

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 23, N° 1 | Junio de 2025

PRESIDENCIALISMO ARGENTINO Víctor Enrique Ibáñez Rosaz • **LAS NUEVAS FUNCIONES DE LOS JUECES DE EJECUCIÓN PENAL EN EL CPPF. ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA UNIFICACIÓN DE PENAS Y CONDENAS** Horacio Adrián Garrofé • **RÉGIMEN PENAL JUVENIL Y PROCESO DE FLAGRANCIA: A PROPÓSITO DEL DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN EN “C., A. C. Y OTRO”** Paula Florencia Suárez Soto
UN DEBATE SOBRE LA AUTONOMÍA Y EL SUFRIMIENTO: REFLEXIONES SOBRE LA AYUDA A MORIR Mario A. Sebastiani y Alex O. A. Baraglia • **FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL PUNTO NACIONAL DE CONTACTO COMO HERRAMIENTA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DDHH** Juana Bardín y Sofía Calatrava • **DELITOS DE CUELLO BLANCO Y JUSTICIA AMBIENTAL: CÓMO LA RESTAURACIÓN PUEDE REDEFINIR EL FUTURO EMPRESARIAL** Guido Adrián Palacín



Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 23, Nº 1 | Junio de 2025

Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO

Universidad de Palermo

Dirección:

Carlos A. Calvo Costa (UBA - UP)
Eugenio C. Sarraýbayrouse (UBA-UP)
Graciela Medina (UBA-UP)
Marcela Basterra (UBA-UP)

Dirección Ejecutiva:

Diego A. Dolabjian (UBA - UP)
Belén Gasparotti (UP)
Janice Balanian (UBA)

Secretaría de Redacción:

Agustín M. Iglesias Díez (UBA)
Francisco Balbín (UBA)
Ian Lerner (UP)
Juan Carlos Ruas (UBA)
Luciano Durrieu (UBA-UP)
Maia Czarny (UBA)
María Rosario Tejada (UBA)
Ricardo S. Kennedy (UBA)
Juliana Belén Aragón (UBA)
Sofía Lasca (UBA)
Agustina Castro (UBA)
Florencia Manuele (UBA)
Sofía Vilches (UBA)

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Editado por

Universidad de Palermo, Junio 2025

Diseño general

Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

© 2025 Fundación Universidad de Palermo

ISSN 0328-5642

e-ISSN 2718-7063

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Consejo Académico Editorial:

Adrián Carta (UBA - UP)
Agustina Del Campo (UDESA - UP)
Agustina Ramón Michel (CEDES - UP)
Andrea Finkelstein (UP)
Claudio Ramos Feijoó (UP)
Daniel Crovi (UBA - UP)
Diana Maffía (UBA - UP)
Eduardo Roveda (UBA - UP)
Fernando Buján (UBA - UP)
Gabriel Rolleri (UBA - UP)
Gustavo Beade (UBA - UP)
Gustavo Maurino (UBA - UP)
Horacio Corti (UBA)
Horacio Días (UBA - UP)
Jaime Malamud Goti (UDESA - UP)
José Luis Gargarella (UBA - UP)
José María Salgado (UBA-UNPAZ)
Juan González Bertomeu (UP)
Juan Pablo Alonso (UBA - UP)
Laura Saldivia (UBA - UP)
Leonardo Filippini (UBA - UP)
Leopoldo Godio (UBA-UP)
Marcelo Alegre (UBA - UP)
Marcelo López Alfonsín (UBA - UP)
Mariano Heller (UBA - UP)
Martín F. Böhmer (UBA - UP)
Martín Farrell (UBA - UP)
Mary Beloff (UBA - UP)
Miguel Ángel Maza (UBA - UP)
Paola Bergallo (UTDT - UP)
Pablo Hirschmann (UBA - UP)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA)
Ricardo Arredondo (UBA - UP)
Roberto Gargarella (UBA - UP)
Roberto Saba (UBA - UP)

Académicos correspondientes:

Brasil: Carolina Machado Cyrillo da Silva (UFRJ)
Colombia: Edgar Fuentes Contreras (UTADEO)
Ecuador: Sebastián López Hidalgo (UASB)
España: Alejandra Boto Álvarez (UNIOVI)
Italia: Alfonso Celotto (UNIROMA3)
México: Ricardo García de la Rosa (ITAM)
Perú: José F. Palomino Manchego (UNMSM)
Uruguay: Andrés Mariño López (UDELAR)

Índice

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063

Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Año 23, N° 1 | Junio de 2025 | Ciudad Autónoma de Buenos Aires | Argentina

Artículos 5

Presidencialismo argentino

Víctor Enrique Ibáñez Rosaz 7-26

Las nuevas funciones de los jueces de ejecución penal en el CPPF. Especial consideración sobre la unificación de penas y condenas

Horacio Adrián Garrofé 27-36

Régimen penal juvenil y proceso de flagrancia: A propósito del dictamen del Procurador General de la Nación en “C., A. C. y otro”

Paula Florencia Suárez Soto 37-53

Un debate sobre la autonomía y el sufrimiento: reflexiones sobre la ayuda a morir

Mario A. Sebastiani y Alex O. A. Baraglia 55-72

Fortalezas y debilidades del Punto Nacional de Contacto como herramienta para la protección de los derechos humanos

Juana Bardín y Sofía Calatrava 73-100

Delitos de cuello blanco y justicia ambiental: cómo la restauración puede redefinir el futuro empresarial

Guido Adrián Palacín 101-118

Reseñas..... 119

Reseña normativa 121-122

La Revista Jurídica de la Universidad de Palermo es una publicación de la Facultad de Derecho / Centro de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

La Revista Jurídica publica trabajos de académicos, investigadores, profesionales y estudiantes en una variedad de formatos que incluyen artículos, ensayos y comentarios sobre decisiones judiciales. Su contenido está dirigido a especialistas, investigadores y estudiantes de grado y posgrado.

La Revista Jurídica invita a los autores a enviar trabajos inéditos y originales a revistajuridica@palermo.edu. La Revista se organiza en base a un sistema de referato doble ciego para decidir sobre la calidad académica de los artículos enviados por los autores para su publicación, la originalidad de las ideas planteadas y la corrección de las citas.

Para obtener información, los interesados pueden dirigirse a:

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo
Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho
Universidad de Palermo
Mario Bravo 1050, 7° piso (C1175ABZ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: +54 11 5199-4500
Fax: +54 11 4963-1560
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Los trabajos firmados no representan la opinión de la Universidad o de la Revista y son exclusiva responsabilidad de los autores.

La reproducción sin autorización de cualquier texto de la Revista, sea total o parcial, idéntica o modificada, viola derechos reservados. Con fines académicos podrá citarse un breve fragmento del texto de los artículos, a condición de que se de debidamente cuenta de su origen.

Artículos

Presidencialismo argentino

Víctor Enrique Ibáñez Rosaz*

Resumen

Este artículo analiza la evolución del sistema presidencialista argentino desde su diseño originario en la Constitución de 1853 hasta la reforma constitucional de 1994. Examina el modelo de Poder Ejecutivo fuerte inspirado en Juan Bautista Alberdi y los debates sobre los límites del presidencialismo surgidos a comienzos del siglo XX. El trabajo sostiene que la expansión progresiva del Poder Ejecutivo condujo a un régimen híper-presidencialista y que la reforma de 1994 —en particular la creación del Jefe de Gabinete de Ministros— no modificó sustancialmente esta estructura institucional. Finalmente, concluye que la atenuación del presidencialismo podría encontrarse no en nuevas reformas constitucionales, sino en la utilización efectiva de los mecanismos ya previstos en la Constitución histórica.

Palabras clave: Presidencialismo - híper-presidencialismo - división de poderes - jefe de gabinete - reforma constitucional de 1994.

* Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y posdoctorando en Ciencia Política, Secretario Letrado y Director General de Asuntos Contenciosos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Profesor Titular Efectivo de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza - Argentina), Profesor Asociado de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (Mendoza - Argentina), Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Público I (Constitucional) de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad del Aconcagua (Mendoza - Argentina).

Abstract

This article analyzes the evolution of the Argentine presidential system from its original design in the Constitution of 1853 to the constitutional reform of 1994. It examines the model of a strong executive branch inspired by Juan Bautista Alberdi and the debates on the limits of presidentialism that emerged in the early twentieth century. The study argues that the progressive expansion of executive power led to a hyper-presidential system and that the 1994 reform—particularly the creation of the Chief of the Cabinet of Ministers—did not substantially alter this institutional structure. It concludes that the attenuation of presidentialism may lie not in further constitutional reforms but in the effective use of mechanisms already contained in the historical Constitution.

Keywords: Presidentialism; hyper-presidentialism; separation of powers; Chief of the Cabinet of Ministers; 1994 constitutional reform.

I. El sistema presidencialista argentino en la Constitución de 1853

Sabemos que nuestro régimen político responde al modelo presidencialista fuerte trazado por Juan Bautista Alberdi y que forma parte de nuestra tradición constitucional que arranca -a nuestro juicio- aún antes de su consolidación definitiva por la creación del Directorio a manos de la Asamblea del año XIII.

De las principales fuentes que influyen en su pensamiento y que junto al anteproyecto de José Benjamín Gorostiaga predominan en la Convención de 1853: antecedentes argentinos (estatutos, reglamentos, Constitución de 1826), Anteproyecto de Pellegrino Rossi, Constitución de E.E.U.U., textos constitucionales franceses de 1791 y 1793, Constitución de Cádiz de 1812 y Constitución chilena de 1833; el tucumano prefirió esta última a la hora de diseñar el órgano ejecutivo¹.

Para Alberdi el pueblo no está preparado para realizar el contenido de la república, sin embargo, descarta el retorno al modelo monárquico por resultar un contrasentido luego de tantos años de lucha contra aquél para instaurar el modelo republicano. Es por ello que la solución no es otra que elevar al pueblo a la altura de la forma republicana de gobierno para hacerlo digno de ella².

De allí que en el precedente chileno encuentra que la energía del poder del presidente ofrece garantías públicas para el orden y la paz sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano. Solución adoptada por medio de una Constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma³.

No ve contradicción entre el gradual fondo democrático de la república y un ejecutivo que se encuentra en el umbral del déspota pero cuyos límites están ahora en la Constitución. Dice: “...*Dad al Poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una Constitución...*”⁴.

El constituyente de 1853 se hace eco del planteo alberdiano y sanciona un texto del que surge un esquema republicano de tripartición de poder pero con un ejecutivo vigoroso al que le asigna las jefaturas de estado, gobierno, administración pública, fuerzas armadas y capital federal y al que sitúa como colegislador natural del congreso a través de su participación activa en el proceso de formación y sanción de leyes (mediante la facultad de presentar proyectos de ley, apoyar los mismos en el seno del congreso con la intervención de los ministros con voz y sin voto en

¹ En este sentido puede consultarse la obra de Dardo PÉREZ GUILLOU, “*El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*”, EDIUNC, Mendoza, 2003, Cap. 8, p. 101/ 118.

² Ver Mario Daniel SERRAFERO, “*Estudios sobre la Constitución Nacional. Momentos institucionales y modelos constitucionales*”, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1993, p. 31.

³ Ver Mario Daniel SERRAFERO, “*Estudios sobre la Constitución Nacional. Momentos institucionales y modelos constitucionales*”,...cit., p. 32.

⁴ Juan Bautista ALBERDI, “*Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*”, Ed. El Ateneo, 1.913, T I, p. 139.

las sesiones y con facultad de veto, promulgación y publicación). Todo lo cual da como resultado un verdadero monarca constitucional.

II. La Argentina del centenario

Al llegar el centenario de la revolución de mayo de 1810 el debate acerca del sistema presidencialista se enmarca dentro de un conjunto de ideas provenientes de las principales corrientes que tienen influencia en el período que transcurre entre 1880 y 1930.

Tau Anzoátegui señala que: “La etapa que nos ocupa está estrechamente vinculada a un nuevo período de vida nacional. El año 80 es considerado como el fin de una Argentina que aún conservaba importantes rasgos de su viejo pasado y el comienzo de una era de progreso material, de auge económico y de nuevas formas políticas...”⁵.

Zea extiende esta visión a todos los países hispanoamericanos al decir que: Entre los años 1880 y 1900 pareció surgir una Hispanoamérica nueva. Un grupo de países que parecían no tener nada que ver con la Hispanoamérica que había seguido a la independencia política. Un nuevo orden se alzaba; pero ya no era el orden colonial, sino un orden apoyado en las ideas del progreso y la ciencia...La filosofía que justificó este orden y sirvió de orientación a esta nueva forma de educación, fue el positivismo⁶.

Es esta una época trascendente para el desarrollo de las ideas políticas; cuyo recorrido social es canalizado por hombres en su mayoría pragmáticos. La sociedad se configura de otra manera como consecuencia de la inmigración y de la significativa inversión extranjera. El liberalismo es ideología dominante, el positivismo avasalla los ambientes académicos, la masonería es una fuerza aún vigente⁷ y bien se ha dicho que en la historia argentina no existen tres décadas que hayan experimentado una expansión económica tan significativa⁸.

Los ferrocarriles empiezan a cruzar los caminos, las industrias se multiplican;

⁵ Victor TAU ANZOÁTEGUI, “*Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX – XX)*”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de historia jurídica III, Ed. Perrot, Buenos Aires, p. 104.

⁶ Leopoldo ZEA, “*Las ideas en Iberoamérica en el siglo XIX*”, en “Cuadernos de extensión universitaria”, Departamento de Filosofía - Instituto de Historia de la filosofía y del pensamiento argentino, Universidad Nacional de la Plata (Facultad de humanidades y Ciencias de la educación), La Plata, 1956, p. 44/45.

⁷ Cfr. Carlos Alberto FLORIA / César A. García BELSUNCE, “*Historia política de la Argentina contemporánea 1880-1983*”, Ed. Alianza Universidad, Buenos Aires/Madrid, 1988, cit., p. 63 y 77.

⁸ Cfr. Carlos F. DÍAZ ALEJANDRO, “*Ensayos sobre la historia económica argentina*”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1975.

se deja sentir una era de progreso y de gran optimismo. En política, las palabras libertad, progreso y democracia sobre bases científicas y positivas aparecen como nuevas banderas. La riqueza parece ser el mejor de los estímulos para el crecimiento de la nueva América⁹.

A la vez, suceden en el curso del período que nos ocupa un gran número de hechos históricos relevantes, que comprenden, entre otros, la federalización de Buenos Aires como capital de la República (1880), la llegada a la Presidencia de Julio Argentino Roca -1880/1886- con quien convergen y tienen respuesta tres problemas básicos: la integridad territorial, la identidad nacional y la organización de un régimen político caracterizado por la hegemonía gubernamental, control en la sucesión y alianza de los notables -traducida en una república aristocrática u orden conservador-¹⁰ con plataforma en el Partido Autonomista nacional y en la llamada liga de gobernadores¹¹.

No podemos dejar de incluir la revolución de 1890, el debate sobre la reforma electoral -que culmina con las leyes dictadas durante la segunda presidencia de Julio Argentino Roca y la de Roque Sáenz Peña- y la revolución de 1930.

En punto a las preferencias políticas de todo el período, coincidimos con Segovia en que:

Entre el 60'y el 80'se forma un corpus ideológico básico, un credo elemental común, al que adhieren la gran mayoría de los intelectuales y los políticos...el liberalismo...que se identifica: con la defensa de la legitimidad constitucional del 53/60'; con un gobierno enérgico pero limitado, una república representativa... optimismo progresista en lo económico, lo material y lo intelectual...protección y desarrollo de los derechos individuales,...División de poderes, control del gobierno, Ejecutivo fuerte, federalismo de unidad, libertad política y derechos individuales, democracia limitada, libertad económica desde el Estado... Nadie se define fuera del liberalismo. Las disputas siempre son "internas".¹²

11

Dentro de este núcleo común se pueden diferenciar, al menos, dos importantes

⁹ Cfr. Leopoldo ZEA, *"El pensamiento latinoamericano"*, edición a cargo de Liliana Jiménez Ramírez, 2003. Utilizamos la edición digital basada en la tercera del libro (Barcelona, Ariel, 1976) y la tomamos de: <http://www.ensayistas.org/filosofos/mexico/zea/pla/prefacio.htm>, apartado V, p. 6.

¹⁰ Los términos utilizados se extraen de las obras de Carlos Alberto FLORIA / César A. García BELSUNCE, *"Historia de los Argentinos"*, Ed. Larousse, Buenos Aires, 1992 y Natalio BOTANA, *"El Orden Conservador"*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1977.

¹¹ Cfr. Carlos Alberto FLORIA / César A. García BELSUNCE, *"Historia política de la Argentina contemporánea 1880-1983"*, cit., p. 67.

¹² Juan Fernando SEGOVIA, *"El liberalismo argentino de la generación del ochenta. Coincidencias y diferencias ideológicas"* en Historia y evolución de las ideas políticas y filosóficas argentinas, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen XVII, Córdoba, 2000, p. 259 a 345.

sectores liberales. Por un lado, el liberalismo positivista que cree en una política apartada de toda vinculación religiosa, y cuyo ideal de progreso se entiende como programa efectivo de gobierno que impone el rechazo a lo autóctono. Por el otro, el sector del liberalismo que no comparte el positivismo dominante, o que lo atenúa por la incorporación de elementos filosóficos y políticos provenientes de fuentes distintas a las spencerianas y utilitaristas. Tal el caso de los liberales católicos.

Hay además un sector, también liberal, que incorpora elementos del conservadurismo provenientes tanto del romanticismo y el historicismo europeos cuanto del republicanismo norteamericano¹³.

Por último, desde fines de la presidencia de Roca y durante la de Juárez Celman, se va perfilando un liberalismo radical, con tintes más democráticos, que hará de la libertad electoral su bandera.

III. Presidencialismo vs. Parlamentarismo. El primer debate

El centenario de la revolución de Mayo presencia la aparición de la Revista Argentina de Ciencias Políticas dirigida por Rodolfo Rivarola y cuyo principal debate constitucional es la función que la Constitución les asigna a los ministros del poder ejecutivo; debate que encierra otro de naturaleza institucional, más acotado y menos publicitado: fue el período en el cual la alternativa entre presidencialismo o parlamentarismo aparece por primera vez con singular entidad en el escenario del derecho constitucional argentino¹⁴.

Dos obras claves abren el centenario: Rivarola propone la transformación del régimen federal en un sistema unitario en 1908 en su obra “Del régimen federal al unitario” y Matienzo publica en 1910 “El Gobierno Representativo Federal en la República Argentina”; describiendo con agudeza el mundo de los gobiernos electores y de la república restrictiva.

Parten ambos de la observación de la práctica política pasada, la experiencia comparada y la propia realidad de aquellos días. Movidos por las ideas y las corrientes propias de la época vierten opiniones que no sólo implican interpretar el texto constitucional teniendo en cuenta lo normativo sino también la práctica institucional y la experiencia histórica. Advierten así que los problemas del sistema presidencialista son el personalismo prepotente, el divorcio entre el gobierno y la opinión pública y la distancia absoluta entre el poder ejecutivo y el legislativo¹⁵.

Para estos hombres es necesario que exista cooperación entre el poder ejecutivo

¹³ Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, “El liberalismo argentino...”, cit., p. 269.

¹⁴ Cfr. Mario Daniel SERRAFERO, “Estudios sobre la Constitución Nacional. Momentos institucionales y modelos constitucionales”,...cit., p. 49/50/51.

¹⁵ Cfr. Mario Daniel SERRAFERO, “Estudios sobre la Constitución Nacional. Momentos institucionales y modelos constitucionales”,...cit., p. 52.

y el poder legislativo. Entienden que nuestra Constitución contempla esa posibilidad a través de la facultad de colegislación que le asigna al poder ejecutivo y a través de la institución ministerial. Así, el gobierno libre exige un régimen parlamentario gobernado por la opinión pública y la palabra parlamentaria¹⁶.

Matienzo niega la unipersonalidad del órgano ejecutivo y sostiene al analizar los viejos arts. 74, 87 y 88 de la Constitución que:

...En la República Argentina...desde los primeros días...vemos aparecer a los ministros refrendando bajo su responsabilidad los actos del poder ejecutivo y asistiendo a los debates de las cámaras. El derecho del parlamento de llamar a su sala a los ministros para pedirles explicaciones fue consagrado en la ley de 14 de febrero de 1814 por la... asamblea general constituyente que se instaló en 1813, y ha sido confirmado por todas las constituciones posteriores. La facultad de los ministros para asistir a las sesiones sin ser llamados tiene su origen en la misma ley. La responsabilidad y poder de los ministros se estableció en el estatuto de 1815, según el cual, el director no podía expedir orden... alguna sin la firma del respectivo secretario del estado, y ninguno de éstos podía autorizar órdenes, decretos o providencias contrarias al estatuto, sin que le sirviera de excusa la súplica, mandato o fuerza del director...¹⁷.

Entiende que en este tema: "...se tenía a la vista...la primera constitución francesa,... de 1791..."¹⁸. Luego hace una breve reseña de las normas que regulan la materia en el Reglamento Provisorio dictado en 1817, -que reproduce las disposiciones del Estatuto de 1815- y aclara que interrumpido el gobierno nacional en 1.820 la Provincia de Buenos Aires constituye su Poder ejecutivo con un Gobernador asistido de dos ministros, responsables, declarando por la ley de julio de 1821, que éstos podían concurrir a la sala de sesiones de la Junta de Representantes para: "...ilustrar e ilustrarse sobre los negocios del interés público..."¹⁹.

La constitución de 1826 no pudo separarse -en punto al régimen ministerial- de la práctica argentina y fue ésta la tradición que encuentra el Congreso constituyente de 1853, el que, apartándose del modelo norteamericano, integra el poder ejecutivo con ministros responsables, cuya firma es requisito necesario para la validez de los actos gubernativos y cuya presencia en las cámaras es a la vez un derecho y un deber.

En conclusión, para Matienzo la institución ministerial proviene de la Constitución francesa de 1791. De esta forma sustenta no sólo en la norma sino también en los antecedentes y en la realidad histórica su visión de un régimen, si

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ José Nicolás MATIENZO, *"Función constitucional de los Ministros"*, en Temas Políticos e Históricos, Estab. Tipográfico Kosmos, Buenos Aires, 1916, p. 95.

¹⁸ José Nicolás MATIENZO, *"Función constitucional..."*, cit., p. 95/ 96.

¹⁹ José Nicolás MATIENZO, *"Función constitucional..."*, cit., p. 97.

no totalmente parlamentario, si opuesto a un crudo presidencialismo y con claros matices parlamentarios²⁰.

Así, la limitación al poder presidencial viene dada en la Constitución de 1853 -entre otros factores- por el hecho de que los actos del presidente “...tienen que ser autorizados por un ministro responsable...” y “...su intervención (la del presidente) activa en el gobierno está limitada por la necesidad de guardar a los ministros las consideraciones debidas a su alto rango; y esta restricción es tanto mayor en cada caso cuanto más eminente es el ministro que corre con el despacho del asunto de que se trata...”²¹.

Como se advierte, estos hombres están convencidos que nuestros padres no concibieron jamás un poder ejecutivo independiente de las cámaras y sin ministros responsables. Dirán en reiteradas oportunidades que la Constitución del 53, a diferencia de la norteamericana, ha puesto a los ministros en relación directa con las cámaras del congreso, sin intervención del presidente, obligándoles a asistir a las sesiones para dar informes y explicaciones y que el germen del personalismo es el agravio inferido a la Constitución Nacional, de anular en la práctica el régimen ministerial para dejar subsistente el gobierno personal de presidentes y gobernadores.

Aún para Isidoro Ruiz Moreno -quien considera que el órgano ejecutivo argentino es unipersonal, siendo los ministros simples secretarios de Estado- cabe sostener que: “...si la constitución ha consagrado el sistema presidencial, en la práctica no siempre se ha cumplido...”²².

Raúl Orgaz clasifica el sistema argentino como presidencial - parlamentario y González Calderón sostiene que es cuasi presidencialista porque, a pesar de contener elementos parlamentarios, se acerca más al modelo presidencial; toda vez que, si bien ha tomado de aquél muchas de sus ventajas se aleja en dos puntos excluyendo la irresponsabilidad del jefe del estado, primera condición del sistema ministerial, y también, al prescindir del derecho de disolución de las cámaras²³.

Para estos publicistas, el ministerio argentino no es de esencia diferente a aquél que gobierna en los países civilizados, pero se encuentra en las primeras etapas de su evolución. El destino final es un cambio de régimen hacia el parlamentarismo y para esto no es la Constitución formal la que debe transformarse, es la propia práctica institucional; a pesar de los condicionantes personalistas, la que inspira tal rumbo.

Rivarola entiende que el centro institucional de transformación democrática

²⁰ Cfr. Mario Daniel SERRAFERO, “*Estudios sobre la Constitución Nacional. Momentos institucionales y modelos constitucionales*”,...cit., p. 58.

²¹ José Nicolás MATIENZO, “*El Presidente*”, en “*El Gobierno representativo federal en la República Argentina*”, Editorial América, Madrid, 1917, p. 124.

²² Ver Mario Daniel SERRAFERO, “*Estudios sobre la Constitución Nacional. Momentos institucionales y modelos constitucionales*”,...cit., p. 55.

²³ En “*Función constitucional de los ministros*”, Edición de la R.A.C.P., Buenos Aires, 1911, p. 170 y 96 respectivamente.

debe ser el órgano ejecutivo. La reforma electoral poco o nada puede hacer en ese sentido con el cambio de composición política en el legislativo. Es el poder ejecutivo el que debe ser democratizado. Y lo explica en los siguientes términos:

... Si el Presidente Sáenz Peña quería fundar el gobierno republicano representativo, de verdad, debió comenzar por lo que tenía más a mano y dependía más directamente de su propia acción: concluir de una vez por todas, con el concepto autocrático de un ejecutivo unipersonal, a quien están sometidos los ministros como a un jefe supremo, y elevar la función de aquellos a la concepción constitucional que se tuvo en otros tiempos...
...El problema político argentino, de gravedad, no ha sido nunca el que hay ciudadanos que en mayor o menor número dejen de votar, sino que haya habido presidentes y gobernadores que en el ejercicio personalísimo del gobierno se hayan substituido a toda aspiración de los ciudadanos y no les haya permitido votar sino como ellos quisieron imponerlo... Los ministros del presidente no debían ser representantes suyos, sino de las corrientes de opinión que transitan el país político”²⁴.

El optimismo del centenario al debatir estos temas no se concreta en la realidad. Requería de una práctica política inmediata, que permita imaginar una república de tono parlamentario. Pero, el año 1916 significa no sólo la alternancia política -que no había permitido antes la república liberal-conservadora- sino también la emergencia de un radicalismo que cobra carácter de partido predominante bajo el fuerte liderazgo de Yrigoyen. El gobierno de gabinete volcado hacia un estilo parlamentario, es lo menos previsible²⁵.

15

IV. Gobierno y control

Este poder ejecutivo fuerte a lo largo del siglo XX se desnaturaliza por diversas causas a tal punto que puede sostenerse que el proceso de hipertrofia que sufre transforma nuestro régimen presidencialista en un régimen híper-presidencialista.

Cierto es que no podemos negar nuestra tradición caudillista y de fuertes liderazgos personales que se suma como dato histórico y sociológico al diagrama constitucional del poder ejecutivo, pero, también es cierto que desde hace ya muchos años la doctrina advierte sobre el retraimiento del órgano legislativo y el crecimiento del órgano ejecutivo, aún en los sistemas parlamentarios.

²⁴ Rodolfo RIVAROLA, “Función constitucional de los ministros”, en R.A.C.P., año II, n° 15, 1911, p. 291/292/294.

²⁵ Cfr. Mario Daniel SERRAFERO, “Estudios sobre la Constitución Nacional. Momentos institucionales y modelos constitucionales”,...cit., p. 61.

César Enrique Romero dice: “Lo que fue postulado de la República como garantía de la libertad...y principio intergiversable del Estado constitucional... hoy ha hecho crisis. El poder dividido...equilibrado, pero coordinado...en la casi totalidad de los Estados contemporáneos se ha menguado enormemente en aras de una eficacia gubernativa...”²⁶.

Completa su idea: “...las modernas leyes fundamentales otorgan ya -lo que nuestro genial Alberdi postulaba a mediados del siglo pasado en sus Bases- amplísimas facultades a los poderes ejecutivos...”²⁷.

Es que, no podemos negar que -a más de los elementos criollos- que hacen a nuestro régimen político híper presidencialista existen diversas causas que contribuyen a la vigorización del poder ejecutivo y por ende a la crisis del parlamento.

Así, los autores²⁸ señalan como factores de crecimiento del poder ejecutivo entre otros: la consolidación y desarrollo de los partidos políticos, el intervencionismo estatal activo en las relaciones económico-sociales, la exigencia de rapidez, información y técnicos especializados, la frecuencia de los estados de emergencia, la delegación de funciones legislativas en el poder ejecutivo, la conducción de las relaciones exteriores, la crisis del sistema federal, la imposibilidad de discutir en el órgano legislativo la totalidad de los proyectos de ley de envergadura, la necesidad de contar con una tecno burocracia, etc.

16

Es que, con el paso del Estado demo liberal parlamentario al Estado social perfilado en torno al partido político aparecen por sobre las tres funciones del poder clásicas otra dos: gobierno y control.

Oyhanarte define la función de gobierno como “...el trazado de la política global y la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarla”²⁹.

Esta función le compete al poder ejecutivo pero no en forma privativa, pues requiere de la mayoría legislativa y de la declaración de viabilidad de la C.S.J.N., toda vez que si bien el instrumento o herramienta idónea para el trazado de la política global es la ley, la función colegisladora que cumple el poder ejecutivo lo coloca en el centro mismo de la función de gobierno. A su turno, la función de control corresponde a las minorías legislativas y tribunales inferiores³⁰.

²⁶ César Enrique ROMERO, “*Derecho Constitucional*”, Víctor P. de Zavalía editor, Buenos Aires, 1975, T. I., p. 18/19.

²⁷ César Enrique ROMERO, “*Derecho Constitucional*”,...cit., p. 25.

