAL

El concepto de derecho ambiental que acuña o recoge cada autor está directamente relacionado con el momento en la evolución del derecho en el que él o ella se desarrolla, con la característica de haber comenzado o no su carrera profesional como especialista en ambiente, o con si tiene una base en otras ramas del derecho; con lo cual teñirá toda su construcción doctrinaria con esa mirada, pero esta también estará condicionada por su ideología y su forma de concebir el mundo y la naturaleza, así como sus interrelaciones.

Brañes (2000), en su *Manual de derecho ambiental mexicano*, define el derecho ambiental como a aquel conjunto de reglas que

se ocupan de la protección jurídica de aquellas condiciones que hacen posible la vida, en todas sus formas. Valls (2008), en su libro *Derecho ambiental*, afirma que el derecho ambiental es aquel que norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, preservación y mejoramiento del ambiente en la medida en que hace posible la vida de todas las especies sobre la Tierra.

En este sentido, Asturias (2018) expresa que el derecho ambiental aparece hoy como una saludable esperanza en la lucha por la preservación de la vida en nuestro planeta, y para ello le resulta forzoso nutrirse de una multiplicidad de sectores del ordenamiento jurídico, que ineludiblemente deberá relacionarse transversalmente con casi todas las ramas del derecho.

A su vez, Libster y Crea (2019) manifiestan que la incorporación de la variable ambiental a las reglas del derecho vino a concretar el reconocimiento de criterios, valores y principios que fueron transformándose en instituciones reconocidas por el derecho, y finalmente en las instituciones del derecho ambiental.

Por último, y siguiendo a Prieur (2012) en su obra *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, afirmamos que el derecho ambiental no se trata simplemente del conjunto de normas jurídicas que delimitan el medioambiente, sino que es la expresión de una ética o de una moral del medioambiente que pretende reducir la contaminación y aumentar la biodiversidad.

Desde su criterio, el cual está de acuerdo con nuestro criterio doctrinario, el derecho ambiental no constituye solamente un derecho que regula actividades de forma neutra, sino que se trata de un derecho comprometido con la lucha contra la contaminación y la pérdida de biodiversidad; el perfilado del derecho ambiental, su conceptualización, su de-

finición debe hacerse con un criterio finalista, como aquel que, debido a su contenido, contribuye a la salud pública y al mantenimiento de los equilibrios ecológicos, esto es, un derecho para el medioambiente.

CONCEPTO DE DELITOS AMBIENTALES

El delito ambiental es aquella conducta que se encuentra descrita en un tipo penal específico, sancionado con penas privativas de libertad (y eventualmente de inhabilitación y/o de multa, las que se pueden aplicar conjunta o alternativamente), por cuanto dichos comportamientos implican material (o formalmente) graves daños al medioambiente, con consecuencias negativas o dañosas para las personas en particular, la salud de la población y su calidad de vida, o de la flora, fauna, la alteración de los ecosistemas o que representen un peligro para los bienes enunciados, sea que se lleven a cabo de manera dolosa o culposa.

Es decir, que el delito ambiental es un modo distintivo de atacar a la vida, a la salud, a la supervivencia de las especies y a la conservación deseable e imprescindible del ambiente natural, teniendo en miras aquellos valores. Pero, además, con base en lo expuesto, tanto desde el punto de vista científico penal (dogmático) como de la política criminal de un Estado, la característica esencial es que estos delitos como los demás regulados en la ley de fondo (que pertenecen al campo del derecho penal común) interesan a toda la sociedad. Se trata de proteger así, los intereses comunes a toda la Nación y quienes la habitan. Por ello deben preverse en una legislación de fondo como el Código Penal.

Ello deja a las provincias (por nuestro sistema federal), la facultad de creación de contravenciones, que son infracciones de carácter local e igualmente contienen un sistema de

sanciones o medidas asegurativas, más diversificadas que las penas (del Código Penal), permitiendo así elucubrar un sistema de reacción estatal más rico y variado que no signifique necesariamente un «castigo», sino que hasta puede tener carácter preventivo. La contravención es esencial para «prevenir delitos» y su aplicación se puede ramificar a todo el espectro provincial, permitiendo su aplicación hasta por jueces de paz.

ANTECEDENTES

Para la elaboración del presente trabajo de investigación se consideraron diversos antecedentes que existen en torno a la protección del medioambiente. En el plano internacional la evolución del derecho ambiental se da en el marco de convenciones internacionales y trabajos en el interior de organismos internacionales como las agencias de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Está dado por un conjunto de declaraciones, tratados y normas, tanto vinculantes como voluntarias, que se han desarrollado a la par del conocimiento científico y de la toma de conciencia del estado actual de nuestro mundo natural.

El derecho internacional público ambiental podría separarse en tres etapas, separadas por dos hitos producidos en dos convenciones internacionales: la Conferencia de Estocolmo de 1972 y la Convención de Río de Janeiro de 1992. En el último tiempo, el hito más relevante fue la firma del Acuerdo de París en 2016, y el acuerdo de Escazú recientemente ratificado por la República Argentina y que ya cuenta con los 11 países necesarios para su entrada en vigencia, con lo que una vez depositados los documentos, la tendrá de manera plena.

Una primera etapa podemos decir que empieza en el año 1900, cuando se intenta por primera vez firmar un acuerdo internacional

para la preservación de un elemento del ambiente, que en este caso era la vida silvestre africana. Durante esos años no existía mayor conciencia sobre la fragilidad de la naturaleza y el posible agotamiento de algunos de sus recursos. Por el contrario, la «naturaleza» era concebida como algo que había que dominar, que lograr controlar al servicio de las necesidades humanas. Así es que la Convención de Londres de 1900 no logró suficiente cantidad de firmas. Sin embargo, al mismo tiempo empezaba a surgir la idea de que los recursos no eran infinitos ni renovables ilimitadamente sino que, por el contrario, si se les aplicaba demasiada presión o se los explotaba indiscriminada e ilimitadamente, estos empezaban a mutar y a desaparecer. Así, esta etapa estuvo caracterizada por la preservación de recursos naturales, flora, fauna, especies, y de hábitats de singular interés de protección.

Más de 30 años después se vuelve a redactar un convenio en Londres, en 1933, que logró la adhesión y vigencia en los países que formaban parte de las colonias europeas en África, constituyéndose áreas protegidas y poniendo límites a la extracción de especies. Más tarde, entraron en vigencia instrumentos como la Convención de Washington de 1940 y el Convenio de la Paz de protección de la vicuña de 1969, siempre en torno a la protección de especies, hábitats y recursos naturales en general, creándose organismos internacionales en el seno de las Naciones Unidas, como la FAO (Food and Agriculture Organization), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), etc.

Así continuaron esfuerzos aislados, hasta que en la última parte de la década del 1960 y principios de 1970 se da un florecimiento de la conciencia y el inicio de los movimien-

tos «verdes» que continúan hasta hoy. En ese marco, como producto de la 1.^a Conferencia de Naciones Unidas Sobre Ambiente Humano, surge la Declaración de Estocolmo de 1972 y por primera vez vemos un instrumento jurídico que se refiere al derecho al ambiente sano y la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente (PNUMA) y comienza a desarrollarse con mayor vigor el trabajo de las principales organizaciones no gubernamentales internacionales que tienen por fin la protección del medioambiente, como la World Wildlife Fund (WWF), Greenpeace, y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

Este movimiento tiene un punto de vista antropocéntrico desde donde se toma conciencia de los productos y servicios ambientales: la naturaleza debe preservarse en función de las necesidades de supervivencia del ser humano y la manutención de los niveles de vida y producción. Entre la sanción del Convenio de Estocolmo y el siguiente hito que estará dado por la Convención de Río, encontramos el surgimiento de los primeros partidos políticos verdes y la creación de áreas en los Estados nacionales dedicadas específicamente a la gestión ambiental, que en nuestro país se tradujo en la designación de Yolanda Ortiz, en 1972, como la primera secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano (aquí ya se puede notar claramente el enfoque antropocéntrico de la época).

La Convención RAMSAR de 1971 es el primer instrumento internacional de conservación integral de un hábitat, que en este caso son los humedales de importancia internacional. La segunda etapa está signada por una mirada antropocéntrica de la protección ambiental, donde encontramos instrumentos tan importantes como la Declaración de Estocolmo de 1972, que se sanciona en el marco

de la conferencia de Naciones Unidas para el ambiente humano, la redacción de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y, sobre todo, del Informe Brundtland —*Nuestro futuro común*— como fruto de la creación de la Comisión Mundial sobre Medioambiente y el Desarrollo en el marco de Naciones Unidas en 1983, que echa las bases para la Convención de Río de Janeiro de 1992 donde se termina de sancionar a nivel internacional el concepto de «desarrollo sostenible como superador de la dicotomía producción o conservación del medioambiente». Este es receptado en las constituciones del mundo en un movimiento vigorosamente constitucionalizador de la temática ambiental sin precedentes en el planeta. Así, el desarrollo sostenible se concibe como el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Allí se encuentran incluidos elementos morales como son la solidaridad, los valores sociales y la equidad, los bienes presentes pueden ser utilizados para satisfacer las necesidades de la generación presente, pero ese uso y goce debe ser adecuado ya que no se pueden agotar los bienes presentes en detrimento de la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Al respecto, Ángeles Cuadrado Ruiz afirma:

Creo que la ecología ha dejado de ser una mera instancia bucólica o la expresión pacifista de la contestación política. Esta «conciencia ecológica» ha de favorecerse, toda vez que, para el desarrollo de una sociedad pacífica, no pocos valores éticos tienen una relación tan directa con la cuestión ambiental (...). La descripción que se hace en el artículo 340 sigue en los aspectos fundamentales al modelo alemán (...) la reparación

del daño y del daño medioambiental ha de situarse en un primer plano de los objetivos político criminales (Cuadrado Ruiz, 2010).

Posteriormente, en 1987 se firma el Protocolo de Montreal, que tenía por finalidad esencial detener el agotamiento de la capa de ozono. Este es un ejemplo de lo que la cooperación integral puede hacer cuando logra acuerdos realmente vinculantes y acatados por los países signatarios. En 1992, durante la Cumbre de la Tierra en Río también se firman el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención marco de Naciones Unidas sobre cambio climático; se reafirma la Declaración de Estocolmo mediante la Declaración de Río y se sanciona la Agenda 21 como programa de acción ambiental que guiará a los Gobiernos en las políticas públicas ambientales. Aquí se menciona por primera vez el «principio precautorio», la necesidad de participación, el derecho a la información ambiental y a la justicia ambiental. De varios de estos principios surgen luego otros acuerdos; por ejemplo, con respecto al principio 10.º surge el Convenio de Aarhus, que es vinculante para Europa y Asia Central, y es el antecedente del Acuerdo de Escazú que haría lo propio para Latinoamérica.

A partir de Río, la protección ambiental pasa a ser una consideración ineludible en todos los acuerdos internacionales de otras temáticas, y estarán signadas por la idea de «sostenibilidad ambiental».

En 1995 la Convención sobre Cambio Climático inicia su actividad, que continúa hasta nuestros días. En 1997 se sanciona el Protocolo de Kioto que impone obligaciones jurídicamente vinculantes para los países signatarios, respecto de la reducción de emisiones (en este caso, de los países desarrollados) receptando principios de Río, como fue el de la responsabilidad común respecto de la preservación

del medioambiente pero diferenciada, reconociendo la necesidad de los países en desarrollo de lograr crecimiento, erradicación de la pobreza, etc. Se decía que los países desarrollados habían llegado a ser lo que eran con base en una externalización de los costos ambientales de su desarrollo, y que entonces ahora era el momento de apoyar el crecimiento y desarrollo de los otros países o no sería posible exigirles que no explotaran sus recursos naturales en pro de un futuro común. La línea de investigación y doctrina internacional que surge a raíz del Protocolo de Kioto nos lleva hasta el Acuerdo de París de 2016.

En el año 2000 ve la luz la Declaración del Milenio, que es realizada por 189 países, y se sanciona también el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que es un instrumento internacional destinado a regular los organismos vivos modificados, producto de la biotecnología moderna. Justamente, en el artículo 1.º del Protocolo de Bioseguridad, el objetivo primordial es garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.

En 2002 se adopta la Declaración sobre Desarrollo Sostenible en el marco de la Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible en Johannesburgo, donde se reafirman los compromisos de Río, pero se menciona expresamente la necesidad de luchar contra la pobreza, y es cuando los objetivos de desarrollo sostenible se amplían a lo que hoy conocemos como los Objetivos de Desa-

rollo del Milenio, donde vemos reflejada la interconexión que existe entre conservación del medioambiente, desarrollo, equidad, inclusión, y pobreza.

En 2010 se sanciona el Protocolo de Nagoya sobre protección de ecosistemas, especies y recursos genéticos.

En 2012 Naciones Unidas organiza la llamada Río+20, con representantes de todos los sectores, tanto públicos como privados, y del tercer sector. Se elabora la carta «El futuro que queremos», renovando el compromiso planetario con el desarrollo sostenible.

De este antecedente surge el informe que contiene las principales recomendaciones del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas para la Agenda de Desarrollo Post 2015, entregado al secretario general de Naciones Unidas. En enero de 2012, el secretario general creó este grupo de trabajo para coordinar el apoyo del Sistema de Naciones Unidas a la discusión sobre la agenda de desarrollo post 2015, en consulta con todos los actores. Este grupo de trabajo está integrado por expertos identificados por los responsables de más de 50 organizaciones del Sistema de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales.

El principal reto de la agenda de desarrollo post 2015 es asegurar que la globalización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo en esta generación y en las generaciones del futuro. La globalización ofrece grandes oportunidades, pero sus beneficios, en este momento, se distribuyen de manera muy desigual. La búsqueda continua por mejorar el bienestar material de la gente amenaza con sobrepasar los límites materiales del planeta, a menos que haya un cambio radical hacia patrones de consumo y de producción sostenibles en relación al uso de los recursos naturales. Las desigualdades existentes y la lucha para acceder a recursos naturales esca-

sos son determinantes clave de situaciones de conflicto, hambre, inseguridad y violencia que, a su vez, frenan el desarrollo humano y los esfuerzos para lograr un desarrollo sostenible. La continuación de esta inercia no es una opción, es necesario un cambio transformador.

En los últimos años empezamos a ver reflejados en la jurisprudencia local de los países los principios y criterios de estos acuerdos internacionales. Se puede notar cómo en el interior de los países el desarrollo sostenible cobra cada vez mayor relevancia y se empieza a reconocer al derecho al ambiente sano como un «derecho humano».

Específicamente para Latinoamérica, resultado esencial y determinante la Opinión Consultiva 23, de 2017, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció por primera vez «el derecho al ambiente sano como fundamental para la existencia humana». Este enorme esfuerzo internacional ha sentado las bases para un desarrollo sostenible que aún no se ve reflejado en los modelos de gestión y producción en el interior de los países, y para ello se requiere un trabajo intenso en el derecho público interno. La reforma del Código Civil argentino es un preciso ejemplo de esto, y creemos que es momento de hacer lo propio con el Código Penal, sancionando tipos penales que reflejen la importancia que da la sociedad a la protección del bien jurídico ambiente, como puede verse en los últimos movimientos de la sociedad civil argentina, y en la jurisprudencia de su máximo tribunal, respetando los principios de legalidad, racionalidad, última ratio, lesividad, humanidad, protección y defensa social e individual y demás, incorporados por el bloque de convencionalidad a nuestro sistema constitucional. Pero, a la vez, sin descuidar legislar en forma complementaria, en materia contravencional y de faltas (a nivel provincial y municipal).

Nuestro sistema jurídico no escapa al desarrollo global con base en el reconocimiento de los Derechos Humanos y la regulación de los avances industriales y comerciales; los derechos de tercera generación se profundizan y responden a un derecho moderno que se especializa. Además, podemos ver que la Constitución de la Nación Argentina a partir de la reforma del año 1994 comprende el «derecho a un medioambiente sano», contemplando la degradación y el deterioro del ambiente, el uso y abuso de los recursos naturales, lo cual provoca un peligro para la supervivencia de los seres humanos y no humanos, que, al convertirse en un potencial daño generalizado para la Nación, incumbe en cuanto a su protección al derecho penal.

La Constitución Nacional eleva al medioambiente a la categoría de bien jurídico protegido esencial, a la categoría de un nuevo derecho-deber de los habitantes, y a un objetivo de políticas públicas. Regula el ambiente en función de más de un factor, incluyendo la salud, el equilibrio ecológico o resiliencia de los sistemas, el cuidado y la protección de la diversidad biológica, del patrimonio natural y cultural, y de su utilización racional, más allá de los meros recursos naturales en general. Asimismo, consagra el amparo ambiental, el principio contaminador pagador y, finalmente, el federalismo ambiental de concertación como herramienta para la unificación de los mínimos de política ambiental en todo el territorio, mediante la colaboración legislativa entre la Nación (que debe dictar los presupuestos mínimos de protección) y las provincias (que complementan aquellos con leyes provinciales reglamentarias y preventivas), y la creación del Consejo Federal de Medioambiente (COFEMA) como órgano supraprovincial de concertación de la política ambiental nacional.

La raigambre, el fundamento y la justificación de las normas penales propuestas emanan del propio artículo 41 de la Constitución Nacional, el cual establece que

... todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Llegando ya al punto de este estudio, el cual tiene como principal objetivo el debate y la propuesta de inclusión de delitos, tipos penales, específicos en la temática ambiental (sin por ello desechar las normas contravenacionales, técnicas o disciplinarias que deben complementar el espectro de protección legislativa), hemos extraído de estos instrumentos internacionales los contenidos relacionados directa o indirectamente a la sanción de delitos, a la referencia a conductas delictuales,

donde se empieza a presentar la indiscutible necesidad de la intervención del derecho penal como última ratio.

NORMATIVA PENAL INTERNACIONAL

De igual manera procedimos respecto del derecho interno, rescatando y analizando las normas penales contenidas en la normativa ambiental sobre temas específicos como son las leyes de residuos peligrosos y de protección de fauna, entre otras sobre las que no abundaremos aquí. Asimismo, efectuamos una recopilación de los códigos penales o leyes de otros países (derecho comparado) que poseyeran un capítulo ambiental o una normativa específica sobre la protección penal del medioambiente, o contra la contaminación, o sobre la protección de la biodiversidad, entre otras cuestiones. Los principales insumos en materia de códigos penales de derecho comparado son:

- Código Penal de Alemania.
- Lei de Crimes Ambientais 9605 de la República Federativa de Brasil. Es uno de los textos legales más modernos y completos enfocados en los delitos ambientales.
- Código Penal de Bolivia. Ley del Medioambiente 1333/92.
- Código Penal de Colombia: los delitos contra los recursos naturales y medioambiente (artículos 328 a 339), los delitos contra la seguridad pública (artículos 358 y 379).
- Código Penal de España: los delitos contra los recursos naturales y el medioambiente (artículos 325 a 337); los delitos contra la seguridad colectiva (artículos 341 a 355); delitos contra la salud pública (artículos 359 a 367).
- Código Penal de Ecuador: los delitos contra la salud pública y el medioambiente (artículos 428 a 437).
- Código Penal de El Salvador: los delitos contra la contaminación ambiental (artículos 258 a 272).
- Código Penal de Francia.
- Código Penal de Guatemala: los delitos contra la salud pública (artículos 301 a 312), propagación de enfermedades en plantas o animales (artículos 344 a 345); explotación ilegal de recursos naturales (artículos 346 a 347).
- Código Penal de Honduras: delitos contra la salud pública (artículos 180 a 190).
- Código Penal Federal de México: los delitos contra el ambiente y la gestión ambiental (artículos 414 a 423).
- Código Penal de Nicaragua: los delitos contra la salud pública, contaminación ambiental, caza de animales en peligro de extinción, etc. (artículos 330 a 391). Ley Especial de Delitos contra el Ambiente y los Recursos Naturales 559/05.
- Código Penal de Panamá: los delitos contra la salud pública (artículos 304 a 311), los delitos contra el ambiente (artículos 399 a 421).
- Código Penal de Paraguay: Ley 1160/97. Ley 716/96, que sanciona los delitos contra el ambiente.
- Código Penal de Perú: los delitos contra la salud pública (artículos 286 a 289), la violación de medicinas sanitarias y venta de animales de consumo peligroso (artículos 292 y 293), delitos ambientales (artículos 304 y siguientes, 312 y siguientes).
- Código Penal de Puerto Rico: el incendio forestal (artículo 232).
- Ley 64/00 República Dominicana. Medioambiente y Recursos Naturales.
- Código Penal de Uruguay: los delitos contra la salud (artículos 218 a 225).
- Ley Penal del Ambiente de la República de Venezuela.

NORMATIVA ARGENTINA

Tal como se señaló precedentemente, en la normativa interna de nuestro país encontramos legislación penal ambiental asistemática, la cual no constituye un solo cuerpo normativo cohesionado, debidamente sistematizado e integrado a las altas finalidades tuitivas propuestas sino que, por el contrario, toda esta normativa se encuentra diseminada en regulaciones de distinta índole y, en algunos casos, resultando un mero «derecho penal simbólico».

Así tenemos en nuestro Código Penal los delitos de daño y grandes estragos (arts. 184/186). En el art. 186 en su inc. 2.º se hace alusión específica a los bosques. Luego, y casi antojadizamente, existe un capítulo completo sobre delitos contra la seguridad y la salud pública (arts. 200/203), que trata los temas referidos al envenenamiento o adulteración de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, a la venta o distribución de medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud (arts. 186, 200/207), así como al delito de usurpación de aguas (art. 182).

En el Título VII de la Parte Especial (delitos contra la seguridad pública), una porción del extenso artículo 189 bis reza textualmente:

(1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrarre, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de cinco (5) a quin-

ce (15) años. La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

En el artículo 194 del Código Penal, sin ningún criterio sistematizador y hasta mezclando indebidamente los bienes jurídicos protegidos, se dispone:

El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

Véase que la protección de la provisión de agua (esencial para la vida de toda especie animal o vegetal), está incluida entre los medios de comunicación y transporte.

En el Capítulo VIII de la Ley Nacional 22421 de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre encontramos otros tipos penales que sancionan específicamente acciones relacionadas a caza furtiva, depredación de la fauna silvestre, uso de armas prohibidas, y el comercio, transporte, acopio e industrialización de los productos provenientes de las mencionadas actividades.

Por su parte, la ley que ha sido el fundamento de la enorme mayoría de las sentencias relacionadas con la temática ambiental en nuestro país, que es la Ley n.º 24051 de Residuos Peligrosos, establece cláusulas referidas a la responsabilidad penal aplicable a la gene-

ración, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos, y en su capítulo IX prevé sanciones para quien mediante el uso de estos residuos «envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general». Claramente se trata de un tipo penal doloso, lo que se ve reforzado por la fórmula de redacción empleada en el artículo 56, que contempla la figura culposa para los casos en que la conducta típica se cometiere «por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas (...)». Es la ley que en nuestro país establece la responsabilidad de los directivos de las personas jurídicas cuando los delitos se hubiesen producido por decisión de estos últimos.

Finalmente, nuestro Código Procesal Penal Nacional dispone que los delitos susceptibles de menoscabar el medioambiente son de acción pública, lo que lleva implícita la posibilidad de la denuncia sin legitimación o capacidad especial, como así también la actuación de oficio.

Se observa así la necesidad de aglutinar en un cuerpo específico de normas toda forma de ataque (delictivo) al ambiente y demás bienes jurídicos relativos a este que ponga en grave riesgo la vida humana, tanto de las presentes como de las futuras generaciones.

En cambio, obsérvese el caótico panorama legislativo en relación a la materia ambiental, que presenta nuestro país, en la siguiente enumeración no exhaustiva de nuestra normativa vigente:

a. Leyes

- Ley Nacional 26639. Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.
- Ley Nacional 25612. Gestión de residuos industriales y de servicios.

- Ley Nacional 26562. Quema de pastizales.
- Ley Nacional 26331. Protección de bosques nativos.
- Ley Nacional 25916. Gestión de residuos domiciliarios.
- Ley Nacional 25841. Acuerdo Marco sobre Medioambiente del MERCOSUR.
- Ley Nacional 25831. Acceso a la información pública ambiental.
- Ley Nacional 25743. Protección del patrimonio arqueológico.
- Ley Nacional 25688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.
- Ley Nacional 25675. Residuos Peligrosos y Actividades de Servicios.
- Ley Nacional 25670. Gestión de policlorobifenilos (PCB).
- Ley Nacional 25612. Presupuestos mínimos de gestión de residuos industriales y de servicios.
- Ley Nacional 25577. Prohibición de la caza de cetáceos en todo el territorio nacional, el mar territorial, la zona económica exclusiva y las aguas interiores.
- Ley Nacional 25463. Declaración de la *Panthera onca* como Monumento Natural, también conocida como yagareté, yaguar, tigre overo u onça pintada.
- Ley Nacional 25438. Aprobación del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático.
- Ley Nacional 25052. Prohibición de cazar orcas en territorio nacional.
- Ley Nacional 25018. Residuos radioactivos.
- Ley Nacional 24922 Federal de pesca.
- Ley Nacional 24702. Establecimiento de diversas especies como Monumentos Naturales.
- Ley Nacional 24701. Convención sobre Lucha contra la Desertificación en los países afectados por Sequía o Desertificación, su aprovechamiento y uso racional.

- Ley Nacional 24375. Aprobación del Convenio sobre la Diversidad Biológica.
- Ley Nacional 24295. Aprobación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.
- Ley Nacional 24051. Residuos peligrosos. Generación, manipulación, transporte y tratamiento.
- Ley Nacional 23919. Aprobación del Convenio Relativo a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas.
- Ley Nacional 23582. Convenio para la conservación y manejo de la vicuña.
- La Ley 2786 o «Ley Sarmiento». Prohibición de malos tratos a los animales.
- Ley Nacional 22421. Protección y conservación de la fauna silvestre.
- Ley Nacional 22351. Parques, Reservas y Monumentos Nacionales.
- Ley Nacional 22344. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre.
- La ley Nacional 14346. Protección de los animales contra actos de crueldad. Se refiere a la defensa de los animales. Establece las penas que se aplicarán para quienes cometan malos tratos o actos de crueldad contra los animales.

b. Decretos

- Decreto Nacional 1347/97. Autoridad de aplicación de la Ley sobre Diversidad Biológica.
- Decreto Nacional 666/97. Conservación de la fauna silvestre.
- Decreto Nacional 522/97. La Ley 22344 y el decreto reglamentario alcanzarán al comercio de todas las especies tal como se definen en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.

c. Resoluciones

- Resolución E 151/2017. Ley Nacional 25841. Acuerdo Marco sobre Medioambiente del MERCOSUR.
- Resolución 1030/04. Determinación de los nuevos índices de calificación de las especies de anfibios, reptiles y mamíferos autóctonos de acuerdo a lo establecido en el artículo 4.º del Decreto 666/97.
- Resolución 91/03. Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica.
- Resolución 381/03. Modificaciones a los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre. Contiene algunas modificaciones a la Ley Nacional 22344.
- Resolución 58/02. Establecimiento de un reglamento para la creación de fondos de investigación y manejo de especies silvestres.
- Resolución 220/98. Prohibición de la exportación, comercialización y el tránsito interprovincial de animales vivos, productos y subproductos de la especie guanaco.
- Resolución 620/98. Reglamentación de la exportación de productos y subproductos de la fauna silvestre con fines científicos.
- Resolución 63/86. Prohibición de la exportación, el tránsito interprovincial y la comercialización en jurisdicción federal de ejemplares vivos o subproductos de felinos autóctonos.
- Resolución 793/87. Prohibición de la exportación, el tráfico interprovincial y la comercialización en jurisdicción federal de productos y subproductos de zorrinos, pecaríes y yacarés, etc.

FUNDAMENTACIÓN

La Comisión Mundial sobre el Medioambiente y Desarrollo, ante el creciente deterioro

del entorno, elaboró el informe *Nuestro futuro común*, o Informe Brundtland, del cual surge el concepto de desarrollo sostenible como aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, pero ese disfrute debe ser adecuado ya que no se pueden agotar los bienes presentes en detrimento de la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Al respecto, Reátegui Sánchez sostiene que

... los bienes jurídicos no son tales porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, que puede estar supeditada quizá a un evento o situación coyuntural, sino porque representan presupuestos indispensables para la vida en común. En general, los bienes jurídicos son circunstancias esenciales dadas (especialmente vitales), o finalidades que son indispensables para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Reátegui Sánchez, s.d.).

Por su parte, Asturias afirma que

... uno de los problemas mundiales, junto con el cambio climático, es la necesidad de protección penal ambiental global, por medio del derecho internacional penal y los derechos humanos ambientales, se requiere de modo urgente la incorporación en la agenda política internacional del tema, para que los líderes mundiales asuman el gran desafío que demanda la protección penal ambiental internacional. El propósito debe consistir en

evitar las graves agresiones ambientales que puedan poner en riesgo el futuro de la humanidad, afectando los derechos humanos y no humanos (Asturias, 2019).

Ahora, una vez identificado el bien jurídico protegido, podemos señalar que la protección mediante el derecho penal ambiental se impone como última ratio en su doble carácter, preventivo y represivo de las conductas potencialmente riesgosas o dañosas.

Esta nueva visión, donde el equilibrio ecológico y la calidad de vida son la esencia jurídicamente protegida y en sí misma valiosa, cumple el mandato y la visión legislativa de nuestra Constitución Nacional; mientras que la ley penal comprende la protección del ambiente tipificando las conductas que atenten contra la conservación, la defensa y el mejoramiento ambiental.

En este sentido, Garros Martínez et al (2019) afirman que el Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia de la Nación es un ejemplo de captación de la realidad descrita, bajo la pretensión de sentar bases organizativas, ejecutivas y judiciales de modernización, sobre todo con miras a los derechos de incidencia colectiva. Estas consideraciones, armonizadas con el fin de adecuar la normativa a las necesidades actuales de la sociedad y que resultarían inimaginables desde el pensamiento jurista antiguo, no escapan a la contemplación punitiva mayor, esto es, al derecho penal, en donde el daño ambiental es considerado desde su alteración más relevante cuando implica un riesgo inaceptable para la salud humana o la destrucción de un recurso³.

La tipificación del delito ambiental es, según Ángeles Cuadrado Ruíz,

³ En este marco de avance normativo protector ambiental, existen diversas legislaciones latinoamericanas que prevén puniciones penales, como por ejemplo las de Brasil, Colombia, Nicaragua, Venezuela y Perú.

... la protección del medioambiente a través del derecho penal, lo cual supone una mejor protección de los recursos naturales: agua, suelo y aire así como de la flora y la fauna, junto a la protección de la vida y la salud de las personas, tanto como de su entorno cultural y territorial, del que sin duda, el medioambiente forma parte (Cuadrado Ruíz, 2010).

LA CRIMINALIZACIÓN

El efecto disuasorio de la constitución de tipos penales está dado por varios factores:

1) La investigación en sede penal, así como las impuncias y recursos del proceso penal, tienen un mayor poder a raíz de contar con recursos y mecanismos con los que no cuenta el derecho civil o administrativo, convirtiéndolos en procedimientos más eficaces e intimidatorios.

2) Por otro lado, hay una garantía adicional de imparcialidad de la investigación, porque cambia la autoridad competente respecto de las autoridades que dieron las autorizaciones o permisos administrativos para desarrollar las actividades o proyectos.

3) Contribuye a la necesaria desaprobación social que se simboliza en la generación de preceptos y consecuentes sanciones penales, que es mayor que la que se da en sede administrativa o la compensación que pueda ordenarse en sede civil, cuando eleva las conductas disvaliosas a la categoría de delitos.

4) Finalmente, las sanciones administrativas provenientes principalmente de los órganos ambientales del Poder Ejecutivo, o las ordenadas en sede civil, en muchos casos son de carácter pecuniario o están relacionadas con el costo de la reparación ambiental ordenada y, por lo tanto, cobra mayor impulso el efecto disuasorio real de estas medidas, tanto cuando por ejemplo las personas que

delinquen son insolventes o, por el contrario, cuando son económicamente poderosas; en estos casos la única posible disuasión es la sanción punitiva.

Es decir que la normativa penal debe reflejar los intereses nacionales surgidos en los últimos 20 años alrededor de los valores naturales y sus bienes y servicios, que impactan de manera directa en la vida y salud de las personas; porque si bien el ambiente es sujeto de derechos, la mayor o menor gravedad del ataque que se le efectúe esencialmente afecta esos valores irrenunciables y superiores (vida y salud humana), lo que demanda además la protección del ecosistema ligado a la cadena de incumbencias con tales valores.