²⁸ Puede verse: Gerardo ANCAROLA, “*La crisis del parlamentarismo*”, en Foro Político, U.M.SA, Buenos Aires, 1991, Vol. II, p. 42 a 50; Ítalo A. LUDER, “*Sociología del Parlamento*”, L.L., T. 92, p. 784 a 793 y José Luis MARTÍNEZ PERONI, “*Algunas consideraciones acerca de las funciones del Poder*” en Atribuciones del Presidente Argentino, Pérez Guilhou y otros, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 161 a 192.

²⁹ Julio OYHANARTE, “*Poder Político y cambio estructural en la Argentina. Un estudio sobre el estado de desarrollo*”, Ed. Paidós. Buenos Aires, 1969, p. 58.

³⁰ Cfr. Julio OYHANARTE, “*Poder Político y cambio estructural en la Argentina...*”, cit., p. 58/82.

El congreso dejó de ser así el ámbito de deliberación por excelencia, lo que sumado al crecimiento desmesurado del órgano ejecutivo trae como consecuencia que los miembros de este no concurren al seno de aquel a discutir las políticas de Estado.

Toda esta trama del régimen político argentino hiper presidencialista trae aparejada la falta de flexibilidad constitucional frente a las crisis políticas y la falta de válvulas de escape que permitan superar aquellas sin afectar el prestigio y popularidad del presidente.

V. La Reforma constitucional de 1994

Para el tiempo en el que se abre el proceso constituyente que desemboca en la reforma de 1994 la intención de atenuar el presidencialismo, dar al congreso un rol de mayor preponderancia y fortalecer el federalismo no es algo novedoso.

En la misma Convención se sostiene que: “... El régimen político argentino se caracteriza por una fuerte concentración de poderes en la figura presidencial que deriva del texto constitucional y que la práctica política ha incrementado...”³¹.

En reiteradas oportunidades en el desarrollo de los debates se señala con claridad que el objetivo central de la pretendida reforma -o al menos el más importante de ellos- es atenuar el sistema presidencialista y formular un nuevo equilibrio de poderes. En el marco de este objetivo la creación de un Jefe de Gabinete resulta -a juicio de muchos- decisiva³².

Así el convencional García Lema manifiesta: “...La...gran idea fuerza es generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder del Estado...y a ella responden, a su vez, la atenuación del régimen presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso, la mayor independencia del Poder Judicial...”³³.

A su turno el convencional Alfonsín expresa: “...es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del presidente...fortalecer al Poder Legislativo para establecer un nuevo equilibrio de poderes...”³⁴.

La propia ley que declara la necesidad de la reforma en su art. 2º establece como objetivo prioritario la “(A) ATENUACIÓN DEL SISTEMA PRESIDENCIALISTA” prescribiendo a renglón seguido “la necesidad de crear un jefe de Gabinete de Ministros...”.

Somos conscientes que el cumplimiento o no del objetivo señalado no está

³¹ Cfr. Inserción solicitada por el sr. Convencional Alfonsín, Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994, Imprenta del Congreso de la Nación, T. III, p. 2.715.

³² Incluso el convencional Berhongaray, haciendo referencia al Jefe de Gabinete, llegó a sostener que éste constituía “...el corazón del núcleo...”. (ver Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.403).

³³ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.211.

³⁴ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.682.

exclusivamente circunscrito a la creación de la figura del Jefe de Gabinete³⁵, pues no resulta novedoso que muchas otras instituciones influyen decididamente en aquél, tales como la elección directa por sistema de doble vuelta, la reelección presidencial, la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa, la promulgación parcial de leyes, etc. Ahora bien, aclaramos que sin desconocer lo expuesto nos detenemos a examinar de qué manera influye la figura del Jefe de Gabinete introducida en punto al fin perseguido por tratarse de una institución parlamentaria que pretende acercar nuestro presidencialismo a un sistema semiparlamentario.

Analizando el debate de la constituyente advertimos al menos cinco grandes posturas respecto de la figura del Jefe de Gabinete³⁶.

³⁵ El Jefe de Gabinete tiene las siguientes atribuciones:

- Ejercer la administración general del país" (art. 100 inc. 1) de la cual el Presidente resulta ser el "responsable político" (art. 99 inc. 1).
- Expedir los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que le atribuye este artículo y aquellas que le delegue el presidente de la Nación, con el refrendo del ministro secretario del ramo al cual el acto o reglamento se refiera. (art. 100 inc. 2).
- Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.(art. 100 inc. 3)
- Ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el presidente de la Nación (art. 100 inc. 4).
- Coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente (art. 100 inc. 5).
- Enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo (art. 100 inc. 6).
- Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional (art. 100 inc. 7).
- Concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, pero no votar (art. 100 inc. 9).
- Una vez que se inicien las sesiones ordinarias del Congreso, presentar junto a los restantes ministros una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de los respectivos departamentos (art. 100 inc. 10).
- Producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo (art. 100 inc. 11).
- Respecto del relacionamiento con el Congreso, se advierte este rol en las atribuciones de concurrir a sus sesiones y participar de los debates (art. 100 inc. 9), presentar la memoria detallada del estado de la Nación (art. 100 inc. 10) como así también enviar al Congreso los informes que le sean requeridos al Ejecutivo (art. 100 inc. 11). Lo expuesto se complementa con la obligación de concurrir al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de las Cámaras, para informar de la marcha del Gobierno que consagra el art. 101 y con la facultad de las Cámaras de convocarlo (art. 71).

³⁶ Puede verse a los efectos de ampliar nuestra posición Victor Enrique IBAÑEZ ROSAZ, *"El Jefe de Gabinete y la función constitucional de los Ministros"* en A una Década de la Reforma Constitucional, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 299/318. Obra dirigida por Germán J. BIDART CAMPOS y Andrés GIL DOMÍNGUEZ.

1. Postura en contra de la incorporación del instituto por considerar que no atenúa el régimen presidencialista

Aquí podemos citar la opinión del convencional Auyero el que manifiesta: “La institución es válida, porque intenta... atenuar el sistema presidencialista. ... (Pero) la construcción que se ha hecho ... persiste en la centralidad del Poder Ejecutivo como único espacio con capacidad de bloquear o activar la decisión política...”³⁷.

Esta idea llevó a algunos constituyentes a sostener que el Jefe de Gabinete es “... un... funcionario inestable... elegido al... arbitrio por el Presidente...” (Conv. Vásquez)³⁸; “...un engendro o un híbrido dentro del sistema ... No es ni chicha ni limonada, ... será...el chivo emisario del gobierno de turno...” (Conv. Conesa Mones Ruiz)³⁹; “...una mula... porque no es caballo ni burro. ... no es el primer ministro porque no se ajusta a la figura que con tal nombre existe en un régimen parlamentario, ni tampoco en un ministro común... (Es) un regalón cosmético del Presidente ...” (Conv. Cornet)⁴⁰; “... figura inocua a los fines perseguidos ... sus facultades ... no son sino el resumen de las que hasta hoy ejercen cualquiera de los secretarios de Estado y más particularmente el secretario general de la Presidencia. ... figura híbrida ...” (Conv. Castillo Odena)⁴¹; “...un empleado jerárquico del presidente ... sin siquiera los recaudos de estabilidad ...” (Conv. Natale)⁴².

19

2. Postura a favor de la incorporación del instituto por considerar que atenúa el régimen presidencialista

En esta postura encontramos al convencional Lorenzo quien sostiene que la figura: “...va a ser absolutamente útil, porque va a servir... para establecer una disminución de las facultades del presidente. También va a servir... para revitalizar el rol del Parlamento, porque va a tener que estar permanentemente rindiéndole cuentas...”⁴³.

A su turno el convencional Alfonsín manifiesta: “... la creación de la figura del jefe de gabinete... desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis...”⁴⁴.

³⁷ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.228 y 2.229.

³⁸ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.235 y 2.236.

³⁹ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.240 y 2.241.

⁴⁰ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.270.

⁴¹ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.303.

⁴² Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.352.

⁴³ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.542.

⁴⁴ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.683.

3. Postura en contra de la incorporación del instituto por considerar que genera irresponsabilidad del presidente

Algunos convencionales, aun considerando que la figura del Jefe de Gabinete efectivamente iba a actuar como un fusible del poder ejecutivo, ven en esto un real perjuicio al sistema pues consideran que: “... La responsabilidad no será más del Presidente sino del Jefe de Gabinete... (Pues) con la creación de esta figura el presidente nunca será responsable de nada ...” (Conv. Jándula)⁴⁵.

4. Postura en contra de la incorporación del instituto por considerar que con ella se hace más presidencialista el sistema

En el seno de la convención están también quienes como el convencional Bravo sostienen que la incorporación de la figura del Jefe de Gabinete no sólo no atenúa el régimen presidencialista sino que: “...Al contrario estamos creando un régimen hiperpresidencialista. Y lo estamos creando porque le otorgamos más facultades al Poder Ejecutivo...”⁴⁶.

5. La quinta postura

La quinta postura es aquella que refleja en la convención la idea de que la Constitución histórica contiene los mecanismos necesarios para atenuar el presidencialismo fuerte que ella misma establece y que, la incorporación del Jefe de Gabinete no agrega nada relevante al sistema.

Halla fundamento en la existencia de un instituto que nuestra Constitución de 1.853 ya contiene. Nos referimos a la institución ministerial.

Lo expresado surge al analizar la inserción solicitada por el convencional Bassani en la que puede leerse:

... a principios de este siglo (se)...demuestra que el gabinete argentino no tiene por base al modelo constitucional norteamericano sino al francés, llegando a sostener...que el producto de esta simbiosis ha sido una especie particular y aún única entre el presidencialismo y el parlamentarismo que no se ha utilizado en todas sus ventajas por los operadores constitucionales de nuestro país...⁴⁷.

A su turno, el convencional Berhongaray sostiene: “...Los actuales ministros

⁴⁵ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.596.

⁴⁶ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.282.

⁴⁷ Inserción solicitada por el convencional Bassani, Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.744.

argentinos...no vienen del modelo americano, no son los secretarios de Estado con acuerdo del Senado, son los ministros responsables que refrendan, que legalizan, que certifican, son instituciones que vienen...del derecho francés...”⁴⁸.

VI. El Consejo para la Consolidación de la Democracia

El Consejo para la Consolidación de la Democracia⁴⁹ en sus dos dictámenes acomete en profundidad el tema de la atenuación del presidencialismo.

De los textos hemos extractado algunas conclusiones que coadyuvan a la tesis de que la solución al problema del hiper presidencialismo argentino está en nuestra Constitución histórica, o, en todo caso, en la reformulación del instituto ministerial que ella contiene.

En efecto, la Comisión n° 2 señala que:

...Las propuestas de esta subcomisión...tienden a jerarquizar al gabinete ministerial, acentuando las tendencias que están presentes en el texto de la Constitución de 1853/60, y que se fueron desvaneciendo con el correr del tiempo a consecuencia de la personalización del poder...La jerarquización política de los ministros, consecuencia del aumento de su responsabilidad parlamentaria, los convertirá en fusibles eficaces para la protección de la figura presidencial en las situaciones de crisis...⁵⁰.

21

También advierte el Consejo que el Primer Ministro (en caso de introducirse) debe ser genuino responsable de la conducción política del país y de implementar el programa de gobierno, pues si él y su gabinete asumen un rol secundario, ni se atenúa la personalización del poder ni existe un fusible real frente a situaciones de crisis; concluyendo que para que se materialicen las ventajas del sistema la gente debe identificar al gobierno con el Primer Ministro y su gabinete y estos no deben tener una dependencia exclusiva del presidente, sino una conexión estrecha y directa con el congreso⁵¹.

⁴⁸ Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994...T. III, p. 2.407.

⁴⁹ El Consejo para la Consolidación de la Democracia fue creado por el Presidente de la Nación, Dr. Raúl R. Alfonsín, el día 24 de diciembre de 1985, mediante el Decreto n° 2.446. En dicho decreto el sr. Presidente expresó la necesidad de encarar un vasto proyecto de consolidación de nuestro régimen republicano y democrático, tendiente a la modernización de las estructuras políticas, culturales y económicas. El día 13 de marzo de 1986 el sr. Presidente se dirigió al Consejo para encomendarle el estudio de la posible reforma de la Constitución nacional.

⁵⁰ Cfr. “Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia”, EUDEBA, Buenos Aires, 1986, p. 99, 100 y 329.

⁵¹ Cfr. “Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia”, EUDEBA, Buenos Aires, 1987, p. 22.

Resulta entonces que la introducción de la figura del Jefe de Gabinete debe ir acompañada necesariamente de la asignación concreta en la norma y en los hechos del ejercicio de la Jefatura de Gobierno en cabeza de éste y de su Gabinete.

Analizando los debates de la Constituyente advertimos que tanto los convencionales que sostienen que el Jefe de Gabinete no atenúa el régimen presidencialista como quienes entienden que hace al sistema aún más presidencialista presentan un elemento común: consideran que el punto decisivo resulta haber asignado a aquél la jefatura de la administración y haberse reservado el presidente la jefatura de gobierno que hoy se ha constitucionalizado en el art. 99 inc. 1º, quedando para el Jefe de Gabinete la facultad de “...Ejercer la administración general del país...” (art. 100 inc. 1 de la C.N.)⁵².

No nos cabe duda que siendo la función gubernamental la que se ejerce cuando se solucionan los asuntos excepcionales que afectan la unidad política del Estado y a los grandes intereses nacionales⁵³ siempre será el presidente -que conserva esta jefatura- la pieza clave del sistema; luego, si aquél es débil o pierde consenso con su caída arrastra todo el sistema y si es un líder hegemónico se agotará cuando concluya su proyecto político.

VII. Colofón

22

La misma reforma de 1994 que introduce la figura del Jefe de Gabinete de manera tal que el propósito perseguido no se cumple, también modifica el sistema de elección presidencial para introducir uno directo a doble vuelta y si bien se acorta el mandato del ejecutivo de seis a cuatro años introduce la posibilidad de la reelección inmediata por un período igual⁵⁴.

Creemos que con esta sustancial modificación que posibilita la reelección por un período consecutivo el diseño constitucional conlleva un acrecentamiento del poder del presidente en ejercicio que cuenta con el aparato estatal para sostener su campaña electoral.

⁵² El Presidente, conforme al texto constitucional es el “*Jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.*” (art. 99 inc. 1) ; nombra y renueva libremente a los ministros, como también al Jefe de Gabinete de Ministros (art. 99 inc. 7)

A su turno, el Congreso puede destituir a los Ministros y al Jefe de Gabinete de Ministros mediante juicio político por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes (arts. 53, 59 y 60 CN), pudiendo además interpelar al Jefe de Gabinete a fin de emitir una moción de censura por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras (art. 101).

⁵³ Cfr. Maurice HAURIU, “*Principios de Derecho Público y Constitucional*”, Madrid, 1927, p. 373.

⁵⁴ Puede verse Víctor Enrique IBÁÑEZ ROSAZ, “*El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*” en revista El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, año XLIII, 09/12/2005, p. 6/8.

El objetivo buscado por la constituyente de 1994 -expresado en aquello de que con el ballottage la llegada al poder presidencial implica negociar el programa de gobierno con grupos políticos más reducidos, incorporándolos al gabinete o formando con ellos una coalición mayoritaria capaz de sostener al jefe de gabinete que elija el presidente- no se cumple.

Nuestro sistema es de un juego de suma cero que desalienta acuerdos y responsabilidades compartidas y una democracia estable se sustenta en la ejecución de políticas públicas concertadas entre todas las fuerzas políticas representadas y por medio de ellas entre el poder Legislativo y el poder Ejecutivo. El hiper presidencialismo argentino no permite este tipo de relación equilibrada.

A lo expuesto cabe agregar que la reforma de 1994 lleva al texto importantes instituciones que consolidan aún más la preeminencia del órgano ejecutivo argentino, a saber: los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3), la legislación delegada (art. 76) y la promulgación parcial de leyes (art. 80)⁵⁵.

El panorama expuesto en punto a la dinámica del poder nos demuestra que existe un marcado acrecentamiento de las facultades del ejecutivo; a la vez, un abandono progresivo por parte del congreso del ejercicio de su facultad de control; y finalmente, un poder judicial que, salvo algunas excepciones en las que puede advertirse algún debilitamiento en sus estándares, ejerce su atribución de controlar la constitucionalidad de las leyes y decretos.

Es que el ejercicio abusivo de la facultad constitucional extraordinaria de dictar decretos de necesidad y urgencia y delegados, como así también la de promulgar

23

⁵⁵ Es a partir de la reforma de 1994 que el Poder Ejecutivo puede dictar actos con fuerza de Ley. Si bien se establece como regla general que *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.”* (art. 99 inc. 3°), a renglón seguido se establecen las excepciones *“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.”*

Con lógica similar, el artículo 76 de la Constitución establece que *“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.”*

En definitiva, existen dos herramientas expresamente consagradas en el texto constitucional que habilitan al Poder Ejecutivo a dictar normas de naturaleza legislativa.

En materia de Decretos de Necesidad y Urgencia el constituyente no ha habilitado temas puntuales, sino que ha optado por excluir ciertas materias: *“penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”*. De esta manera, en caso de que se verifiquen los presupuestos que habilitan el dictado de este tipo de normas, el Poder Ejecutivo puede hacerlo sobre cualquier tema, con excepción de los cuatro mencionados.

En materia de delegación legislativa, la temática habilitada es amplia: *“materia determinada de administración o de emergencia pública”*, de modo que el Congreso puede delegar prácticamente cualquier materia, con excepción de aquellas que están reservadas al Congreso en virtud del principio de legalidad (materia tributaria y penal).

leyes en forma parcial, agrede sistemáticamente la esencia del sistema político pues, altera sustancialmente los mencionados tres órdenes establecidos en el artículo 1 de la Constitución.

Contraría el sistema republicano en la medida en que rompe el principio de división de poderes al destruir el esquema pensado sobre la base, precisamente, del sistema de elaboración y ejecución de las leyes; afecta al régimen representativo porque excluye la voluntad de los representantes del pueblo nada menos que en la elaboración de las leyes y; finalmente, es incompatible con el federalismo pues se excluye a los sujetos primarios del orden federal, que son las provincias, de la posibilidad de participar en el procedimiento de formación y sanción de las leyes. Cada vez que el Presidente dicta una norma de carácter legislativo saltea el citado procedimiento⁵⁶.

Ahora bien, para quien escribe estas líneas, la Constitución argentina no tiene la culpa del gobierno personal ni de sus excesos. El texto fundamental debe señalar los principios republicanos, los grandes trazados del régimen político y entre esas líneas y la experiencia concreta deben actuar las instituciones dando contenido actual y funcional a la Constitución, lo cual permite con el mismo articulado transformaciones y cambios de régimen, sin modificación de los principios.

Domínguez señala con acierto que:

Tras muchos de estos elementos se esconden problemas sociales estructurales, que será menester modificar, no necesariamente por cambios de formas constitucionales sino por procesos continuos y progresivos que tiendan hacia

24

⁵⁶ Cfr. Alejandro PÉREZ HUALDE, *"El DNU y su impacto en el régimen político"*, en La ley, Suplemento Constitucional, 28/06/2010.

La intervención del Congreso en el caso de los Decretos de Necesidad y Urgencia está prevista en el mismo texto Constitucional, pero con un diseño incompleto que delega en la reglamentación el trámite completo del control.

Puntualmente, el art. 99 inc. 3 dispone en su tercer párrafo que *"El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso."*

Nada dice la Constitución sobre el control de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo consecuencia de una delegación legislativa.

La reglamentación se sancionó recién en el año 2006 mediante la Ley nº 26.122 -12 años después de la reforma- y se aplica tanto al control de los Decretos de Necesidad y Urgencia como a los Decretos Delegados y Promulgación parcial de leyes.

El mecanismo de control señalado, tiene diversos inconvenientes, el principal de ellos no prever un plazo para la intervención de las Cámaras del Congreso ni consecuencias ante la ausencia de pronunciamiento -el decreto sigue vigente- y la necesidad de que ambas Cámaras se pronuncien en contra para que la norma pierda validez.

La mayoría de las normas legislativas del Poder Ejecutivo no son controladas por el Congreso.

la modificación de las estructuras y situaciones sociales que permiten estos fenómenos...pretender modificar sustancialmente el régimen político sin buscar, a la vez, una paulatina transformación de las circunstancias sociales que potencian los vicios del régimen constitucional, resulta claramente inútil...
...La experiencia del ciclo reformista latinoamericano iniciado desde 1974 parece confirmar preliminarmente estas conclusiones... Algunos países pretendieron establecer formas semipresidenciales, pero éstas no lograron modificar el régimen ni conseguir los resultados buscados. Lo contradictorio es que al mismo tiempo que se hacían estas reformas, algunos países concedían la posibilidad de reelección del presidente y con el pretexto de reconocer lo que era evidente, le otorgaron más facultades al Poder Ejecutivo, permitiéndole dictar decretos-leyes por razones de urgencia, necesidad o emergencia, legislación delegada, vetos parciales, con regulaciones a veces vagas e imprecisas que potenciaron irremediabilmente el principal vicio del régimen, esto es, la posibilidad de disimular regímenes autoritarios bajo formas constitucionales⁵⁷.

Para nosotros, la solución al fuerte presidencialismo argentino se encuentra ínsita en nuestra Constitución histórica, la que contiene desde su origen los mecanismos necesarios para atenuar las importantes facultades presidenciales que ella misma establece.

Ahora bien, la solución requiere de conductas generosas en quienes ocupan la primera magistratura y de todos y cada uno de los operadores constitucionales.

Mientras tanto: "...Es como si hubiéramos encargado un espléndido buque, dotado de las mejores máquinas de vapor para hacerlo navegar a vela, contando con la apatía...de los pasajeros y cargadores..."⁵⁸.

25

⁵⁷ Cfr. Mariano DOMÍNGUEZ, *"Hegemonía presidencial y desconstitucionalización. Algunas reflexiones en torno al régimen presidencialista Latinoamericano"*, inédito.

⁵⁸ José Nicolás MATIENZO, *"El Poder Ejecutivo y los Ministros"*, en *El Gobierno representativo...*, cit., p. 171/172.

Las nuevas funciones de los jueces de ejecución penal en el CPPF. Especial consideración sobre la unificación de penas y condenas

Horacio Adrián Garrofé*

Resumen

El presente trabajo analiza las nuevas funciones asignadas a los jueces de ejecución penal en el Código Procesal Penal Federal (CPPF), con especial atención a los trámites de unificación de penas y condenas, a la luz de lo dispuesto por el artículo 58 del Código Penal (CPN). Se advierten contradicciones relevantes entre el régimen de fondo y las normas procesales, que requieren una interpretación armonizadora para evitar fricciones en su aplicación. A lo largo del análisis se identifican tensiones entre principios estructurales del nuevo sistema acusatorio, las competencias asignadas a los distintos órganos jurisdiccionales y la necesidad de resguardar garantías fundamentales del proceso. En este marco, se proponen soluciones interpretativas orientadas a compatibilizar los distintos cuerpos normativos, los principios del debido proceso y las exigencias propias del nuevo paradigma adversarial, en un contexto de implementación progresiva del CPPF a nivel nacional.

Palabras clave: Código Procesal Penal Federal; Unificación; Ejecución penal; Interpretación normativa; Competencia.

* Abogado (UM). Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral). Titular de la Secretaría de Ejecución Penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de San Martín. Docente de la asignatura Nuevas tendencias en la Teoría General del Proceso en la Maestría en Administración de Justicia y Litigación Oral en la Universidad Católica Argentina y Profesor Auxiliar de la Cátedra "B" de Derecho Penal II a cargo del Dr. Ricardo Levene (n) en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Abstract

This paper analyzes the new functions assigned to judges of criminal enforcement under the Federal Criminal Procedure Code (CPPF), with particular attention to proceedings for the unification of sentences and convictions, in light of the provisions of Article 58 of the Criminal Code (CPN). It identifies significant contradictions between substantive law and procedural rules, which require a harmonizing interpretation to avoid conflicts in their application. Throughout the analysis, tensions are identified between the structural principles of the new adversarial system, the competencies assigned to different judicial bodies, and the need to safeguard fundamental procedural guarantees. Within this framework, interpretative solutions are proposed to reconcile the various normative bodies, the principles of due process, and the requirements inherent to the new adversarial paradigm, in a context of the CPPF's gradual nationwide implementation.

Keywords: Federal Criminal Procedure Code; Unification; Criminal Enforcement; Statutory Interpretation; Jurisdiction.

I. Introducción

Mediante la sanción de la ley 27.063¹, en el año 2014, se aprobó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, aunque su vigencia fue suspendida², a las resultas de un cronograma de implementación progresiva que sería establecido por una Comisión bicameral instituida al efecto con funcionamiento en el Congreso Nacional. Luego de varios años y de superar un complejo proceso de reforma, con la nueva denominación de *Código Procesal Penal Federal*³—en adelante, CPPF—finalmente comenzó a regir el sistema acusatorio desde el 10 de junio del año 2019 en la jurisdicción de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, comprensiva de las provincias de Salta y Jujuy. Esta normativa se encuentra en la actualidad vigente en la Argentina, por un lado, en forma total en algunas jurisdicciones a partir del plan escalonado de implementación y, por otro lado, en forma parcial en todo el país por la aplicación de algunos artículos determinados sin restricción territorial.

Una de las principales características de la modificación al código procedimental radica en el cambio de paradigma que establece al pasar de un sistema mixto al de uno de tipo adversarial. En dicho marco se consagran específicamente principios rectores como la igualdad de armas, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad, desformalización y, especialmente, el principio de oralidad, que deberá imperar para la resolución de casos⁴.

29

En lo que aquí interesa, respecto de la etapa de ejecución penal como innovación, entre otras cosas, se incorporó expresamente el derecho de las víctimas a ser oídas de los planteos de soltura anticipada y extinción de pena o medidas de seguridad⁵, la facultad de diferir la ejecución de la pena cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de doce (12) meses al momento de la sentencia⁶. El inc. b de la misma norma contempla el supuesto que ya preveía el art. 32, inc. a, de la ley 24.660—según ley 26.472—, al igual que otras competencias como practicar el cómputo de pena (a diferencia del previsto por el artículo 493 del Código Procesal Penal de la Nación ahora debe consignarse todo aquel instituto que implique un egreso transitorio o definitivo) y resolver las solicitudes que las partes efectúen respecto de unificaciones de penas o condenas. Estos últimos actos procesales, en el marco del Código Procesal Penal de la Nación, hasta el momento son llevados a cabo por los tribunales de juicio, por ser una función naturalmente prevista al efecto, pero que ahora el legislador previó que formen parte de la etapa de la propia ejecución de la pena.

¹ B.O.: 4/12/2014.

² Por DNU 257/2015.

³ Ver leyes 27.150 y 27.482.

⁴ Art. 2, CPPF.

⁵ Siguiendo los lineamientos de la ley 27.372.

⁶ Conf. art. 378, inc. a, CPPF.

El presente trabajo se centrará en analizar únicamente la competencia sobre los trámites de las posibles unificaciones que se adviertan en este estadio, conforme a su previsión procesal y a la necesaria interacción con lo normado por el artículo 58 del Código Penal de la Nación (en adelante, CPN). Bajo tal premisa, se intentará advertir sobre posibles colisiones entre ambas disposiciones y brindar algunos lineamientos que sirvan como guía para efectuar interpretaciones que permitan armonizar ambos preceptos.

II. Unificación de penas y condenas: nociones preliminares

Ante todo, debe destacarse que la regla general de nuestro código es que, conforme al principio de la pena total, no pueden coexistir penas impuestas en forma independiente⁷. En efecto, “...garantiza la unidad penal en todo el territorio, evitando que un condenado múltiple en jurisdicciones distintas o en épocas sucesivas quede sometido a un régimen punitivo plural a diferencia de quien, en igualdad de condiciones, fue juzgado por un único tribunal que aplicó sin dificultad lo dispuesto en los art. 55 a 57”⁸. En tal sentido, vale recordar que la CSJN tiene dicho lo siguiente:

“... el artículo 58 del Código Penal responde al propósito de establecer real y efectivamente la unidad penal en el territorio de la Nación, mediante las medidas necesarias para que ella no desaparezca por razón del funcionamiento de las distintas jurisdicciones; bien entendido que el Congreso tiene facultades suficientes para establecer normas referentes a la imposición y al cumplimiento de la pena⁹.

Debe añadirse que tal inteligencia responde a que la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto¹⁰. Y que, para lograr tal cometido, se programa el tratamiento del condenado de manera individualizada, siendo que el régimen penitenciario se basa en la progresividad¹¹, de modo que el cumplimiento de una pena unificada bajo cualquier supuesto del ya mencionado artículo 58 es vital a esos fines, ya sea durante el dictado de la

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, Ediar, Buenos Aires, 1988, pág. 394.

⁸ D' Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, t. I, Parte general, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 624.

⁹ Fallos: 212:403 y 311:744.

¹⁰ Conf. art. 1°, ley 24.660.

¹¹ Arts. 5 y 6 de la misma ley.

sanción o en el caso de que sea ulterior, ya que el tratamiento deberá adecuarse para integrar la nueva respuesta punitiva, por el aumento del monto de pena y/o por tratarse de delitos diferentes.

Ahora bien, no es novedoso que la técnica legislativa utilizada en la redacción de la norma aludida genere confusiones tornando compleja su aplicación, circunstancia que fue reconocida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación al expedirse en el caso “*Romano*”, en el que sostuvo que “son conocidas las dificultades interpretativas y de aplicación concreta que genera”¹². Lo cierto es que, a pesar de los inconvenientes que ocasiona en la praxis diaria, dicho instituto permanece incólume —desde antaño—, sin haber sido modificado por el legislador; ello sin contar la reciente incorporación del método aritmético en las penas que debe aplicar el juzgador en los casos de unificación de condenas¹³. De seguido, corresponde reseñar que tal precepto prevé lo siguiente:

Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos (2) o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras...