En tal sentido, Palacios de Battiston (2000) afirma que el avance y el desarrollo industrial y tecnológico se han manifestado, a veces, como factores de perturbación del ambiente en una magnitud tal que se ha recurrido a regulaciones jurídicas, que van de lo administrativo a lo penal. Asimismo, sostiene que el derecho penal relativo al ambiente representa uno de los aspectos en los que el nuevo derecho penal manifiesta tendencias criminalizadoras, y que la tarea del legislador penal se caracteriza por la necesidad de adoptar una estrategia penal susceptible de ser traducida en derecho penal observando los límites y las exigencias impuestas por la Constitución Nacional (razonabilidad, lesividad, humanidad, máxima taxatividad, etc.).

Asimismo, Cuadrado Ruíz (2006) agrega que la ecología ha dejado de ser una mera instancia bucólica o la expresión pacifista de la contestación política. La autora entiende que esta conciencia ecológica que ha de favorecerse, ya que, para el desarrollo de una sociedad pacífica, «no pocos valores éticos tienen una relación tan directa con la cuestión ambiental». En este

sentido, indica que «la descripción que se hace en el artículo 340 del Código Penal español, sigue en los aspectos fundamentales al modelo alemán (...) la reparación del daño y del daño medioambiental ha de situarse en un primer plano de los objetivos político criminales».

ANTECEDENTES PENALES

En relación con los tipos o figuras penales propuestas en nuestro trabajo, visualizamos la necesidad de construir la ley penal necesaria e indispensable (principio de máxima taxatividad y mínima intervención de la ley represiva) para la preservación de este bien jurídico. Ello en nada obsta que exista paralelamente un sistema contravencional preventivo en cada provincia (conforme a nuestro sistema federal de organización nacional) y que ayude a prevenir delitos previstos en el código de fondo. El derecho contravencional (como otros ordenamientos intermedios), contribuirían a desalentar las infracciones menores y frenar la escalada de las conductas hacia el delito propiamente dicho. Pero, además, prevendría los mayores daños que supone el delito penal. Por otra parte, el derecho intermedio sancionador (previo a las instancias penales), tiene carácter preventivo y motivador positivo de conductas o su contrapartida, «desmotivador o disuasorio de conductas negativas lesivas».

En este punto, nos encontramos con varias alternativas, de las cuales debemos optar por la que mejor se adapte a las necesidades de protección de tal singular bien jurídico, adelantando desde ya que siempre serán perfectibles en el tiempo y, para ello, las provincias tienen todas las facultades no delegadas a la Nación. Los tipos penales podrían haber sido tanto tipos generales como tipos especiales para cada componente del ambiente, así también estos podrían haber sido tipos de daño o de resulta-

do, o de peligro tanto concreto como abstracto.

Ossorio (2013), en su *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, afirma que las leyes penales en blanco son aquellas normas cuyo precepto es indeterminado en su contenido —que deberá ser llenado por otra ley o reglamento— y en las que solamente está fijada la sanción, consideramos que el uso de tales tipos en blanco (aunque restringido) resultan de toda necesidad en ciertos supuestos; ya que de otro modo nos encontraremos con tipos penales cuyo elemento objetivo puede perder vigencia por el avance dinámico de la técnica (y así podríamos encontrarnos con mayores violaciones al orden constitucional y al principio de legalidad de los que se puede achacar al uso de la ley penal en blanco). Asimismo, nos encontramos con la posible colisión de normas administrativas y penales, adelantando nuestro criterio en favor de la superioridad de la norma penal, tanto por la estructura jerarquizada de tal cuerpo normativo (nacional) como por los principios de protección y la *ratio legis* de ambas normas.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE CONSULTORES Y ESPECIALISTAS HABILITADOS PARA ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL Y PLANES DE MANEJO

A lo largo de todo el país encontramos estudios de impacto ambiental y planes de manejo de bosques y de residuos peligrosos, entre otros, que cuentan con consultores habilitados por la autoridad de aplicación ambiental. Estos consultores son responsables de lo declarado en los estudios de impacto ambiental, que a su vez tienen carácter de declaración jurada para la persona física y jurídica y, a ellos, como responsables técnicos de dichos estudios en conjunto con un equipo interdisciplinario, o al menos así debiera ser según señalan la ciencia y la técnica.

Estos estudios a su vez son sometidos a un proceso administrativo de evaluación de impacto ambiental ante la autoridad ambiental que corresponda, y que toma los datos, procesos, cantidades, etc., consignados tanto en los documentos como en las declaraciones juradas pertinentes, y es con base en esto que se realizan los dictámenes y se emiten las autorizaciones o los permisos de inicio de obra.

En muchos casos encontramos estudios de impacto ambiental plagados de inexactitudes, falsedades u omisiones, que en muchas ocasiones son evidentes, y por lo tanto connotan una connivencia con la autoridad ambiental para emitir la autorización. En otros casos, le resulta imposible a la autoridad ambiental contradecir lo expresado en el estudio, lo cual denota una falsedad en connivencia con el titular del proyecto o el dueño de la obra, todo lo cual tiene nefastas consecuencias tanto en el ambiente mismo donde se desarrollan los proyectos o servicios, como en el clima general de la forma de hacer negocios y del *enforcement* de las regulaciones de habilitaciones ambientales de irreparables consecuencias dañosas, generando a veces la creencia errónea de que los estudios de impacto ambiental previos se limitan a ser un trámite administrativo y el pago de una tasa.

Por todo ello, además de la responsabilidad penal del funcionario público interviniente o del titular del proyecto, los consultores ambientales que facilitan estas situaciones y que son necesarios para generar estos documentos deben ser también penalmente responsables.

a. Criterios para la construcción de los tipos penales ambientales

Con relación a la cantidad de tipos penales construidos, existe una enorme cantidad de posibles tipos penales lesivos del medioambiente, esto es, de alternativas posibles que

ofrece la legislación comparada. En función de la experiencia de las redes de fiscales y jueces, creemos que no tiene un efecto positivo la consagración de una profusa cantidad de tipos penales sino, más bien, un grupo limitado y suficientemente estructurado de tipos penales. En una posición de equilibrio, en nuestro proyecto de investigación adoptamos un criterio intermedio en la construcción de estos.

Asimismo, la reforma propuesta tiene la virtud de ordenar tipos penales consagrados en leyes especiales, pero en un solo cuerpo normativo penal, tal como es el caso de los delitos comprendidos en la Ley 24051 de residuos peligrosos, la Ley 22421 de Protección y Conservación de Fauna Silvestre, la Ley 14346 de malos tratos y crueldad hacia los animales. Además, incorporaría en el Código Penal los principios y criterios de conservación y gestión contenidos en los tratados y acuerdos internacionales contenidos en nuestra Constitución Nacional.

De esta manera podemos destacar los siguientes aspectos:

- Consagración del tipo penal del ecocidio: consideramos importante la incorporación de dicha figura, la cual implica un daño tan vasto que alcanza ribetes de delito contra la humanidad, según el Estatuto de Roma que entró en vigor en el año 2002.
- El uso del instituto del arrepentido en materia ambiental: este instituto es perfectamente posible y aplicable en materia de delitos contra el medioambiente, en especial teniendo en cuenta el ejemplo del dependiente de una empresa co-responsable de un delito cometido desde o por la persona jurídica o su directorio. Hay una cadena de responsabilidades inferior, que admite perfectamente la figura del arrepentido, con los beneficios que reportaría para la investigación y la sanción.

- Responsabilidad de los funcionarios públicos: es una constante en el Código Penal actual el incremento de la pena para los funcionarios públicos que participen en los delitos comunes de nuestra ley penal de fondo. Existe una violación mayor al ordenamiento jurídico, cuando quien participa del hecho criminal es el encargado de velar por la paz, la seguridad o el cumplimiento de la Constitución o sus leyes inferiores, cualquiera sea su lugar de desempeño, partiendo del concepto de que el funcionario público siempre tiene un rango mayor de reproche punitivo, porque el rol y las facultades que detenta recargan su responsabilidad por hechos delictivos en general.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE TIPOS PENALES

A partir de la investigación bibliográfica y legal realizada en el marco del proyecto de investigación, y teniendo en cuenta especialmente el análisis legislativo realizado en relación con el derecho comparado existente en materia de delitos ambientales contemplado en leyes y códigos penales de diversos países —análisis detallado en el informe final presentado ante el Consejo de Investigaciones de la Universidad Católica de Salta—, se ha podido elaborar una propuesta de legislación para ser incluida en el Código Penal vigente, que a continuación se desarrolla:

Título XIV. Delitos contra el medioambiente, fauna y flora

Capítulo I. Ataques al medioambiente

Artículo 314: Contaminación⁴, contagio y envenenamiento del medioambiente.

1.º) Se impondrá pena de dos (2) a seis (6) años de prisión y multa de cinco (5) a quince (15) SMVM⁵, al que por cualquier medio contaminare o arrojaré elementos líquidos, sólidos o gaseosos que resultaren contaminantes o de un modo peligrosos para la salud, en suelos, aguas, atmósfera, sistemas naturales o en el ambiente en general.

2.º) El que mediante emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, soterriamientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, causare o pudiere causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, violando leyes o reglamentos establecidos a fin de evitar los daños antes descritos.

3.º) El que por cualquier medio diseminare enfermedad, plaga, especies biológica o genéticamente alteradas con grave peligro para la salud humana, o de mortandad de animales o de alteración o destrucción significativa de la flora o fauna, violando leyes o reglamen-

⁴ «Contaminación» supone para esta disposición: alterar el carácter o naturaleza de la sustancia que se trate (agua, aire o tierra), de modo que sea alterada, inutilizada, arruinada o dañada total o parcialmente de manera peligrosa para la salud de seres vivos, aunque dicho daño o sus secuelas sean temporarios o aun reparables. La diferencia de estos delitos cotejados con los estragos que se describen en los artículos 197 y siguientes, es que en aquel caso hay daños causados dolosamente sin ninguna otra exigencia. En cambio, este articulado responde a quienes a raíz de alguna actividad cualquiera o que fuera reglada o que conocen reglamentada de alguna forma, violan tales normas y causan los desastres que se enuncian con perjuicio para el medioambiente, entendido como sustento vital para seres vivos y cuya alteración resulte efectivamente peligrosa para la salud, desarrollo o preservación de seres vivos o causare efectivamente daños irreparables.

⁵ Salario mínimo, vital y móvil.

tos establecidos a fin de preservar evitar las conductas antes descritas sufrirá la pena de dos (2) a ocho (8) años de prisión y multa de cinco (5) a veinte (20) SMVM.

Artículo 315: Desechos y materiales peligrosos.

1.º) El que arroje, deposite, vierta, oculte o comercialice desechos provenientes de actividades industriales, comerciales o de servicios, líquidos sólidos o gaseosos poniendo en peligro la vida humana y/o siendo no asimilables por el medioambiente, o no cumpla las normas sanitarias y de protección ambiental, sufrirá la pena de privación de libertad de tres (3) a seis (6) años de prisión y multa de quince (15) a cien cincuenta (150) SMVM.

2.º) Modalidad culposa. Si el hecho se cometiera por alguna de las formas de culpa, la pena se reducirá a la mitad del mínimo y máximo.

Artículo 316: Agravantes y atenuantes.

1.º) Se impondrá pena de cuatro (4) a diez (10) años de prisión y multa de 10 a 100 SMVM cuando los hechos descritos en este Título:

a) Inutilizaren de manera permanente el suelo, aguas, atmosfera o hábitat para la ocupación o asentamiento humano, sea en un área urbana o rural por más de un año.

b) Provocaren el desplazamiento, aunque fuere temporal, de los habitantes de las áreas afectadas.

d) Causaren daños directos a la salud de la población.

e) Provocaren la interrupción del abastecimiento público de elementos líquidos, gaseosos o sólidos que resulten indispensables para la vida o el desarrollo humano o para la

vida y desenvolvimiento de una comunidad por más de 72 horas.

2.º) La pena será de seis (6) a veinte (20) años de prisión si se produjeren lesiones graves o gravísimas a dos o más personas, como consecuencia de los hechos precedentemente descritos.

3.º) La pena será de diez (10) a treinta (30) años de prisión, si como consecuencia de los hechos descritos resultare la muerte de una (1) a cinco (5) personas.

La pena se elevará de quince (15) a cuarenta (40) años cuando la muerte fuere de más de 5 (cinco) personas.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si las muertes resultantes superaran las cincuenta (50) personas.

4.º) Modalidad culposa. Cuando los hechos contemplados en los incisos anteriores se cometieren por imprudencia, negligencia u otras formas de culpa, las escalas de las respectivas penas allí contempladas se reducirán a un tercio del mínimo y hasta la mitad del máximo. En caso de prisión perpetua, la pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión y multa de mil (1000) a cinco mil (5000) SMVM.

5.º) Personas jurídicas. Si los delitos mencionados se hubieren cometido mediante o desde personas jurídicas éstas serán sancionadas con multa de cinco mil (5000) a cincuenta mil (50 000) SMVM, sin perjuicio de la responsabilidad personal de sus directores, gerentes, otras autoridades o directivos.

Si estuvieren dedicadas inequívocamente a estas actividades ilícitas o llevaran a cabo las conductas en forma reiterada, podrán ser clausuradas definitivamente y las multas se elevarán al doble de su mínimo y máximo, respectivamente⁶.

⁶ La presente disposición y las sucesivas resultan figuras independientes de las previstas en el capítulo de «Grandes estragos», delitos cuya criminalidad y dolosidad resultan muy diversos de los contemplados en esta especie de delitos, que por ello conllevan penas muy inferiores. La contaminación, como otros atentados al agua, flora y fauna que

Artículo 317: Residuos tóxicos y otros materiales peligrosos.

1.º) El que en violación a leyes, reglamentos u otras normas atinentes, autorice, permita, coopere o ejecute por sí o por terceros el depósito, o de cualquier manera participe en la introducción, fabricación, manipulación, distribución o transporte en territorio nacional de materiales o desechos radioactivos y otros de origen interno o externo, que por sus características constituyan un peligro para la salud de la población y el medioambiente, será sancionado con la pena de prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de quince (15) a ciento cincuenta (150) SMVM.

Igual pena sufrirá el que transfiera e introduzca tecnología contaminante no aceptada en el país, o que pueda producir daños en el cuerpo o en la salud de personas indeterminadas.

2.º) Responsabilidad culposa. Si las conductas descritas en todas las disposiciones anteriores se cometieran por alguna forma de culpa, las penas se reducirán a la mitad del mínimo y máximo.

Artículo 318: Responsabilidad funcional y profesional.

1.º) Será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial de dos (2) a diez (10) años el funcionario público, perito

o consultor oficial, sea que fuere convocado o contratado por la autoridad de cualquier clase, que, a sabiendas de su irregularidad, emitiera informes falsos, adulterados, parciales o de cualquier modo favoreciendo a la concesión de licencias o permisos para llevar a cabo actividades contaminantes o perjudiciales previstas en el presente Título.

2.º) Las mismas penas se impondrán al funcionario fiscalizador que, habiendo tomado conocimiento de esas actividades, las hubiere ocultado o tolerado o encubierto.

3.º) Responsabilidad culposa. Si algunos de los sujetos mencionados en los dos artículos precedentes hubieren obrado por cualquiera de las formas de culpa, las penas mencionadas se reducirán a la mitad de su mínimo y máximo.

Capítulo II. Explotación ilegal de recursos naturales mineros

Artículo 319: 1.º) Será reprimido con pena privativa de libertad de cuatro (4) años a seis (6) años y con cien (100) a trescientos (300) SMVM el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o a sus componentes, a la calidad

se describen en estas figuras, son producto de violación a leyes o reglamentaciones en actividades que pueden entrañar riesgo de desastre para el medioambiente. Distinto al estrago, que está previsto como un delito personal/individual doloso o culposo de daño directo a bienes similares, pero provocado con medios estragosos o que escapan al dominio del autor y que pueden ser cometidos por cualquier persona. En el presente capítulo se contempla específicamente a sujetos calificados o actividades especiales (como la minera, farmacológica, industrial, agrícola-ganadera, de caza, de pesca, turística u otras similares), sujetas a reglamentaciones cuya violación pueden conducir a resultados estragosos similares pero a una escala de mayor reproche y, por otra parte, circunscriptos en tiempo, modo y lugar. Asimismo incluimos en este capítulo el maltrato a animales y atentados menores a la flora, porque también se refieren a la acción particularizada de individuos determinados, respecto de objetos de delito igualmente determinables. Distinto al caso de los estragos, en que las consecuencias de la conducta se tornan incontrolables y el daño es dirigido multidireccionalmente, sin importar su alcance.

ambiental o a la salud ambiental.

2.º) Modalidad culposa. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres (3) años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta (40) a ochenta (80) jornadas.

Artículo 320: La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión y multa de cien (100) a quinientos (500) SMVM, cuando el delito previsto en el anterior artículo se cometiera en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. En zonas totalmente vedadas para el desarrollo de actividad minera.

2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas o parques o reservas naturales nacionales, provinciales o municipales.

3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.

4. Si el agente empleara instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.

5. Si se afectaran sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.

6. Si el agente se aprovechara de su condición de funcionario o servidor público.

7. Si el agente empleara para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable.

Artículo 321: El que financiare la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este Título será reprimido con pena privativa de libertad de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos cincuenta (250) a seiscientos cincuenta (650) SMVM. La pena se elevará al doble, cuando se financiara cualquiera de tales delitos en sus formas agravadas previstas.

Artículo 322: El que obstaculizare o impidiere la actividad de evaluación, control y fiscalización de la autoridad administrativa

relacionada con la minería ilegal, o llevar a cabo el tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a explotar la minería ilegal, será reprimido con pena privativa de la libertad de uno (1) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) SMVM.

Capítulo III. Delitos contra la fauna

Artículo 323: Depredación. Pesca y caza ilegal.

1.º) Se impondrá prisión de seis (6) meses a tres (3) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) SMVM, con más inhabilitación de tres (3) a diez (10) años al que cazare, pescare, atrapar o matare integrantes de cualquier especie animal, contraviniendo leyes o reglamentos atinentes a dichas actividades.

2.º) Serán especialmente casos incluidos y se agravará el mínimo de pena a un (1) año, cuando tales conductas se llevaran a cabo respecto de:

a) Animales de fauna silvestre o acuática en período de veda o reproducción.

b) Animales de especies protegidas o que estuvieren amenazadas o en peligro de extinción, en cualquier tiempo.

c) En lugares expresamente prohibidos o protegidos.

d) Con medios prohibidos por la ley o por su naturaleza gravemente dañosa.

3.º) La misma pena se impondrá al que, en violación de leyes o reglamentos:

a) Impidiere o dificultare la reproducción o migración de animales de la fauna silvestre, acuática o de una especie declarada en peligro de extinción.

b) Alterare o procurare alterar genéticamente una especie silvestre, acuática o declarada en peligro de extinción.

c) Dañare o destruyere un nido, un refugio o un criadero natural que estuvieren utilizando las especies respectivas, o se alterare su hábitat.

d) Matar a cualquier animal propio de los lugares protegidos.

4.º) Agravantes: el máximo de la pena de prisión será de cinco (5) años y el de multa de ciento cincuenta (150) SMVM, con más inhabilitación de cinco (5) a veinte (20) años, cuando se emplearen métodos, instrumentos o medios prohibidos por la ley o los reglamentos, que ocasionaren grandes estragos en la especie de la fauna silvestre o acuática o del área protegida por la ley o los reglamentos.

5.º) Personas jurídicas. Cuando cualquiera de las conductas antes mencionadas fuere ejecutada por organizaciones, empresas, bandas o asociación de personas provenientes de otros países en el territorio nacional o en la zona aérea o marítima exclusiva sometida a la soberanía del Estado nacional, las penas se elevarán de cuatro (4) a veinte (20) años de prisión, multa de cien (100) a diez mil (10 000) SMVM y decomiso de naves, aeronaves u otros medios de transporte empleados, como así también inmuebles y demás elementos utilizados para cometer el delito o alojar o transportar a los partícipes, teniendo en cuenta para fijar la pena, la extensión del perjuicio causado y el modo de realización del hecho y medios empleados para su comisión.

Si se hubiere producido resistencia armada o uso de armas de cualquier clase contra la autoridad interviniente o los particulares que hubieren intervenido en auxilio de ellas, las penas se elevarán en un tercio de su mínimo y máximo, respectivamente.

Artículo 324: Maltrato a animales⁷.

1.º) Será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de cinco (5) a veinte (20) SMVM, el que infligiere malos tratos o hiciera víctima de actos de crueldad a los animales.

2.º) Se considerarán actos de maltrato:

a) No alimentar a los animales domésticos o cautivos.

b) Azuzarlos para el trabajo mediante instrumentos que, no siendo de simple estímulo, les provocaren innecesarios sufrimientos o dolores.

c) Abusar de su empleo en el trabajo sin darles ocasión de reponerse, conforme a las condiciones ambientales, o hacerlo cuando no se hallaren en condiciones adecuadas.

d) Estimularlos con drogas sin perseguir fines terapéuticos.

3.º) Se considerarán actos de crueldad, sin perjuicio de todo aquel que produzca sufrimiento manifiesto:

a) Practicar la vivisección cuando no sea estrictamente necesario por razones de investigación científica, o cuyos resultados conocidos se hayan obtenido con prácticas anteriores.

b) Mutilar cualquier parte del cuerpo de un animal, salvo con fines de mejoramiento, marcación o higiene de la respectiva especie, o por razones terapéuticas.

c) Intervenir animales domésticos sin anestesia.

d) Intervenir animales quirúrgicamente sin poseer el título de médico o veterinario, salvo casos de necesidad o urgencia o con fines terapéuticos o cuando fuera practicado con fines de perfeccionamiento técnico operatorio.

e) Experimentar con animales de grado superior en la escala zoológica al indispensable según la naturaleza de la experiencia.

f) Abandonar a sus propios medios a los animales utilizados en experimentos.

g) Golpearlos, encerrarlos o amarrarlos por tiempo prolongado, innecesariamente.

4.º) La pena se incrementará en el doble del mínimo y máximo antes indicados, cuando los actos consistan en:

⁷ Algunas de estas conductas podrían considerarse contravención grave, como ocurre en algunas provincias.

a) Matar innecesariamente animales grávidos, cuando tal estado fuere patente en el animal.

b) Lastimar o arrollar dolosamente animales, causarles torturas o sufrimientos innecesarios, o matarlos de modos crueles o dolorosos cuando no existieren motivos razonablemente atendibles.

c) Realizar actos públicos o privados de riña de animales, corridas de toros, novilladas o cualquier otro en que se mate o hiera gravemente a los animales.

Capítulo IV. Delitos contra la flora

Artículo 325: atentados contra la flora y su ecosistema⁸.

1.º) Será penado con prisión de seis (6) meses a tres (3) años y multa de diez (10) a doscientos (200) SMVM, el que en violación de lo dispuesto por leyes o reglamentos respecto de las especies de la flora silvestre o acuática:

a) Extrajere o utilizare ejemplares en cantidad no autorizada.

b) Alterare la especie.

c) Impidiere o dificultare su procreación.

d) Comerciare o de cualquier forma se beneficiare de los especímenes, restos, productos o partes de sus recursos genéticos.

2.º) La pena se incrementará en el doble de su mínimo y máximo al que sin autorización o excediendo la que tuviere, o violando disposiciones legales o reglamentarias u órdenes legítimas de la autoridad:

a) Talare bosques o tierras forestales, para fines distintos al uso doméstico.

b) Extrajere o explotare recursos del subsuelo u otros componentes del suelo en áreas forestales.

c) Creare, modificare, alterare o eliminare cursos o espejos hídricos, extrajere áridos de cuencas o microcuencas, drenare pantanos, cenagales u otros espacios húmedos de tierras forestales.

3.º) El máximo de la pena será de ocho (8) años cuando el delito fuere cometido:

a) En el periodo de caída de las semillas, de formación de vegetaciones, o en época de sequía o inundación.

b) Contra especies protegidas de la flora silvestre o acuática.

c) Con métodos, instrumentos o medios prohibidos capaces de provocar estragos en la especie de la flora silvestre o acuática, o del área protegida.

Artículo 326: Delitos mayores contra la flora. Se impondrá pena de cuatro (4) a dieciséis (16) años y multa de quince (15) a doscientos cincuenta (250) SMVM, cuando se ocasionare daño a cualquier formación vegetal sea nativa o generada por forestación o plantación con cualquier finalidad, que por su extensión, gravedad, alcance, irreparabilidad o irrecuperabilidad, alcance proporciones de desastre definitivo, o cuya recuperación demande más de cinco (5) años, o produzca desertificación, sequía definitiva o la ruina de zona o región determinada o grave e irreparable alteración de su flora o de su fauna.

Artículo 327: Responsabilidad de los consultores ambientales. A las personas responsables técnicas de los estudios de impacto ambiental, así como de los planes de manejo y demás documentos y estudios técnicos que introduzcan falsedades u omisiones graves en los estudios y documentos que dan lugar a autorizaciones o permisos de obras, se les

⁸ Los denominamos de este modo, porque los atentados mayores se incluyeron en «Grandes estragos». Sin perjuicio de ello, en el inciso 4.º) del art. 214 se refuerza la protección penal.

impondrá la misma pena de la falsificación de documentos públicos.

Finalmente, reiteramos y destacamos que nuestra propuesta comprende todas aquellas situaciones o conductas que merecen ser reprochadas por la legislación penal de fondo, porque se halla en juego el interés de toda la Nación y sus habitantes, formando parte del derecho penal común, sin perjuicio de las legislaciones preventivas y complementarias que cada jurisdicción provincial pueda dictar en la materia.

Por todo lo expuesto, se pretende que nuestro trabajo de investigación sea elevado ante las autoridades legislativas nacionales, en aras de contribuir a la realización de un aporte a la protección jurídica del medioambiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asturias, M. A. (2018). *Crímenes, delitos o graves agresiones ambientales nacionales e internacionales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Asturias, M. A. (2019). El crimen ambiental y la necesidad de protección internacional. Recuperado de: <https://www.perfil.com/amp/noticias/opinion/opinion-miguel-angel-asturias-crimen-ambiental-y-la-necesidad-de-proteccion-internacional.phtml> [Consulta: 18 de noviembre de 2020]
- Brañes, R. (2000). *Manual de derecho ambiental mexicano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cuadrado Ruiz, M. A. (2006). *Consecuencias jurídicas en los delitos contra el medioambiente*. Derecho penal ambiental. Madrid: Exlibris Ediciones.
- Cuadrado Ruiz, M. A. (2010). Derecho y medioambiente. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental* n. ° 21. Recuperado de: https://huespedes.cica.es/gimadus/21/03/derecho_y_medioambiente.html [Consulta: 18 de noviembre de 2020]
- Garros Martínez, M. C.; Torres Fernández, R. I.; Martínez, M. C.; Safar, E. (2019). Delitos ambientales. *Revista de Derecho Ambiental* n.º 60, edición 15.º aniversario. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Libster, M. (1993). *Delitos ecológicos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Libster, M.; Crea, J. (2019). *Derecho penal ambiental. El acceso a la Justicia y la integración a los Objetivos del Desarrollo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Cathedra Jurídica.
- Ossorio, M. (2013). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: He- liasta.
- Palacios de Battiston, C. R. (2000). *Delitos ambientales*. Córdoba: Francisco Ferreyra Editores.
- Prieur, M. (2012). *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*. Editorial Bruylant.
- Reategui Sánchez, J. (s.d.). Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales. Recuperado de: <https://huespedes.cica.es/gimadus/11/consideraciones.htm> [Consulta: 18 de noviembre de 2020].
- Valls, M. F. (2008). *Derecho ambiental*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.



El control de la Administración en tiempos de pandemia

Administration control in pandemic times

José Carlos Moslares¹

Resumen

El objeto del presente ensayo es realizar un análisis del control de la Administración en el marco de la pandemia de la COVID-19. La emergencia como podremos observar presupone *per se* la necesidad de brindar respuestas inmediatas pero que de ningún modo pueden validar el incumplimiento de la normativa vigente. Lo que esta sí habilita es el ejercicio de facultades excepcionales para remediar y poner fin a tal situación. Es en esa utilización de remedios excepcionales en los que necesariamente van a encontrarse afectados por un lado derechos y garantías de raigambre constitucional y, por otro, la plena vigencia del sistema republicano de gobierno que presupone la división de las funciones de poder y el control recíproco de estas. La emergencia y las medidas adoptadas para afrontarla necesariamente deben realizarse en el marco del Estado convencional de derecho, y la presencia e intervención de los organismos de control se torna, a nuestro entender, imprescindible. También se realiza un análisis de la función de los organismos de control, los que en la situación de emergencia deben asumir su rol coadyuvante en pos de la actuación de la Administración en el marco de la legalidad que debe guiar siempre su accionar.

Palabras clave: emergencia - control público - validez constitucional

Abstract

The purpose of this essay is to carry out an analysis of the Administration's control in the context of the COVID-19 pandemic. The emergency, as we can see, presupposes *per se* the need to provide immediate responses, but that in no way can validate the non-compliance with regulations in force. What it does enable is the exercise of exceptional powers to remedy and put an end to such situation. It is in this use of exceptional remedies that, on one hand, constitutional rights and guarantees will necessarily be affected and, on the other hand, the full validity of the republican system of government that presupposes the division of the functions of power and their reciprocal control. The emergency and the measures adopted to face it must necessarily be carried out within the framework of the conventional rule of law, and the presence and intervention of the control agencies becomes, in our opinion, essential. An analysis is also carried out of the function of the control agencies, which in the emergency situation must assume their role as coadjuvants in pursuit of the Administration's action within the framework of the legality that must always guide their actions.

Keywords: Emergency - public control - constitutional validity

Derecho/ ensayo

Citar: Moslares, J. C. El control de la Administración en tiempos de pandemia. *Omnia. Derecho y sociedad*, 4 (4), pp. 79-90.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Administrativo Económico. Docente en las cátedras Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías, de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, y en la asignatura Legislación, de la carrera de Ingeniería, ambas de la Universidad Nacional de La Pampa. Autor de distintos artículos referidos esencialmente a la temática del derecho constitucional y del control público. Vocal del Tribunal de Cuentas de La Provincia de La Pampa. jmosla@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La pandemia de la COVID-19 afectó, afecta y afectará nuestras vidas y también la vida de nuestras instituciones.

El análisis que aquí proponemos se centrará en la observación de la práctica institucional puntualmente referida al funcionamiento de los distintos órganos de control sobre los poderes del Estado y la interrelación de estos en el marco de la pandemia.

Por ello, el objeto del presente trabajo es realizar un somero relevamiento de la legislación que da marco a la emergencia y de cuáles son las condiciones de su validez constitucional (y convencional).

La importancia de este análisis se centra en la gestión de los distintos poderes que, aún en situaciones de pandemia, no debe exceder de modo alguno las competencias legal y constitucionalmente asignadas; porque ello implicaría vulnerar el principio de legalidad rector, en tanto las competencias de los distintos órganos de gobierno deben estar establecidas por ley.

Se hará un especial énfasis en la intervención de los distintos órganos de control que de algún modo operan como un reaseguro del funcionamiento del mismo sistema republicano de gobierno.

Su especial relevancia queda de manifiesto en un contexto de emergencia, donde el poder administrador encuentra habilitadas competencias excepcionales para su remediación y atención, lo que exige la presencia de un control oportuno.

CONTROL PÚBLICO

Primeramente, es importante conceptualizar qué comprende el control y de qué modo se ejerce, para así poder demostrar su relevancia.

El control es uno de las funciones más importantes en la vida institucional de un país, desde nuestro punto de vista, para la defensa de los intereses de la sociedad y el correcto (y legal) funcionamiento de poder estatal.

El control en sí mismo tiene fundamento constitucional y no caben dudas de que tiene íntima vinculación con la forma de gobierno representativa y republicana.

También reconoce raigambre constitucional en las cláusulas constitucionales denominadas de progreso y bienestar, en aquello que la Constitución Nacional establece como la necesidad de promover la prosperidad general (artículo 75, incisos 18 y 19).

La idea de control de la Administración Pública está vinculada con la idea del sistema republicano, con la división de poderes, pero también con el principio de publicidad de los actos de gobierno.

Publicidad y transparencia van de la mano; cuanta más publicidad, más y mejor control. Estas funciones se ejercen entre los distintos poderes de manera recíproca bajo aplicación de la teoría conocida como *checks and balances* (pesos y contrapesos), donde lo que se busca es que ningún poder prevalezca por sobre los demás, ni aun en épocas excepcionales como una pandemia.

Esta función de pesos y contrapesos opera como una función preventiva en primera instancia, y como correctora si ocurre algún desvío del poder o un avasallamiento de los demás poderes.

Quien mayoritariamente tiende a incurrir en estos abusos o excesos es el Poder Ejecutivo, justificándose mayormente en la necesidad de celeridad en la respuesta. Para prevenir excesos entendemos que la función de control requiere el funcionamiento pleno de los distintos poderes y las distintas instancias de control.