31

Asimismo, el artículo 58 del Código Penal de la Nación establece tres supuestos diversos, siendo estos la unificación de condenas, penas y sentencias. Así, en primer término, debe destacarse que la diferencia entre las dos primeras mencionadas versará en que se tratará de un caso de unificación de condenas cuando la unificación comprenda delitos cometidos con anterioridad a que quede firme la primera condena. Por el contrario, se tratará de un caso de unificación de penas cuando el delito cuya pena se unifica ha sido cometido con posterioridad a que la sentencia preexistente quedara firme, es decir cuando “la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto”. Más allá de tal distinción, lo cierto es que en el supuesto de que se unifiquen condenas, la primera condena y, consecuentemente, la pena desaparecerá, lo que implicará que la sanción a imponer sea con aplicación de las reglas del concurso real establecidas en los artículos 55 a 57 del CPN. Esta regla se diferencia de los casos de unificación de penas, respecto de la cual se ha explicado lo siguiente:

... la primera condena no desaparece y por lo tanto, la pena única no podrá ser inferior a ninguna de las penas impuestas. La norma citada, a su vez, establece que procede realizar la unificación de sentencias, a pedido de parte, cuando

¹² Fallos: 331:2343.

¹³ Ley 27.785 (B.O.: 7/3/2025).

se hubiesen dictado dos o más sentencias firmes, respecto a una persona, con violación a las reglas del concurso, ya sea por ignorancia u omisión.¹⁴

A su vez, también debe destacarse que parte de la doctrina diferencia un tercer supuesto de aplicación siendo el de unificación de sentencias, que será de aplicación cuando por cualquier motivo no se hubieran unificado las sentencias de condenas o penas y ambas se encuentren firmes. En tal caso, corresponderá hacerlo a la persona a cargo de la magistratura que haya impuesto la pena mayor. Aquí cabe establecer otra importante diferencia, que radica en que en los de unificación de condenas y penas el juez lo realizará de oficio, mientras que en el supuesto restante de sentencias debe mediar pedido de parte; cuestión sobre la que más adelante me explicaré.

Vale aclarar que la complejidad del instituto en trato no se agota con lograr identificar los supuestos analizados, sino que se compone de otras cuestiones vinculadas a la determinación de la pena, al monto de la sanción a imponer, a los supuestos de unificación de penas vencidas, cumplidas parcialmente, entre otros, pero aquellos tópicos exceden con creces los fines del presente, por lo que no serán aquí tratados.

III. Interacción entre el artículo 58 del Código Penal y las normas del Código Procesal Penal Federal

32

El harto complejo panorama expuesto debe conjugarse con las reglas procedimentales. En primer término, debe reseñarse que el artículo 377 del CPPF establece: “Si durante la ejecución de la pena, las partes advirtieran que procede la unificación de penas o condenas, el juez con funciones de ejecución lo resolverá previa audiencia de partes. En estos casos, el juez que unificó no podrá controlar o intervenir en su ejecución...?”.

En efecto, de tal precepto se derivan una serie de cuestiones de importancia que deben ser analizadas. Veamos. La primera de ellas guarda vinculación con la creación de un supuesto de excepcionalidad a las competencias de las personas que ejercen la magistratura en cuestiones vinculadas a la ejecución de las penas. Esta circunstancia implica efectuar un alto en las funciones que les son propias de ejecutar decisiones basadas en cosas juzgadas, sin advertirse con claridad la utilidad práctica del cambio de funciones que normalmente permanecían bajo la órbita de los tribunales de juicio y que en algunas jurisdicciones continúan a la fecha de ese modo. Sobre esta última cuestión, no puede soslayarse que el legislador no previó expresamente la competencia de unificación para los jueces con funciones de juicio, sino que se limitó a establecer la conformación del tribunal, conforme a lo dispuesto por el artículo 55 del CPPF.

Esta cuestión impone necesariamente plantear el interrogante acerca de los casos en los que deba juzgarse a una persona que cuente con una sentencia anterior

¹⁴ De la Rúa, J., *Código Penal Argentino. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 1022.

al momento de la declaración de responsabilidad penal e imposición de pena. Concretamente si dichos jueces tienen la competencia para conocer en cuestiones vinculadas a unificaciones o si debieran ser diferidas para el momento de la ejecución de la pena. Este mismo razonamiento, además, se aplica a la facultad otorgada en el mismo sentido para los Jueces de Garantías, sobre quienes se previó la posibilidad de resolver acuerdos entre las partes cuando el representante del Ministerio Público Fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad inferior a seis (6) años, lo que podrá realizarse desde formalización de la investigación preparatoria y hasta la fijación de fecha de audiencia de debate¹⁵.

En tal contexto, bien podría suponerse que el acuerdo podría incluir una cuestión vinculada a la unificación de penas o condenas. En ambos casos no se advierte que medie obstáculo alguno para la resolución de tal pretensión por parte de esos magistrados. Ello así, puesto que no versaría sobre una cuestión advertida recién en la ejecución y porque corresponde la adopción de una solución que ponga fin definitivamente a las actuaciones, para así salvaguardar el derecho del justiciable a ser juzgado en un plazo razonable¹⁶.

A ello cabe agregar que si la unificación integrara un acuerdo al que arribaran las partes, *máxime* si se tiene en cuenta que el representante de la Procuración General de la Nación impartió como directiva expresa a los fiscales que dentro de los acuerdos se aborden puntos vinculados al punto¹⁷, la solución se enfatiza como aceptable en el mismo sentido. Empero, no parece sencillo sortear el escollo de los supuestos en los que se vinculen cuestiones de unificaciones por delitos que superen los quince (15) años de prisión o que hayan sido cometidos por funcionarios públicos en ejercicio u ocasión de sus funciones, ya que para su juzgamiento se exige una conformación de tres (3) jueces, mientras que, si la cuestión se suscitare durante la etapa de ejecución, el juez con dicha competencia deberá resolver de manera unipersonal.

A pesar de lo expuesto, las posibles soluciones propuestas se encuentran en línea con lo sostenido por el Tribunal Címero que tiene dicho que "... la inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan y, a ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador..."¹⁸. Por otra parte, el ya citado artículo 377 del CPPF también establece lo siguiente: "... En el caso en que la unificación pudiera modificar sustancialmente la cantidad de la pena o su modalidad de cumplimiento, el juez con funciones de ejecución, a pedido de parte, realizará un nuevo juicio sobre la pena".

¹⁵ Art. 323, CPPF.

¹⁶ Fallos: 342:2344, entre muchos otros.

¹⁷ Como así también a la reincidencia, según Resolución PGN 30/12, del 9/5/2012.

¹⁸ Fallos 335:622, entre muchos otros.

Desde este punto también se advierten algunos interrogantes de interés. En principio, no puede perderse de vista que con el cambio de paradigma trazado por el legislador el CPPF le impide a la persona que oficie como juzgadora suplir la actividad de las partes, debiendo sujetarse a lo que hayan discutido (art. 111, *in fine*, CPPF). Y bajo tal inteligencia lo cierto es que ello colisiona directamente con los supuestos de dictados de unificación de penas y condenas que el artículo 58 del CPN contempla que sean realizadas de oficio. En base a ello, podría pensarse que el único supuesto de procedencia de unificación por parte de la magistratura con funciones de ejecución quedaría reducido al de sentencias. Pero, lo cierto, es que tal cuestión carecería de razonabilidad, ya que, si el legislador hubiera querido dejar de lado alguno de los supuestos contemplados para la unificación, así lo hubiera dispuesto expresamente. A ello debe sumarse que la excepcionalidad de tal competencia obedece únicamente al momento en que es advertida en la etapa final del proceso.

En relación punto, no resulta ocioso recordar que es doctrina de la Corte Suprema que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos. Además, la primera fuente de interpretación de la ley en su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ésta, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu¹⁹.

Con ese norte, una posible solución para armonizar las normas en trato y, más allá de la oficiosidad impuesta por el código de fondo, podría consistir en que el/la juez/a podría convocar a una audiencia de determinación de la pena, en los términos del artículo 304 del CPPF, para que las partes puedan expresarse al respecto y, a la postre, resolver sobre el caso. Sobre esto, es pertinente aclarar que la solución propuesta de realizar tal audiencia es aplicada por analogía o bien haciendo extensiva sus alcances, pues, conviene advertir, que en ella el legislador tampoco hizo mención expresa a que se traten cuestiones vinculadas a unificaciones.

En otro orden, no puede pasarse por alto que la redacción acerca de la previsión de los trámites de unificación en los que “pudiera modificar sustancialmente la cantidad de la pena o su modalidad de cumplimiento” deviene como un concepto vago que hubiera requerido una mayor precisión dado que, a mi entender, cualquier cuestión que implique una modificación cuantitativa o cualitativa en la pena por sí sólo implicará un cambio en los términos expuestos. Relacionado a ello, también cabe agregar que el legislador impuso la obligación al juzgador con funciones de ejecución la realización de nuevo juicio sobre la pena, lo que parece indicar que

¹⁹ Fallos 306:721, 307:518, 307:298.

cuando no sea así podría omitirse tal procedimiento, circunstancia que iría contra los principios que el propio código ha consagrado.

Finalmente, se impone mencionar que para los casos aquí en estudio se dispuso que el juez que realice la unificación no pueda controlar o intervenir en su ejecución. Al respecto, es destacable ponderar que, si bien se ha tratado de salvaguardar la imparcialidad de la persona encargada de juzgar, no se advierte el fundamento acerca del traspaso de la competencia que originariamente reposaba en los tribunales de juicio por tal razón. Asimismo, cabe advertir que aun cuando las unificaciones impliquen una excepción a las funciones de ejecución, también lo serán o podrán tener repercusión en la garantía del juez natural, en tanto deben contemplarse los supuestos que se darán cuando medien inhibiciones y los temperamentos sean recurridos, ya que ello ocasionará que sea otro magistrado quien deba resolver conforme a los lineamientos expuestos en ocasión de la revisión efectuada.

IV. Conclusiones

A modo de cierre, el presente trabajo ha permitido identificar una serie de inconsistencias e interrogantes surgidos a partir de la interacción entre el Código Penal de la Nación y el Código Procesal Penal Federal, especialmente en lo que refiere al instituto de la unificación de penas y condenas.

En primer lugar, la atribución de competencia al juez de ejecución para dictar unificaciones, desplazando la tradicional intervención de los tribunales de juicio, representa un cambio sustantivo que no parece haber sido suficientemente justificado por el legislador. Esta alteración genera algunas tensiones que deberán ser resueltas en pos de su correcta aplicación. Por el contrario, estas excepciones van contra de la competencia material de los magistrados de ejecución penal, quienes por la naturaleza jurídica de aquella y la teología propia de la función deben ser encargados de ejecutar una cuestión basada en cosa juzgada, más no de dictar sentencias en los términos ahora propuestos por el legislador. Además, sin atisbo de dudas, provocará conflictos en algunas jurisdicciones dependiendo de la organización y cantidad de jueces al efecto, ya que las inhibiciones provocadas al decidir acerca de unificaciones de penas o condenas imponen, a la par, su abstención para continuar en el control de la ejecución.

Al mismo tiempo, también deben contemplarse los inconvenientes que irrogarán los supuestos en los que tales unificaciones resulten revocadas, ya sea en forma total o parcial, como consecuencia de los recursos de revisión incoados al efecto y que, como consecuencia de ello, genere la intervención de un nuevo magistrado, quien deberá tener la competencia asignada en los términos del artículo 57, inc. g, del CPPF. Asimismo, cabe aclarar que la previsión de excepcionalidad de tal competencia no necesariamente implicará que su utilización corra la misma suerte. Esta afirmación se puede aseverar

dado el éxito en la misión emprendida por el legislador a otorgar una respuesta punitiva más pronta con la implementación del nuevo código, a la luz de las estadísticas de las jurisdicciones donde se encuentra implementado. Es que dicha circunstancia acarrea un comienzo más temprano de la ejecución de la pena y, por lo tanto, los supuestos de unificación serán propensos a darse con más asiduidad en tal etapa.

En segundo término, el nuevo marco procesal impone limitaciones al accionar del juzgador, subordinándolo a la iniciativa de las partes (art. 111, CPPF), lo que colisiona directamente con la facultad del juez de dictar unificaciones de oficio, prevista expresamente por el artículo 58 del Código Penal. Esta tensión normativa exige una interpretación sistemática, con el desafío de ser capaz de armonizar ambas disposiciones sin desnaturalizar sus propósitos.

En tercer término, otro inconveniente se vincula con los casos en los que las penas a unificar que involucren delitos graves por su pena o cometidos por funcionarios públicos, que requieren para su juzgamiento la intervención de tribunales colegiados. En esos supuestos, la resolución de unificación en etapa de ejecución por parte de un juez unipersonal, sin la participación de un órgano con la misma composición del tribunal que impuso las condenas, genera una gran tensión con la garantía del juez natural.

Adicionalmente, la vaguedad del concepto introducido por el artículo 377 del CPPF —respecto a cuándo la unificación “modifica sustancialmente la cantidad de la pena o su modalidad de cumplimiento”— será objeto inevitablemente de interpretaciones dispares, más allá de la apreciación personal que antes realicé. En definitiva, las contradicciones, omisiones y conflictos entre la conjugación de las normas de ambos códigos deberán ser zanjadas jurisprudencialmente en un futuro inmediato marcado por la implementación del CPPF en la totalidad del territorio nacional.

Referencias

D' Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A., *Código Penal de la Nación. Comentario y anotado*, t. I, Parte general, Buenos Aires, La Ley, 2005.

De la Rúa, J., *Código Penal Argentino. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, Ediar, Buenos Aires, 1988.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Colección de Fallos.

Procuración General de la Nación, Resolución 30/12, del 9/5/2012.

Régimen penal juvenil y proceso de flagrancia: A propósito del dictamen del Procurador General de la Nación en “C., A. C. y otro”*

Paula Florencia Suárez Soto**

Resumen

¿Puede la ley 27.272 conciliar con el régimen penal juvenil argentino? A través del análisis desplegado por el Procurador General de la Nación, Dr. Eduardo Casal, en su dictamen ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la causa “C., A. C.” Este trabajo intenta buscar una respuesta a esa problemática. En primer lugar, se desarrollarán los estándares abordados en el dictamen referido para seguidamente analizarlos en el marco de las garantías constitucionales del proceso penal juvenil, examinando asimismo su aplicación en el fuero penal ordinario nacional. Todo ello para, finalmente, elaborar conclusiones en relación a los desarrollos producidos.

Palabras claves: Régimen Penal Juvenil. Flagrancia. Garantías constitucionales. Inaplicabilidad. Inconstitucionalidad.

* Nota preliminar. El presente artículo fue elaborado con anterioridad a la sanción de la ley 27.801 (2026), cuya entrada en vigencia se encuentra prevista para el 5 de septiembre de 2026 y que deroga el Decreto Ley 22.278, norma que integra el marco normativo considerado en el análisis desarrollado.

Sin perjuicio de esta modificación legislativa, las observaciones críticas y los problemas estructurales examinados conservan relevancia para el análisis del sistema jurídico y para el debate doctrinario en la materia. Por tal motivo, se ha optado por mantener el texto original, incorporando únicamente la presente aclaración a efectos de situar temporalmente el contexto normativo en el que fue elaborado el artículo.

** Abogada por la Universidad Nacional de La Matanza. Magistrando en Derecho con orientación en Derecho Penal por la Universidad de Palermo. Integrante de la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público de la Defensa (MPD).

Abstract

Can Law No. 27,272 be reconciled with the Argentine juvenile criminal justice system? Through an analysis of the reasoning set forth by the Prosecutor General of the Nation, Dr. Eduardo Casal, in his opinion before the Supreme Court of Justice of the Nation in the case “C., A. C.”, this paper seeks to provide an answer to this issue. First, it develops the standards addressed in the aforementioned opinion and then analyzes them within the framework of the constitutional guarantees of juvenile criminal proceedings, also examining their application in the ordinary national criminal jurisdiction. Finally, it offers conclusions regarding the developments examined.

Keywords: Juvenile Criminal Justice System; Flagrancy; Constitutional Guarantees; Inapplicability; Unconstitutionality.

I. “C., A. C. s y otro s/incidente de recurso extraordinario”: estándares generales señalados por el Procurador General de la Nación en su dictamen ante la CSJN

El Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional interpuso recurso extraordinario federal contra la resolución de la Sala 1 por cuanto rechazó el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Sala de FERIA “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la cual había decidido no hacer lugar a los planteos conducentes a imposibilitar la aplicación del régimen de flagrancia conf. ley 27.272 en aquellos procesos penales seguidos contra menores de edad. En similar sentido, había interpuesto recurso la Defensa Oficial, obteniendo idéntico rechazo.

Al momento de dictaminar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el Procurador General solicitó se tenga por desistido el recurso interpuesto por el Fiscal General, pues entendió que no procedía la declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.272 con relación a los procedimientos en los que estuvieran involucrados menores de edad, tal como aquél lo había requerido. Señaló que debe, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Constitución Nacional, estar a favor de la validez de las normas (Fallos 335:2333). Entendió no resultaba necesario acudir a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, puesto que resultaba posible conciliarla con las normas de rango constitucional que configuran el sistema jurídico de la justicia penal juvenil enunciadas en el precedente de la CSJN “Maldonado”.

Para arribar a tal conclusión indicó soluciones compatibles a cada uno de los puntos puestos en crisis por el Fiscal General recurrente:

1) La ley 27.272 no excluye de su ámbito de aplicación a los menores por lo que no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue. Explicó que, para determinar el alcance de una norma cuando no resulta suficiente la letra de la ley, debe acudirse al debate parlamentario para conocer la voluntad del legislador. Advirtió que dos diputadas hicieron referencia a los jóvenes en conflicto con la ley penal durante el debate, sin extraerse de los argumentos de ninguna de ellas la necesidad de instaurar un régimen diferenciado, aludiendo sus intervenciones a otros aspectos. Asimismo, indicó que, aunque tales intervenciones “más fueron tangenciales” revelan que el legislador “contempló que la ley también fuera aplicable a los menores”, por lo que pretender su exclusión carecía de fundamentos. Sumó que “debe aplicarse el criterio interpretativo conforme el cual no cabe presumir que el legislador haya actuado con inconsistencia o imprevisión” pues se ratificó en forma expresa la aplicación del régimen de flagrancia sin diferenciaciones al incorporar al Código Procesal Penal Federal (CPPF) el mismo contenido que el sancionado con la ley 27.272.

Por último, tuvo presente que la nueva ley para casos de flagrancia no derogó lo establecido en el art. 296 del CPPF¹ en cuanto dispone que

“En los procesos seguidos contra personas menores de edad las normas de este Código serán de aplicación supletoria siempre que sean compatibles con los principios que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing-, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Directrices de Riad-”.

Por ello, no puede concluirse que exista voluntad del legislador de diferenciar en los casos de flagrancia el régimen de adultos y de menores de edad.

2) Previo al proceso de la ley 27.272 se le aplicaba el procedimiento de “instrucción sumaria” a los casos de flagrancia sin excluir a los menores de edad de su aplicación. La anterior regulación para los casos de flagrancia fue admitida por la práctica y la jurisprudencia incluso cuando alguno de los imputados fuera menor de edad. Advirtió que dicho procedimiento fue conciliado con las normas legales y constitucionales vigentes en materia penal juvenil. Observó además que privarlos de las ventajas que este régimen, de plazos más acotados, significaría otorgarles a las personas mayores de edad un procedimiento con mayores beneficios, lo cual sería contrario al *plus* de derechos que poseen los menores de edad.

3) La ley 27.272 no afecta al principio de progresividad ni acarrea la pérdida de ningún derecho o garantía constitucional. En este punto retomó en parte los argumentos de la cuestión anterior al referir que, aunque la nueva norma “no contempla la opción por el procedimiento común”, ello no produce la pérdida de ningún derecho o garantía constitucional, resultando incluso más beneficiosa atento a la mayor realización del principio acusatorio y celeridad que le imprime el proceso. Asimismo, con relación a la modificación introducida por cuanto elevada la causa a la etapa oral el juzgamiento se produce de modo unipersonal, manifestó que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) no contiene una norma que impida o imponga que la integración de los tribunales de menores sea colegiada. Por tal, no se ha infringido ninguna norma convencional, pues el órgano interviniente continúa siendo un autoridad competente, independiente e imparcial.

4) No existe incompatibilidad entre los plazos establecidos por la ley 27.272 y los institutos de suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado. Puntualizó que

¹ El art. 296 al que se hace referencia alude a lo establecido por la ley 27.063, actualmente correspondiente al art. 337 del CPPF, ello en virtud de la remuneración de artículos conf. Decreto 118/2019 (B.O. 08/02/2019) producto de las modificaciones de la ley 27.482 (B.O. 07/01/2019).

no se evidencia que tales institutos sean incompatibles con los plazos acotados del procedimiento de flagrancia, y que no resultan insuficientes o demasiado breves para su introducción. Explicó que el plazo para la producción de pruebas de diez o veinte días establecido por la ley 27.272 entre la audiencia inicial y la de clausura, sumado al tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones, resulta suficiente para solicitar cualquiera de los dos institutos con el amplio consentimiento del menor de edad, sin poder justificar que por su inmadurez emocional o afectiva “propia de la etapa vital que atraviesa” requiera de un proceso más largo. Afirmó además que los plazos acotados establecidos por la norma armonizan con el art. 40.2.b.iii de la CDN, el cual señala que “la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

5) No existe ninguna razón por la cual no deba procederse conforme el art. 411 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) en los casos de flagrancia. El art. 353 ter del CPPN dispone la aprehensión del imputado desde el momento del hecho declarado por el fiscal como de flagrancia y hasta la audiencia inicial, la cual deberá desarrollarse en el término de 24 horas, prorrogable por un plazo idéntico, cuando la misma no pueda realizarse “por motivos de organización del tribunal, del fiscal o de la defensa, o cuando el imputado lo solicitare para designar un defensor particular”. En tal sentido, el Procurador General indicó que tal norma no resulta incompatible con la CDN –específicamente el art. 37.b) en cuanto dispone que la detención de un niño se utilizará “sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”– y con el Decreto Ley 22.278.

41

Especificó que a la detención de menores de edad se le aplicaban los presupuestos del art. 411 del CPPN, no existiendo en la ley 27.272 prohibición que imposibilitara su empleo. Refirió que la práctica y la jurisprudencia han superado el conflicto entre la CDN y las normas de forma a través de una interpretación conciliatoria, por lo cual la detención del menor de edad y su comparecencia en tal estado ante el juez sólo procederá si se verifica algunos de los supuestos del art. 411. Por tal, no se advierte ninguna razón en que deba procederse de una manera distinta al aplicarse el nuevo art. 353 ter.

Agregó además que, en relación con las normas establecidas por el Decreto Ley 22.278, las mismas también pueden conciliarse, pues no se contradicen con las facultades de disposición tutelar del art. 1. En tal marco el magistrado actuante podrá entregar al menor de edad a sus padres o a otra persona que ofrezca garantías morales (art. 412, párf. 2, CPPN), adoptar cualquier otra medida alternativa no restrictiva de libertad que le permita concurrir en libertad a la audiencia inicial, como también “En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable”.

Así, concluyó, sólo en aquellos casos en los que se verifique alguno de los supuestos del art. 411 del CPPN o una situación del art. 1 del Decreto Ley 22.278, procederá la detención del menor de edad hasta la audiencia inicial, interpretación

no obstaculizada por la norma específica para los procesos de flagrancia.

6) La ley 27.272 no prohíbe la participación del Asesor de Menores en las audiencias multipropósito. En este punto indicó que, aunque la ley 27.272 no contempla la presencia del Asesor de Menores en audiencia, tampoco la prohíbe. Por lo que no resulta contraria al régimen establecido pues no se contrapone con lo ordenado en el Capítulo II, “Juicio de menores”, del CPPN, el cual posee plena aplicación en los procesos de flagrancia.

7) No existen incompatibilidades entre el año de tratamiento tutelar establecido por el art. 4 del Decreto Ley 22.278 y los acotados plazos establecidos por la ley 27.272. Explicó que, en primer lugar, el nuevo procedimiento de flagrancia no contiene disposiciones sobre el debate y la sentencia por lo que no colisiona, sino que se complementa, con el procedimiento establecido para los juicios de menores de edad.

Asimismo, la modificación de los plazos para la instrucción y la fijación de la audiencia de debate no alteran el cumplimiento del año de tratamiento tutelar (art. 4, Decreto Ley 22.278), y tampoco atenta contra sus finalidades. Más aún, los plazos más breves aseguran que la aplicación del tratamiento tutelar esté respaldada por una expedita decisión de fondo sobre la declaración de responsabilidad del menor de edad, existiendo certeza de que ha cometido un delito, y que las medidas que se tomen dispondrán de un mejor sustento. Todo ello en conciliación con el art. 42.b.3 de la CDN y la Observación General N° 10, que señalan que “el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva debe ser lo más breve posible porque cuanto más tiempo pase tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado”.

8) La falta de una ley integral y específica de procedimiento penal juvenil no puede ser fundamento para la declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.272. Por último, refirió que la falta una ley integral de procedimiento en el marco del régimen penal juvenil no puede ser empleado como fundamento suficiente para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Observó que, si bien tanto esta norma, como sucedió con las que regulan la suspensión del proceso a prueba o el juicio abreviado, no contempla supuestos específicos sobre su aplicación a menores de edad, no puede ello significar privarlos de los beneficios podría conllevar, y que, en la práctica y en la jurisprudencia, se han logrado conciliar los lineamientos propios del sistema de menores con las referidas normas.

II. Garantías y principios específicos del régimen penal juvenil y su conciliación con el proceso de flagrancia en el fuero penal nacional

A fin de identificar las garantías específicas de este régimen deberán tenerse presentes los instrumentos locales e internacionales, como también la jurisprudencia en la materia, que han colaborado a delimitar los estándares de la justicia juvenil.

Su individualización permitirá analizar si el procedimiento de la ley 27.272 puede conciliarse con tales cánones.

Así, y más allá de los principios y garantías que se aplican a la generalidad de los procesos penales, se suman al régimen penal juvenil:

- Aplicar en todas las decisiones el principio de “interés superior del niño” (art. 3.1, CDN; art. 3, ley 26.061²; art. 19, CADH³; Opinión Consultativa 17/2002, CorteIDH⁴, 28/08/2022; Fallos: 324:975, 335:1838, 334:913, 344:2647; 344:2669, 345:905);
- Derecho a ser oído durante todo el proceso y que su opinión sea tenida en cuenta (art. 12, CDN; art. 24, art. 27 incs. a) y b), ley 26.061; Observación General 12, Comité de los Derechos del Niño; Fallos: 344:2669);
- Intervención del Asesor de Menores durante todo el proceso y en todas las instancias (art. 12.2 y 40.2.b.iii, CDN; art. 27, inc. c), ley 26.061; art. 411, 412 y 413.3, CPPN; Fallos 318:1269, 341:424, 333:1152);
- Derecho a la intimidad y garantía de privacidad (art. 9, 10 y 22, ley 26.061; art. 413.1, CPPN; art. 16 y 40.2.b.vii, CDN; art. 12, DUDH⁵; art. 11, CADH; Regla 8, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores);
- Principio de especialidad y de trato diferenciado: estándar de protección especial por su condición de menor de edad garantizando el debido proceso penal juvenil (Título II, Capítulo II, CPPN; art. 27, ley 26.061; art. 5.5, CADH; Observación General 10 y 24, Comité de los Derechos del Niño; Opinión Consultativa 17/2002, Corte IDH, 28/08/2022; Reglas 2.3, 6.2, 6.3, 12 y 22, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores; Directriz 52, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; Fallos: 328:4343);
- Principio de *última ratio* y máxima brevedad de la privación de libertad (art. 19.c, párr. 2 y 3, 36 y 41, ley 26.061; art. 37 y 40, CDN; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; ap. 5, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Regla 19, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores);
- Principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal (art. 40.3.a, CDN; Reglas 5 y 17, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores);
- Principio de revisión periódica (art. 412, CPPN; art. 38, ley 26.061)

² Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, B.O. del 26/10/2005.

³ Siglas para “Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁴ Siglas para “Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

⁵ Siglas para “Declaración Universal de Derechos Humanos”.

La mayoría de los puntos enlistados han sido abordados por el Procurador General en el dictamen en análisis. Sin embargo, una profundización en el estudio individual de cada una revela que no todos los principios y garantías incorporados para los jóvenes en conflicto con la ley penal pueden armonizar con el actual proceso para casos de flagrancia.

Por un lado, nos encontramos con principios que, al no contradecirse con la norma, poseen entidad suficiente para ser aplicados sin entrar en conflicto, tal es el caso de la presencia del Asesor de Menores –como indica Casal, al no prohibirse no puede interpretarse no está permitido–, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído –al igual que en cualquier proceso, el imputado conserva el derecho para solicitar ser oído por el juez cuando así lo desee–, la aplicación del principio del “interés superior del niño” en todas las decisiones que se adopten –nada prohíbe su empleo–, y el principio de especialidad y de trato diferenciado –en el caso de la justicia nacional ordinaria, los procesos de flagrancia pueden desarrollarse ante los Juzgados Nacionales de Menores, con sus respectivas Fiscalías y Defensorías, los Asesores de Menores para los legajos tutelares, y Tribunales Orales de Menores con sus correspondientes representaciones de los Ministerios Públicos–.

No obstante, otros principios como el de proporcionalidad, de mínima intervención penal, de intimidad y privacidad, y de delimitación temporal o plazo razonable, dificultan una conciliación de carácter general.

44

Debe recordarse que, al momento de tomar conocimiento del hecho ilícito, es el Ministerio Público Fiscal el encargado de decidir si un caso será o no caracterizado como de flagrancia. En tal oportunidad, no podrá el Fiscal simplemente tomando conocimiento del hecho –y con esto me refiero a que no puede hacerlo porque es humanamente imposible, no porque no cuente con la capacidad suficiente– determinar si alguno de los principios enumerados en el párrafo anterior podría verse vulnerado. Sólo un estudio de la situación en particular, con constancias suficientes, intervención de personal especializado y conocimiento interiorizado del presunto infractor, permitirán evaluar, por ejemplo, si los plazos del procedimiento de flagrancia son suficientes para una medida tan sencilla como determinar fehacientemente la edad del imputado. La práctica diaria en los Juzgados de Menores ha demostrado que no en todas las oportunidades siquiera veinte días resultan suficientes, atento a la situación de vulnerabilidad que muchos de los jóvenes imputados atraviesan.