Así, la rendición de cuentas constituye una herramienta imprescindible en este análisis, ya que la habilitación, vía delegación, de competencias que realizó el Poder Legislativo a favor del Poder Ejecutivo de ningún modo puede significar la omisión de este deber.

Es dable recordar que la función de control se basa en el principio jurídico según el cual quien administra un patrimonio ajeno estará obligado a rendir cuentas de sus actos y del resultado de su gestión al titular de los bienes administrados. Y la función de control no se relaja o exime en una situación de emergencia. Por ello, en este trabajo vamos a bregar por el funcionamiento de las instituciones que no solo aseguren una respuesta inmediata, sino la intervención oportuna de todas las instancias de control que correspondan en resguardo de la legalidad que debe regir toda actuación de la Administración.

EMERGENCIA

No existe en la Constitución Nacional una definición de emergencia que pueda servir para conceptualizarla para determinar su alcance. ¿Por qué es importante definirla? Porque allí encontraremos una manera de ejercer un control sobre los actos que se realicen dentro de su marco.

En nuestro país, Argentina, solemos decir que vivimos en una «permanente situación de emergencia» —mayormente económica—, la cual, justificada en múltiples razones, ha llevado a la desnaturalización de dicho instituto. En conclusión, lo extraordinario pareciera haberse tornado «normal».

No obstante, la situación de excepcionalidad que nos encontramos transitando escapa a la conclusión expuesta anteriormente; la

pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud justifica la emergencia dictada y el uso pleno de las facultades extraordinarias que tal situación amerita.

Buscamos, entonces, desde una mirada constitucional de la emergencia declarada, reflexionar sobre cómo conviven los derechos y garantías constitucionales y convencionales, y de qué manera pueden desarrollarse las tareas de control sin que ello implique entorpecer el funcionamiento de la Administración en momentos en que se exige mayor celeridad en su respuesta; celeridad que de ningún modo puede implicar apartarse o desconocer la normativa vigente.

Al momento de definir el concepto de emergencia, lo podemos hacer referenciando una situación no prevista que, atento a su naturaleza extraordinaria, amerita el uso de facultades excepcionales para su remediación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación la ha definido en el fallo «Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía - BCRA) s/ amparo»²:

... el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza

² Fallos: 313:1513. 27 de diciembre de 1990. Id SAJ: FA90000451

al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional.

Así, la Corte Suprema de Justicia brinda el marco para definir la emergencia, más allá del hecho de que la motive, autorizando la utilización de remedios excepcionales para poner fin a ella.

Del mismo modo, en la recepción de la emergencia el máximo tribunal de justicia reconoce la validez de la restricción del ejercicio normal de derechos tutelados en la Constitución.

Ahora bien, se observa la singular importancia del rol del intérprete, toda vez que será quien defina:

- 1) situación excepcional,
- 2) validez de los remedios extraordinarios, y
- 3) razonabilidad de la limitación de los derechos.

Vale la aclaración fundamental de que hablamos de restricción de derechos y no de su desconocimiento, ni tampoco de una habilitación para apartarse de la normativa vigente.

MARCO JURÍDICO DE LA EMERGENCIA

La Ley 27541, que declaró la emergencia sanitaria, señala en su parte pertinente:

Artículo 1°- Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020.

Artículo 2°- Establécense las siguientes bases de delegación: (...) f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la Ley 27491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales.

En definitiva, es la norma la que establece el marco y alcance de los decretos que se dicten en razón de la aludida emergencia.

En virtud de la delegación efectuada por la norma, se dictaron, entre otros, el Decreto 260/20 que amplía la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación a la COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir del 13 de marzo del año 2020 y sus sucesivas prórrogas, la última de ellas a través del Decreto 167/2021 (que prorroga la emergencia sanitaria hasta el 31 de diciembre del año 2021); el Decreto 297/20, que dispuso «aislamiento social, preventivo y obligatorio» (ASPO) hasta el 31 de marzo incluido; y el Decreto 320/20 que dispuso la suspensión de desalojos, la prórroga de contratos de locaciones y el congelamiento de cánones locativos, hasta el día 30 de septiembre de 2020, de las viviendas que la misma norma estipula³.

Se dictó, asimismo, y siempre haciendo especial hincapié en aquellos decretos que se

³ El mencionado decreto ha sido prorrogado a enero de 2021.

vinculan con el objeto del presente, el Decreto de Necesidad y Urgencia 457/20 por el cual se modifica el presupuesto general de la administración, facultando al jefe del gabinete de ministros a realizar reestructuraciones presupuestarias, exceptuándolo de cumplir con lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 37 de la Ley 24156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

Es aquí donde el Congreso debe asumir su función de contralor toda vez que la modificación del presupuesto (aprobado por ley) no puede habilitar, aun en situaciones de emergencia, su desnaturalización vía reestructuraciones realizadas por el jefe de gabinete de ministros, eximiéndole del cumplimiento de las pautas (y límites) dispuestas por la misma Ley 24156.

VALIDEZ CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA EMERGENCIA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos «Avico, Oscar A. c/ De la Pesa, Saúl»⁴ ha señalado los requisitos para la validez de los institutos de emergencia:

Es necesario para ello: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificando por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria.

En esta situación, la declaración de la Organización Mundial de la Salud y los informes de las víctimas fatales *per se* justifican la declaración de emergencia efectuada:

Es claro que la finalidad del aislamiento social como la afectación de los demás derechos es de carácter general y con la finalidad de asegurar el bien común.

Asimismo, la duración en el tiempo es razonable. En lo respectivo al aislamiento social, a la prórroga de contratos de locación y suspensión de los desalojos, estos deben ser acotados a la situación de gravedad sanitaria, en atención a los efectos de estas medidas sobre el sector privado.

El análisis de la razonabilidad también debe efectuarse sobre las medidas que se dictan en el marco de la emergencia aludida. En este sentido, el profesor Gordillo señala que:

La norma legal o reglamentaria (...) al igual que la decisión individual, actuación material u omisión de las administraciones públicas y del estado en general, será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es «irrazonable», lo que puede ocurrir, principalmente, cuando:

- a. No dé en el acto particular los fundamentos de hecho o de derecho que lo sustentan;
- b. No tenga en cuenta en las normas o en las decisiones concretas, los hechos que constan en el expediente, o públicos y notorios; o se fundamente en hechos o pruebas inexistentes; o
- c. No guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea alcanzar, es decir, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación a lo que se quiere alcanzar (...) (Gordillo, 2014, pp. 618 y 817).

⁴ Fallos: 172:21. 7 de diciembre de 1934. Id SAJ: FA34996938

Es en este último aspecto en el que entendemos que debemos detenernos, al incorporar el criterio de proporcionalidad, cuya falta de resguardo torna irrazonable a la medida adoptada en el marco de la excepcionalidad.

Podemos definir al principio de proporcionalidad como a la relación debida y adecuada entre los medios utilizados y el fin buscado por la norma, que limita el poder del Estado a la hora del ejercicio del poder de policía.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución 1/2020, específicamente en sus puntos 20 y 21, señala:

20. Asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud.

21. Asegurar que en caso de establecerse un estado de excepción: i) se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado; ii) la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; iii) las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y

que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y iv) las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, con motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

La Comisión establece claramente cuáles son los estándares de validez convencional que debe respetar toda normativa que se dicte en el marco de la pandemia de la COVID-19. Este aporte, que entendemos fundamental atento a lo oportuno de su intervención, permite conocer el marco sobre el que se juzgará la convencionalidad o no de la normativa que se dicte en el marco de la emergencia sanitaria.

EL ESTADO DE DERECHO

Hoy la idea del Estado de derecho ha sido ampliada, avanzando sobre lo ya expuesto sobre el Estado constitucional y convencional de derecho.

El doctor Andrés Gil Domínguez señala que

El paradigma argentino vigente es el Estado constitucional y convencional de derecho, el cual escenifica como elemento central la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional en una relación de permanente retroalimentación donde se respeta la textualidad de cada fuente y la interpretación que cada órgano con competencia para ello realiza de las mismas.

Entonces, analicemos someramente qué establecen la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos al respecto.

La Constitución no solo garantiza derechos y garantías, sino que determina el carácter relativo de los derechos. Así, en su artículo 14 establece «conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio».

En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene en su artículo 22 inciso 3 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el artículo 22.1:

... no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dicta la Resolución 1/2020 atenta a que la pandemia de la COVID-19

... puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone la COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad (...). En cuanto a las medidas de contención con el fin de enfrentar y prevenir los efectos de la pandemia, la CIDH ha observado que se han suspendido y restringido algunos derechos, y en otros casos se han declarado «estados de emergencia», «estados de excepción», «estados de catástrofe por calamidad pública», o «emergencia sanitaria», a través de decretos presidenciales y normativa de diversa naturaleza jurídica con

el fin de proteger la salud pública y evitar el incremento de contagios. Asimismo, se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen los derechos de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada; y se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, y al almacenamiento de datos de forma masiva.

La Comisión busca que en el marco de la emergencia sanitaria esta no opere como una excusa para el avasallamiento y la afectación de derechos fundamentales.

Las recomendaciones que vierte apuntan a una reglamentación de la emergencia y son una valiosísima pauta interpretativa a la hora de poder analizar la validez convencional de las medidas que se adopten en los diferentes Estados miembros.

El hecho de que esta resolución se dicte de manera simultánea con las medidas que se adoptan para paliar los efectos de la pandemia es muestra de que el control se puede realizar de manera eficaz pero también oportuna, esto es, simultáneamente con la gestión estatal.

EL CONTROL DE LA EMERGENCIA

Como se observa de lo hasta aquí presentado, estamos ante una situación de emergencia cuya validez constitucional y convencional se encuentra, a nuestro entender, debidamente acreditada.

Ahora bien, cabe preguntarnos si en este contexto es necesario o no el funcionamiento de los órganos de control, y de qué modo este debe ejercerse.

Es indudable que a la primera pregunta la respuesta es «sí», por todos los fundamentos

que justifican la existencia del control y también porque resulta un reclamo genuino de la sociedad hacia el Estado y sus organismos de control.

Así surge de lo informado por el área de Participación Ciudadana de la Auditoría General de la Nación (AGN), que en su encuentro anual para presentar los resultados del Programa de Planificación Participativa recibió como una de las propuestas de las instituciones asistidas el realizar un control específico sobre las compras y contrataciones efectuadas en el marco de la pandemia por la COVID-19.

Podemos reconocer aquí un genuino interés de la sociedad en conocer la administración y, sobre todo, la ejecución de los fondos públicos utilizados para atender la pandemia.

En este punto es dable recordar que la Resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que

Teniendo en cuenta que la democracia y el Estado de derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos, y que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos puede tener impactos directos en los sistemas democráticos de los Estados, la Comisión reafirma el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aun en contextos de pandemia.

La resolución citada evidencia la necesidad de que los países que forman parte de la Convención Americana de Derechos Humanos garanticen la vigencia de los derechos fundamentales incluso en épocas de pandemia, lo que puede significar una afectación de derechos pero no su supresión o desconocimiento.

La emergencia no implica impunidad, sino todo lo contrario; siendo una oportunidad para demostrar que aun en situaciones extremas el Estado puede responder de manera oportuna ante necesidades que ameritan respuestas inmediatas.

Por eso, y en respuesta al segundo interrogante planteado al inicio de este acápite, la participación e intervención de los organismos de control conlleva necesariamente un análisis particularizado que coadyuve al cumplimiento de la legalidad de los trámites y a la celeridad requerida.

La pandemia que atraviesa nuestras vidas ha requerido un grado de intervención estatal más activa. Es claro que esta mayor intervención no debería habilitar el incumplimiento de la normativa, es decir, no debería justificar mayor arbitrariedad por parte del Estado a la hora de contratar la adquisición de bienes y/o de servicios para hacer frente a los gastos para atender la pandemia, con la urgencia que se requiere sin que implique un apartamiento de la legislación vigente. Por eso, es necesario e imprescindible la actuación de los organismos políticos y técnicos de control.

Como hemos sostenido en otras oportunidades, la burocracia siempre importa un criterio de orden en la actuación de la Administración, que da una mayor previsibilidad en su accionar en aras del cumplimiento de la seguridad jurídica siempre anhelada. El control de esa burocracia en esta situación de emergencia debe estar aún más presente, ya que su rol de coadyuvante de la Administración se torna imprescindible.

Entender que el control solo debe sancionar importa una mirada sesgada y retrograda de una función que tiene como principal finalidad la protección de los intereses de la sociedad mediante la prevención de la corrupción administrativa.

En situaciones como las que nos tocan vivir se torna imprescindible dar soluciones con la celeridad que se requiere, pero siempre dentro de la legalidad propia de la Administración.

Las distintas instancias de control deben estar, a nuestro entender, más presentes que nunca.

Así, propongo que analicemos estos aspectos desde dos ejes distintos: por un lado, un «control político»; por otro, un «control técnico».

El control político es el que se realiza entre los distintos poderes, esto es, el Legislativo principalmente sobre el Ejecutivo.

La emergencia declarada por la Ley 27541 establecía las bases de la delegación efectuada, ello importa un límite a la actividad normativa que va a poder desarrollar el Ejecutivo; límite que, a nuestro entender, resulta muy dificultoso determinar atento a la amplitud de las materias objeto de la emergencia.

Más aun, la emergencia declarada, como se ha dicho, es anterior a la declaración de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud de la COVID 19, que sirve de fundamento a todos los decretos dictados con posterioridad.

La Ley 26122, que determina la intervención del Congreso en los decretos que dicta el Poder Ejecutivo, establece límites muy precisos en la delegación legislativa, por ejemplo en sus artículos 11 y 12, el primero referido a los alcances de los decretos delegados y el segundo respecto del procedimiento para su dictado.

Es en el artículo 13 donde encontramos el control político sobre estos:

La Comisión Bicameral Permanente debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente

sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.

Esta herramienta de control resulta imprescindible para determinar la validez constitucional de los decretos dictados en el marco de la pandemia, a la hora de seguir los procedimientos establecidos para su ratificación legislativa.

El control político por parte del Poder Legislativo también se puede ejercer a través del pedido de informes a los funcionarios del Poder Ejecutivo, y hasta en su interpelación cuando se lo considere necesario y oportuno como un modo de exigir la rendición de cuentas de su accionar a la sociedad.

Es tan importante que incluso en la emergencia se asegure el funcionamiento de los distintos poderes del Estado que, adecuándose al estatus sanitario de nuestro país, ambas cámaras del Congreso habilitaron su funcionamiento remoto.

Esto permitió su funcionamiento y también que, a través del jefe de gabinete de ministros, en virtud de lo señalado por el artículo 101 de la Constitución Nacional, se haya informado mensual y alternadamente a cada Cámara sobre la marcha del Gobierno, donde el eje central ha sido lo atinente a la atención de los gastos derivados de la pandemia. Esto también es un ejercicio efectivo de las funciones de control.

El seguimiento y la publicidad de la ejecución presupuestaria de los distintos programas y jurisdicciones específicamente afectados para atender a los efectos de la pandemia constituyen otra herramienta eficaz de control. Así, la publicación de los fondos ejecutados, su

destino y su posterior rendición a los organismos de control es una manera de hacer efectivo y eficaz al control: transparencia e información, principios que se vinculan con el mismo sistema republicano de gobierno.

En lo referente al «control técnico» lo señalamos como aquel que realizan los organismos de control tanto internos como externos de la Administración.

El control que comienza dentro de la misma organización a partir de sus órganos técnicos especializados, los abogados en sus dictámenes, los profesionales o idóneos a la hora de la afectación de los fondos y su proceso de contratación, lo que denominamos control interno, adquiere una importancia relevante.

Núñez lo define como aquel que representa

... aquella actividad de supervisión destinada a preservar la regularidad y eficiencia de la gestión de gobierno. Es un autocontrol que los mismos órganos ejecutivos practican para asegurarse el logro de los objetivos propuestos en los distintos planes de realización de obras y servicios, o regulación de la comunidad sujeta a su gobierno, como manera de preservar la legalidad de lo actuado (regularidad de gestión), como asimismo el cumplimiento de las acciones en cantidad, tiempo y forma (oportunidad y conveniencia) (Núñez, 2006, p. 56).

La importancia del control interno radica no solo en el carácter preventivo y correctivo, según corresponda, de su intervención, sino que de algún modo replica los criterios fijados por los organismos de control externo para unificar criterios o interpretación de normativa, como así también de procedimientos.

Para poder observar cómo se ha previsto en otros países realizar el control sobre los fondos asignados para atender a los gastos de la pandemia podemos citar el ejemplo de Perú, donde la Contraloría General de ese país publica el seguimiento de la ejecución presupuestaria sobre los fondos asignados para atender a la pandemia de la COVID-19, realizando un control simultáneo de las compras y contrataciones realizadas⁵.

En nuestro país el control interno es el que realiza la Sindicatura General de la Nación, en el ámbito de las competencias asignadas por la Ley 24156 (ley de administración financiera).

El control externo es el que realiza la Auditoría General de la Nación, conforme lo establece el artículo 85 de nuestra Constitución Nacional.

Las auditorías que realiza este organismo son las que surgen del Plan Operativo Anual aprobado para el organismo por la Comisión Mixta Revisora de Cuentas.

Al no estar incluido el control sobre los gastos e inversiones derivados en la pandemia en el Plan Operativo Anual 2020, estos no fueron controlados por la Auditoría General de la Nación durante el año 2020.

Esto último demuestra la necesidad de otorgarles a los organismos de control la autonomía suficiente para que puedan desarrollar sus tareas con la dinámica propia que el devenir de la gestión gubernamental desarrolla. Esto no significa que estos gastos queden sin control, sino que ese control no pueda realizarse simultáneamente con la gestión.

El control, para ser eficaz debe ser oportuno; realizarlo de manera posterior solo sirve para determinar responsabilidades (administrativas, disciplinarias y hasta penales) pero en un contexto de pandemia entendemos que,

⁵ El informe se puede consultar en la página web: <https://emergenciasanitaria.contraloria.gob.pe/>

como se habilitaron vías excepcionales de contratación, debió haberse previsto un mecanismo de control simultáneo.

No era necesario crear ni una comisión especial ni un nuevo organismo de control, solo habría bastado con habilitar la intervención de la Auditoría General de la Nación, que por su carácter de órgano constitucional de control y por contar con el personal especializado, hubiera podido ejercer una misión tan importante en salvaguarda del interés general.

Si la pandemia permitió reivindicar el rol activo del Estado también lo podría haber hecho con los organismos de control.

Era una oportunidad, primero, para visibilizar los órganos de control ante la sociedad toda; y segundo, era una manera de asegurar la legalidad de las contrataciones realizadas.

El control posee distintas instancias de intervención, puede ser previo (antes de que el acto se dicte), preventivo (una vez que el acto se dicta pero antes de que surjan sus efectos), por auditorías (más allá del tipo de auditoría implica una verificación casi simultánea con la ejecución), y posterior (a través de la rendición documentada de los gastos que se realicen).

Tanto el control previo como el control por auditorías han demostrado ser herramientas fundamentales de prevención de la corrupción. Al eliminarse en nuestro país el Tribunal de Cuentas de la Nación, que era quien ejercía dicho control, debió preverse la presencia de este control a través de la Auditoría General de la Nación.

La realidad provincial es distinta, toda vez que en la mayoría de las provincias (con excepción de Salta y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que poseen auditorías generales) el control lo realizan los tribunales de cuentas provinciales.

La crítica más frecuente hacia los organismos de contralor es que su intervención, so-

bre todo en lo que respecta al control previo, produce una innecesaria dilación de los plazos, máxime en una situación de emergencia.

Sin embargo esta crítica no tiene, a nuestro entender, fundamento que justifique promover la exclusión de este tipo de control.

El carácter perentorio de los plazos, previsto por la normativa para sus intervenciones, coadyuva para que no pueda señalarse como un obstáculo para el trámite de las actuaciones.

Es el desafío de los organismos intervinientes demostrar que en una situación de emergencia las contrataciones para la adquisición de equipamiento e infraestructura, como también de insumos para atenderla, pueden realizarse de manera expedita y sin afectar su legalidad.

REFLEXIONES FINALES

El presente trabajo busca presentar el control como una herramienta imprescindible de buena gestión y transparencia, máxime en una situación de emergencia donde están en juego derechos humanos fundamentales como el de la vida y la salud de la población.

Muchas veces hemos escuchado, por parte de quienes tienen la responsabilidad de gestionar, que el control (en sus distintas instancias) resulta un entorpecedor de la gestión, atento a que retarda la tramitación de las actuaciones administrativas. Ello no es cierto, ya que el control, como hemos presentado, resulta una herramienta imprescindible de buena gestión que garantiza la vigencia del mismo sistema republicano de gobierno.

Por ello, tanto los poderes del Estado como los órganos de contralor deben dar respuestas eficaces y oportunas sin que ello implique una dilación innecesaria en los trámites de contratación del Estado.

Que quede claro que no nos referimos a co-administrar o realizar un control de gestión,

sino a acompañar la función de control en lo que respecta a la legalidad de la actuación.

El control no es un obstáculo sino que es la oportunidad de legitimar decisiones que no por inmediatas deben justificar irregularidad alguna.

En la medida en que las decisiones adoptadas en el marco de una emergencia tengan un marco legal y prevean la intervención de todas las instancias de control, dichas decisiones harán efectiva la garantía de la seguridad jurídica tanto para el funcionario que las adopte como para el tercero que contrate con la Administración.

El funcionamiento de todos los poderes del Estado opera también como un modo de hacer efectivo el control en épocas de pandemia.

La emergencia constituye una oportunidad también para poder legitimar los distintos poderes del Estado, pero también el funcionamiento de los órganos de control.

El Estado nacional, al haber centralizado la compra de insumos (por ejemplo, las vacunas) e insumos (por ejemplo, los respiradores), derivándolos a las distintas jurisdicciones, debería haber instrumentado la intervención de los organismos de control externo aun en un contexto de pandemia.

Poder y control constituyen cara y contracara de la misma moneda, pese a que en esta instancia haya sido mucho más visible el poder de la Administración.

Celeridad para la gestión y oportunidad para el control, y cuanto más inmediato este sobre la ejecución presupuestaria más eficaz será.

Es en este sentido que entendemos que a nivel nacional debería haberse generado alguna instancia de control externo lo más inmediato posible sobre la ejecución de los fondos destinados para afrontar los gastos que la pandemia originó.

No significa que están exentos del control, sino que los gastos derivados para la atención de la COVID-19 van a ser objeto de auditorías por lo menos un año después de haber sido ejecutados, con lo cual el carácter oportuno del control (que hace a su eficacia) no se pudo ejercer.

Para concluir, podemos señalar que la emergencia también constituye una oportunidad de revisar procedimientos tanto de gestión como de control, para que podamos observar en la pandemia la posibilidad de avanzar hacia un mejor funcionamiento de nuestras instituciones que le otorgue a nuestras instituciones gubernamentales la siempre tan anhelada legitimidad ciudadana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Este año la AGN no controlará los gastos por la pandemia* (2020). El auditor info. Recuperado de: https://elauditor.info/actualidad/este-año-la-agn-no-controlara-los-gastos-por-la-pandemia_a5f0fb79e6b53fc3c338e3195
- Gil Domínguez, A. (2014). El Estado constitucional y convencional de derecho argentino y sus proyecciones. *DPI cuántico. Derecho integral*. Recuperado de: <http://www.dpicuantico.com/wp-content/uploads/2014/05/doctrina19.5.141.pdf>. [Consulta: 30 de marzo de 2020]
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 9, separata. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Núñez, J. A. (2006). *Manual de auditoría gubernamental*. Buenos Aires: Ediciones RAP.
- ¿Qué temas propuso auditar la sociedad civil? (2020). El auditor info. Recuperado de: https://elauditor.info/actualidad/-que-temas-propuso-auditar-la-sociedad-civil_a5fd21d7046a50103c357ab62 [Consulta: 14 de diciembre de 2020].



Erving Goffman y las dinámicas de la identidad social en las instituciones totales

Erving Goffman and the dynamics of social identity in total institutions

Víctor Hugo Ligarribay¹

Resumen

En el presente ensayo nos proponemos estudiar el efecto que las instituciones de encierro tienen en los procesos de conformación de las identidades sociales de las personas. Para esto, se establecerá una relación comparativa entre las dos principales teorías sociales que se han abocado al estudio de este tipo de instituciones: la teoría de la sociedad disciplinaria de Michel Foucault y la teoría interaccionista de Erving Goffman. Luego, se explorará detenidamente la metodología utilizada por Goffman —el enfoque dramaturgico— en el estudio de las instituciones totales, y los procesos de «mortificación del yo» ocurridos al interior de estas. Por último, estableceremos un breve repaso de las principales críticas de la perspectiva de Goffman a ciertos postulados del funcionalismo norteamericano, especialmente a la teoría de la desviación de Robert Merton.

Palabras clave: Erving Goffman - instituciones sociales - panoptismo - enfoque dramaturgico - mortificación del yo

Abstract

This essay aims to study the effect that institutions of confinement have on the processes of shaping people's social identities. To this end, a comparative entailment will be established between the two main social theories that have focused on the study of this type of institutions: Michel Foucault's theory of disciplinary society and Erving Goffman's interactionist theory. Then, we will carefully explore the methodology used by Goffman —the dramaturgical approach— in the study of total institutions, and the processes of «mortification of the self» that occur within them. Finally, we will establish a brief review of the main criticisms of Goffman's perspective to certain postulates of North American functionalism, especially to Robert Merton's theory of deviance.

Keywords: Erving Goffman - social institutions - panoptism - dramaturgical approach - mortification of the self

Sociología/ ensayo científico

Citar: Ligarribay, V. H. (2021). Erving Goffman y las dinámicas de la identidad social en las instituciones totales. *Omnia. Derecho y sociedad*, 4 (4), pp. 91-99.

¹ Licenciado en Sociología (UBA) y profesor de Sociología (UCASAL). Se desempeña profesionalmente como auxiliar docente en la materia Estado, Poder y Medios de la carrera de Ciencias de Comunicación de la Universidad Nacional de Salta y como docente adjunto en la materia de Sociología de la carrera de Abogacía de la Universidad Católica de Salta, entre otras materias a su cargo en diversas instituciones de nivel superior de la provincia. victorligarribay@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos establecer un breve desarrollo de algunos elementos centrales de la teoría dramaturgica de Erving Goffman y, su aplicación en el estudio de lo que el autor llamó las «instituciones totales». Esto no excluye que se haga referencia a otras obras y trabajos de Goffman, como por ejemplo su estudio sobre el estigma social.

En el primer apartado abordaremos las similitudes y diferencias que presentan el estudio de las instituciones disciplinarias de Michel Foucault y la perspectiva de los establecimientos totales del propio Goffman, con el afán de rescatar de cada uno de estos aportes los elementos teóricos y metodológicos más relevantes para el estudio de las instituciones de encierro, aunque no solamente de estas. Con este objetivo, nos basaremos sobre todo en el desarrollo de dos libros claves del filósofo francés: *Vigilar y castigar* y *La historia de la locura en la época clásica*, ambos centrales en el análisis de las instituciones de disciplina y control.

En el segundo apartado analizaremos algunos elementos centrales del enfoque dramaturgico propuesto por Goffman, y sobre todo su aplicación en el estudio de las interacciones al interior de las instituciones totales. También estableceremos una breve comparación entre este enfoque y el enfoque normativo del estructural-funcionalismo.

Por último, ahondaremos en la crítica de los estudios de Goffman a los trabajos de la teoría de la desviación realizados por Robert Merton, centrandó nuestra atención en el carácter estigmatizante de algunas construcciones propias del sentido común, y que la sociología muchas veces hace suyas de manera irreflexiva, y sin medir las consecuencias sociales que este tipo de extrapolación de términos implica.

HACIA UNA TEORÍA DE LAS INSTITUCIONES

Para Michel Foucault, incansable estudioso del poder, y de los mecanismos que lo posibilitan y lo distribuyen, la sociedad disciplinaria representa una forma de contraderecho que, en realidad, lejos de contraponerse a las libertades desplegadas por la modernidad, las complementa y las efectiviza en la práctica. Las disciplinas, ejecutadas por las instituciones disciplinarias modernas, serían para el filósofo francés una suerte de costado oscuro de la modernidad, su forma subyacente. Entonces, la burguesía no es solo —en el marco de esta lectura— la responsable de la universalización de un marco jurídico explícito en favor del igualitarismo formal entre los hombres, sino que también es la responsable de la internacionalización de «esos mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente inigualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas» (Foucault, 2008, p. 255). Estos «lados B» de la modernidad constituirán el eje de la reflexión del filósofo francés: si la modernidad consagra la razón como su idea fuerza fundante, Foucault analizará la locura y el discurso médico/psiquiátrico como su contracara; si la modernidad declara a las libertades individuales como el eje de las repúblicas democráticas, Foucault buscará en las disciplinas los fundamentos del control y la docilidad de estas sociedades; y por último, si la modernidad consagra a la sociedad de mercado como el pináculo del desarrollo productivo humano, los talleres, las cárceles, y las fábricas ilustran los mecanismos reales mediante los cuales se despliegan y organizan estas relaciones sociales de producción.

Para Foucault, las disciplinas propias de las instituciones de vigilancia y control son en

la práctica —más allá de la institucionalidad y legitimidad con la que cuentan— todo lo contrario a la obligación contractual, de ahí la idea de contraderecho. Allí donde el derecho moderno despersonaliza, universalizando al sujeto jurídico, la disciplina opera en la dirección contraria; ya que particulariza a niveles microsociológicos las prácticas concretas del control, la vigilancia y el castigo. Ahora bien, lejos de ser instituciones aisladas y reservadas para ciertos sectores y espacios sociales, la verdadera denuncia de Foucault radica en que estos «aparatos» han devenido en el «tipo ideal» de organización de las instituciones modernas. Y la mención al concepto de tipo ideal no es azarosa, ya que Max Weber fue de los primeros en advertir la contradicción —en principio insalvable— que constituía la ampliación de derechos que, al tiempo que se conculcaban, suponían la ampliación de las redes de control burocrático de los Estados nacionales sobre sus poblaciones.

La mayoría de los filósofos y sociólogos actuales relativizan la vigencia de estas instituciones disciplinarias, quizá porque el mismo Foucault se encargó al final de su vida de analizar la decadencia de este tipo de sociedades frente a la emergencia del biopoder y la biopolítica. Consideramos apresurada esta tesis; después de todo, las prisiones siguen existiendo, y su número de internos está muy lejos de disminuir. Como sostiene el sociólogo francés Loïc Wacquant, el neoliberalismo se apoya sobre la política de la mano dura, la prisionalización masiva, y el enclaustramiento socio-espacial como mecanismos de control y disciplinamiento de los sectores populares, y esto no es algo que sólo ocurra en Latinoamérica y el tercer mundo (Wacquant, 2010). Para el filósofo norcoreano/alemán Byung-Chul Han, «la sociedad disciplinaria de Foucault, que consta de hospitales, psiquiátricos, cárceles, cuarteles y

fábricas, ya no se corresponde con la sociedad de hoy en día (...) la sociedad del siglo XXI ya no es disciplinaria, sino una sociedad de rendimiento» (Han, 2010, p. 25). Para Han, la positividad que genera la sociedad del rendimiento eleva la productividad de las sociedades basadas en las disciplinas, el control y el deber. En este sentido, el sujeto de rendimiento está sometido solo a sí mismo, a diferencia del sujeto de obediencia foucaultiano. No obstante, esta no-sujeción no conduciría a la libertad, sino a una suerte de autoexplotación que tiene como única meta la maximización del rendimiento. Una verdadera paradoja libertaria.

No obstante, el mismo Han reconoce que la sociedad del rendimiento representa una continuidad respecto a las instituciones disciplinarias, continuidad que perfecciona y eficientiza los mecanismos instalados por las disciplinas. Después de todo, las escuelas siguen existiendo, también las fábricas, los psiquiátricos y las prisiones, y sus diseños arquitectónicos e institucionales no han variado gran cosa respecto a los de sus predecesoras del siglo XIX. Ahora bien, allí donde Foucault abunda sobre las genealogías del derecho penal y sus organismos de aplicación, descuida la construcción de una teoría sistemática que sea capaz de dar cuenta de las prácticas interactivas que realmente expliquen el proceso de incorporación de estas disciplinas por parte de los internos. En otras palabras, al posestructuralismo francés le falta una teoría comprensiva de la acción social que le permita entender la dinámica de la articulación entre lo institucional y lo relacional. En las perspectivas estructuralistas, suele haber en general este tipo de saltos teórico/metodológicos entre lo normativo y las prácticas, como si la explicación del funcionamiento institucional diera cuenta por sí misma del mecanismo mediante el cual se internalizan las normas (Mills, 2010). El mismo Foucault, que solía decir

que el poder siempre se encuentra con resistencias, pareciera haber descuidado demasiado el carácter conflictivo de las relaciones de dominación.