En idéntico sentido, es decir, cuestionando los acotados plazos, el interés superior del niño podría verse afectado por el plazo de caducidad establecido por el art. 353 sexies del CPPN, que dispone un límite temporal para la aceptación de una suspensión de proceso a prueba o de un juicio abreviado. Ello, lejos de ser un hipotético caso, ha acaecido en la realidad, llegando tal cuestionamiento a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

Ingresó ante la Sala 7 la causa “G., R. A.”⁶. Se le atribuía a “G.” ser autor del delito de robo simple tentado. Registraba además una causa radicada ante un Tribunal Oral de Menores por robo en poblado y en banda. Al momento de votar el juez Divito, luego acompañado por Rimondi, explicó que desde el punto de vista formal y conforme los lineamientos en “Acosta” (CSJN), el joven contaba *a priori* con la posibilidad de acceder a una suspensión del proceso a prueba. Destacó que su aplicación armonizaba de mejor modo con el principio de subsidiariedad de la pena del art. 37.b) de la CDN. Sin embargo, en razón del plazo de caducidad del art. 353 sexies, no se permitiría su introducción, lo que no atendía a su interés superior, y que optar por el procedimiento de trámite común sería mucho más adecuado.

Se aprecia así la dificultad de que varios de los principios y garantías propios del régimen penal juvenil sólo puedan ser armonizados con el procedimiento de flagrancia luego de que se introduzca una interpretación del magistrado actuante para una situación individual, empleándose tal criterio para continuar o no con la aplicación del proceso de flagrancia, desconociéndose el carácter general de las leyes y utilizando criterios que no se encuentran en la norma y, por tal, no han sido pretendidos por el legislador.

Sin embargo, el mayor cuestionamiento que se presenta en cuanto a la aplicación del procedimiento de flagrancia es el vinculado con la privación de libertad establecida en el art. 353 ter, CPPN. El segundo párrafo del referido artículo establece:

“El detenido será trasladado ante el juez a fin de participar de una audiencia oral inicial de flagrancia que deberá llevarse a cabo dentro de las veinticuatro (24) horas desde la detención, prorrogable por otras veinticuatro (24) horas, cuando no hubiere podido realizarse por motivos de organización del tribunal, del fiscal o de la defensa, o cuando el imputado lo solicitare para designar un defensor particular”.

A diferencia del procedimiento común, la regla en flagrancia es que la persona detenida por la presunta comisión de un hecho ilícito arribe a la audiencia inicial privado de su libertad. Es por ello además que establece plazos tan breves para la realización de ese primer acto.

El problema que se presenta es que justamente en los casos de menores de edad todo el *corpus iuris* en materia de niñez establece que la privación de libertad debe ser una medida de *ultima ratio* y debe tener la máxima brevedad posible.

En su dictamen el Procurador General refirió que ello puede ser solucionado aplicando la normativa específica de justicia juvenil al régimen de flagrancia, porque la privación de libertad de la persona menor de edad puede cesar si no existieran alguno de los supuestos del art. 411 del CPPN o si el juez decidiera no

⁶ CNACC, Sala VII, “G., R. A.”, Expte. N° 16358/2017/CA1, sentencia del 19/04/2017.

tomar ninguna medida de privación de libertad en el legajo tutelar⁷ —cabe destacar no hace mención a que el Decreto Ley 22.278 se encuentra asentado en la doctrina de la “situación irregular”, por lo cual las medidas de privación de libertad merecen un fuerte cuestionamiento desde el análisis convencional por existir una significativa discrecionalidad en las decisiones—.

La problemática en este punto es que la solución brindada es una adaptación pretoriana del procedimiento de flagrancia al régimen de menores de edad. No se concilian o armonizan las normas, sino que se aplican —como en el supuesto anterior—, las normas que mejor se adecúan al caso particular. Se desconoce el sistema normativo y se crea un sistema paralelo en el cual cada juez decide la mejor interpretación conforme, no sólo el caso particular del imputado, sino también del criterio propio. Ello no sólo desnaturaliza la norma sino además a todo el sistema de división de poderes, pues el ejercicio de sanción de leyes se encuentra a cargo del Poder Legislativo.

Sumado a ello, se atentará contra el lineamiento acusatorio del actual procedimiento de flagrancia, puesto que el juez será quien finalmente tendrá la potestad para aplicar o no el procedimiento de flagrancia a un caso.

Así, resultan demasiados los focos de conflicto incluso excediendo los espacios de análisis relacionados con debido proceso penal juvenil, involucrándose garantías del sistema en general, en franca violación a las mismas. A causa de ello subsiste la incertidumbre ¿debe la norma ser declarada inconstitucional o debe ser declarada su inaplicabilidad?

La jurisprudencia nacional tampoco ha logrado dar una efectiva respuesta a tal cuestionamiento. Tanto en el caso de la Cámara Nacional de Apelaciones como en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, las distintas Salas han proporcionado diferentes y distantes soluciones.

La Sala 1 de la Cámara del Crimen ha resuelto no aplicación de la ley 27.272 por inaplicabilidad del régimen penal juvenil; la Sala 7 ha revocado las resoluciones por las cuales se aplicaba la ley 27.272 luego de analizar cada caso con sus particularidades y por tal comprender a tal situación concreta no beneficiaba al joven y su interés superior los plazos perentorios, pero a la fecha no ha resuelto inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la ley; la Sala 4 ha confirmado la constitucionalidad de la norma; la Sala 5 ha rechazado todos los planteos traídos por la defensa en los cuales se cuestionaba su aplicación. En varios de estos distintos votos se repite un párrafo que confirma el conocimiento de esta situación de incertidumbre:

“Es dable recordar ante todo que distintas Salas del Tribunal ya han examinado planteos similares, los que -con diferentes fundamentos- han sido tanto admitidos (cfr., entre otros, Sala I, causa nro. 2422/2017, “G.”, del 10 de febrero

⁷ Decreto Ley 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad, B.O. del 28/08/1980, art. 1.

de 2017) como rechazados (cfr., entre otros, Sala IV, causa nro. 72867/2016, “C. M.”, del 21 de diciembre de 2016), de modo que -a estas alturas- no se aprecia que exista una jurisprudencia mínimamente asentada sobre el punto”⁸.

La situación tampoco reviste armonía en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC). Conforme surge de un informe elaborado por el Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal (MPF) ante la CNCCC, al 30 de julio de 2017, estos eran los criterios de los jueces que hasta entonces conformaban el referido órgano:

Magistrado / Juez	Aplica la ley 27.272 a personas menores de edad	No aplica la ley 27.272 a personas menores de edad	Inconstitucionalidad del artículo 353 <i>ter</i> CPPN
Bruzzone	X “Calderón”, “Cáceres”, “G.M.C.”, “V.” y “P.”		
Días	X “F., J.E. o M”		
García	X “Calderón”, “Cáceres”, “G.M.C.”, “V.” y “P.”		
Garrigós de Rébora	X “Calderón”, “Cáceres”, “G.M.C.” y “P.”		
Jantus		X “C.M.”, “G.” y “G.2”	
Magariños	X “C.M.”, “G.” y “G.2”		
Mahiques	X “C.M.” y “G.”		
Morín		X “F., J.E. o M”	X “F., J.E. o M”
Niño		X “V” y “G.2”	
Sarrabayrouse		X “F., J.E. o M”	X “F., J.E. o M”

47

Conforme a la nueva configuración de la CNCCC, algunos de los magistrados que al momento de tal informe se encontraban en funciones han cesado en las mismas, tal es el caso de la Dra. Garrigós de Rébora, el Dr. Niño, el Dr. Mahiques

⁸ Ibíd, 7. Como también en la causa “S.P., F.R.”, Expte. N° 78945/2018/CA1 del registro de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (la cursiva me pertenece).

y el Dr. García. Asimismo, no se han registrado a la fecha votos en relación del Dr. Huarte Petite.

Por su parte, con posterioridad al relevamiento del MPF, se incorporaron a la Sala 1 los Drs. Divito y Rimondi quienes, aunque en esta instancia no han tenido oportunidad de emitir un voto al respecto del tema en análisis, sí cuentan con precedentes cuando ambos integraban la Sala 4 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional –tal como el fallo “G., R. A.”, citado en este trabajo– por lo que podría concluirse sus posturas tendrían que tender a la misma del Dr. Jantus, Morín y Sarabayrouse.

Mientras tanto, como criterios rectores, la Sala 2 ha declarado la inconstitucionalidad, en el marco de los procesos seguidos respecto de personas menores de edad, del art. 353 ter del CPPN, como así también la inaplicabilidad de la ley 27.272 a tales supuestos.

Finalmente, la Sala 1 es la que trató el caso del recurso de casación interpuesto por el Fiscal General que posteriormente interpuso el extraordinario que el Procurador General solicitó se deje sin efecto, por lo que podemos extraer de su dictamen, que el criterio de esta Sala es la aplicabilidad del proceso de flagrancia –puesto que desistido el recurso pasó a constituirse en sentencia firme–, pero tal resolución fue adoptada con una integración diferente a la actual (Bruzzone, Divito, Rimondi), por lo cual podría cuestionarse si con estos dos nuevos integrantes el criterio podrá verse modificado.

Así, de todo lo expuesto con relación a la jurisprudencia nacional, se concluye que la misma no ha dado una efectiva respuesta al cuestionamiento sobre la aplicación o no de la ley 27.272.

Casal en su dictamen frecuentemente se refiere a cómo “la práctica y la jurisprudencia” han sido las herramientas que han colaborado con la conciliación del régimen penal juvenil con otros institutos que no contenían normas particulares sobre los jóvenes infractores, como en el caso de la suspensión de juicio a prueba y el juicio abreviado, y que ello ha resultado en su aplicación sin inconvenientes.

A pesar de ello, la falta un criterio jurisprudencial equilibrado finalmente no hace más que demostrar que la conciliación entre el nuevo régimen para procesos de flagrancia establecido por la ley 27.272 y las normas que rigen el sistema penal juvenil es una simple falacia: la armonía no existe porque no se ha logrado una única interpretación judicial de la norma respetando el *corpus iuris* en materia de niñez. El rol que deben cumplir los jueces se desvirtúa pues nuevamente nos encontramos ante supuestos en los cuales el destino o la suerte del imputado menor de edad se vinculará con la Sala que por sorteo le toque al recurrir, lo que claramente, más allá de la inseguridad jurídica, también no logra ajustarse a la aplicación del interés superior del niño.

III. Conclusiones y apreciaciones personales

Una de las grandes deudas de nuestro país a nivel legislativo es la sanción de un régimen penal juvenil compatible con la CDN y las normas internacionales en la materia.

En el año 2010 el Comité de los Derechos del Niño, aunque celebró la sanción de la ley 26.061, recomendó la derogación del Decreto Ley 22.278, por tratarse de una norma basada en la doctrina de la “situación irregular” la cual no distingue –en los procedimientos judiciales y en cuanto al trato– a los niños que necesitan atención y protección, y a los que tienen un conflicto con la ley penal.

En junio de 2018, el Comité reiteró su preocupación. Explicó que el Decreto Ley 22.278 es inconsistente con la CDN, que permite una práctica discrecional de detener niños y adolescentes únicamente con la finalidad de “protegerlos” y no porque presuntamente hayan cometido un delito. Reiteró su solicitud a nuestro país del establecimiento de un régimen penal juvenil compatible con la CDN y los instrumentos internacionales en derecho penal juvenil. Ello teniendo presentes “las reflexiones de la Observación General N° 10”, mediante la cual se instó sobre a los Estados Parte a la sanción de dicha normal, adoptando todas las medidas necesarias, incluido el reforzamiento de la política de sanciones alternativas y medidas de reintegración para los menores infractores, garantizando que los niños sean privados de la libertad como último recurso y durante el menor tiempo posible.

49

Sin embargo, a la fecha tales recomendaciones no han sido cumplidas. A pesar de que la 26.061 se encuentra próxima a cumplir veinte años desde su sanción y promulgación, las reformas propuestas en torno al régimen penal juvenil siempre tienen como finalidad primaria la modificación de la edad mínima de punibilidad, debatiéndose tal punto por sobre cualquier otro debate que pudiera darse en torno al cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el Comité.

Recomendaciones de este tenor no han sido únicamente realizadas por organismos internacionales, en el plano local, la CSJN ha señalado en varias oportunidades la incompatibilidad del Decreto Ley 22.278 con la CDN. En oportunidad de intervenir en la causa “García Méndez” (2008), se recomendó el tratamiento en un plazo razonable por parte del Congreso de una norma que se adecuara a la Convención, dejando de lado el paradigma de la situación irregular e ingresando al ámbito de la protección integral reconociendo al niño como sujeto de derecho.

De ello se desprende que la necesidad de una reforma integral del sistema penal juvenil se vincula con los objetivos que por éste deben perseguirse. El art. 40 de la CDN brinda una base de los objetivos perseguidos: se busca que los jóvenes en conflicto con la ley penal puedan rehabilitarse y reingresar a la sociedad a fin cumplir un papel constructivo y productivo, abandonándose todo

criterio retributivo⁹. Así, la pena sólo resultará necesaria cuando cumpla un fin de resocialización y de reintegración social, pues la sanción penal juvenil debe “cumplir predominantemente una finalidad de prevención especial positiva”¹⁰.

Ahora bien, los objetivos perseguidos por el legislador al momento de sancionar la ley para casos de flagrancia resultan claramente disímiles. En palabras del juez Divito “el nuevo procedimiento [de flagrancia] mira hacia el pasado, en la búsqueda de una respuesta judicial útil y expedita para la averiguación de la verdad ante la comisión de un hecho ilícito cometido y la sanción penal de sus intervinientes. El régimen penal juvenil mira, además, hacia el futuro, es decir, su reinserción en la sociedad de manera constructiva, por su especial condición de personas en desarrollo, con hincapié en su bienestar y para garantizar que cualquier respuesta a los menores delincuentes sea en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito (Regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores)”¹¹.

Los diferenciados objetivos de ambas normas resultan en la manifestación de procedimientos que no concuerdan, no armonizan, ni concilian, sino a la fuerza y por una interpretación pretoriana. Y es que es lógico que si dos normas poseen objetivos tan diferenciados empleen prácticas y herramientas distintas también.

50

En el caso de los procesos penales seguidos a menores de edad, la aplicación del principio rector del interés superior del niño determinará los beneficios que un régimen distinto al particular creado para ellos podría traer. Esos beneficios deben reportarse a lo largo del proceso y desde su inicio, no transitoriamente en alguna oportunidad aislada, pues deben compatibilizar con el propósito de garantizar a los jóvenes los derechos especiales que le asisten.

De este modo, un análisis de la ley 27.272 y de las normas que conforman el sistema penal juvenil, permiten concluir que ambos sistemas son inconciliables.

En concordancia con lo establecido en el fallo “Maldonado”:

“La Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (artículo 40.3).

Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas

⁹ Comisión IDH, “Menores detenidos, Honduras” (Caso N° 11.491), Informe N° 41/99 del 10 de marzo de 1999, párr. 113 - Comisión IDH “Michael Domingues, Estados Unidos” (Caso N° 12.285), Informe N° 62/02 del 22 de octubre de 2002.

¹⁰ Freedman, Diego, “Reflexiones sobre el fallo “Maldonado” (2005) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia*, 2021, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/0206_-_dinai_-_jurisprudencia_-_fallos_comentados_-_freedman_-_web_2.pdf

¹¹ *Ibíd.*, 7.

por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas”¹² (del voto de la Dra. Argibay, consid. 19).

Sumado a ello, los ajustes propuestos en su dictamen por el Procurador General a fin de que la ley 27.272 pueda ser efectivamente aplicada “demuestran que el trámite de [una] causa se ha fundado en disposiciones procesales que, en realidad, sólo se aplica[n] de manera parcial, en una suerte de adaptación pretoriana del procedimiento de flagrancia al régimen especial de los menores de edad”¹³ por lo que “no estamos aplicando esta ley, sino que estamos aplicando una nueva ley creada para tratar de convalidar que esta ley se aplique al sistema”¹⁴ (del voto del Dr. Pablo Jantus).

¿Y mientras tanto qué sucede en la realidad? La práctica en tribunales no se encuentra colaborando con la propuesta de Casal de realizar ajustes como se ha realizado en otros casos desde “la práctica y la jurisprudencia” y evaluando el beneficio que su aplicación podría traer a la persona menor de edad. La jurisprudencia no ha logrado darnos aún una guía unánime acerca de la aplicación o no de la ley 27.272 en los casos de menores de edad. Se suma a ello, además, la práctica de casos en la realidad del fuero nacional de menores.

Lo cierto es que en los Juzgados Nacionales de Menores actualmente no se está aplicando el procedimiento de la ley 27.272. Tal afirmación se encuentra apoyada en la consulta oportunamente realizada para este trabajo con las Defensorías Públicas de Menores del Ministerio Público de la Defensa, como también con varias de las Asesorías de Menores. Todos los procesos se rigen por las reglas del trámite común. En un acuerdo tácito los integrantes de la órbita jurídica del fuero aceptaron mutuamente la inaplicabilidad de la ley.

No se ha logrado resolver si la norma es inaplicable, inconstitucional o si puede aplicarse juntamente con el sistema penal juvenil. Pero en la práctica se ha decidido proceder de tal manera.

Bibliografía

CNACC, Sala 3, “G., A. N. y P., K. A. s/ robo con armas”, Expte. N° 5478/2017/CNC1, sentencia del 04/04/2017

¹² CSJN, “Maldonado”

¹³ Ibid, 7.

¹⁴ CNCCC, Sala 3, “G., A. N. y P., K. A. s/ robo con armas”, Expte. N° 5478/2017/CNC1, sentencia del 04/04/2017.

CNACC, Sala I, “S. P., F. R.”, Expte. N° 78945/2018/CA1, sentencia del 20/12/2018

CNACC, Sala VII, “G., R. A.”, Expte. N° 16358/2017/CA1, sentencia del 19/04/2017

Código Procesal Penal de la Nación

Código Procesal Penal Federal

Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Michael Domingues, Estados Unidos” (Caso N° 12.285), Informe N° 62/02 del 22 de octubre de 2002

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Menores detenidos, Honduras” (Caso N° 11.491), Informe N° 41/99 del 10 de marzo de 1999

Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Argentina del 21 de junio de 2010

Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina del 1 de octubre de 2018

52

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de los Derechos del Niño

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultativa 17/2002 del 28/08/2002

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “García Méndez”, 2008

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Maldonado”, 2005

Declaración Universal de Derechos Humanos

Decreto Ley 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad, B.O. del 28/08/1980

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil

Freedman, Diego, “Reflexiones sobre el fallo “Maldonado” (2005) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, 2021, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/0206_-_dinai_-_jurisprudencia_-_fallos_comentados_-_freedman_-_web_2.pdf

Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, B.O. del 26/10/2005

Ley 27.272 de Modificación del Código Procesal Penal, B.O. del 01/12/2016

Ministerio Público Fiscal, Área de Asistencia del Ministerio Público Fiscal ante la CNCCC, 30 de julio de 2017. https://www.mpf.gob.ar/area-mpf-ante-cnccc/files/2019/10/2018.09_-_Flagrancia._Ley_27.272._Aplicaci%C3%B3n_a_imputados_menores_de_edad._Actualizaci%C3%B3n.pdf

Observación General 10, Comité de los Derechos del Niño

Observación General 12, Comité de los Derechos del Niño

Observación General 24, Comité de los Derechos del Niño

Procuración General de la Nación, “C., A. C. y otro”, Expte. N° CCC 2416/2017/I/CS1, dictamen del 28/06/2019

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Un debate sobre la autonomía y el sufrimiento: reflexiones sobre la ayuda a morir

Mario A. Sebastiani y Alex O. A. Baraglia*

Resumen

Este artículo examina los fundamentos jurídicos, éticos y sociales para una legislación sobre la “muerte digna” que reconsidere la ayuda a morir, dejándola de clasificar como homicidio y legalizándola. La argumentación se sustenta en la defensa de la libertad, la autodeterminación individual y la vida privada, reconociendo la imposibilidad de que la sociedad cuantifique o valore plenamente el dolor, el sufrimiento o la dignidad de las personas. Asimismo, se plantea que la asistencia en el proceso de morir debería integrarse entre los objetivos de la práctica médica. Finalmente, se presentan los ejes que orientarán el debate parlamentario sobre esta cuestión.

Palabras clave: muerte digna, eutanasia, autonomía, legislación.

Abstract

This article examines the legal, ethical, and social foundations for legislation on “dignified death” that reconsiders assistance in dying, removing it from the classification of homicide and legalizing it. The argument is based on the defense of freedom, individual self-determination, and private life, recognizing the impossibility for society to fully quantify or assess a person’s pain, suffering, or dignity. It also argues that assistance in the dying process should be integrated among the objectives of medical practice. Finally, it outlines the key points that will guide the parliamentary debate on this issue.

Keywords: death with dignity, euthanasia, autonomy, legislation.

* Comité de Bioética del Hospital Italiano de Buenos Aires. mario.sebastiani@hiba.org.ar / alex.baraglia@hiba.org.ar

I. Introducción

La decisión de poner fin a la propia vida para evitar un sufrimiento inminente ha sido reconocida, en diversos marcos normativos y éticos, como un derecho humano fundamental e inalienable. La concepción tradicional que considera la vida como un bien del que no puede disponerse libremente entra en tensión con los principios de libertad y autodeterminación. En este contexto, el debate supera la dicotomía reduccionista entre posiciones “pro-vida” y “pro-eutanasia” y se centra, en cambio, en el reconocimiento de la anticipación de la muerte como una decisión autónoma y legítima del individuo.

II. Ley de muerte digna

Actualmente, diversas propuestas legislativas concernientes a la muerte digna, buena muerte o interrupción voluntaria de la vida, esperan que se inicie un debate en las cámaras legislativas. Este no es un fenómeno reciente, sin embargo, ha cobrado impulso renovado debido a la presión ejercida por individuos que han experimentado de cerca la agonía y el sufrimiento extremo en los días finales de seres queridos.¹² La resonancia de varios casos, tanto nacionales como internacionales, en las que personas en situaciones desesperadas solicitaron asistencia para morir y no fueron atendidas, ha proliferado en los medios de comunicación masiva. Este fenómeno no solo ha catalizado un diálogo público más amplio, sino que también ha incitado a la reflexión dentro de las comunidades científicas y democráticas.³⁴⁵

III. Breve análisis de las definiciones y su fundamento ético

Suicidio: es el acto de matarse de manera intencional. La Organización Mundial de la Salud estima que su incidencia anual global es cercana al 1%, superando

¹ Congreso de la Nación Argentina. (2022). *Proyecto de Ley 0237-D-2022: Regulación de la eutanasia y del suicidio médicamente asistido*. Recuperado de <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0237-D-2022>

² Pérez, M., & Álvarez, J. (2023). “Legislación y debate parlamentario sobre la eutanasia en Argentina: un análisis comparativo internacional”. *Revista Argentina de Bioética*, 9(2), 45–59. <https://doi.org/10.24215/18521606e045>

³ Oñate, M., & Serrano, M. (2021). “El caso de Ramón Sampredo y su impacto en la legislación sobre eutanasia en España”. *Gaceta Sanitaria*, 35(4), 345–351. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2020.03.001>

⁴ Maynard, B. (2014). *My right to death with dignity at 29*. *CNN Opinion*. Recuperado de <https://edition.cnn.com/2014/10/07/opinion/maynard-assisted-suicide>

⁵ Gherardi, N. (2022). “Casos emblemáticos y opinión pública sobre el derecho a morir con dignidad en América Latina”. *Cuadernos de Bioética*, 33(107), 321–336.

largamente la mortalidad por paludismo, cáncer de mama o VIH.⁶ A pesar del estigma social hacia quienes se suicidan, no hay duda de que se trata de un acto que involucra la autonomía personal.

Eutanasia: es el acto de terminar con la vida de una persona, a su pedido, para evitar dolor, sufrimiento e indignidad, por ejemplo, mediante la administración de una sustancia letal. En este acto existe autonomía por parte del paciente y consentimiento informado.⁷

Suicidio médicamente asistido: el médico participa en el asesoramiento o en proveer los medios para que una persona termine con su vida, pero no directamente en la administración. La persona ingiere una medicación letal. Al igual que en la eutanasia, la persona actúa autónomamente y con consentimiento informado.⁹

IV. Los orígenes

El término “eutanasia” deriva del griego: ‘eu’ significa ‘bueno’, y ‘thanatos’, ‘muerte’.¹⁰ Esta combinación refleja una aspiración humana ancestral hacia una despedida de la vida pacífica y sin sufrimientos. En contraposición, la “distanasia”, introduciendo el prefijo ‘dis’ que denota una connotación negativa, se refiere a una muerte prolongada y dolorosa, a menudo asociada a tratamientos médicos intensivos y desproporcionados.¹¹

Dentro del contexto médico, no es raro encontrar prácticas de encarnizamiento u obstinación terapéutica, donde los tratamientos extensivos son aplicados para prolongar la vida, aun cuando se evidencia su ineficacia en mejorar la condición del paciente. En tales circunstancias, una revisión ética y moral se hace imperativa, orientando la práctica médica hacia la facilitación de una muerte digna.

El término “eutanasia” apareció en textos de la poesía cómica del período helenístico, pero fue relegado al olvido hasta su revitalización por Thomas More en *Utopía*¹² y Francis Bacon en *Historia vitae et mortis*¹³, quienes lo incorporaron en

⁶ World Health Organization. (2021). *Suicide worldwide in 2019: Global health estimates*. Ginebra: WHO. <https://www.who.int/publications/i/item/9789240026643>

⁷ Gómez Sancho, M. (2012). *Eutanasia, suicidio asistido y sedación paliativa*. Madrid: Editorial Médica Panamericana.

⁸ Organización Mundial de la Salud. (2018). *Palliative care and euthanasia: Policy brief*. Ginebra: OMS.

⁹ Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2019). *Principles of biomedical ethics* (8th ed.). New York: Oxford University Press.

¹⁰ Oxford English Dictionary. (2023). *Euthanasia*. Oxford University Press.

¹¹ Gracia, D. (2003). *La deliberación moral: el método de la ética clínica*. Madrid: Triacastela.

¹² More, T. (1516/2004). *Utopía* (ed. de F. Martínez). Madrid: Alianza Editorial.

¹³ Bacon, F. (2000). *Historia vitae et mortis*. Madrid: Tecnos. (Edición y traducción crítica de Antonio Pérez-Ramos).

discursos filosóficos y médicos para abordar situaciones donde acelerar la muerte parecía ser una opción humanitaria.¹⁴

Los horrores de las Guerras Mundiales reavivaron la conversación, evidenciando la angustia y el sufrimiento de los combatientes y prisioneros, lo que llevó a una reflexión más profunda sobre los límites éticos y morales del prolongamiento de la vida.

El filósofo estoico Epicteto ofreció una contribución notable a esta conversación, enfatizando cómo nuestras respuestas emocionales y psicológicas al sufrimiento pueden definir la calidad de nuestra experiencia de muerte.¹⁵

Philippe Ariès analiza que, en la sociedad moderna, la muerte se ha vuelto más medicalizada y a menudo se oculta o se ve como un fracaso. Este cambio en la percepción ha tenido un impacto en cómo las personas enfrentan la muerte y el duelo. A medida que las sociedades modernas han avanzado, se ha producido una disociación de la muerte en la vida cotidiana. En el pasado, la muerte era una parte más visible de la vida, con los enfermos y moribundos a menudo cuidados en casa. En la actualidad, la muerte tiende a ocurrir en hospitales y se ve como un evento separado de la vida diaria. La forma en que una sociedad conceptualiza la muerte tiene un impacto directo en la manera en que las personas se ven a sí mismas y en cómo comprenden su propia mortalidad. Las actitudes hacia la muerte pueden influir en la búsqueda de sentido en la vida, en la percepción de la finitud y en cómo las personas enfrentan la inevitabilidad de la muerte.¹⁶

58

V. El derecho a morir

Se puede argumentar que el derecho a morir se configura como un derecho humano fundamental que debe ser no sólo reconocido sino, en muchos contextos, restaurado. La aprehensión asociada a la muerte a menudo no radica en el acto de morir per se, sino en las circunstancias que lo acompañan. Un considerable número de individuos, conscientes de su inminente deceso a causa de enfermedades terminales, aspiran a evadir un desenlace determinado por la progresión natural de su padecimiento.

Desde la instalación de las unidades de cuidados intensivos, la medicina ha adquirido la capacidad de extender la vida biológica, dando lugar a una conceptualización de la muerte mediada tecnológicamente, distante de un proceso

¹⁴ Rodríguez-Arias, D. (2008). Eutanasia: aspectos éticos y conceptuales. *Revista Bioética*, 16(1), 11–28.

¹⁵ Epicteto. (1993). *Disertaciones por Arriano*. Madrid: Gredos.

¹⁶ Ariès, P. (1984). *Historia de la muerte en Occidente: desde la Edad Media hasta nuestros días*. Barcelona: El Acantilado.

natural.¹⁷ Esta dinámica ha engendrado una realidad donde el dolor, el sufrimiento y la indignidad se han convertido en compañeros habituales del tránsito final.

En este marco, carecemos de mecanismos sistemáticos para cuantificar y evaluar objetivamente estas variables. El dolor y el sufrimiento son experiencias intrínsecamente subjetivas, y la dignidad, un constructo definido y valorado individualmente, resistente a la imposición de normas externas.¹⁹

Yukio Mishima, en su profunda introspección sobre la muerte y el ritual del *seppuku*, ilustra una interpretación cultural que desafía las concepciones convencionales de la muerte y el sufrimiento. Aunque anclado en una tradición específica, el enfoque del escritor japonés invita a una reevaluación contemporánea de las nociones occidentales respecto al acto de morir.²⁰ En un contexto donde la medicina y la ética se entrelazan intrincadamente, surge la imperativa necesidad de un diálogo más profundo sobre la autonomía individual, la humanización de la muerte y la articulación de un marco ético que equilibra la prolongación de la vida, la mitigación del sufrimiento y el respeto a la dignidad intrínseca de cada individuo.²¹

Este discurso resalta la centralidad de abordar el miedo subyacente no a la muerte en sí, sino al dolor y al sufrimiento, asociados, y convoca a una reflexión colectiva sobre cómo, en nuestra diversidad cultural y ética, podemos converger hacia una conceptualización de la muerte que sea al mismo tiempo humano, digno y respetuoso.

59

VI. La vida es un derecho, pero no es una obligación

La elección de terminar con la propia vida para eludir un sufrimiento inminente se reconoce, desde una perspectiva bioética y de derechos humanos, como un derecho fundamental e inalienable.²² La noción que sostiene que la vida es un bien inalienable, del cual no se puede disponer libremente, se contrapone a los principios de libertad y autodeterminación consagrados en múltiples declaraciones internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁴

¹⁷ Callahan, D. (2020). *Los fines de la medicina*. Bioética y Ciencias de la Salud, 8(1), 5–21.

¹⁸ Illich, I. (1976). *Némesis médica: la expropiación de la salud*. Barral Editores.

¹⁹ Cassell, E. J. (2004). *The nature of suffering and the goals of medicine* (2nd ed.). Oxford University Press.

²⁰ Mishima, Y. (2000). *El mar de la fertilidad: Tetralogía*. Barcelona: Caralt Editores S.A.

²¹ Nathan, J. (2000). *Mishima: A biography*. Boston: Da Capo Press.

²² Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2019). *Principles of biomedical ethics* (8th ed.). New York: Oxford University Press.

²³ Organización Mundial de la Salud. (2018). *Palliative care and euthanasia: Policy brief*. Ginebra: OMS.

²⁴ Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

En este contexto, el debate trasciende la dicotomía entre ser “pro-vida” o “pro-eutanasia”, centrándose en reconocer la anticipación de la muerte como una decisión autónoma del individuo, enmarcada en su propio proyecto vital.

Desafortunadamente, la necesidad de una legislación que valide la asistencia en el acto de morir como una intervención terapéutica esencial en circunstancias específicas se ha vuelto imperativa, contrarrestando la percepción contemporánea que aún categoriza tal acto como homicidio.²⁵ La dignidad, intrínsecamente vinculada a la calidad de vida, se caracteriza por su naturaleza subjetiva y personalizada, y no debería ser coartada ni definida por autoridades religiosas, estatales o entidades supremas.²⁶

La autonomía individual en la evaluación y afirmación de la propia dignidad es esencial, eximiéndose de la injerencia de estructuras políticas y jurídicas. Así, la libertad para persistir en la existencia, a pesar de una condición de sufrimiento, es tan válida como la decisión de ceder la vida en busca de un fin digno.²⁷

Para profundizar en esta discusión, se invita a una reflexión introspectiva: ¿A quién pertenece nuestra vida? Las respuestas varían; para algunos, la vida es una entidad autónoma; para otros, está intrínsecamente ligada a la familia, la sociedad, el Estado o se encuentra subordinada a edictos legislativos que criminalizan la asistencia en el acto de morir.

60

Este refinamiento reflexivo y discursivo tiene como objetivo arrojar luz sobre la complejidad ética, moral y legal que envuelve la autodeterminación en el contexto de la vida, la dignidad y la muerte, instando a una evaluación crítica y humanizada que respete la integridad y autonomía individuales.

La soberanía sobre la propia existencia es un pilar fundamental que subyace en la conceptualización del ser humano como entidad autónoma.²⁸ Cada individuo, investido de esta soberanía, tiene la prerrogativa de confiar la gestión de su vida y su eventual final a profesionales médicos, líderes espirituales o a la deidad de su devoción. Sin embargo, en ausencia de tal autonomía, se nos relega a una posición en la que la determinación de nuestro destino vital y mortal se transfiere a agentes externos, que pueden estar desprovistos de conexión intrínseca o afectiva con nuestro ser.

En esta línea, cuando la vida se caracteriza como un bien jurídico, se encuentra íntimamente ligada a los conceptos de libertad y dignidad. Una alienación de esta soberanía, ya sea por la no aceptación de otros o por la incapacidad de afirmarla, nos sume en un estado de condena moral y existencial. En tal estado, nos encontramos prisioneros dentro de una estructura de falacia, una distopía en la que la autoridad

²⁵ Callahan, D. (2020). Los fines de la medicina. *Bioética y Ciencias de la Salud*, 8(1), 5–21.

²⁶ Cassell, E. J. (2004). *The nature of suffering and the goals of medicine* (2nd ed.). New York: Oxford University Press.

²⁷ Gracia, D. (2003). *La deliberación moral: el método de la ética clínica*. Madrid: Triacastela.

²⁸ Illich, I. (1976). *Némesis médica: la expropiación de la salud*. Barcelona: Barral Editores.

sobre nuestra propia existencia es una entidad esquivada, constreñida por cadenas invisibles de dominación y subyugación.

En un escenario donde la jurisdicción sobre la vida y la muerte es objeto de desafío o apropiación, emergen dilemas éticos y filosóficos complejos. El individuo se encuentra en un limbo ético, un encierro simbólico donde la autenticidad de la vida se ve comprometida por la coacción de fuerzas externas e imperativas, alejando la capacidad de autodeterminación y sumergiendo la existencia en una crisis de autonomía y autenticidad.

VII. El argumento de Dios

La afirmación ‘Dios te da la vida, Dios te la quita’ es una premisa que probablemente se presentará en futuras deliberaciones parlamentarias. Esta idea se enraíza en uno de los principios cardinales de la ética natural y cristiana, que postula que los seres humanos no son dueños absolutos, sino meros custodios temporales de sus cuerpos y existencias.^{29,30} Monseñor Tettamanzi, un distinguido cardenal de la Iglesia Católica, expresa que el fracaso en reconocer la enfermedad y el dolor como llamados divinos refleja una desconexión con principios espirituales fundamentales.^{31 32}

En una vena similar, SE Monseñor Sgreccia, cardenal y presidente de la Academia Pontificia para la Vida, ha condenado la eutanasia, interpretándola como una evasión del sufrimiento y la agonía inherentes a la experiencia humana.³³ SE Joseph Ratzinger, conocido como Papa Benedicto XVI, articuló que las solicitudes de eutanasia son en esencia, peticiones de apoyo y consuelo en momentos de desesperación.³⁴

Juan Pablo II, por su parte, promovió la percepción del sufrimiento como un componente intrínseco del desarrollo humano, una vía hacia la evolución espiritual y personal.³⁵ Sin embargo, las declaraciones de Monseñor Tettamanzi sugieren una aproximación contenciosa; Acusa que la aceptación de la eutanasia transforma al médico en un cómplice de la muerte, desviando radicalmente su rol tradicional como custodio de la vida.

Estas perspectivas, inmersas en la profundidad de la teología y la ética, subrayan la tensión existente entre principios morales arraigados y las crecientes demandas de autonomía individual y dignidad en el proceso de morir.

²⁹ Congregación para la Doctrina de la Fe. (1980). *Declaración sobre la eutanasia (Iura et bona)*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

³⁰ Juan Pablo II. (1995). *Evangelium vitae*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

³¹ Flores d' Arcais, P. (2019). *Questione di vita e di morte*. Torino: Giulio Einaudi editore.

³² Tettamanzi, D. (2005). *Bioética: cuestiones fundamentales*. Milán: San Paolo Edizioni.

³³ Sgreccia, E. (2012). *Manual de bioética* (3.ª ed.). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

³⁴ Benedicto XVI. (2009). *Caritas in veritate*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

³⁵ Juan Pablo II. (1995). *Evangelium vitae*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

Estas interpretaciones subrayan una inclinación de la Iglesia Católica hacia la valorización del sufrimiento y un escepticismo respecto a la autonomía individual. Se proyecta una narrativa en la que el dolor se percibe como una convocatoria divina, negando así el derecho a una auto-determinación en los estadios finales de la vida. Empleando un enfoque dogmático, se postula que la fe se erige como el mecanismo excluyente para contrarrestar la aspiración a una muerte asistida. Sgreccia, por ejemplo, ha declarado que el individuo que aspira a la eutanasia se despoja de su valor trascendental, transformándose en un objeto.³⁶

Si tales perspectivas estuvieran limitadas a los dominios doctrinales de la Iglesia, la pluralidad de opiniones sería menos problemática, otorgando a cada individuo la libertad de aceptar o rechazar estos postulados. No obstante, la influencia eclesiástica en la formulación legislativa dentro de sistemas democráticos genera preocupaciones significativas. La tensión emerge cuando las leyes se ven permeadas por dogmas religiosos más que fundamentados en principios morales universales.

Martin Farrel, un renombrado jurista, articula una distinción clara: mientras la religión se enraíza en dogmas, la moral se funda en argumentos racionales y éticos. En esta distinción, subyace la imperativa necesidad de que las legislaciones sean el producto de reflexiones morales objetivas y no de preceptos religiosos.³⁷

La afirmación de que “la vida es un don de Dios” es poética, pero carece de una base empírica robusta. Asumiendo la existencia de una entidad divina creadora, la autonomía inherente en la vida humana implica la libertad de cada individuo para dirigir su existencia según su voluntad y capacidad.

VIII. Argumentos en contra de la muerte médicamente asistida

La publicación “Les Dangers de l’Euthanasie” proporciona una perspectiva erudita acerca de los desafíos y riesgos asociados con la eutanasia.³⁸ El texto, meticulosamente analizado, explora las implicaciones éticas, legales y sociales emergentes de la consideración de terminar deliberadamente con la vida de un individuo.

Se destacan varios argumentos notables:

1. La creciente población anciana en nuestra sociedad pone en tensión a los sistemas de pensiones y atención geriátrica. Algunas ven la eutanasia como una solución drástica para aliviar estas tensiones económicas y sociales.
2. La autonomía individual en situaciones de salud críticas es objeto de debate. La intervención médica frecuentemente asume una postura paternalista, cuestionando la capacidad del individuo para tomar decisiones informadas

³⁶ Sgreccia, E. (2012). *Manual de bioética* (3.ª ed.). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

³⁷ Farrel, M. (2017). *La ética y el derecho frente a la religión*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

³⁸ Devroede, G., & Saba, P. (Eds.). (2002). *Les dangers de l’euthanasie*. París: Éditions de Syrtis.

bajo estrés emocional.

3. A pesar de la prevalencia del dolor, el sufrimiento y las cuestiones de dignidad, hay quienes argumentan que la medicina moderna tiene la capacidad de aliviar estos malestares. La dignidad personal, por lo tanto, se percibe a menudo como un terreno resbaladizo.
4. Existe una tendencia a subestimar o malinterpretar el dolor y sufrimiento de los demás, asumiendo una capacidad ilusoria para evaluar y mitigar estas experiencias subjetivas.
5. Los pedidos para el final de la vida no sólo emanan de pacientes, sino también de familiares, lo que introduce dudas sobre las motivaciones subyacentes y posibles segundas intenciones.
6. Desde una perspectiva económica, los sistemas de salud podrían beneficiarse de la reducción de terapias prolongadas en pacientes en estados críticos.
7. Prevalece una interpretación de la ética médica hipocrática centrada en la preservación de la vida, rechazando la asistencia para morir.
8. Lucien Israel, un renombrado oncólogo francés, argumenta que la eutanasia legalizada simboliza una desconexión intergeneracional, sugiriendo una desvalorización de los ancianos en una sociedad estructurada en múltiples generaciones.
9. Se observa que las solicitudes de eutanasia son más comunes en ambientes socialmente privilegiados, señalando posibles desigualdades en su aceptación y aplicación.

63

Entre los argumentos destacados, se señala que el envejecimiento poblacional genera tensiones en los sistemas de pensiones y en la atención geriátrica, lo que para algunos abre la puerta a considerar la eutanasia como una medida de alivio económico.³⁹ También se subraya que la autonomía individual en contextos de salud crítica puede verse limitada por un paternalismo médico que cuestiona la capacidad de decisión del paciente bajo condiciones de estrés y vulnerabilidad.⁴⁰

Si bien el dolor, el sufrimiento y las cuestiones de dignidad son preocupaciones legítimas, hay quienes argumentan que la medicina moderna dispone de recursos para paliar estos malestares sin recurrir a la eutanasia.⁴¹ No obstante, la dignidad personal continúa siendo un terreno ético complejo y subjetivo.

Asimismo, se recuerda que el juramento hipocrático, en su interpretación

³⁹ Emanuel, E. J., Onwuteaka-Philipsen, B. D., Urwin, J. W., & Cohen, J. (2016). Attitudes and practices of euthanasia and physician-assisted suicide in the United States, Canada, and Europe. *JAMA*, 316(1), 79–90. <https://doi.org/10.1001/jama.2016.8499>

⁴⁰ Quill, T. E., & Battin, M. P. (2004). *Physician-assisted dying: The case for palliative care and patient choice*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

⁴¹ Devroede, G., & Saba, P. (Eds.). (2002). *Les dangers de l'euthanasie*. París: Éditions de Syrtès.

tradicional, rechaza la asistencia activa para morir, enfatizando la preservación de la vida como principio rector de la práctica médica.⁴² Otros señalan que las solicitudes de eutanasia son más comunes en sectores socialmente privilegiados, lo que sugiere desigualdades en su aceptación y aplicación.⁴³

IX. ¿Se encuentra dentro de los límites de la medicina el ayudar a morir?

Una de las objeciones destacadas a la intervención médica facilitando la muerte se ancla en los preceptos de Hipócrates, que explícitamente desaprobó la eutanasia⁴⁴: “Nunca administraré un veneno mortal a nadie, aunque me lo solicite, ni sugeriré tal plan”.⁴⁵ Este axioma, originado en el siglo V ac, se erige como un testamento de una era diferente, y cabe señalar que las normas y valores de la sociedad son dinámicos y evolutivos. Interesantemente, en la contemporaneidad, el juramento hipocrático ha dejado de ser un rito de iniciación universal en las facultades de medicina.⁴⁶

Daniel Callahan, un filósofo distinguido y pionero en el campo de la bioética, fundador del Hastings Center, propone una interpretación adaptativa del objetivo de la medicina en el contexto de los deseos humanos contemporáneos de una muerte sin sufrimiento y digna. Enumera los objetivos primordiales de la práctica médica moderna como los siguientes:

1. La prevención de enfermedades, subrayando la importancia de la intervención proactiva y la promoción de la salud.
2. El alivio del dolor y sufrimiento, evidenciando una humanización de la atención médica centrada en el paciente.
3. La atención y cuidado de los enfermos, resaltando un enfoque holístico que integra aspectos físicos, mentales y emocionales.
4. Evitar la muerte prematura, reconociendo la importancia de prolongar la vida de calidad.
5. Facilitar una muerte tranquila, lo que sugiere un reconocimiento emergente de la necesidad de dignidad y autonomía en la etapa terminal de la vida.

⁴² Miles, S. H. (2005). *The Hippocratic Oath and the ethics of medicine*. New York: Oxford University Press.

⁴³ Cohen, J., Van Wesemael, Y., Smets, T., Bilsen, J., & Deliens, L. (2012). Cultural differences affecting euthanasia practice in Belgium: A comparison between Flanders and Wallonia. *Social Science & Medicine*, 75(5), 845–853. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2012.04.015>

⁴⁴ <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/trabajos/0304/3/2.htm#:~:text=Hip%C3%B3crates%20se%20opuso%20a%20la,curar%20sino%20tambi%C3%A9n%20para%20matar>.

⁴⁵ Miles, S. H. (2005). *The Hippocratic Oath and the ethics of medicine*. New York: Oxford University Press.

⁴⁶ Lasagna, L. (1964). *Hippocratic Oath — Modern Version*. School of Medicine, Tufts University.

Esta evolución conceptual en los objetivos de la medicina refleja una transición desde principios rígidos y absolutistas hacia una práctica más empática y adaptativa, que responde a las complejidades inherentes de la experiencia humana y los dilemas éticos asociados.⁴⁷ Esta visión se alinea con la bioética moderna, que reconoce la dignidad y la autonomía como principios rectores de la práctica médica.⁴⁸

El debate sobre si ayudar a morir forma parte de las obligaciones médicas debe contextualizarse dentro de esta transición conceptual: de una medicina paternalista centrada exclusivamente en preservar la vida a una medicina que acompaña al paciente en todas las fases de su trayectoria vital, incluyendo el final, cuando éste así lo desee y bajo garantías éticas y legales claras.⁴⁹

X. ¿Qué piensan los profesionales de la salud?

Mario Pecheny, Vicepresidente de Asuntos Científicos del CONICET, ha proporcionado una actualización iluminada respecto a un estudio conducido por la institución, enfocado en las actitudes y prácticas de los profesionales de la salud en relación con la asistencia para morir. El estudio, que comprende datos recopilados en los últimos tres años e incluye respuestas de 745 profesionales que atienden a pacientes en estado crítico, ha revelado hallazgos significativos:

- Un 45% de los profesionales indicó haber recibido solicitudes de información sobre eutanasia de parte de los pacientes, y un 53% de parte de los familiares de los pacientes.⁵⁰
- Un 31% reportó haber recibido solicitudes directas para administrar eutanasia de pacientes, y un 37% de los familiares de los pacientes.
- Un abrumador 80% expresó su apoyo a una legislación que regula la práctica, mientras que un 15% se opone.

65

En una línea paralela, la Encuesta Nacional del Observatorio Pulsar de la UBA ha resaltado que un 72% de los participantes apoya la autonomía individual para tomar decisiones preocupantes a la propia muerte en contextos médicos extremos.⁵¹

La evidencia empírica de estos estudios refleja una tendencia creciente hacia el

⁴⁷ Callahan, D. (2020). Los fines de la medicina. *Bioética y Ciencias de la Salud*, 8(1), 5–21.

⁴⁸ Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2019). *Principles of biomedical ethics* (8th ed.). New York: Oxford University Press.

⁴⁹ Quill, T. E., & Battin, M. P. (2004). *Physician-assisted dying: The case for palliative care and patient choice*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

⁵⁰ Pecheny, M., Ceballos, M., & Montero, F. (2021). Actitudes y prácticas de profesionales de la salud en Argentina respecto de la asistencia para morir. *Revista Argentina de Bioética*, 8(2), 45–63.

⁵¹ Observatorio Pulsar. (2022). *Encuesta Nacional sobre autonomía y final de vida*. Universidad de Buenos Aires.

reconocimiento de la autonomía del paciente y la aceptación social de la eutanasia y el suicidio asistido como opciones éticas bajo condiciones controladas. Estudios internacionales reportan tendencias similares: en países con legislación vigente, como Bélgica, Países Bajos y Canadá, la mayoría de los profesionales respalda la regulación, y los índices de solicitudes formales se mantienen estables y dentro de marcos legales estrictos (Emanuel et al., 2016; Cohen et al., 2012).^{52 53}

Pecheny enfatizó la importancia cardinal de estos descubrimientos, subrayando que “el papel de las investigaciones es proveer evidencia empírica a aquellos en posiciones de autoridad y decisión. Sin embargo, el imperativo trasciende la mera acumulación de datos; es esencial atender y valorar las voces y experiencias de los pacientes.”⁵⁴

Esta revelación subraya una tendencia creciente hacia la aceptación y reconocimiento de la autonomía del paciente y la necesidad de una consideración ética y legal más matizada en cuestiones de eutanasia y asistencia para morir.

XI. Cobertura legal

La normativa legal existente en relación con la muerte digna se encuentra articulada en la Ley 26742⁵⁵, que aborda los derechos del paciente, la historia clínica y el consentimiento informado, facultando a los pacientes o sus representantes a rechazar un tratamiento específico. Paralelamente, el Artículo 19 de la Constitución Nacional sostiene que “las acciones privadas de los hombres que no ofenden al orden o la moral pública, ni perjudican a terceros, están exentas de la autoridad de los magistrados y reservadas a Dios”.⁵⁶

Las órdenes de no reanimación (ONR) y la adecuación del esfuerzo terapéutico son prácticas reconocidas legalmente, así como las directivas anticipadas, documentos en los que una persona manifiesta por escrito y con antelación su voluntad sobre cuidados y tratamientos de salud para el caso de no poder expresarla posteriormente.⁵⁷

⁵² Emanuel, E. J., Onwuteaka-Philipsen, B. D., Urwin, J. W., & Cohen, J. (2016). Attitudes and practices of euthanasia and physician-assisted suicide in the United States, Canada, and Europe. *JAMA*, 316(1), 79–90. <https://doi.org/10.1001/jama.2016.8499>

⁵³ Cohen, J., Van Wesemael, Y., Smets, T., Bilsen, J., & Deliens, L. (2012). Cultural differences affecting euthanasia practice in Belgium: A comparison between Flanders and Wallonia. *Social Science & Medicine*, 75(5), 845–853. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2012.04.015>

⁵⁴ Pecheny, M., Ceballos, M., & Montero, F. (2021). Actitudes y prácticas de profesionales de la salud en Argentina respecto de la asistencia para morir. *Revista Argentina de Bioética*, 8(2), 45–63.

⁵⁵ Congreso de la Nación Argentina. (2012). Ley 26.742 – Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. *Boletín Oficial de la República Argentina*.

⁵⁶ Constitución Nacional Argentina. (1994). Constitución de la Nación Argentina. Buenos Aires: Infojus.

⁵⁷ Ministerio de Salud de la Nación Argentina. (2015). Guía para la implementación de directivas

En este contexto jurídico, la Dra. Susana Ciruzzi, una eminente figura en el ámbito del derecho penal, asevera que la conjunción de la indicación médica y la decisión autónoma del paciente, arraigada en el derecho constitucional a morir con dignidad, excluye la antijuridicidad de la eutanasia o el suicidio asistido.⁵⁸

Es pertinente también hacer referencia a la legalidad de la orden de no reanimación para pacientes en estado crítico, así como la adecuación del sostenimiento vital en circunstancias donde el tratamiento médico ya no ofrece mejoría al paciente, prolongando únicamente el proceso de muerte. Las directivas anticipadas⁵⁹, documentos que encapsulan las instrucciones voluntarias de individuos mentalmente capaces para ser implementadas cuando ya no puedan expresar su voluntad, son igualmente reconocidas legalmente.

A nivel internacional, varios países han desarrollado marcos legales específicos que regulan la eutanasia y el suicidio asistido, como Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Canadá y España, con estrictos requisitos y controles que combinan la protección de la autonomía del paciente y la prevención de abusos (Dierickx et al., 2020; Downar et al., 2022).⁶⁰

En una visión más amplia, la discusión en torno a la eutanasia está intrínsecamente ligada a factores económicos y tecnológicos contemporáneos. Existen posiciones que postulan que la valoración de la vida, la enfermedad y la muerte es, en gran medida, modelada por tendencias económicas y tecnológicas fluctuantes. Mejía Rivera, aludiendo a un personaje de la célebre obra “Los Hermanos Karamazov” de Dostoievski, destaca el acto del suicidio como una rebelión para usurpar el dominio de Dios, representando un acto de autorreafirmación y autonomía en el control sobre la propia existencia y finitud.⁶²

67

XII. Conclusiones finales

En el contexto de una población que envejece y la creciente complejidad de las decisiones médicas en escenarios críticos, se hace cada vez más evidente la

anticipadas. Buenos Aires: Dirección Nacional de Bioética.

⁵⁸ Ciruzzi, S. (2017). El derecho a morir con dignidad y su recepción en el derecho argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, (3), 123–140.

⁵⁹ <https://salud.gob.ar/dels/entradas/directivas-medicas-anticipadas>

⁶⁰ Dierickx, S., Deliens, L., Cohen, J., & Chambaere, K. (2020). Euthanasia in Belgium: Trends in reported cases between 2003 and 2013. *Canadian Medical Association Journal*, 192(10), E245–E252. <https://doi.org/10.1503/cmaj.190805>

⁶¹ Downar, J., Fowler, R. A., & Gibson, J. L. (2022). Medical assistance in dying in Canada: Lessons on the road to legalization. *New England Journal of Medicine*, 386(6), 580–588. <https://doi.org/10.1056/NEJMms2116010>

⁶² Mejía Rivera, O. (1999). *La muerte y sus símbolos. Muerte, tecnocracia y posmodernidad*. Colombia: Editorial Universidad de Antioquia.

necesidad imperiosa de proteger el derecho inalienable a una muerte digna. La autonomía individual y el respeto irrestricto por las decisiones personales acerca del final de la vida emergen como pilares éticos ineludibles, no solo para la medicina, sino para toda sociedad que aspire a sostener una cultura de dignidad y libertad.

Inspirados en el pensamiento de Marcel Proust, reconocemos que nuestras vivencias y emociones constituyen los nacimientos de nuestra humanidad; y que las decisiones que atañen a la muerte están inevitablemente entrelazadas con este entramado de experiencias. Entenderlo implica aceptar que la dimensión final de la existencia no puede reducirse a un conjunto de procedimientos médicos ni a una imposición normativa uniforme, sino que debe ser concebida como un acto profundamente humano, cargado de significado personal y cultural.⁶³

En consecuencia, la sociedad y la esfera legislativa están llamadas a promover un diálogo introspectivo, amplio y plural, que trascienda la mera discusión técnica y abarque las dimensiones filosóficas, éticas y existenciales de la muerte. Las normativas y políticas sobre muerte digna deben ser flexibles y capaces de adaptarse a las transformaciones sociales y culturales, a fin de garantizar que el marco legal acompañe la evolución de la conciencia colectiva y no quede anclado en visiones estáticas del pasado.

Este enfoque permitirá a cada persona ejercer su autonomía de manera informada y consciente, tomando decisiones que reflejen sus valores y creencias, y orquestando su destino en momentos cruciales con dignidad y honor.

Finalmente, eco de las palabras de Proust, la muerte no es un epílogo abrupto, sino una sinfonía que resuena en la odisea humana. Así, las políticas que la contemplan y la regulan deben reflejar una comprensión compasiva y respetuosa, celebrando la unicidad y la intrincada belleza de cada momento de la vida.

El debate sobre la autonomía y el sufrimiento no es meramente un ejercicio académico o una cuestión ética aislada: constituye un llamado a revisar el entramado jurídico y social que regula el final de la vida. Solo a través de un marco normativo que conjugue el respeto irrestricto a la voluntad individual con garantías de protección frente a abusos, será posible avanzar hacia un modelo verdaderamente humanista, donde la libertad y la dignidad no sean concesiones, sino derechos efectivos.

⁶³ Proust, M. (1995). *En busca del tiempo perdido* (T. I–VII). Buenos Aires: Santiago Rueda Editor.

Referencias bibliográficas

- Ariès, P. (1984). *Historia de la muerte en Occidente: desde la Edad Media hasta nuestros días*. Barcelona: El Acantilado.
- Bacon, F. (2000). *Historia vitae et mortis*. Madrid: Tecnos. (Edición y traducción crítica de Antonio Pérez-Ramos).
- Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2019). *Principles of biomedical ethics* (8th ed.). New York: Oxford University Press.
- Benedicto XVI. (2009). *Caritas in veritate*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Callahan, D. (2020). Los fines de la medicina. *Bioética y Ciencias de la Salud*, 8(1), 5–21.
- Cassell, E. J. (2004). *The nature of suffering and the goals of medicine* (2nd ed.). New York: Oxford University Press.
- Ciruzzi, S. (2017). El derecho a morir con dignidad y su recepción en el derecho argentino. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, (3), 123–140.
- Cohen, J., Van Wesemael, Y., Smets, T., Bilsen, J., & Deliens, L. (2012). Cultural differences affecting euthanasia practice in Belgium: A comparison between Flanders and Wallonia. *Social Science & Medicine*, 75(5), 845–853. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2012.04.015>
- Congregación para la Doctrina de la Fe. (1980). *Declaración sobre la eutanasia (Iura et bona)*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Congreso de la Nación Argentina. (2012). *Ley 26.742 – Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud*. Boletín Oficial de la República Argentina.
- Constitución Nacional Argentina. (1994). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Infojus.
- Devroede, G., & Saba, P. (Eds.). (2002). *Les dangers de l'euthanasie*. París: Éditions de Syrtès.
- Dierickx, S., Deliens, L., Cohen, J., & Chambaere, K. (2020). Euthanasia in Bel-

gium: Trends in reported cases between 2003 and 2013. *Canadian Medical Association Journal*, 192(10), E245–E252. <https://doi.org/10.1503/cmaj.190805>

Downar, J., Fowler, R. A., & Gibson, J. L. (2022). Medical assistance in dying in Canada: Lessons on the road to legalization. *New England Journal of Medicine*, 386(6), 580–588. <https://doi.org/10.1056/NEJMms2116010>

Emanuel, E. J., Onwuteaka-Philipsen, B. D., Urwin, J. W., & Cohen, J. (2016). Attitudes and practices of euthanasia and physician-assisted suicide in the United States, Canada, and Europe. *JAMA*, 316(1), 79–90. <https://doi.org/10.1001/jama.2016.8499>

Epicteto. (1993). *Disertaciones por Arriano*. Madrid: Gredos.

Farrell, M. (2017). *La ética y el derecho frente a la religión*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Gómez Sancho, M. (2012). *Eutanasia, suicidio asistido y sedación paliativa*. Madrid: Editorial Médica Panamericana.

Gherardi, N. (2022). Casos emblemáticos y opinión pública sobre el derecho a morir con dignidad en América Latina. *Cuadernos de Bioética*, 33(107), 321–336.

Gracia, D. (2003). *La deliberación moral: el método de la ética clínica*. Madrid: Triacastela.

Illich, I. (1976). *Némesis médica: la expropiación de la salud*. Barcelona: Barral Editores.

Juan Pablo II. (1995). *Evangelium vitae*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

Lasagna, L. (1964). *Hippocratic Oath — Modern Version*. School of Medicine, Tufts University.

Maynard, B. (2014). My right to death with dignity at 29. *CNN Opinion*. Recuperado de <https://edition.cnn.com/2014/10/07/opinion/maynard-assisted-suicide>

Mejía Rivera, O. (1999). *La muerte y sus símbolos. Muerte, tecnocracia y posmodernidad*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Miles, S. H. (2005). *The Hippocratic Oath and the ethics of medicine*. New York: Oxford University Press.