Es curioso que, en *Vigilar y castigar* y mucho más aún en *Historia de la locura en la época clásica*, Foucault no haya reparado en las investigaciones —anteriores— que el interaccionismo simbólico —y el propio estructuralismo funcionalista— había realizado sobre las instituciones y el poder. La ausencia más llamativa es la de Erving Goffman, y sobre todo la de su libro *Internados*, de 1961, publicado 14 años antes que el reconocido libro de Foucault sobre las prisiones. El análisis de las instituciones de encierro se enriquece muchísimo con los aportes que el interaccionismo simbólico desarrolló en torno a las dinámicas institucionales. Y es que, justamente, lo que no abunda en las genealogías foucaultianas es el relato de los oprimidos por el poder; su voz pareciera haber quedado totalmente silenciada por la estructura disciplinaria. En este aspecto, no es que el libro de Goffman sea una reivindicación de las voces de los dominados, pero sí al menos una forma de mostrar que las resistencias al poder son reales, y que existen justamente en las propias palabras y formas de interpretar la realidad de los actores. Esto es porque, y en palabras de un compañero del propio Goffman, «el modo en que se nombran los distintos objetos y actividades casi siempre refleja relaciones de poder» (Becker, 2007, p. 258).

Según Howard Becker, el problema de las palabras y cómo estas nombran a los objetos es algo que Goffman tuvo que tener en cuenta al estudiar las instituciones totales. Las ciencias sociales deben ser especialmente cautelosas a la hora de reproducir el lenguaje coloquial de las instituciones, ya que corren el riesgo de «aceptar, voluntariamente o no, todas las presuposiciones acerca del bien y del mal que di-

chas palabras e ideas traen consigo» (Becker, 2007, p. 259). Precisamente, si se acepta de manera acrítica el lenguaje que utilizan aquellos que tienen el poder para confinar a otros, se puede terminar legitimando las razones que llevaron a dicho encierro, cuando es justamente la tarea de la sociología revisar reflexivamente esas razones, tanto en sus causas como en sus consecuencias. Por supuesto que Foucault sabía, quizá mejor que nadie, los efectos de las palabras sobre las cosas, lo que no implica que este conocimiento se materializara en una recuperación de los relatos alternativos, y, por lo tanto, subterráneos, de las instituciones disciplinarias.

LAS INSTITUCIONES TOTALES Y EL ENFOQUE DRAMATÚRGICO

Según Becker, la forma que Goffman encuentra para explicar la realidad de las instituciones de encierro sin caer en los prejuicios instalados por el lenguaje cotidiano es a partir de la utilización de un lenguaje neutral. No obstante, una advertencia: el autor no se refiere a neutralidad valorativa respecto al tema de investigación; de hecho, el libro *Internados* representa una fuerte denuncia al funcionamiento y la organización de este tipo de instituciones. Por el contrario, se refiere a la no utilización de palabras semánticamente cargadas o explícitamente potentes en sus significados. Esta característica de la escritura del autor, que hasta cierto punto es efectivamente así, se puede rastrear en los distintos momentos del libro. Cuando Goffman relata tanto el mundo del personal como el mundo de los internos, intenta no tomar partido por ninguno de los dos, y simplemente describe las palabras y las prácticas que cada grupo configura en su relación con los otros. Conceptos como «reprogramación de roles», «sustracción del equipo

identitario» o incluso el de «prohibición del looping» utilizados por el autor, intentan explicar, mediante el uso de palabras muy técnicas y desprovistas de toda intencionalidad, prácticas sociales que sensibilizan fuertemente a cualquier lector del libro. Y es que, en este sentido, Becker da en la clave al decir que

... bajo el lenguaje frío y carente de emoción de los ensayos que integran el libro, se advierte el palpitante latido de un apasionado libertario civil. La adopción de un método que emplea tanto un lenguaje «científico» aséptico como la comparación de casos desprovista de juicios permitió a Goffman encontrar una solución al problema de las presuposiciones inherentes al pensamiento convencional. (Becker, 2007, p. 267)

Al igual que Foucault, Goffman no categoriza las instituciones en función del sentido y el rol que la sociedad les asigna, sino a partir del grado de absorción de la vida social que estas instituciones presentan. Así, un asilo de ancianos, un convento de clausura, una prisión y un hospital psiquiátrico compartirían la característica común de ser todas instituciones que totalizan al interior de sus muros la vida social de los internos que allí habitan. De la misma manera, el panoptismo no es algo exclusivo de los presidios, su diseño organizacional —y Foucault lo deja bien en claro con las imágenes que acompañan *Vigilar y castigar*— se replica, con distintos niveles de disciplinamiento, a lo largo y ancho de todas las instituciones modernas, ya se trate de una escuela, una biblioteca o un hospicio de enfermos mentales. Este afán común por demostrar el «diseño estructural subyacente» (Goffman, 2009) de las instituciones modernas es lo que de alguna manera intentan demostrar ambos autores con su comparación de casos y documentos.

No obstante, a pesar de esta preocupación común, y podríamos decir incluso epocal, respecto a la condición de las personas en las instituciones de encierro, el estudio de Goffman, si bien mucho menos ambicioso en términos de crítica filosófica a la modernidad, cumple su cometido en cuanto propone una metodología alternativa a las perspectivas sociológicas funcionalistas de la época. Con su enfoque dramático, Goffman presenta una nueva forma de abordaje de las instituciones o «establecimientos sociales» a partir del manejo que los individuos hacen de las impresiones. Estas impresiones, que no son otra cosa que —dicho en términos funcionalistas— expectativas sobre los roles socialmente construidos, llevan a los actores a desplegar diversas estrategias con la finalidad de dar cumplimiento a dichas expectativas, y viceversa, a esperar que el otro responda también con sus acciones a esas expectativas socialmente compartidas (Goffman, 2012, p. 281). En las instituciones totales, donde toda la vida social de un individuo transcurre en un único espacio físico, también existen mecanismos expresivos de presentación social, aunque mucho más limitados por las características totalizantes de este tipo de instituciones.

A diferencia del funcionalismo, en el interaccionismo simbólico tanto roles como estatus no están definidos normativamente de antemano, sino que son el producto de una actuación, de una representación dramática que los actores realizan de manera constante. En otras palabras, tanto el rol, como la legitimidad que este confiere a la persona, el estatus, están puestos permanentemente a prueba en el trascurso de cada interacción (Goffman, 2012, p. 282). En las instituciones totales los internos construyen un modelo arquetípico de personal, caracterizado como cruel, arbitrario y despótico, y con base en esas expectativas desarrollan sus estrategias de impresión y

presentación. También, desde el otro lado, el personal asume ciertas características estandarizadas en los internos: los creen perezosos, interesados, mezquinos, y en función de estas presuposiciones construyen su trato con los reclusos. Estas prácticas, que marcan los puntos de contacto entre el mundo del personal y el mundo de los internos, no siempre se encuentran formalmente establecidas, y, sin embargo, se constituyen como rutinas preestablecidas por la dinámica de la propia institución. Por ejemplo, y a nivel microsociológico, los distintos momentos que configuran aquello que Goffman llama la «mutilación del yo».

Con el estudio de las prácticas de mortificación del yo, Goffman intenta dejar claro que, aunque no mencione directamente la relación de dominación —prefiriendo el uso de la palabra «jerarquía»— entre internos y personal, la subordinación existe y se manifiesta en cada mínima unidad de interacción. La mortificación o disminución del yo es justamente eso, un proceso continuo y sistemático, institucionalizado, aunque nunca formalizado, de reprogramación del yo del interno a partir de distintas microacciones desplegadas por el personal, y que tienen como objetivo último recortar el alcance del yo del recluso. Desde «rituales de presentación» que alteran la identidad que la persona ha construido afuera del establecimiento, hasta pequeñas sustracciones de elementos que conforman el equipo identitario del interno, todas constituyen prácticas que se inscriben en un mecanismo continuo de reducción de la autonomía del sujeto, y de reestructuración de su identidad en función de los objetivos institucionales.

Siguiendo lo anterior, Goffman también entiende que existen pequeños reductos donde el yo de los internos puede protegerse de esta desprogramación, que por cierto nunca es total. Paralelamente al ejercicio de las mor-

tificaciones que despojan al interno de su yo preexistente o yo civil, la institución despliega lo que el autor llama un «sistema de privilegios» mediante el cual reorganiza la identidad de la persona enclaustrada. A medida que la institución va cercenando elementos del yo, inculca las «normas de la casa» en las rutinas del interno. Este «aprendizaje» de normas puede ser logrado tanto por una vía amable, a través una serie de pequeñas recompensas y gratificaciones, como por una vía menos amable, castigando a los internos mediante la suspensión de tales privilegios (Goffman, 2012, p. 62). En este contexto del sistema de privilegios, la institución permite de alguna manera la existencia de ciertos «ajustes secundarios», es decir, ciertas prácticas que, sin desafiar el orden del establecimiento, les permiten a los internos acceder a ciertas satisfacciones prohibidas, o bien permitidas, pero con medios prohibidos. Estos ajustes secundarios son un espacio de resguardo del yo, que de alguna manera garantizan al interno cierto control, aunque mínimo, sobre su entorno y sus acciones.

Estos sistemas auxiliares o secundarios de organización, al margen de las disposiciones oficiales, van generando un entramado de relaciones que decantan en una suerte de subcultura presidiaria, que tiene como efecto el reforzamiento de los vínculos de fraternidad y solidaridad entre los internos frente al personal. Quizá el momento más álgido de esta suerte de cultura de grupo sea en las pequeñas insurrecciones o motines que ocurren ocasionalmente en las instituciones totales. No obstante, las autoridades y el personal suelen ver con mucho recelo toda demostración de solidaridad o concertación, quizá porque estas son las que más abiertamente desafían el carácter individualizante del control social desplegado por las instituciones totales (Goffman, 2012, p. 71).

LA CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA DESVIACIÓN

Como hemos podido observar hasta aquí, tanto Goffman como otros autores que han continuado la metodología sociológica de George Mead parten de la idea de que el yo (más precisamente, el *sí mismo*) es el resultado de un producto social y, por lo tanto, las interacciones con los otros van modelando esa identidad socialmente construida. La escuela interaccionista sabe, entonces, de la importancia que las etiquetas y los rótulos que la sociedad nos atribuye tienen en nuestra propia percepción y configuración como personas sociales. Ahora bien, Goffman reconoce que la vida social sería imposible si no acudiéramos a nuestras interacciones con los demás llevando con nosotros ciertas presuposiciones sobre la conducta esperada en los otros. No obstante, esta afirmación no implica que no haya casos donde estas presuposiciones o estereotipos puedan convertirse en verdaderas etiquetas en exceso peyorativas e infamantes, algo que Goffman estudió con profundidad en su libro *Estigma*. Para el interaccionismo, el principal peligro del estigma radica en su capacidad de generar lo que podríamos llamar «profecías autocumplidas», es decir, cuando la persona hace suya, y configura por lo tanto su identidad social, con base en ese rótulo infamante que la sociedad le ha atribuido.

Esto no sería un problema, como sostienen Taylor et al, si se tratara de una rotulación ocasional, frente a la cual el yo puede desplegar estrategias de resiliencia; no obstante, el asunto toma otro cariz cuando estas rotulaciones se enraízan en lo profundo de la cultura y las prácticas institucionales, convirtiéndose en verdaderos fenómenos de violencia institucional y vulneración de derechos (2017, p. 170). Esto se debe a que el estigma in-habilita o, en términos del propio Goffman, deteriora la

identidad del sujeto, reduciéndola a una única cualidad socialmente atribuida como negativa. En este punto, también se pone de manifiesto la crítica al funcionalismo de Robert Merton, y fundamentalmente a su análisis del delincuente como un desviado social. En palabras del sociólogo Albert Cohen:

... una cosa es cometer un acto desviado (por ej., mentir, robar, mantener relaciones homosexuales, tomar narcóticos, beber en exceso o competir deslealmente) y otra muy distinta es ser acusado y calificado de desviado, es decir, ser definido socialmente como ladrón, mentiroso, homosexual, drogadicto, borracho, embaucador, adulator, matón, estafador, rompehuelgas, etc. (como se citó en Taylor et al, 2017, p. 171).

En realidad, y para ser justos con la teoría de Merton, no es que el autor crea que la desviación sea una suerte de escape biológico frente a la falta de integración social sino, más bien, una suerte de adaptación «normal» a un ambiente egoísta. Estos postulados en Merton están fuertemente asociados a su propia concepción de la noción de anomia, donde los objetivos de la población han alcanzado una importancia desproporcionada frente a los medios institucionales realmente existentes para la consecución de tales objetivos (Taylor et al, 2017, p. 115). No es casual que los primeros escritos de Merton calaran tan hondo en la academia norteamericana, y es que de alguna manera el autor revisaba críticamente, con su teoría de la desviación, el excesivo hincapié que la criminología ponía sobre el delito como un fenómeno de fracaso individual. En este sentido, la obra de Merton venía a cuestionar el principal postulado ideológico del *american dream*: la idea de que todas las personas —si se esfuerzan— pueden lograr los objetivos

socialmente establecidos. Además, venía a establecer la importancia que una estructura social desigual tiene en la frustración de esas expectativas.

Entonces, no es menor el hecho de que Merton haya elaborado una lectura social —sociológica— del delito como fenómeno desviado; ahora bien, el problema radica en que el determinismo de esta teoría no se comprueba necesariamente en la práctica. No se comprueba, precisamente, porque olvida el carácter interactivo y relacional de los fenómenos sociales. Si la teoría de Merton fuera cierta, y todas las personas en posiciones sociales susceptibles de cometer actos desviados cometieran actos desviados, las cifras de delitos serían enormes. Por otro lado, el delito, entonces, ¿es algo que probabilísticamente tiene más posibilidades de ocurrir en sectores sociales con menos recursos y oportunidades y, por lo tanto, más próximos a la frustración anómica de la que habla el autor? Y si queremos hilar más fino, ¿los roles —como vimos en la teoría de Goffman— son categorizaciones estáticas e inalterables sobre la realidad social? De hecho, son todo lo contrario, lo que hace muy difícil establecer la cuestión del éxito o el fracaso en la trayectoria social de una persona (Taylor et al, 2017, p. 133).

En la práctica, la denuncia que Charles W. Mills hiciera a la teoría parsoniana también puede aplicarse a la teoría de la desviación mertoniana, y es que ambos autores, que en un principio intentan sentar los fundamentos para una sociología de las instituciones, terminan desarrollando una teoría de la legitimación de las instituciones existentes. Y esto es así porque, en la mayoría de los casos, el estructuralismo funcionalista termina aceptando como válido el sistema valorativo vigente; es decir, como propuesta teórica, le cuesta pensar por fuera de las metas culturales predominan-

tes. Esta falta de una perspectiva más global termina haciendo que muchos de los conceptos utilizados se expliquen por sí mismos o, en palabras del propio Mills, se fetichicen (Mills, 2010). Contra esta objetivación de los conceptos, y sobre todo, en contra de la utilización acrítica de palabras provenientes del sentido común (desviación es una de ellas), es que se levanta la perspectiva interaccionista de Goffman y otros.

ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES: LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN SOCIAL EN EL ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE ENCIERRO

No es casual que las instituciones de control y enclaustramiento social sean las primeras en llamar la atención sobre este problema de los estigmas sociales, ya que son ellas las principales reproductoras de este tipo de rótulos infamantes. Este aspecto de la dinámica institucional en contextos de encierro lo revisamos al trabajar las genealogías y los dispositivos de Foucault, donde el autor trata de reconstruir históricamente el devenir de los argumentos detrás de los códigos penales (en el caso de las prisiones) y del conocimiento médico clínico (en el caso de los hospicios psiquiátricos). El conocimiento científico es poder en la medida en que puede jerarquizar, rotular y, por supuesto, encerrar a las personas en función de ciertas características construidas, desde la propia ciencia, como moralmente reprochables y socialmente inadmisibles. En la misma línea, aunque desde otra postura metodológica, podemos enmarcar a la crítica del interaccionismo simbólico a la teoría de la desviación social.