- Ministerio de Salud de la Nación Argentina. (2015). *Guía para la implementación de directivas anticipadas*. Buenos Aires: Dirección Nacional de Bioética.
- Mishima, Y. (2000). *El mar de la fertilidad: Tetralogía*. Barcelona: Caralt Editores S.A.
- More, T. (1516/2004). *Utopía* (ed. de F. Martínez). Madrid: Alianza Editorial.
- Nathan, J. (2000). *Mishima: A biography*. Boston: Da Capo Press.
- Observatorio Pulsar. (2022). *Encuesta Nacional sobre autonomía y final de vida*. Universidad de Buenos Aires.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Organización Mundial de la Salud. (2018). *Palliative care and euthanasia: Policy brief*. Ginebra: OMS.
- Oxford English Dictionary. (2023). *Euthanasia*. Oxford University Press.
- Oñate, M., & Serrano, M. (2021). El caso de Ramón Sampederro y su impacto en la legislación sobre eutanasia en España. *Gaceta Sanitaria*, 35(4), 345–351. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2020.03.001>
- Pecheny, M., Ceballos, M., & Montero, F. (2021). Actitudes y prácticas de profesionales de la salud en Argentina respecto de la asistencia para morir. *Revista Argentina de Bioética*, 8(2), 45–63.
- Pérez, M., & Álvarez, J. (2023). Legislación y debate parlamentario sobre la eutanasia en Argentina: Un análisis comparativo internacional. *Revista Argentina de Bioética*, 9(2), 45–59. <https://doi.org/10.24215/18521606e045>
- Proust, M. (1995). *En busca del tiempo perdido* (T. I–VII). Buenos Aires: Santiago Rueda Editor.
- Quill, T. E., & Battin, M. P. (2004). *Physician-assisted dying: The case for palliative care and patient choice*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Rodríguez-Arias, D. (2008). Eutanasia: aspectos éticos y conceptuales. *Revista Bioética*, 16(1), 11–28.

Sgreccia, E. (2012). *Manual de bioética* (3.^a ed.). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Tettamanzi, D. (2005). *Bioética: cuestiones fundamentales*. Milán: San Paolo Edizioni.

World Health Organization. (2021). *Suicide worldwide in 2019: Global health estimates*. Ginebra: WHO. <https://www.who.int/publications/i/item/9789240026643>

Fortalezas y debilidades del Punto Nacional de Contacto como herramienta para la protección de los derechos humanos

Juana Bardín y Sofía Calatrava*

Resumen

A lo largo del siglo XX y XXII, los derechos humanos han cobrado especial relevancia, lo cual ha generado el desarrollo y la creación de diversos Organismos Internacionales, y normas, tanto internacionales como locales, cuyo objetivo es reconocerlos y protegerlos de forma adecuada. En el marco de la OCDE se han dictado las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, y se ha previsto la creación del Punto Nacional de Contacto (PNC) como instrumento a tales fines. En este artículo se intenta aportar elementos para verificar si el PNC es una herramienta eficaz para la protección de los derechos humanos frente a la actuación de empresas multinacionales. Para ello, se analiza el PNC, así como los casos que se han presentado en Argentina y los resultados de los indicadores clave de desempeño desarrollados por la misma organización.

Palabras clave: *derechos humanos, empresas multinacionales, conducta empresarial responsable, debida diligencia, protección*

* Estudiantes de la carrera de Abogacía, UCA.

Abstract

During the 20th and 21st century, Human Rights have become especially relevant. As a result, there has been a lot of development in the subject, with the creation of several International Organizations and international and local laws which have as an objective the recognition and protection of human rights. The OECD created the Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct and the National Point of Contact as a tool for the above-mentioned goals. This article analyses if the Point of Contact is an effective tool for the protection of human rights related to the activity of multinational enterprises, through the study of its structure and operations, as well as several cases presented before the Argentinean Point of Contact, and the scores of OECD key indicators.

Key words: *human rights, multinational enterprises, responsible business conduct, due diligence, protection*

I. Introducción

Desde el siglo pasado, los derechos humanos han cobrado especial relevancia en el mundo y se han incorporado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, tanto en la legislación interna de los Estados como en el ámbito internacional a través de diversos tratados y acuerdos internacionales.

La creación e implementación de instrumentos y cuerpos normativos protectores de los Derechos Humanos, así como la cooperación de los Estados para su ejecución y cumplimiento es indispensable en el mundo en el que vivimos, caracterizado por la globalización y actuación de grandes corporaciones transnacionales que muchas veces establecen filiales en distintas regiones del mundo de acuerdo a su conveniencia o laxitud respecto de ciertas normas, con la finalidad de atraer grandes inversiones. En muchas ocasiones, la actividad de estas empresas en países subdesarrollados, como ocurre en América Latina, puede ocasionar graves perjuicios, con especial afectación de los derechos humanos de su población o comunidad. De ello da cuenta María Laura Böhm al considerar:

Además de la industria minera, las industrias extractivas, energéticas y siderúrgicas también son ejemplos típicos de casos de actividades empresariales transnacionales generadoras de diversos daños. Ellas suelen operar bajo regulaciones especiales [...] y son generalmente aceptadas sin mayores recelos como una ineludible necesidad en términos de la ‘importancia’ del proceso y el desarrollo.¹

En línea con lo anterior, es notorio como durante la segunda mitad del siglo XX y principios del siglo XXI, no sólo existió desarrollo respecto del reconocimiento de éstos, sino también la creación de instrumentos y procesos que vinculan a las Empresas con el cumplimiento y protección de aquellos. La Organización para el Desarrollo Económico (OCDE) dictó en 1976 la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y las Directrices sobre Empresas Multinacionales. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1977, dictó la Declaración sobre Empresas Multinacionales. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas creó en 2006 el Consejo de Derechos Humanos, “un organismo intergubernamental de las Naciones Unidas encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo y para hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos y formular recomendaciones sobre ellos.”² El Consejo, además,

75

¹ Böhm, M. L., “Empresas Transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico”, *Revista Crítica Penal y Poder* del Observatorio del Sistema Penal y los derechos humanos de la Universidad de Barcelona, octubre 2017, disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19764/22496>

² ONU, “Información previa al Consejo de Derechos Humanos”, en *Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/about-council> (visitada el 30/12/2024)

celebra un Foro sobre Empresas y Derechos Humanos en el que se discute sobre temas relacionados con los Principios Rectores Sobre Empresas y Derechos Humanos³, que son “...medidas para que los Estados garanticen y fomenten el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas...”⁴ y fueron publicadas en enero del 2012.

En el caso de la Argentina, estos derechos fueron reforzados a partir de la reforma constitucional de 1994, a través de la cual se otorgó rango constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22. Esta incorporación importa la operatividad de estos Derechos, es decir, que cuentan con efectividad y vigencia y pueden operar inmediatamente sin la necesidad de creación de instituciones por el Congreso, lo cual debería facilitar su protección inmediata.

Además de la ratificación de instrumentos jurídicos esenciales de derechos humanos, la Argentina es Estado miembro de la ONU y la OIT, y es candidata a la adhesión a la OCDE desde el 2022.

Asimismo, a nivel interno, en el año 2023, se aprobó el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2023-2026 (PNAEDH), mediante el Decreto 624/2023⁵, con el propósito de establecer una guía sobre lo que el Estado espera de sus organismos, agencias y empresas estatales, pero también del sector privado en el marco de los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Con el fin de respaldar el proceso de elaboración del PNAEDH, se estableció una alianza estratégica con el Proyecto Conducta Empresarial en América Latina (CERALC) y con UNICEF. El Proyecto CERALC es financiado por la Unión Europea y se ejecuta en conjunto con la OIT, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la OCDE.

El PNAEDH consiste en instrumentos de política pública desarrollada por los Estados, con la finalidad de cumplir con las obligaciones de protección y respeto de los derechos humanos, respecto de impactos negativos que pueden generarse por las distintas actividades empresariales. El marco normativo del Plan está basado en los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable, la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT y los Estándares Interamericanos de la CIDH.

Además, nuestro país implementó el Punto Nacional de Contacto como uno de los mecanismos tendientes a la protección de los derechos humanos vinculado a las

³ ONU, “Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos: Aplicación del marco ‘Proteger, Respetar y Remediar’ de las Naciones Unidas” en *Publicaciones de Referencia*, 1 de enero de 2012, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/publications/reference-publications/guiding-principles-business-and-human-rights-implementing>)

⁴ *Ibidem*.

⁵ Decreto 624/2023. B.O. del 27/11/2023.

empresas, en el marco de las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable (en adelante, “las Directrices”).

El objetivo del presente trabajo es investigar la aplicación práctica de las Directrices a través del Punto Nacional de Contacto, y analizar sus fortalezas y debilidades a partir de los casos presentados en la Argentina.

Para lograr ese objetivo, haremos un recorrido por la OCDE y su estructura, para luego adentrarnos específicamente en la OCDE y el Punto Nacional de Contacto, y su creación y funcionamiento. También abordaremos los casos presentados ante el PNC argentino a los fines de evaluar la eficacia de la herramienta para hacer que las empresas cumplan con las Directrices, y en términos generales, no afecten derechos fundamentales. Finalmente, verificaremos los resultados de los indicadores clave de desempeño desarrollados por la misma Organización a efectos de dilucidar cómo es la performance del PNC según los estándares del organismo y sus pares.

II. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

1. Fundación y objetivos

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) fue fundada en 1961, con el fin de aconsejar a los Estados en la creación, diseño y ejecución de políticas que fomenten la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para la población⁶.

La principal finalidad de la OCDE es lograr un mayor bienestar, a través del asesoramiento a los Estados, que se plasma en recomendaciones, análisis y políticas basadas en estándares, construyendo redes de políticas globales.

Actualmente, la OCDE está conformada por 38 países miembros, con la misión de promover políticas para mejorar el bienestar económico y social de las personas. Sus principales objetivos son:

1. Favorecer el comercio mundial, remarcando las obligaciones internacionales, basado en una política no discriminatoria.
2. Contribuir a una mayor expansión de la economía y el empleo, y un progreso en el nivel de vida dentro de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial.
3. Fomentar una sana expansión económica en los países miembros, así como no miembros, en vías de desarrollo económico.
4. Establecer estándares internacionales e impulsar y apoyar su implementación.

⁶ OECD, “Our History” en *Organization for Economic Co-operation and Development*, disponible en: <https://www.oecd.org/en/about/history.html> (visitada el 30/12/2024)

2. Funcionamiento

Asimismo, la OCDE⁷ trabaja estrechamente con Estados, partes interesadas y ciudadanos para establecer estándares internacionales y encontrar soluciones a los desafíos sociales, económicos y ambientales. Desde mejorar el desempeño económico y fortalecer las políticas para luchar contra el cambio climático, hasta reforzar la educación y luchar contra la evasión fiscal internacional, entre otros.

Sus órganos de gobierno son⁸:

1. **El Consejo:** compuesto por un representante de cada Estado Miembro y un representante de la Unión Europea, vigila y define las estrategias de la organización.
2. **Comités:** existen alrededor de 250 comités especializados en distintas áreas (por ejemplo, Comité de Políticas Económicas, de Examen de la Economía y Política Económica, de Seguros y Pensiones Privadas, etc.). Compuestos por representantes de Estados Miembros y de países con status de país observador (por ejemplo, Argentina). Sus funciones son discutir e implementar trabajos propuestos por el Secretariado.
3. **Secretariado:** compuesto por un Secretario General, quien dirige, y por Vice Secretarios Generales. Su principal función es analizar y proponer iniciativas.

78

3. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable⁹

Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable¹⁰ consisten en recomendaciones no vinculantes dirigidas por los gobiernos a las empresas. Constituyen un modelo de conducta empresarial basado en los estándares de la OCDE, pactado por los Estados

⁷ OECD, "Who we are" en *Organization for Economic Co-operation and Development*, disponible en: <https://www.oecd.org/en/about.html> (visitada el 30/12/2024)

⁸ Secretaría General del Tesoro del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa del Gobierno de España, "OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico" en *Asuntos Internacionales*, disponible en: <https://www.tesoro.es/asuntos-internacionales/ocde-organizacion-para-la-cooperacion-y-desarrollo-economico#:~:text=La%20OCDE%20trabaja%20con%20los,est%C3%A1ndares%20internacionales%20en%20distintas%20%C3%A1reas> (visitada el 30/12/2024)

⁹ OECD, "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable" en *OECD*, 11 de octubre de 2023, disponible en: https://www.oecd.org/es/publications/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales-sobre-conducta-empresarial-responsable_7abea681-es.html

¹⁰ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales del Gobierno de Chile, "Conducta Empresarial Responsable" en *Directrices OCDE*, disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/ejes-de-trabajo/cer/directrices-ocde> (visitada el 30/12/2024)

Miembros. Su objetivo principal es promover contribuciones positivas para que las empresas puedan realizar un apoyo al progreso económico, ambiental y social, y minimizar los impactos negativos en aquellos ámbitos que están alcanzados por las Líneas Directrices y por las operaciones, productos o servicios de cada empresa.

Si bien las Líneas no son vinculantes, el compromiso versa sobre la predisposición de los Estados Miembros y las empresas, orientadas a realizar los cometidos de la OCDE, siendo complemento de la legislación interna de cada Estado Miembro.

La Conducta Empresarial Responsable o CER:

[C]rea la expectativa de que todas las empresas - independientemente de su régimen jurídico, tamaño, régimen de propiedad o sector - eviten o mitiguen los impactos negativos de sus actividades empresariales, además de contribuir al desarrollo sostenible de los países en los que operan. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales [...] son los estándares internacionales más completos en materias del CER.¹¹

En 2011, las Líneas Directrices tuvieron cambios puntuales de importancia, como la adopción del concepto de “debida diligencia”, la explicitación de que cubren a componentes de la cadena de la empresa demandada (y no solo filiales/matrices), y que el desarrollo paralelo de una vía judicial no es razón para que el caso sea rechazado. Alzari explica que la debida diligencia:

Supone la realización de un análisis de riesgo sistemático y continuo, acerca de los impactos reales o potenciales que las actividades de la empresa, de sus operarios u operaciones, pueden tener con relación a los derechos humanos, incluyendo actividades de su cadena de suministro, clientes, contratistas, etc. Supone asimismo que, ante la evidencia o riesgo de ocasionar impactos adversos, deberán tomarse las medidas necesarias para hacer cesar ese impacto, incluso realizando acciones de remediación.¹²

El concepto de debida diligencia tiene, además, una relación íntima con la CER: “...una debida diligencia eficaz debe estar apoyada por medidas para integrar la CER en las políticas y sistemas de gestión, además de pretender posibilitar que las empresas reparen o colaboren en la reparación de los impactos negativos que causan o a los que contribuyen.”¹³

¹¹ OCDE, “Declaración sobre la Promoción y la Facilitación de una Conducta Empresarial Responsable en la Economía Mundial de la OCDE” en *OECD Legal Instruments*, disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org>

¹² Alzari, María José, “Empresas y Derechos Humanos. Enfoque de gestión ‘obligatorio o voluntario’ para las empresas”, 10 de marzo de 2022, disponible en: <https://ceads.org.ar/empresas-y-derechos-humanos/>

¹³ Decreto 624/2023. B.O.27/11/2023. Anexo I.

4. Puntos de Contacto

La implementación de las Líneas Directrices se concreta con Puntos Nacionales de Contacto (PNC) proporcionado por los gobiernos para guiar, aconsejar, respaldar a las empresas asimismo ofrecen mediación y conciliación para la resolución de problemas. Los Puntos Nacionales de Contacto promueven la aplicación y el conocimiento de las Líneas Directrices.

Los PNC son órganos no judiciales que se encuentran en cada país miembro o adherente de la OCDE. Su función es implementar las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable.

Los PNCs son el mecanismo de implementación de las Líneas Directrices. Cuentan con tres funciones básicas:

1. Difusión de las Líneas Directrices entre los diferentes sectores de interés (*stakeholders*);
2. Resolución de conflictos mediante el ofrecimiento de sus buenos oficios en relación con la observancia de las recomendaciones de las Líneas Directrices en casos concretos (procedimientos que se denominan “Instancias específicas”);
3. Elaboración de informes sobre el desarrollo de las Instancias Específicas y sobre su trabajo de promoción de las Líneas Directrices para el Comité de Inversiones de la OCDE.

80

La creación de PNC es una obligación de los miembros plenos de la OCDE, así como de los “observadores” (como Argentina). Los PNC tramitan casos referidos a empresas multinacionales de cualquier país, incluyendo los que no son miembro de la OCDE, por parte de la organización o la persona que lo desee, e incluyendo eventos referidos a sus filiales/sucursales.

5. Posición de la Argentina

La República Argentina tiene en el ámbito general de la OCDE el status de país observador. Además de ello, adhirió a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales en 1997, de la cual forman parte las Directrices. En el marco de este compromiso y dado su carácter de “observador”, estableció el PNC. Asimismo, adhirió a una serie de recomendaciones de la OCDE, como la Recomendación del Consejo de la OCDE para la implementación de la Guía de Devida Diligencia para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales de áreas afectadas por conflictos y alto riesgo o la Guía de Devida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable.

El PNC argentino es el ámbito en el que se promueve la Conducta Empresarial Responsable a través de las Líneas Directrices de la OCDE, trabajando de manera

visible, accesible, transparente, responsable, imparcial y equitativa, previsible, y compatible con las Líneas Directrices.

III. Punto Nacional de Contacto

1. ¿Cómo funciona?

El PNC funciona en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y fue establecido a través de la Resolución Ministerial Nro. 1567 del 31 de julio de 2006 y otras normas complementarias.

El 7 de marzo de 2019, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto dictó la Resolución 138/2019¹⁴, la cual creó el Consejo Constitutivo del PNCA a los fines de asesorar al PNCA en sus tareas y en los reclamos que personas físicas y/o jurídicas eventualmente presenten contra empresas multinacionales que operen en Argentina.

El Consejo tiene como presidente al titular del punto PNC y como integrantes miembros permanentes, miembros no permanentes y representantes sectoriales. Son miembros permanentes los representantes de distintos ministerios y secretarías, como el Ministerio de Hacienda, Ministerio de Producción y Trabajo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, entre otros. Son miembros no permanentes, representantes de reparticiones gubernamentales, a quienes el PNC puede invitar dependiendo de las necesidades que se presenten en función de los reclamos realizados. Por último, los representantes sectoriales pueden provenir de ámbitos empresariales, sindicales, académicos, etc, como la CGT, la UIA, la Asociación Argentina de Ética y Compliance.

81

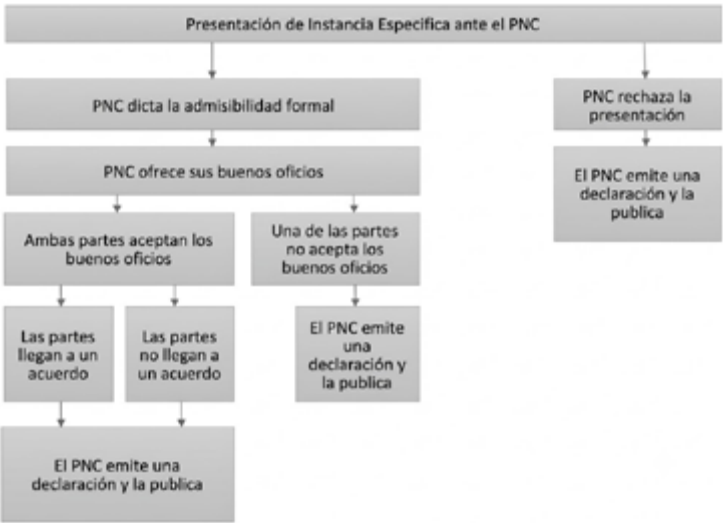
2. Sistema de casos - Proceso de Instancia Específica

El Punto Nacional de Contacto funciona como una instancia no contenciosa, a los fines de que las partes resuelvan cuestiones que puedan surgir de la implementación de las Líneas Directrices de la OCDE en relación con empresas multinacionales que operan en el país, o con empresas argentinas multinacionales que operen en el exterior.

Cualquier persona física o jurídica puede presentarse ante el PNC e iniciar un proceso de Instancia Específica. La presentación debe contener información sobre la persona que está realizando la presentación, su interés en el caso, identificación de la empresa contra la cual está iniciando el proceso, descripción clara de los hechos cuestionados, los Capítulos de las Directrices que considera inobservados y un petitorio respecto del resultado que espera del proceso. El proceso se rige por las Reglas de Procedimiento para la Presentación de Instancias Específicas¹⁵:

¹⁴ Resolución MREyC 138/2019. B.O 22/03/2019.

¹⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, "Breve Guía del



3. Casos presentados en el PNC - Análisis

82

Según surge de la “Breve Guía del Punto Nacional de Contacto Argentino para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable”¹⁶, desde el 2004 al 2019 se presentaron 14 solicitudes de instancia específica, que abarcaron distintas temáticas: servicios financieros, construcción, minería, agricultura, servicios alimenticios, telecomunicaciones, defensa, entre otros. Entre los peticionantes, además de individuos, encontramos empresas, ONGs y sindicatos.

A los fines del presente trabajo, nos vamos a abocar al análisis de los casos publicados en la página de la OCDE, específicamente aquellos presentados en Argentina¹⁷.

3.1. CIPCE v. Skanska¹⁸

El Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) inició un proceso de instancia específica en septiembre 2007 contra la compañía

Punto Nacional de Contacto Argentino para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable” en *Punto Nacional de Contacto para la Conducta Empresarial Responsable* disponible en: <https://cancilleria.gob.ar/es/iniciativas/pnca/como-funciona-el-punto-nacional-de-contacto-pnca>

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ OECD, Complaints Database disponible en: https://www.oecdwatch.org/complaints-database/?fwp_oecd_complaint_country=argentina&fwp_paged=2 (visitada el 30/12/2024)

¹⁸ OECD, “CIPCE vs. Skanska” en *Complaints Database*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/cipce-vs-skanska/> (visitada el 30/12/2024)

sueca Skanska, acusándola de no realizar ninguna acción para prevenir y/o luchar contra la corrupción.

Esto, en virtud de que, según CIPCE, la Compañía pagó coimas a funcionarios públicos durante la construcción de la planta compresora Dean Funes en Córdoba como parte de ampliación de la red de gasoductos en el Norte del País, y que cuando dichas acusaciones se hicieron públicas, despidió a los directores involucrados, pagándoles una indemnización y posteriormente recontratándolos como consultores de la Compañía.

En su escrito, el CIPCE explica que el proyecto costó un 152% más que lo presupuestado originariamente, y que se detectaron 118 facturas apócrifas en la contabilidad de la empresa por un monto de ARS 16.3M, lo cual “obligó a la empresa a confesar que además de evadir impuestos al fisco nacional, SKANSKA S.A. había pagado “comisiones indebidas” a diversos funcionarios públicos.”¹⁹

Según CIPCE, la correcta forma de proceder hubiese sido que Skanska despidiese con causa a los involucrados, sin pagarles sumas millonarias en concepto de indemnización.

Los Capítulos de las Directrices relevantes a los fines de la presentación son el Capítulo VI - párrafos 1 y 2 sobre lucha contra la corrupción y el Capítulo X sobre Cuestiones Tributarias de la versión del 2000.

El Capítulo VI trata sobre la lucha contra la corrupción, y en los apartados citados se menciona que las Empresas Multinacionales no deben realizar pagos indebidos a oficiales públicos, y en el caso de que la remuneración a agentes estatales sea apropiada y por servicios legítimos, se deberá llevar un registro de ello.

El Capítulo X, por su parte, refiere a Impuestos, y establece que las Empresas Multinacionales deben contribuir a las finanzas públicas de los países en donde realizan sus actividades mediante el cumplimiento de leyes y regulaciones impositivas. Esto incluye tanto proveer información relevante a las autoridades competentes como actuar de conformidad con la ley.

El CIPCE buscaba con este reclamo que Skanska: (i) reconozca públicamente la violación a las Líneas Directrices en ocasión de la ampliación del gasoducto de Deán Funes, (ii) exponga medidas internas adoptadas para fortalecer los sistemas de gestión y evasión fiscal y corrupción y (iii) se comprometa a colaborar con la Justicia para el esclarecimiento de los hechos.

En noviembre del 2007, el PNC argentino aceptó el caso, y ambas partes acordaron negociar hasta arribar a una solución aceptable.

En septiembre del 2008, Skanska decidió no participar más en el proceso, acusando a CIPCE de actuar de mala fe y de haber violado la confidencialidad.

¹⁹ Escrito de inicio presentado por el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica contra Skanska ante el PNC Argentino el 1 de septiembre de 2007, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/cipce-vs-skanska/> (visitada el 30/12/2024)

En mayo 2009, CIPCE presentó un nuevo escrito con el objetivo de solicitar nuevamente la intervención del PNC argentino a los fines de que examine nuevos hechos relativos al incumplimiento de las guías directrices por parte de Skanska, dictamine sobre el incumplimiento alegado, solicite a la Compañía a exponer las medidas internas adoptadas para fortalecer sus sistemas internos y preste colaboración con la justicia en el esclarecimiento del caso. En el escrito, se centró en tres puntos principales para sostener que la empresa incumplió con el Capítulo VI de las Directrices:

- El embargo dictado por la justicia federal en la investigación de la causa por corrupción a pedido de la Oficina Anticorrupción, la cual había entendido que Skanska S.A. tuvo “...un alto grado de vinculación en los hechos, al ser la beneficiaria final del actuar delictivo de sus dependientes de nivel...”²⁰
- El pago de indemnizaciones formulada por la empresa a los ex directivos que presuntamente pagaron coimas al momento de despedirlos, por haber realizado dichos despidos sin causa.
- La falta de comunicación por parte de la empresa de las acciones tomadas tendientes a mejorar sus sistemas de control interno para evitar actos de corrupción, ya que las Directrices establecen específicamente que el compromiso asumido por las empresas multinacionales incluye la apertura y el diálogo con los ciudadanos. Sobre este punto, el Centro agrega que este incumplimiento se ve reforzado por el hecho de que Skanska se retiró del proceso de instancia específica del PNC sin haber llegado a la redacción de un documento consensuado entre las partes.

El 1 de noviembre de 2009, el PNC dictó su resolución final, cerrando ambos casos y sin hacer ningún análisis sobre lo alegado por las Partes.

3.2. *FOCO & Friends of the Earth Argentina vs. Shell CAPSA*²¹

El 28 de mayo de 2024 las ONG “Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos” (FOCO) y “Amigos de la Tierra Argentina” (FACA) iniciaron un proceso de instancia específica ante los PNC argentino y holandés contra la subsidiaria argentina de Shell, Shell Capsa, alegando el incumplimiento de ésta a varias de las Líneas Directrices de la OCDE. La denuncia establece que la refinería de petróleo por parte de Shell Capsa había generado daños a la comunidad de Villa

²⁰ Segundo escrito presentado por el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica contra Skanska ante el PNC Argentino el 1 de mayo de 2009, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/cipce-vs-skanska-2/> (visitada el 30/12/2024)

²¹ OECD, “FOCO & Friends of the Earth vs. Shell CAPSA” en *Complaints Database*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/foco-friends-of-the-earth-argentina-vs-shell-capsa/> (visitada el 30/12/2024)

Inflamable, de 1.300 personas, las cuales no sólo viven en una situación de pobreza extrema, sino que además, han estado viviendo con los humos tóxicos producidos por la actividad de la Compañía. La denuncia, además, señala que la refinería estuvo cerrada durante siete días en agosto del 2007, después de que la autoridad ambiental nacional argentina detectó múltiples violaciones a la Ley Ambiental Nacional.

Las Líneas Directrices afectadas fueron las contenidas en el Prefacio, que dispone que las Directrices establecen principios y estándares para la Conducta Empresarial Responsable. En su escrito, FOCO & FACA explican que según la OCDE, la primera obligación que surge de la interpretación de las Directrices es la obediencia a las normas locales. Dado que Shell avanzó con su actividad de explotación sin la presentación de los permisos ambientales correspondientes ni reportó incidentes ambientales ocurridos producto de dicha actividad, las denunciantes entienden que incumplió con este punto.

Se alegó también la violación del Capítulo II “Políticas Generales”, el cual establece que se deben respetar los derechos humanos de los afectados por actividades contrarias a las obligaciones y compromisos asumidos por el Estado en el ámbito internacional. Sobre este punto, el escrito de inicio establece que las actividades de Shell no cumplían con los estándares y condiciones mínimas de seguridad ambiental, poniendo en grave peligro al medio ambiente y a los residentes de la zona.

También se refirió al Capítulo III “Divulgación” y su relación con el Capítulo V “Medio Ambiente”, por no respetar la aplicación de estándares de calidad para la divulgación de información no financiera, incluyendo informes ambientales y sociales. Capítulo V “Medio Ambiente”, por no establecer y mantener un sistema de gestión ambiental adecuado y por no proporcionar información adecuada para identificar, evaluar y abordar los problemas de salud previsibles y los impactos en la seguridad asociados con sus actividades.

El caso fue presentado simultáneamente ante los PNC argentino y holandés porque los denunciantes entendieron que las violaciones a las Directrices importan un problema sistémico en las operaciones globales de Shell. A pesar de la existencia de procesos judiciales paralelos, ambos PNC aceptaron el caso (con el PNC argentino a la cabeza). El PNC argentino preparó una lista de “consideraciones” y lo remitió a las partes para que respondieran, ambas cumplieron.

En abril del 2009, tres miembros del PNC argentino visitaron Villa Inflamable para entrevistar a los residentes y poder ver las condiciones de vida. Sin embargo, Shell Capsa se negó a participar del proceso del PNC, ni siquiera reconoció al PNC como un órgano apropiado para abordar este caso.

En mayo del 2009, el PNC argentino indicó que podía dar por cerrado el caso, ofreciendo a las partes la posibilidad de negociar fuera del proceso de instancia específica. Los denunciantes manifestaron que estaban abiertos a dicha posibilidad.

Sin embargo, en noviembre del 2009, dada la negativa a cooperar por parte

de Shell, el PNC argentino anunció que daría por finalizado el caso, publicando la información obtenida en el proceso, incluyendo el hecho de que Shell se había negado a cooperar. Sin perjuicio de ello, el caso quedó abierto. Shell se negó a brindar respuestas hasta tanto no hubiese una resolución judicial que la declarase culpable.

En junio del 2012, el PNC solicitó a Shell Capsa (i) proporcionase información sobre las acciones que había tomado en relación con las acusaciones y (ii) una actualización sobre el caso judicial paralelo.

En mayo del 2016, y ante la inactividad por parte del PNC argentino, los denunciantes solicitaron que el Organismo tome una determinación sobre las acusaciones y emita una declaración final.

En noviembre del 2018, la empresa Raízen compró Shell Capsa y el PNC argentino se comunicó con los funcionarios para solicitar una aclaración sobre si dicha compra podría cambiar la evolución del proceso de instancia específica.

Un año después, en noviembre del 2019, Raízen envió una nota al PNC argentino informando que Shell Capsa, había cambiado de accionistas a partir de octubre del 2018 y que, en consecuencia, la entidad controlante pasaría a ser Raízen Combustíveis S.A., una compañía constituida bajo las normas de Brasil y domiciliada en dicho país.

En febrero del 2021, el PNC argentino cerró el caso, bajo el argumento de que había vencido el plazo de los 12 meses posteriores a la recepción de la denuncia que establecen las Reglas del Procedimiento de Instancia Específica. En su resolución, el PNC realizó un recorrido por todo el proceso realizado manifestando que su accionar había sido el correcto y que había funcionado como un canal de comunicación entre las partes, pero no hizo mención a investigaciones realizadas ni arribó a ninguna conclusión relativa a la denuncia en concreto²².

Según surge de la página web de la OCDE, FOCO & FACA consideran que el PNC falló en comunicarse con ellas e incluso, que el Organismo había dilatado el proceso deliberadamente a los fines de evitar manejar el caso.

3.3. *ACIJ vs. MAN Ferrostaal Argentina S.A.*²³

En marzo de 2011, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) inició el proceso de instancia específica ante el PNC argentino alegando que la multinacional MAN Ferrostaal Argentina S.A. había pagado coimas y había incurrido en extorsión,

²² Comunicado Final dictado por PNC Argentino el 17 de diciembre de 2021 en el caso “FOCO & Friends of the Earth Argentina vs. Shell Capsa” en *Complaints Database*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/foco-friends-of-the-earth-argentina-vs-shell-capsa/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

²³ OECD, “ACIJ vs. MAN Ferrostaal Argentina S.A.” en *Complaints Database*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/acij-vs-man-ferrostaal-argentina-s-a/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

incumpliendo con los capítulos II y VI de las Directrices (versión del año 2000). En su solicitud, la ACIJ pidió a la multinacional Ferrostaal que: reconociera la vigencia de las Directrices, explicara su política interna y medidas implementadas contra la corrupción, tanto interna como externamente, demostrase una actitud colaborativa frente a los Tribunales y el PNC y explicase su posición en el caso.

El Capítulo II de las Directrices establece “Políticas Generales”. Refiere a que las Empresas Multinacionales deben cumplir con las leyes y políticas de los países en donde operan, y establece ciertas pautas de actuación, como por ejemplo contribuir con el progreso económico, social y ambiental, respetar los derechos humanos de aquellos afectados por sus actividades, abstenerse de cualquier entrometimiento con la actividad política local, entre otras.

El Capítulo VI trata sobre la lucha contra la corrupción. En relación con ello, las Directrices establecen que no se debe realizar pagos indebidos a funcionarios públicos, no se deben realizar contribuciones ilegales a candidatos a cargos públicos, partidos políticos, u otras organizaciones políticas, así como se deben adoptar sistemas de control que desalienten prácticas de corrupción como procesos de auditoría interna, entre otras.

El PNC aceptó el caso y en mayo de 2011, ofreció sus buenos oficios a las Partes a los fines de realizar una audiencia de mediación. En agosto de 2011, la empresa requirió la finalización de la instancia bajo los siguientes argumentos: (i) que sin perjuicio de entender estar cumpliendo con las Directrices, éstas no son vinculantes, (ii) que existían procesos penales relacionados al caso y (iii) que tanto el Grupo Ferrostaal como su filial en Argentina habían adoptado medidas preventivas y nuevos procedimientos en su Código de Conducta con el objetivo de luchar contra la corrupción.

En noviembre de 2016, el PNC dictó su comunicado final dando por cerrada la instancia, considerando que, si bien había intentado unir a las Partes a los fines de construir un diálogo entre ellas, no se había arribado a ninguna solución ni acuerdo. En virtud de ello y del tiempo transcurrido, consideró que lo mejor era cerrar la instancia. No se pronunció sobre el fondo del caso planteado por ACIJ²⁴.

3.4. CEDHA vs. Xstrata Copper²⁵

El 1° de junio de 2011, el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) inició el proceso de instancia específica ante el Punto Nacional de Contacto de Australia en contra de la multinacional Xstrata Copper (hoy GlencoreXstrata), que se encontraba basada en ese país, alegando que su actividad en la Argentina vinculada a los proyectos

²⁴ Comunicado Final dictado por PNC Argentino el 11 de noviembre de 2016 en caso “ACIJ vs. MAN Ferrostaal Argentina S.A.”, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/acij-vs-man-ferrostaal-argentina-s-a/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

²⁵ OECD, “CEDHA vs. Xstrata Copper” en *Complaints Database*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/cedha-vs-xstrata-copper/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

“El Pachón” y “Filo Colorado” estaba afectando glaciares nacionales, incumpliendo con lo estipulado por los capítulos II, III y V de las Directrices (versión 2000)

El Capítulo II de las Directrices trata sobre “Políticas Generales” y establece una serie de lineamientos y pautas de conducta por parte de las Empresas Multinacionales vinculadas al cumplimiento de las leyes en los países donde realizan su actividad industrial y comercial.

El Capítulo III, por su parte, trata la “Divulgación de la Información”, y establece pautas respecto del manejo y divulgación de la información vinculada a su actividad.

El Capítulo V contiene estipulaciones vinculadas al Medio Ambiente, el cual debe ser respetado y cuidado por las Compañías que realicen sus actividades en otros países, de conformidad con sus normas y regulaciones.

Según el escrito de inicio, Xstrata había negado la existencia de glaciares y periglaciares en las zonas de obra. Además, la Compañía había omitido realizar estudios ambientales a los fines de evaluar el impacto de las obras de minería en los sitios de El Pachón y Filo Colorado.

En el escrito, CEDHA compartió imágenes satelitales de los glaciares en las zonas mencionadas, además de informes del impacto ambiental. Asimismo, el Centro manifestó que previo al inicio del proceso habían tenido un intercambio constructivo con la Compañía, hasta que ésta dejó de contestar.

88

En su solicitud, CEDHA solicitó: (i) el cese de las actividades hasta tanto se realizara un análisis real sobre el impacto ambiental que los Proyectos iban a tener en los glaciares de ambos sitios; (ii) que la Compañía manifieste públicamente su intención de proteger a los glaciares en todos sus proyectos; (iii) cumplir con la normativa nacional y provincial; (iv) producir un informe de impacto ambiental de conformidad con la Ley de Glaciares, (v) reparar cualquier daño realizado; (vi) evitar futuros impactos en glaciares o ambientes periglaciares en todas sus operaciones; (vii) comprometerse con CEDHA o cualquier otro sujeto a los fines de cooperar en la creación de una práctica standard en cumplimiento con las normas.

El PNC australiano decidió que el caso debería ser liderado por el PNC argentino, en virtud de la localización de las partes y sitios afectados en este caso particular. El 25 de octubre de 2011, el PNC argentino aceptó el caso.

Según surge de la base de datos de la OCDE, el caso sufrió una serie de demoras, en mayor medida por la actitud de Xstrata. En un primer momento, las partes habían llegado a un acuerdo para reunirse y fijar próximos pasos, incluyendo una propuesta de CEDHA para trabajar colaborativamente en un protocolo para actividad minera en territorio glacial. Esta idea se mantuvo hasta que el equipo legal de Xstrata obtuvo una victoria en el ámbito judicial: una suspensión temporal de los efectos de la Ley Nacional de Glaciares. Posteriormente, la Compañía mostró más interés en el proceso. En 2012, la decisión judicial fue revocada, dejando a Xstrata en la misma posición inicial. Sin embargo, siguieron sin mostrar interés en el proceso.

En octubre del 2014, el PNC argentino decidió cerrar el caso, después de haber intentado sin éxito convocar a Xstrata.

3.5. *ACIJ vs. BNP Paribas*²⁶

En julio del 2011, el PNC argentino recibió de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) una solicitud de revisión, alegando que la empresa multinacional BNP Paribas había violado las políticas generales de las Líneas Directrices en Argentina. El objeto de la demanda estaba relacionado con la presunta actividad delictiva realizada por la empresa BNP Paribas, vinculada a la mala gestión de su patrimonio, mediante la supuesta comisión de los delitos de evasión fiscal, blanqueo de capitales y contrabando de divisas.

En el escrito de inicio, la ACIJ solicitó a BNP Paribas: (i) reconocer la obligatoriedad de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, (ii) explicar su política y las medidas que implementa para luchar contra la corrupción, tanto a nivel interno como externo, (iii) demostrar una actitud colaborativa tanto ante los tribunales comprometidos como con el PNC, (iv) explicar su posición en relación con los hechos denunciados, (v) asumir el compromiso de publicar la información relevante a la comunidad, considerando el evento de corrupción del cual forman parte, (vi) ofrecer disculpas públicas a la comunidad argentina, por los hechos que provocaron esta demanda, (vii) asumir el compromiso de reparar los daños causados a la comunidad.

En el contexto de los trabajos de reestructuración y mejora del PNC y sus nuevos integrantes, el 2 de noviembre del 2016, hicieron una oferta formal a la ACIJ para actualizar su solicitud a fin de que considere abrir nuevamente la instancia. Tal oferta, no arrojó resultados, por lo que finalmente se desestimó el reclamo.

3.6. *FOCO vs Barrick Gold*²⁷

El 8 de junio del 2011, la organización no gubernamental FOCO (Foro Ciudadano de Participación para la Justicia y los Derechos Humanos) solicitó ante el PNC argentino la apertura de una instancia específica en contra de la empresa Barrick Gold Corporation, alegando que había violado las disposiciones de las Líneas Directrices sobre “Políticas Generales” (Capítulo II), “Divulgación de la Información” (Capítulo III) y “Medio Ambiente” (Capítulo V) en las minas de oro

²⁶ OECD, “ACIJ vs. BNP Paribas” en *Complaints Database*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/acij-vs-bnp-paribas/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

²⁷ OECD, “FOCO et al vs. Barrick Gold” en *Complaints Database*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/foco-et-al-vs-barrick-gold/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

Veladero y Pascua Lama en la provincia de San Juan, Argentina.

Según establece la denuncia, la Barrick Gold había contaminado las aguas subterráneas, el aire, el suelo y los glaciares, provocando una pérdida de biodiversidad alrededor de las minas, incumpliendo el Capítulo V de las Directrices sobre “Medio Ambiente”. Por otro lado, el escrito mencionaba que Barrick Gold había violado el derecho a la información, afectando directamente el Capítulo III sobre “Divulgación de la Información” y, además, había participado indebidamente en la toma de decisiones políticas locales y utilizado la violencia contra organizaciones sociales y ambientales, en incumplimiento del Capítulo II de las Directrices sobre “Políticas Generales”

Luego de no recibir respuesta por parte del PNC durante más de un mes, FOCO solicitó al PNC el 22 de julio del 2011 información sobre el estado del caso. En agosto de ese año, el PNC solicitó a la ONG que amplíe la información sobre lo alegado contra Barrick.

En mayo del 2013, el PNC aceptó el caso, pero no hubo avances. En octubre de 2015, la Compañía aceptó iniciar una mediación, y en noviembre de ese año, los denunciantes respondieron que también estarían dispuestos a iniciarla, siempre y cuando las cuestiones claves planteadas en el caso fueran objeto de discusión. Posteriormente, el proceso volvió a estancarse durante casi un año.

A mediados del 2016, las conversaciones se reanudaron, continuando hasta 2017. Sin embargo, en 2018, las partes no pudieron llegar a un acuerdo sobre las cuestiones tratadas en la denuncia y el procedimiento correspondiente.

Los denunciantes alegan que el PNC estaba paralizando el asunto a propósito, provocando que las organizaciones que participaban en el procedimiento se retiraran. Asimismo, consideraron que el caso no se manejó adecuadamente, en particular respecto de las reglas procedimentales establecidas por la OCDE.

Finalmente, FOCO retiró su queja en abril del 2018, considerando que todo el proceso fue una pérdida de tiempo y recursos. En septiembre de 2018, el PNC emitió su comunicado final, en el cual estableció que las partes no habían llegado a un acuerdo y dando por concluida la instancia. Una vez más, omitió expedirse respecto del caso.

3.7. CEDHA vs Nidera²⁸

En este caso se debatió sobre los abusos de derechos humanos contra los trabajadores en la plantación Nidera en Argentina y el incumplimiento de los Capítulos II y IV de las Directrices, sobre “Políticas Generales” y “Empleo y Relaciones Industriales”. Si bien el PNC competente no fue el argentino, sino el holandés, hacemos mención de este caso ya que, hasta la fecha, es el único proceso

²⁸ OECD, “CEDHA et al vs. Nidera” en *Complaints Database*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/cedha-et-al-vs-nidera/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

que involucró a una empresa argentina con un resultado exitoso. Además, es un excelente ejemplo de cómo se puede dar seguimiento a los acuerdos en los casos donde las Directrices se encuentran afectadas o violadas.

Las partes involucradas lograron llegar a un acuerdo gracias a la intervención del PNC, así como también, se logró reducir los riesgos y daños producidos por el accionar de Nidera y generar un plan de control al respecto.

En este caso, organizaciones no gubernamentales argentinas y holandesas (como CEDHA), alegaron que Nidera estaba cometiendo abusos a los derechos humanos de los trabajadores temporales de la empresa. Basado en gran medida en informes del gobierno argentino, la queja detalla las malas condiciones de vida y de trabajo en las plantas y cómo se mantuvo a los trabajadores en la ignorancia sobre las condiciones deficientes durante el proceso de contratación.

Los denunciantes, solicitaron a Nidera que desarrolle e implemente una política de compromiso efectivo en materia de derechos humanos y procesos concretos de debida diligencia en materia de derechos humanos para mitigar los impactos adversos sobre los derechos humanos en las operaciones globales, en particular en lo relacionado con la contratación y empleo de los trabajadores temporales.

El PNC holandés aceptó el caso y, luego de una serie de reuniones entre el PNC y las partes, en las cuales discutieron sobre la problemática, lograron arribar a un acuerdo. Como parte del acuerdo, Nidera fortaleció su política de derechos humanos, formalizó los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos para trabajadores rurales temporales, y permitió a las ONGs involucradas monitorear sus operaciones de semillas de maíz en Argentina.

Adicionalmente, Nidera cumplió con su compromiso de implementar un mecanismo de quejas a nivel operativo, y produjo su primer informe de responsabilidad corporativa, en línea de lo solicitado por el denunciante.

Una declaración final emitida por el PNC holandés el 5 de marzo del 2012, confirmó el resultado positivo del diálogo entre las partes. Las partes resaltaron el entorno que permitió el diálogo y la discusión constructiva por parte del PNC.

En febrero del 2013, las partes presentaron un informe conjunto con el PNC (“One Year After the Agreement”), en el cual se detalla la implementación de las políticas y procedimientos acordados durante el proceso, así como el monitoreo del cumplimiento del Acuerdo.

IV. Evaluación del PNC Argentino por parte de la OCDE

Cada PNC es evaluado según el cumplimiento de indicadores clave de desempeño, separados por categorías: Procedimiento, Organización y Comunicación. Estos indicadores buscan asegurar la accesibilidad, imparcialidad, predictibilidad, visibilidad, accesibilidad y, en general, la compatibilidad de la actuación del

PNC con las Directrices. La última evaluación se realizó en 2021, cuyos datos compartimos a continuación y pueden encontrarse en la base de datos de la OCDE²⁹.

Dentro de la categoría Procedimiento, existen los indicadores (i) Anonimato, (ii) Plazo, (iii) Confidencialidad, (iv) Consecuencias, (v) Determinaciones, (vii) Requerimientos Previos, (viii) Investigación, (ix) Monitoreo - Follow up, (x) Accesibilidad, (xi) Costos, (xii) Procedimientos Paralelos, (xiii) Verosimilitud o Credibilidad, (xiv) Revisión del Proceso, (xv) Prescripción, (xvi) Legitimados para iniciar un proceso de instancia específica.

El indicador “Anonimato” se refiere a la posibilidad de iniciar un reclamo ante el PNC de forma anónima, por razones de seguridad. Argentina permite esta posibilidad. Por su parte, el indicador “Plazo” está relacionado al compromiso del PNC de finalizar el procedimiento de instancia específica dentro de los 12 meses. Según surge de la página de la OCDE, el PNC argentino no ha cumplido con este indicador.

Respecto de la “Confidencialidad”, la OCDE considera que el PNC argentino tampoco está en cumplimiento, ya que no ha clarificado las reglas de transparencia ni de confidencialidad para el proceso de instancia específica.

El indicador “Consecuencias” refiere a la aplicación de alguna medida o consecuencia a aquellas empresas que se nieguen a participar de los procesos. La Argentina, por el momento, no lo ha aplicado, aunque, según surge de la página web de la OCDE, se ha comprometido a requerir la definición de medidas al Gobierno.

Las “Determinaciones” se relacionan con la posibilidad de que el PNC dicte una resolución sobre los hechos alegados en cada caso, cuando no se arriba a un acuerdo o cuando el proceso no prospera. El PNC argentino, según vimos más arriba en la revisión de casos, nunca se expidió sobre los hechos alegados de los casos que no tuvieron acuerdo.

Los “Requerimientos Previos” están relacionados con el pedido por parte del PNC de agotar todas las vías para intentar solucionar las controversias que se puedan suscitar de forma previa a interponer una solicitud. El PNC argentino no requiere ninguna actuación previa para acceder a la instancia específica.

El indicador “Investigación” se vincula con la posibilidad que tiene el PNC de hacer investigaciones internas en el país, cosa que el PNC argentino no prevé en sus reglas de procedimiento.

El “Monitoreo”, por su parte, implica que el PNC se compromete a realizar seguimiento de lo acordado en el proceso. Este punto puede ser establecido por cada PNC, en el caso del argentino, las Reglas de Procedimiento establecen que el monitoreo o follow up se puede realizar si alguna de las partes involucradas así lo solicita.

La “Accesibilidad” se vincula con el ofrecimiento por parte del PNC de ofrecer a

²⁹ OECD, “NCP Argentina” en *NCPs*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/ncp/ncp-argentina/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

las partes un cambio en el lugar donde se llevan a cabo las reuniones o mediaciones, o permitir las videollamadas para realizarlas. El PNC argentino no lo ha hecho hasta el momento, ni sus Reglas de Procedimiento lo prevén.

Los “Costos” de la mediación se vinculan con la posibilidad de que el PNC cubra los gastos del proceso para las partes. Las Reglas de Procedimiento del PNC argentino prevén la posibilidad de que éste se haga cargo de los gastos del proceso.

El indicador “Procedimientos Paralelos” establece que la existencia de otros procesos de forma paralela al proceso de instancia específica no es excluyente ni impide la realización del mismo. El PNC argentino está en incumplimiento de este indicador ya que sus Reglas de Procedimiento no lo establecen de forma explícita.

Otro de los indicadores de esta categoría es la “Credibilidad”, que se relaciona con el establecimiento de un estándar de verosimilitud o factibilidad en los reclamos realizados para ser tratados. El PNC argentino no establece un estándar en tal sentido.

La “Revisión del Proceso” es un indicador establecido por la Organización según el cual se les brinda a las partes la posibilidad de revisar el proceso, en el caso de creer que el PNC no ha cumplido con los procedimientos internos. La Argentina no incluyó en sus Reglas de Procedimiento una opción de revisión, por lo que está incumpliendo con este punto.

El PNC argentino tampoco prevé un plazo de “Prescripción” para aceptar casos ni solicita requisitos particulares respecto de los “Legitimados” para iniciar una acción.

Los indicadores de la categoría Organización son: (i) Expertise, (ii) Ubicación dentro del aparato estatal, (iii) Estructura, (iv) Revisión por pares, (v) Recursos humanos, (vi) Comité consultivo de Representantes de Grupos de Interés y posibilidad de involucramiento.

El indicador “Expertise” refiere al conocimiento y/o experiencia del PNC en el manejo de casos, lo cual también puede incluir el involucramiento de distintas áreas del Gobierno. La OCDE entiende que Argentina está en cumplimiento con este indicador ya que en su composición incluye a varias áreas del Gobierno.

La “Ubicación dentro del aparato estatal” refiere al área del Gobierno en donde se localiza el PNC. Lo que busca la OCDE respecto de este punto es que el PNC no se encuentre vinculado a órganos relacionados con economía, comercio exterior o inversiones a los fines de evitar casos de conflicto de interés. Como el PNC argentino se encuentra dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores, estaría cumpliendo con este punto. No así el indicador “Estructura”, según el cual el PNC debe contar con una estructura conformada por expertos independientes para llevar los casos: los casos en la sede local son llevados por oficiales del Gobierno.

El PNC argentino cumplió con el indicador “Revisión por pares” en el 2019, según la base de datos de la OCDE. La OCDE también evalúa los “Recursos Humanos” que tiene el PNC para realizar su labor, estableciendo un mínimo de dos o más empleados full time. El PNC local no cumple con este indicador, ya que,

según lo reportado, sólo tiene 1 empleado full time y 4 empleados part time. El PNC argentino tampoco cumple con el indicador “Comité consultivo de Representantes de Grupos de Interés”: existe un Comité integrado por ONGs, empresarios y sindicatos, pero sus consejos o resoluciones no son vinculantes.

Respecto de la categoría Comunicación, los indicadores de performance son: (i) Presupuesto, (ii) Base de datos de Casos Presentados, (iii) Obligación de reportar a un órgano del Gobierno sus actividades, (iv) Instrucciones e Información de Contacto en la Página web, (v) Publicación de Resoluciones Finales, (vi) Explicación de las Directrices, (vii) Traducción de las Directrices, (viii) Publicación de Evaluaciones Iniciales, (ix) Página web en varios idiomas, (x) Página web informativa, (xi) Reporte a la OCDE, (xii) Promoción en el extranjero, (xiii) Realización de eventos de Promoción, (xiv) Material de Promoción, (xv) Plan de Promoción, (xvi) Reglas de Procedimiento.

El indicador “Presupuesto” prevé que el PNC publique en la página institucional cuál es su presupuesto y su gasto anual, lo cual el PNC local no hace.

Respecto de la “Base de Datos”, lo que se espera es que la página institucional contenga una descripción de todos los casos que el PNC haya recibido en su historia, lo cual Argentina tampoco cumple, ya que sólo muestra los casos que han sido completados, no así aquellos que siguen en proceso.

La página web sí contiene instrucciones para iniciar un proceso de instancia “Resoluciones Finales”, la “Explicación de las Directrices” y la “Traducción” de las mismas, y brinda la posibilidad de visualizarla en varios idiomas. El indicador “Reporte a la OCDE” implica que el PNC debe cargar reportes anuales de su funcionamiento general ante la OCDE y publicarlos en su página web, requisito que la Argentina no ha cumplido.

El PNC argentino sí cumplió con los indicadores relacionados a la Promoción, salvo aquel vinculado con la publicación de un “Plan de Promoción” en su página institucional. Por último, el PNC no cumplió con la publicación de las “Reglas de Procedimiento” en más idiomas además del nacional.

En síntesis, de la categoría “Procedimiento”, el PNC argentino, según la OCDE, no cumplió con 12 de los 16 indicadores. De la categoría “Organización”, no cumplió con 4 de los 6 indicadores. Y de la categoría “Comunicación”, no cumplió con 9 de los 16 indicadores, lo cual demuestra un cumplimiento relativamente bajo en comparación con otros países de América del Sur.

El PNC de Brasil³⁰, por ejemplo, no cumplió con 10 de los 16 indicadores de la Categoría “Procedimiento”, con 5 de los 6 indicadores de la categoría “Organización” y con 3 de los 16 indicadores de la Categoría “Comunicación”.

El PNC chileno, por su parte, no cumplió con 7 de los 16 indicadores de la

³⁰ OECD, “NCP Brazil” en *NCPs*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/ncp/ncp-brazil/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

primera categoría, con 2 de los 6 indicadores de la segunda categoría y con 4 de los 17 indicadores de la última categoría³¹.

El PNC uruguayo, según la OCDE, cuenta con cumplimiento “parcial” en todos sus indicadores³²

V. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos descrito el funcionamiento del Punto Nacional de Contacto, su estructura, su marco jurídico, casos en los que intervino y la evaluación del mismo por parte de la OCDE, pero, al final del día cabe preguntarse: ¿configura una buena herramienta para la protección de los derechos humanos?

El PNC parece, al menos en la teoría, una buena alternativa para la solución de controversias que pueden suscitarse en contra de Empresas Multinacionales por su accionar contrario a los derechos humanos. Desde la perspectiva del sujeto activo, permite que, ante el incumplimiento o violación de algún Derecho, casi cualquier persona humana o jurídica pueda iniciar un proceso de instancia específica de forma rápida y sin tener que incurrir en gastos exorbitantes ni cumplir con las formalidades que requiere un proceso judicial.

Desde la perspectiva de la Empresa, le da la posibilidad de participar de un proceso extrajudicial y de poder trabajar en un plan en conjunto para resolver y/o mitigar las consecuencias de sus acciones. Además, en caso de iniciarse el proceso de instancia específica rápidamente ante la detección de un incumplimiento, permite a la Empresa la posibilidad de reaccionar y redirigir sus procesos para evitar, eventualmente, una sanción por parte del Estado o una sentencia desfavorable, lo cual la beneficia desde la perspectiva no sólo económica sino además reputacional.

Sin embargo, el sistema del PNC, al menos en la Argentina, presenta una serie de debilidades que hacen que finalmente, no sea una herramienta del todo eficaz para evitar la afectación de derechos humanos fundamentales como los que protegen las Directrices.

En primer lugar, notamos que el hecho de que sea una instancia voluntaria es un gran punto en contra del sistema. Esto genera que la eficacia del procedimiento dependa casi exclusivamente de la voluntad de las partes, lo cual hace que en la mayoría de los casos, las Empresas no hagan ningún esfuerzo en encontrar una solución. De la observación de los casos analizados en el presente trabajo, es claro que esto ocurrió en todos los procesos salvo el de Nidera. La voluntariedad del proceso genera un mayor esfuerzo

³¹ OECD, “NCP Chile” en *NCPs*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/ncp/ncp-chile/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

³² OECD, “NCP Uruguay” en *NCPs*, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/ncp/ncp-uruguay/> (visitada el 30 de diciembre de 2024)

en cabeza del PNC al momento de convocar a las partes y ofrecer sus buenos oficios, lo cual parece no ocurrir en el caso de la sede local. Tampoco fomenta la participación por parte de las Empresas la inexistencia de medidas o sanciones por parte del Estado a aquellas que no participen en el procedimiento.

Varios puntos débiles que encontramos en el sistema se relacionan con algunos indicadores de la evaluación realizada por la OCDE. El hecho de que el PNC argentino no dicte ninguna resolución ni haga ninguna determinación respecto del caso bajo análisis si las Partes no llegan a un acuerdo, refuerza que las Empresas decidan no involucrarse, ya que incluso en caso de no hacerlo no va a generar siquiera una comunicación en su contra. A este punto se adiciona el hecho de que el PNC no haga investigaciones propias, probablemente vinculado al hecho de que cuentan con poco *staff*.

Otro punto débil detectado es el hecho de que el monitoreo posterior de los casos sólo se realiza en caso de que una de las Partes así lo solicite. Y dado que en la mayoría de los casos presentados ante el PNC argentino no se arribó a ninguna conclusión, parecería más difícil aún que haya un monitoreo o *follow up* posterior.

La fragilidad del proceso también se vincula al hecho de que las Reglas de Procedimiento del PNC Argentino no dejen establecido claramente que la existencia de procesos judiciales paralelos no es impedimento para la realización del proceso de instancia específica. En muchos casos, bajo el argumento de que hay procesos judiciales activos, las empresas deciden no participar de esta instancia. Adicionalmente, que las Reglas de Procedimiento no establezcan reglas claras de confidencialidad también puede actuar como punto débil del sistema, ya que las Empresas pueden no confiar en éste ni verse motivadas a compartir información sensible.

Otro problema del PNC argentino es que, por su localización dentro del aparato estatal, sus empleados y funcionarios no cuentan con estabilidad, lo que genera constantes cambios y dilaciones en procesos abiertos. Esto, además de ser un problema en sí mismo, parecería atentar contra la Regla de Procedimiento que establece un plazo de 12 meses para la resolución de casos.

En línea con lo antedicho, la Defensoría del Pueblo de la Nación realizó en 2023 un diagnóstico de la implementación de los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y Derechos Humanos en el marco del Plan de Acción en Empresas y Derechos Humanos de Argentina que hemos citado anteriormente. En su diagnóstico, la Defensoría analizó “las brechas normativas y de políticas públicas en la implementación de los Principios Rectores, con una visión general de los impactos negativos de las empresas sobre los derechos humanos...”³³.