El concepto de estigma es fundamental para entender las sociedades actuales, sobre todo sus desigualdades sociales. Como el mismo Goffman sugiere, el estigma es una ideo-

logía, un artificio social creado para explicar y justificar la inferioridad de una persona, con el objetivo de deshumanizarlo a partir de su reducción en tanto portador de atributos «negativos». Como sostiene la autora María Pía Lara (2009) en su libro *Narrar el mal*, la crueldad, propia de los procesos de estigmatización, tiene como objetivo último destruir la identidad de la víctima, atacar violentamente en contra de su humanidad, con el fin de causar un daño moral irreparable e inenarrable. El estigma, en tanto dispositivo ideológico, opera en una dimensión moral. En tanto construcción arquetípica de lo distinto, de lo no-igual, estos relatos desacreditadores apelan a la mutilación del yo como parte de su metodología excluyente. El paso de un sujeto «desacreditable» a uno «desacreditado» está totalmente vinculado a la condición de verdad del estigma, a la irrefutabilidad del estereotipo. Cuando el estigma se hace carne, es decir, cuando se convierte en el único atributo válido mediante el cual el propio sujeto estigmatizado se reconoce, el daño moral causado se vuelve indecible o inenarrable. El estigma no es otra cosa que la suspensión de la historia.

Por último, si efectivamente esto es así, si el estigma, la mortificación del yo, y la dinámica de las instituciones de encierro tienden a suspender la historia de los sujetos reales a través de los artificios burocráticos y sistémicos de las instituciones de encierro, entonces, la única opción es recuperar la historia de estos sujetos des-historizados, recuperar su humanidad recobrando aquello que los hace intrínsecamente humanos: su socialidad. Quizá, después de todo, la sociología pueda reencontrarse con esa promesa inicial que le hiciera al mundo moderno: encontrar una causa histórica y una

solución colectiva a los padecimientos cotidianos de millones de personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Becker, H. (2009). *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Becker, H. (2015). *Para hablar de la sociedad. La sociología no basta*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Berger, P. y Luckmann, T. (2011). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Foucault, M. (2010). *Historia de la locura en la época clásica*. Buenos Aires: FCE.
- (1998). *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- (2008) *Vigilar y castigar*. Nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Goffman, E. (2010). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- (2009). *Internados*. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. Buenos Aires: Amorrortu.
- (2012). *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Han, B. (2020). *La sociedad del cansancio*. Buenos Aires: Herder.
- Mills, C. W. (2010). *La imaginación sociológica*. Buenos Aires: FCE.
- Taylor, I; Walton, P. y Young, J. (2017). *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Wacquant, L. (2015). *Las dos caras de un gueto. Ensayos sobre marginalización y penalización*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Reseñas



Reseña del libro *Ciencia y religión. Perspectivas históricas, epistemológicas y teológicas*, de L. Florio¹

Review of the book *Science and Religion. Historical, epistemological and theological perspectives*, by L. Florio

Claudio Roberto Bollini²

Resumen

Reseña descriptiva del libro de Lucio Florio, *Ciencia y Religión. Perspectivas históricas, epistemológicas y teológicas*, editado en 2020 por Ediciones Universidad Católica de Salta (EUCASA).

Palabras clave: ciencia y religión – reseña de libro

Abstract

Descriptive review of the book by Lucio Florio, *Science and Religion. Historical, epistemological and theological perspectives*, published in 2020 by Ediciones Universidad Católica de Salta (EUCASA).

Keywords: science and religion – book review

Derecho/ reseña

Citar: Bollini, C. R. Reseña del libro *Ciencia y religión. Perspectivas históricas, epistemológicas y teológicas*, de L. Florio. *Omnia. Derecho y sociedad*, 4 (4), pp. 103-107.

¹ Florio, L. (2020). *Ciencia y Religión. Perspectivas históricas, epistemológicas y teológicas*. Salta: Eucasa.

² Doctor en Teología (*summa cum laude*) por la Universidad Católica Argentina (UCA). Se especializa en teología fundamental y relaciones entre ciencia y fe. Su página *web* es www.razonesparalafe.org. Fue profesor adjunto de teología durante 17 años en esta universidad, y autor de numerosas obras sobre teología fundamental, ciencia y fe. Es además licenciado en Investigación Operativa y programador científico en la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA), actualmente en el Centro Atómico Bariloche. cepteo@gmail.com

El Pbro. Dr. Lucio Florio, investigador y docente en las facultades de Filosofía y Teología de la Universidad Católica Argentina (UCA), tiene una extensa trayectoria como activo participante y fundador en varias asociaciones y revistas dedicadas al tema del diálogo interdisciplinar entre la ciencia y la fe, y también como autor de libros y compilaciones sobre esta temática.

La presente obra puede ser considerada una síntesis de lo que él ha reflexionado y vivido en estas décadas, en pos de descubrir caminos renovados para armonizar las áreas del saber humano.

Florio recuerda la tradicional tesis forjada por el Iluminismo del siglo XVII: entre ciencia y religión no puede sino existir una «enemistad irreconciliable». En contraste, esta obra pretende mostrar las múltiples y fructíferas interacciones posibles entre ambas. En efecto, su propósito es despejar este conflicto aparente mediante «un pensamiento que sea respetuoso de la autonomía de cada ámbito de pensar» pero que no resulte un «mero entrecruzamiento de ciencias y religiones» (Florio, 2020: 10)³. A tal fin, esta obra transita por un triple abordaje: epistemológico, histórico y teológico.

Ahora bien, para la opinión pública, «ciencia y religión» están contrapuestas por un «versus», no unidas por un «y» (16). Florio explica que este modelo de conflicto (instalado por la Ilustración) no es válido para caracterizar la milenaria historia de los encuentros y desencuentros entre ambas realidades. Hubo épocas de «coexistencia relativamente pacífica»; las relaciones mutuas fueron «mucho más complejas y entreveradas» de lo que las representaciones esquemáticas sugieren (19).

Recientemente, ha surgido un movimiento denominado genéricamente «ciencia y religión»⁽¹⁹⁾ que, al estar conformado por pensadores de múltiples disciplinas, goza de aceptación académica. Esta corriente está empeñada en mostrar una realidad más compleja que los respectivos ámbitos por separado.

Hubo varios intentos para clasificar las relaciones entre ciencia y religión según diferentes modelos de interacción. El más conocido es el del físico y teólogo Ian Barbour, que propuso cuatro posibilidades: conflicto, independencia, diálogo e integración⁴.

Acotemos que también la propuesta de Robert Russell (fundador del Center for Theology and the Natural Sciences⁵) habría merecido una mención por su relevancia e interés. Russell, tomando elementos de Ian Barbour y de Arthur Peacocke, desarrolló el paradigma de la «interacción mutua creativa» entre la teología y las ciencias naturales, partiendo de la metáfora de la construcción de un puente entre ambas riberas.

Florio plantea luego una aproximación alternativa, basado en la evolución histórica de la relación entre ambas, mediante tres etapas: 1) «pre-crítica», caracterizada por la integración; 2) «crítica» (con el advenimiento de la Modernidad), donde la ciencia alcanza su autonomía, y 3) «post-crítica» en la que aparecen «neo-fundamentalismos» científicos en el seno de la cultura contemporánea (36). Estos fundamentalismos actuales, reaccionando ante las propuestas de «pensamiento débil» de Gianni Vattimo, procuran restablecer la alianza de fines del siglo XIX entre el positivismo y la tecnología.

³ En adelante, se referenciarán todas las citas de este libro solamente con el número de la página.

⁴ Reformulado posteriormente por el teólogo católico John Haught.

⁵ <https://www.ctns.org>

Plantear las interacciones entre la ciencia y la religión según su «grado de criticidad», en lugar de los esquemas estáticos de Barbour o Haught, es, ciertamente, un propuesta original y prometedora; se extrañan, no obstante, algunos ejemplos ilustrativos (tal vez un caso representativo de la etapa «post-crítica» sea las elucubraciones altamente especulativas del físico norteamericano Frank Tipler).

Una idea clave en la que insiste nuestro autor es la interdisciplinariedad: un diálogo con múltiples voces que, respetando las respectivas identidades, explore puntos de contactos mutuos. La religión puede concurrir al diálogo con las ciencias, a condición de que supere su etapa pre-crítica de una experiencia del Absoluto y se desarrolle epistemológicamente como un conjunto de «ciencias de la religión» (40): historia de la religión, religiones comparadas, psicología de la religión, etc. Podría agregarse la «fenomenología de la religión» que alcanzó un importante desarrollo durante el siglo XX.

Asimismo, la teología puede también incorporarse a este intercambio, pues nace con el mismo nivel epistémico que las ciencias humanas. Ella profundiza en «el contenido de la experiencia religiosa, considerando que a ella le corresponde una realidad» (41).

En la segunda parte⁶, Florio manifiesta implícitamente que no escribe como un teólogo que elabora su discurso desde la fe, sino, antes bien, como un filósofo o epistemólogo que discurre sobre la fenomenología y la filosofía de la religión. En efecto, al presentar la religión judeocristiana, afirma que esta «se comprendió a sí misma» o «se considera a sí misma» como una religión revelada (43). Por su parte, la Iglesia «admite» la encarnación del Hijo de Dios y el universo

«es visto» como atravesado por la presencia de Cristo (43), etc.

No obstante este distanciamiento metodológico, Florio señala que el pensamiento bíblico es racional, pues busca «entender lo creado como una realidad inteligible» por ser fruto de la actividad creadora de Dios (44) y opera analógicamente, interpretando, comunicando y narrando la revelación divina.

A partir de estas concepciones bíblicas, continúa nuestro autor, fue forjándose desde los primeros siglos de nuestra era la imagen de los «dos libros» mediante los cuales Dios se manifiesta: por un lado, la Palabra de Dios que toma la iniciativa; por el otro, la naturaleza como obra que remite a su Hacedor. En la Edad Media se logró una equilibrada síntesis entre razón y fe y la teología alcanzó su madurez epistémica. El giro copernicano de la Modernidad, con su propuesta de una cosmología científica que venía a reemplazar los paradigmas míticos, produjo una crisis hermenéutica en la teología, cuya manifestación por excelencia fue el caso Galileo. Gracias a esta encrucijada, la Iglesia maduró una exégesis bíblica «no literalista». Fue esta la que le permitió una recepción de las tesis evolucionistas de un modo menos conflictivo que el del protestantismo anglosajón. Los aportes del jesuita Teilhard de Chardin fueron fundamentales para facilitar esta admisión. Florio menciona la famosa calificación de la teoría de la evolución por parte de San Juan Pablo II: «algo más que una hipótesis» (74).

Los nuevos desarrollos científicos y el paralelo progreso de las filosofías de la ciencia (con conceptos como complejidad y no-determinismo) tuvieron un profundo impacto en la autocomprensión de la teología. Florio menciona aquí el sugerente concepto «epistemología

⁶ «El cristianismo y su interrelación histórica con la ciencia».

profética» de raíces bíblicas (80), que el autor ha esbozado en artículos previos⁷.

Nuestro autor termina su atrayente recorrido abordando el tópico de la teología de la naturaleza, bajo la luz que aportan los «nuevos escenarios abiertos por la racionalidad científica» (83). La moderna epistemología ha develado la pluralidad de sentidos y lenguajes en los diversos saberes. Esta diversidad plantea un genuino desafío para la interdisciplinariedad que Florio ha señalado como esencial. En lo sucesivo, para que la teología pueda entablar un diálogo con las ciencias humanas debe ser «crítica, orgánica y progresiva» (86), formulando sus conceptos de modo analógico (87). Esto le impide aliarse con una teoría científica dada. Caso contrario, podría verse comprometida con la refutación de un paradigma científico, tal como le sucedió con el derrumbe de la cosmovisión geocéntrica. Debe remarcarse que la teología posee un núcleo de irreductibilidad que la excluye de la falsación popperiana.

Nuestro autor presenta luego la propuesta del teólogo anglicano Arthur Peacocke, de fuerte acento integrador. Peacocke recurre a categorías de las ciencias naturales para elaborar una teología «global» que explique lo divino. Es cierto que esta formulación no alcanza el nivel de subsumición de la teología a la física como el que plantea Frank Tipler (que considera a la teología como «una rama de la física»⁸). Aun así, pueden señalarse serias objeciones a Peacocke. Fiel a su abordaje desde una perspectiva filosófico-hermenéutica, Florio indica las «dificultades para su implementación» vistas las diferencias inconciliables entre las diversas religiones (91).

Florio ofrece, como abordaje alternativo, la propuesta de Giuseppe Tanzella-Nitti: la teolo-

gía es una disciplina que reconoce un momento de «saber descendente», en el que la Palabra de Dios ilumina la realidad y un momento ascendente en el que, mediante los conocimientos científicos y filosóficos, el pensador se eleva hacia la Revelación.

Como colofón de estos diversos modelos de interacción, nuestro autor indica una aspiración compartida entre las ciencias y la teología: «la interpretación de lo real» (92). Para resolver los conflictos potenciales, Florio ve la posibilidad de la coexistencia de «simultáneas y diversas lecturas de la realidad» (93). Esta aseveración es ciertamente desafiante y merecería un debate ulterior.

Como alternativa a ciertos modelos «personalistas» que pretenden trasladar el discurso hermenéutico a la subjetividad del individuo cognoscente, Florio presenta la opción de la «recíproca provocación intelectual», mediante la cual cada uno de los interlocutores somete sus ideas a la reflexión del otro. Como bien señala nuestro autor, la viabilidad de tal ejercicio de parte de la teología encuentra su fundamento en «la correspondencia entre la Palabra creadora y la palabra que interpreta y dirige la historia» (93), es decir, entre la creación y la revelación en la unidad de la verdad divina.

Reflexionando sobre la tarea de armonizar la revelación bíblica con los escenarios científicos, Florio realiza una muy aguda observación: ante cierta afirmación teórica, no sería suficiente para un teólogo argumentar que se trata solo de una hipótesis científica. Aun cuando así lo fuera, si este procura ejercer una adecuada epistemología, debe «estar atento a que [estas argumentaciones] ni siquiera como hipótesis puedan entrar en contradicción con la revelación» (95).

⁷ Cf. Revista *Criterio*. Marzo 2021. Año XCIII. *La pandemia y una respuesta global*. p. 6.

⁸ Tipler, F. (1996). *La física de la inmortalidad*. Madrid. p. 17.

La obra concluye enumerando algunos desafíos específicos de las diversas ciencias a la teología: la cosmología moderna, con las cuestiones de la evolución del universo y la «sintonía fina» de sus constantes fundamentales para la aparición del ser humano; las leyes físicas, en un sugerente equilibrio entre el determinismo y el indeterminismo (que reabre la tradicional cuestión de la acción divina en la creación); la biología y el descubrimiento del patrimonio genético compartido con el resto de los seres vivos; etc.

Ante estos nuevos panoramas, y aclarando que son «implicaciones y no necesariamente problematizaciones» (101), Florio sugiere algunos puntos de concurrencia ciertamente fascinantes: la doctrina de la resurrección de la carne ante el descubrimiento de la información genética en el ADN; el inicio del universo según los modelos cosmogónicos actuales y la doctrina de la creación; el destino del universo según la cosmología (con su gradual degradación entrópica), ante la promesa de una nueva creación anunciada por Isaías y el Apocalipsis; la doctrina del pecado original ante los desórdenes ecológicos fruto de la miseria humana y ante la dramaticidad de la muerte, etc.

Las ciencias naturales no deben ser consideradas como «contaminantes» humanos de la

revelación. Por el contrario, asegura lúcidamente Florio, «permiten acrecentar su inteligibilidad por la razón» y, conjuntamente, «la credibilidad de la fe en un contexto científico» (100).

En un breve balance final, nuestro autor concluye que, en efecto, «la comprensión de la revelación es parte esencial» de la naturaleza humana; tal intelección tiene lugar «en el gran tejido de experiencias humanas» de cara al universo. En suma, una teología de la creación ha de entenderse como «una teología de la naturaleza atravesada internamente por las ciencias» (118).

Desde una perspectiva filosófica y epistemológica, Florio se ha esmerado en remarcar, que, respetando su misterio irreductible, la fe posee una profunda racionalidad y consonancia con las ciencias.

Habríamos deseado una mayor explicitación en ciertos puntos particulares como así también algunos ejemplos prácticos en la sección donde examina las diversas propuestas. No obstante, a nuestro juicio, Florio ha logrado holgadamente, de un modo elocuente y claro, su propósito de resaltar el interés y la necesidad de una concurrencia de los múltiples saberes. El resultado será sinérgico, al resultar este superior a la suma de las distintas disciplinas individuales.