³³ Grosso, M.; Cufre, Denisse Y. *Línea Nacional de Base en Empresas y DDHH*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensor del Pueblo de la Nación, 2023. Libro Digital (PDF). p. 3. Disponible en: <https://www.dpn.gob.ar/linea-nacional-de-base.php>

Respecto del PNC, la Defensoría destacó que: “El PNCA debería contar con una estructura propia que habilite la posibilidad de intervenir en el proceso preventivo como en el monitoreo posterior de los acuerdos alcanzados.” Y además, entendió conveniente que se incluyeran “...recomendaciones específicas dirigidas a las empresas denunciadas en las declaraciones finales de cierre de las instancias específicas...”³⁴

La OCDE, por su parte, realizó un análisis por los 10 años de la implementación de los PNC. En lo que refiere a Argentina, refirió al caso de Shell CAPSA y su afectación a Villa Inflamable, explicando que:

[E]ste reclamo también ilustra los problemas considerables y recurrentes de las Directrices de la OCDE. Los PNC carecen de poder para obligar a las empresas a participar y únicamente unos pocos están dispuestos a realizar una investigación y emitir una declaración final cuando las empresas se niegan a cooperar. Es esencial que los PNCs cuenten con cierto poder para persuadir a las empresas a acercarse a la mesa de negociaciones.³⁵

En virtud de lo reseñado, nuestro entendimiento es que el PNC, al menos en Argentina, no constituye, por el momento, una herramienta eficaz para la protección de los derechos humanos. Esto no implica que en el futuro no pueda serlo, y en ese sentido el Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos en la Argentina citado anteriormente parecería ser un paso importante a los fines de su ejecución, en la medida en que continúe siendo una política pública, el Estado otorgue recursos a tal fin y mantenga su compromiso con los objetivos fijados por los Organismos Internacionales, permitiendo inversiones y desarrollo económico pero sin dejar de lado el resguardo de los derechos humanos de sus habitantes. Asimismo, consideramos que sería positiva la revisión ocasional de las herramientas implementadas, como es el caso del PNC, a los fines de entender cuáles son los puntos débiles y dónde hay oportunidad de mejora, teniendo siempre en cuenta que se trata de una herramienta más para la protección de derechos fundamentales que, bien implementada, puede tener un impacto positivo.

97

³⁴ *Ibidem*, p. 57.

³⁵ Wilde-Ramsing J.; Feeney P.; Oldenziel, J., “10 años después: Evaluando el aporte de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales a la conducta empresarial responsable” en *OECD Watch - 10 years on*, 1 de junio 2010, p.46, disponible en: <https://www.oecdwatch.org/oecd-watch-10-years-on/>

Bibliografía

Alzari, María José, “Empresas y Derechos Humanos. Enfoque de gestión ‘obligatorio o voluntario’ para las empresas”, disponible en: <https://ceads.org.ar/empresas-y-derechos-humanos/>

Böhm, María Laura, “Empresas Transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico”, *Revista Crítica Penal y Poder* del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, octubre 2017, disponible en <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19764/22496>

Grosso, M.; Cufre, Denisse Y. “Línea Nacional de Base en Empresas y DDHH”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensor del Pueblo de la Nación, 2023. Libro Digital (PDF). Disponible en: <https://www.dpn.gob.ar/linea-nacional-de-base.php>

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, “Breve Guía del Punto Nacional de Contacto Argentino para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable” en *Punto Nacional de Contacto para la Conducta Empresarial Responsable*. Disponible en: <https://cancilleria.gob.ar/es/iniciativas/pnca/como-funciona-el-punto-nacional-de-contacto-pnca>

OCDE, “Declaración sobre la Promoción y la Facilitación de una Conducta Empresarial Responsable en la Economía Mundial de la OCDE” en *OECD Legal Instruments*. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org>

OECD, “ACIJ vs. BNP Paribas” en *Complaints Database*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/acij-vs-bnp-paribas/>

OECD, “ACIJ vs. MAN Ferrostaal Argentina S.A.” en *Complaints Database*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/acij-vs-man-ferrostaal-argentina-s-a/>

OECD, “CEDHA et al vs. Nidera” en *Complaints Database*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/cedha-et-al-vs-nidera/>.

OECD, “CEDHA vs. Xstrata Copper” en *Complaints Database*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/cedha-vs-xstrata-copper/>

OECD, “CIPCE vs. Skanska” en *Complaints Database*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/cipce-vs-skanska/>

OECD, Complaints Database en *OECD*. Disponible en: https://www.oecdwatch.org/complaints-database/?fwp_oecd_complaint_country=argentina

OECD, “FOCO & Friends of the Earth vs. Shell CAPSA” en *Complaints Database*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/foco-friends-of-the-earth-argentina-vs-shell-capsa/>

OECD, “FOCO et al vs. Barrick Gold” en *Complaints Database*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/complaint/foco-et-al-vs-barrick-gold/>

OECD, “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre Conducta Empresarial Responsable” en *OECD*. Disponible en: https://www.oecd.org/es/publications/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales-sobre-conducta-empresarial-responsable_7abea681-es.html

OECD, “NCP Argentina” en *NCPs*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/ncp/ncp-argentina/>

OECD, “NCP Chile” en *NCPs*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/ncp/ncp-chile/>

OECD, “NCP Uruguay” en *NCPs*. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/ncp/ncp-uruguay/>

OECD, “Our History” en *Organization for Economic Co-operation and Development*. Disponible en: <https://www.oecd.org/en/about/history.html>

OECD, “Who we are” en *Organization for Economic Co-operation and Development*. Disponible en: <https://www.oecd.org/en/about.html>

OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (Revision 2000) en *Publications*. Disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises_9789264033979-en.html

ONU, “Información previa al Consejo de Derechos Humanos”, en *Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/about-council>

ONU, “Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos: Aplicación del marco ‘Proteger, Respetar y Remediar’ de las Naciones Unidas” en *Publicaciones de Referencia*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/publications/reference-publications/guiding-principles-business-and-human-rights-implementing>].

Secretaría General del Tesoro del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa del Gobierno de España, “OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico” en *Asuntos Internacionales*. Disponible en: <https://www.tesoro.es/asuntos-internacionales/ocde-organizacion-para-la-cooperacion-y-desarrollo-economico#:~:text=La%20OCDE%20trabaja%20con%20los,est%C3%A1ndares%20internacionales%20en%20distintas%20%C3%A1reas>

Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales del Gobierno de Chile, “*Conducta Empresarial Responsable*” en Directrices OCDE. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/ejes-de-trabajo/cer/directrices-ocde>

Wilde-Ramsing J.; Feeney P.; Oldenziel, J., “10 años después: Evaluando el aporte de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales a la conducta empresarial responsable”, 1 de junio de 2010. Disponible en: <https://www.oecdwatch.org/oecd-watch-10-years-on/>

Fuentes normativas

- Constitución de la Nación Argentina
- Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y las Directrices sobre Empresas Multinacionales de la OCDE (1976)
- Declaración sobre Empresas Multinacionales de la OIT (1977)
- Decreto 624/2023
- Resolución Ministerial Nro. 1567/2006
- Resolución 138/2019 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

Delitos de cuello blanco y justicia ambiental: cómo la restauración puede redefinir el futuro empresarial

Guido Adrián Palacín*

Resumen

Este trabajo analiza la intersección entre delitos de cuello blanco, delitos ambientales, justicia restaurativa y bonos de carbono, destacando cómo estas dinámicas revelan una criminalidad estructural que trasciende las sanciones tradicionales. Se aborda el rol del derecho penal económico y la criminología verde para sancionar y prevenir estas conductas, proponiendo la justicia restaurativa como un modelo transformador que prioriza la reparación integral del daño y la sostenibilidad. Asimismo, se examina el potencial y las limitaciones de los bonos de carbono como instrumentos de justicia ambiental en un marco regulatorio que promueva la equidad y el desarrollo sostenible.

Palabras clave: delitos cuello de blanco; delitos ambientales; justicia restaurativa; bonos de carbono; criminología verde.

Abstract

This paper analyzes the intersection between white-collar crime, environmental crime, restorative justice, and carbon credits, highlighting how these dynamics reveal a form of structural criminality that transcends traditional sanctions. It examines the role of economic criminal law and green criminology in sanctioning and preventing such conduct, proposing restorative justice as a transformative model that prioritizes comprehensive harm reparation and sustainability. It also explores the potential and limitations of carbon credits as instruments of environmental justice within a regulatory framework that promotes equity and sustainable development.

Keywords: White-Collar Crime; Environmental Crime; Restorative Justice; Carbon Credits; Green Criminology.

* Abogado

I. Introducción

En un mundo marcado por la globalización y la expansión de las actividades empresariales, los delitos ambientales han adquirido una relevancia creciente como una forma particular de criminalidad económica. El derecho penal económico, como especialidad dentro del derecho penal, se centra en la protección de bienes jurídicos colectivos esenciales para el equilibrio social y económico, como el medio ambiente, la competencia leal y la transparencia en los mercados. Las actividades empresariales que, bajo el amparo de la libertad económica, causan daños ambientales significativos, no solo vulneran estos bienes jurídicos, sino que también ponen en peligro los recursos naturales y la calidad de vida de las comunidades afectadas.

En este contexto, los delitos ambientales suelen emerger como una manifestación de la criminalidad de cuello blanco, dado que son cometidos desde posiciones privilegiadas dentro del sistema económico. Estas conductas delictivas, como la contaminación intencionada o la explotación desmedida de recursos naturales, no solo generan beneficios económicos ilícitos, sino que también evidencian un abuso del poder empresarial y una falta de responsabilidad social. Este panorama plantea desafíos importantes para el derecho penal, que debe equilibrar la libertad empresarial legítima, con la protección de los bienes jurídicos colectivos y la sostenibilidad.

Las sanciones tradicionales, basadas en un enfoque retributivo, presentan limitaciones significativas al abordar los delitos ambientales. Estas sanciones, que suelen reducirse a multas económicas o restricciones administrativas, no siempre logran reparar los daños causados ni desalentar la reincidencia. En muchos casos, las empresas infractoras simplemente integran las sanciones en sus costos operativos, perpetuando prácticas insostenibles que afectan tanto al medio ambiente como a las comunidades vulnerables. Además, la falta de mecanismos efectivos para incluir a las víctimas en el proceso penal dificulta una reparación integral del daño.

Por ello, se hace evidente la necesidad de explorar enfoques alternativos que complementen las sanciones tradicionales y promuevan la regeneración de los ecosistemas afectados, al tiempo que fomenten un cambio en la cultura empresarial hacia prácticas más sostenibles.

La justicia restaurativa empresarial emerge como una herramienta potencialmente efectiva para abordar estas limitaciones. Al centrarse en la reparación del daño y la participación activa de todas las partes interesadas —incluidas las comunidades afectadas, los responsables del daño y las autoridades—, este enfoque tiene el potencial de no solo reparar los daños ambientales, sino también prevenir la reincidencia mediante la promoción de una cultura empresarial más consciente y responsable.

La implementación de modelos de justicia restaurativa en el ámbito empresarial podría incluir medidas como la reforestación de áreas afectadas, la limpieza de

cuerpos de agua contaminados y la adopción de políticas internas de sostenibilidad más rigurosas. Estas acciones, respaldadas por regulaciones estrictas y un monitoreo transparente, podrían transformar el enfoque hacia los delitos ambientales, integrándolos en un marco más amplio de sostenibilidad y justicia social.

Este trabajo explora cómo la intersección entre el derecho penal económico, la justicia restaurativa y la criminología verde puede ofrecer soluciones innovadoras para enfrentar los desafíos de los delitos ambientales, promoviendo un desarrollo económico equilibrado con la protección del medio ambiente y los intereses colectivos.

II. El vínculo entre la criminalidad de cuello blanco, la criminalidad económica y la protección de bienes jurídicos colectivos en un contexto sostenible

La criminalidad de cuello blanco abarca las conductas ilícitas llevadas a cabo por personas en posiciones de privilegio social y económico, en el contexto de sus actividades profesionales. Como ejemplos podemos mencionar el tráfico de influencias, el fraude, el lavado de dinero, el cohecho, el vaciamiento de empresas, la quiebra fraudulenta, el peculado y la malversación de fondos económicos, entre otros. Este tipo de delitos son particularmente relevantes dado que desafían las teorías criminológicas clásicas, en donde se suelen relacionar los fenómenos delictivos con condiciones de pobreza o problemas sociales estructurales. Según Sutherland, estas transgresiones plantean una nueva perspectiva sobre la naturaleza del crimen y sus causas. Para el autor, mostrando la frecuencia en que estos delitos ocurren, pueden no solo invalidar las teorías clásicas, sino también, “...ayudar a localizar aquellos factores que, siendo comunes a los delitos de los ricos y de los pobres, son más significativos para una teoría general de la conducta delictiva.”¹

103

Los delitos de cuello blanco se pueden asimilar a la criminalidad económica dado que, en ambos casos, se busca la obtención de beneficios económicos y/o financieros. Sutherland, define a la criminalidad económica como aquellas conductas ilícitas, cometidas por personas que utilizan sus privilegios sociales y económicos, para obtener ventajas fuera de la ley.

Es así que la criminalidad económica puede entenderse como una categoría más amplia que engloba los delitos relacionados con la economía y las transacciones económicas, que algunos autores la denominan: criminalidad del mercado, señalando su carácter general. La criminalidad de cuello blanco es entonces un subconjunto dentro de la criminalidad económica general, ya que sus autores no solo buscan lucrar, sino que lo hacen desde posiciones privilegiadas que les permiten utilizar sus conocimientos del sistema económico. Ambos conceptos

¹ Sutherland, E. H., 1999, *El delito de cuello blanco*. Madrid, La Piqueta.

se entrelazan al evidenciar cómo el ámbito económico puede ser terreno fértil para conductas delictivas, ya sea desde posiciones de privilegio y conocimiento o mediante actividades que transgreden los límites de la legalidad.

Entonces podemos decir que “... la criminalidad económica se entiende como un término general para delitos que de alguna manera están relacionados con la economía y las transacciones económicas, porque sus autores actúan con orientación al lucro”². Esto plantea la necesidad de un enfoque integral que aborde las implicancias sociales y económicas de estas conductas en el desarrollo de teorías criminológicas y políticas de prevención.

Consideramos el concepto de derecho penal económico³, como una especialidad del derecho penal enfocada en la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo, vinculados a elementos esenciales del sistema económico, como la competencia leal, los mercados financieros, el crédito y la transparencia en la información corporativa. Alcanzando, además, la defensa de los mecanismos estatales de regulación económica, como el sistema tributario, la seguridad social, los subsidios y el comercio exterior. Es decir, la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo y los mecanismos de regulación del estado fundamentales para garantizar el equilibrio económico y preservar la estabilidad social.

104

Queremos ahora analizar la injerencia del derecho penal económico con los delitos ambientales, desde hace unas décadas en la mira. Observamos que las actividades empresariales, resguardadas en su legítima libertad para actuar, generan impactos negativos en el ambiente, un bien jurídico colectivo esencial para la estabilidad económica y social. El derecho penal económico deberá actuar cuando la libertad empresarial se refleja en una práctica que vulnera los bienes jurídicos protegidos. La contaminación sistemática, la explotación sin control de recursos naturales o el incumplimiento de normativas ambientales, todas ellas generadoras de beneficios económicos ilegítimos, son ejemplos de estas acciones. El derecho penal económico no busca restringir la actividad empresarial legítima, sino intervenir en los casos en que las prácticas impactan negativamente en intereses colectivos fundamentales. Busca equilibrar la regulación y la protección de los derechos empresariales para salvaguardar valores, bienes y recursos esenciales para el desarrollo sostenible y la cohesión social.

La criminalidad de cuello blanco y la criminalidad económica, que generan beneficios ilícitos, en el ámbito de las prácticas económicas, muchas veces se originan en las acciones de empresas e impactan de manera colateral o directa sobre los

² Asbrock, Frank & Führer, Jennifer & Wagner, Deliah, 2023. *Die Wahrnehmung von Wirtschaftskriminalität in der deutschen Bevölkerung*.

³ De la Mata Barranco, N. J., Dopico Gómez-Aller, J., Lascuraín Sánchez, J. A., & Nieto Martín, A, 2018, *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid, Dykinson.

bienes jurídicos colectivos esenciales para el desarrollo sostenible. El derecho penal económico, como especialidad jurídica, juega así un papel crítico, interviniendo en las actividades que exceden los límites de la libertad empresarial legítima, y requiere un enfoque integral para generar un equilibrio entre los intereses económicos particulares y los colectivos, promoviendo un desarrollo sostenible y justo.

III. Equilibrio entre desarrollo y sostenibilidad

1. Delitos ambientales y derecho penal económico

Entendemos que las políticas que favorecen la explotación de recursos, las culturas que instan al consumo excesivo y las prácticas económicas orientadas al lucro, perpetúan actividades que dañan el ambiente de manera sistemática. Halsey⁴ reafirma que los problemas ambientales no deben interpretarse como hechos excepcionales o aislados, sino como consecuencias de estas prácticas que caracterizan el funcionamiento habitual de las sociedades en la actualidad, por lo tanto, no son meros accidentes o irregularidades.

Hoy en día, los delitos ambientales constituyen una de las expresiones más significativas de la criminalidad económica. Los autores Mol, Rodríguez Goyes, South Avi Brisman⁵ sostienen que el capitalismo con su constante innovación tecnológica, tiende a generar un impacto negativo en el medio ambiente para satisfacer las crecientes demandas de una sociedad de consumo. Esto trae aparejado la acción de procesos productivos que explotan y manipulan los recursos naturales con el objetivo de maximizar ganancias y consolidar el poder económico, “perturbando, reorganizando y desfigurando el equilibrio ecológico que sostiene la estabilidad y el desarrollo ambiental”⁶. Esta dinámica muestra claramente cómo el sistema económico puede fomentar prácticas que dañan bienes jurídicos colectivos, irremplazables y esenciales como el medio ambiente.

Como hemos mencionado, el derecho penal económico y la criminología verde, tiene un papel crucial al abordar estas prácticas, sancionando aquellas conductas empresariales que exceden los límites de la legalidad y que contribuyen al deterioro ambiental. Pero este enfoque busca no solo sancionar, sino también prevenir estos daños estructurales, promoviendo una gestión más responsable y sostenible de los

105

⁴ Halsey, M., 2004. “Against Green Criminology”. *British Journal of Criminology*, 44(6), pp 833–853.

⁵ Mol, H., Rodríguez Goyes, D., & South Avi Brisman, N., 2018, *Introducción a la criminología verde. Conceptos para nuevos horizontes y diálogos sociambientales* (1.a). Fondo Editorial Universidad Antonio Nariño.

⁶ Mol, H., Rodríguez Goyes, D., & South Avi Brisman, N., 2018, *Introducción a la criminología verde. Conceptos para nuevos horizontes y diálogos sociambientales*, op. cit.

recursos naturales.

Halsey, en la obra ya citada, explica que gran parte de la criminología verde confía en la capacidad del derecho para definir y controlar el daño ambiental, pero las leyes reflejan intereses políticos y económicos, lo que limita su efectividad. Muchas actividades dañinas para el ambiente (como ciertas prácticas de las grandes corporaciones) no se consideran crímenes.

De acuerdo con Naomi Klein⁷, el capitalismo, al priorizar el crecimiento económico y la acumulación de riquezas, profundiza la crisis climática al intensificar y alentar prácticas económicas insostenibles. Según la autora, este sistema no solo perpetúa el daño ambiental, sino que además externaliza los costos de sus consecuencias, afectando de manera desproporcionada a las comunidades más vulnerables.

106 Siguiendo el análisis de Klein, las comunidades más pobres en su gran mayoría carecen de los recursos necesarios para prepararse y recuperarse de los desastres climáticos ocasionados. Emplazadas en áreas vulnerables, por lo general, como tierras de bajo costo, zonas propensas a inundarse y sin los recursos básicos para enfrentar eventos extremos: viviendas seguras, drenajes, diques, etc. Además de la exclusión histórica de estas poblaciones perpetuada por una distribución económica desigual, que deja a estas comunidades sin acceso a los servicios básicos necesarios para enfrentar estas emergencias. Esto incluye la falta de acceso a seguros, reservas o redes de apoyo que les permitan reconstruirse tras un desastre. A esta complejidad se le suma que las industrias, en un sistema desregularizado, externalizan sus costos de contaminación a las comunidades, que son las que sufren de sus efectos: contaminación del aire, del agua o del suelo, sin recibir compensaciones y apoyos para mitigar los daños. Las políticas públicas resultan insuficientes, en la mayoría de los casos y en especial, cuando los gobiernos priorizan el desarrollo y las inversiones, en las áreas urbanas o de mayor influencia política. ¿Cómo generar un cambio radical y sistémico que permita proteger a las personas, así como al ambiente? Es este, sin duda, uno de los desafíos de la época.

Según un artículo de *The British Journal of Criminology*, el sistema productivo capitalista en su conjunto entra en contradicción con la salud del sistema ecológico limitando sensiblemente la sostenibilidad ambiental. En palabras de los autores, “(...) el enfoque de la desorganización ecológica llama la atención sobre las formas en que las preferencias humanas para organizar la producción económica, de acuerdo con los objetivos del capitalismo, constituyen una contradicción inherente con la salud del sistema ecológico. Desde esta perspectiva, el capitalismo necesariamente provoca desorganización ecológica al consumir y contaminar la

⁷ Klein, N., 2015, *Esto lo cambia todo: El capitalismo contra el clima* (1.a ed.). Buenos Aires, Paidós.

naturaleza”⁸. ¿Cómo generar un equilibrio?

Según John Braithwaite, una “...conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen dicha conducta delictiva de manera favorable y en aislamiento de aquellos que la definen de manera desfavorable”⁹. Las conductas dañinas para el ambiente no surgen de la nada, sino que se desarrollan dentro de un contexto cultural y/o corporativo que las normaliza o incluso fomenta tales prácticas. En las empresas, especialmente en grandes corporaciones, puede existir una cultura corporativa que valore los resultados económicos por encima del cumplimiento legal o ético. En este entorno, los empleados y ejecutivos pueden aprender y justificar comportamientos ilegales como la contaminación ambiental o la manipulación de regulaciones ambientales debido a la influencia de la cultura de la organización y la toma de decisiones por parte de la dirección de la compañía. Pero la violación de las regulaciones va más allá de los ejecutivos de las corporaciones: el entorno, el mercado, la competencia, hacen de estas conductas la norma, la conducta necesaria para cumplir las metas económicas y ganar participación. Se trata de un refuerzo de la normalización del delito.

Voces expertas que podrían oponerse a estas prácticas (especialistas ambientales o en regulaciones internas o en acuerdos internacionales), son ignoradas o excluidas de la toma de decisiones, lo que permite que las conductas ilegales persistan y se justifiquen como parte del negocio. Tal como señala Braithwaite, los delitos económicos y de cuello blanco, incluidos los ambientales, son considerados como una consecuencia de las actividades comerciales normales, minimizando el desvío ético y legal.

Para Sutherland, “[l]os delitos de cuello blanco violan la confianza y, por lo tanto, generan desconfianza, lo que disminuye la moral social y produce desorganización social a gran escala. Otros delitos tienen un efecto relativamente menor en las instituciones sociales o en la organización social”¹⁰. Esta desorganización social genera inevitablemente una “desorganización” de los ecosistemas al alterar drásticamente su equilibrio natural para adaptarlos a las necesidades humanas, según objetivos de consumo y producción. Aunque el daño al ambiente y a las comunidades puede ser devastador, estos actos son tratados con frecuencia como infracciones administrativas, no como crímenes, debido a la influencia económica y social de estas empresas, y sostenida por la cultura dominante.

Desde la perspectiva de la criminología verde, se “...tiene también como

⁸ Michael J. Lynch, Michael A. Long, Kimberly L. Barrett, Paul B. Stretesky, “Is it a Crime to Produce Ecological Disorganization? Why Green Criminology and Political Economy Matter in the Analysis of Global Ecological Harms”, *The British Journal of Criminology*, vol. 53. n° 6, Noviembre 2013, pp. 997–1016.

⁹ Braithwaite, J., 1985, “White Collar Crime”, *Annual Review of Sociology*, 11, pp.1–25. <http://www.jstor.org/stable/2083283>

¹⁰ Sutherland, E. H., 1940, “White-Collar Criminality”, *American Sociological Review*, 5(1), pp.1–12. <https://doi.org/10.2307/2083937>

preocupación necesaria los impactos diferenciales que estas conductas tienen sobre el ambiente y, en consecuencia, está interesada también en el estudio de las víctimas ambientales, tanto las no humanas como las humanas...”¹¹, los daños ambientales cometidos en nombre del lucro empresarial deben ser considerados delitos graves debido a su impacto en los bienes jurídicos colectivos, como el equilibrio ecológico y la salud pública. Tanto el derecho penal económico como la perspectiva de la criminología verde proporcionan un marco crítico para comprender y abordar posibles acciones de regulación efectiva y sanción de estas prácticas para proteger tanto los recursos naturales como a las comunidades que dependen de ellos, garantizando un equilibrio entre desarrollo económico y justicia ambiental.

En definitiva, reconocer los delitos ambientales como delitos de cuello blanco permite visibilizar su gravedad, ya que no solo afectan bienes jurídicos colectivos como el equilibrio ecológico y la salud pública, sino que también erosionan la confianza social y refuerzan las desigualdades estructurales.

2. Marco normativo ambiental en la Argentina

En la Argentina, la Constitución Nacional, establece en su Artículo 41, las bases para la protección del ambiente y el desarrollo sostenible en su territorio. Este artículo es un pilar fundamental del marco normativo ambiental, reconociendo derechos y deberes que involucran tanto a ciudadanos como al Estado.

A continuación, se desglosan los principales puntos de su contenido, que podríamos sintetizar en el derecho, de todos los habitantes, a un “...ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”. El ambiente se define aquí como “...el conjunto de elementos naturales o transformados por el hombre y creados por él -la cultura, en suma- que permiten el nacimiento y desarrollo de organismos vivos. Los recursos naturales son los bienes de la naturaleza y que esta emplea para su propia conservación y crecimiento”¹². Esto implica que cada persona tiene el derecho a vivir en un entorno que no ponga en peligro su salud o bienestar, garantizando condiciones adecuadas para el desarrollo humano. Este derecho no es solo individual, sino también colectivo, ya que apunta a proteger el bien común. Además, no solo se enfoca en la población actual, sino también en las de las generaciones futuras. Es así que establece que las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes “... sin comprometer las de las generaciones futuras”. Este enfoque se relaciona con la visión de un desarrollo sostenible, que busca equilibrar el progreso económico con la

¹¹ Mol, H., Rodríguez Goyes, D., & South Avi Brisman, N., 2018, *Introducción a la criminología verde. Conceptos para nuevos horizontes y diálogos sociambientales* (1st ed.). Fondo Editorial Universidad Antonio Nariño.

¹² Gelli, M. A., 2004, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* (2.a). Buenos Aires, La Ley.

protección del medio ambiente y el bienestar social. La sostenibilidad se convierte en un eje rector de las políticas públicas, asegurando que el crecimiento no se produzca a costa de los recursos naturales ni del bienestar colectivo.

El artículo, por otra parte, impone un deber claro a los habitantes, el de preservar el ambiente. Esto implica una corresponsabilidad en la protección del ambiente entre ciudadanos, empresas y el Estado. Cada actor debe asumir un rol activo y responsable en pos de la salud del ecosistema, promoviendo en todas sus acciones, una relación equilibrada y conservacionista. En relación a la responsabilidad por los impactos negativos, el texto constitucional, establece que "... el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer...", priorizando en todos los casos la restauración del ecosistema afectado. Siguiendo los comentarios de Gelli, acerca de este enfoque, podemos inferir el alcance y la importancia que tiene para el desarrollo del país y de las sociedades en general.

"Del peligro del saqueamiento de la naturaleza -por parte de quienes anteponen el interés de lucro por sobre toda otra consideración ambientalista- puede derivarse otro modo de dominación, al propiciarse un tipo de resguardo ambiental en lucha con la innovación tecnológica, que acrecienta el desempleo y estructura y favorece -se lo busque expresamente o no- una ideología de sometimiento de las sociedades pobres"¹³.

Este enfoque destaca la importancia de evitar que las sanciones económicas se conviertan en un mero costo adicional para las empresas, asegurando que se efectúen acciones concretas para mitigar los daños causados. Deja del lado de las autoridades la responsabilidad de velar por la utilización racional de los recursos naturales, evitando la sobreexplotación y promoviendo el uso eficiente de los mismos, la preservación del patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica. En síntesis, busca proteger los ecosistemas, las especies y los valores culturales asociados al ambiente. El enfoque entonces establece la importancia de educar a la población acerca de la protección del ambiente y su deber de garantizar el acceso a información sobre su estado.

109

3. Veladero, un caso de negligencia empresarial

Este es un ejemplo de lo podemos llamar un delito de cuello blanco, donde una empresa prioriza la maximización de sus beneficios económicos sobre el cumplimiento de las normativas ambientales.

La mina Veladero, operada por Barrick Gold, sufrió un derrame de más de un millón de litros de solución cianurada sobre los ríos cercanos a la zona de su operación. Este incidente que contaminó recursos esenciales, puso en evidencia la falta en al menos dos actores: de los controles adecuados por parte de las autoridades y de una gestión adecuada, de la empresa, de sus residuos peligrosos.

¹³ Gelli, M. A., 2004, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, op.cit.

La minera transnacional, Barrick Gold, admitió que “... el derrame de agua con cianuro en la mina Veladero fue de 1.072.000 litros y que una compuerta que debía estar cerrada no lo estaba”¹⁴. Se trató de un fallo técnico ocurrido en el conducto que transportaba la solución cianurada hacia el valle de lixiviación, causando la contaminación de ríos importantes para la región, como el Jáchal y Potrerillos. En el 2015, la asamblea vecinal de Jáchal denunció que este evento aumentó los niveles de contaminación de las aguas, afectando tanto a la biodiversidad como a las comunidades humanas dependientes de esas fuentes hídricas.

El derrame fue causado porque “una compuerta que debía estar cerrada no lo estaba”¹⁵. El control ineficaz de la empresa sobre uno de sus procesos internos clave quedó en evidencia con este incidente. No se implementaron protocolos de seguridad robustos ni se llevó a cabo una supervisión que asegure el estado de los equipos críticos.

La empresa admitió tardíamente el volumen real de lo derramado y reflejó, en su tratamiento del problema y la falta de medidas preventivas adecuadas, una lógica que priorizaba el cumplimiento de sus metas económicas por encima de la seguridad ambiental.

Barrick Gold es una empresa multinacional con un enorme poder económico y político. En este caso, la compañía operaba en un entorno donde las regulaciones ambientales eran laxas y la influencia económica sobre las instituciones provinciales era significativa. Como en otros casos, en este territorio, “... la minería se ha transformado en una pieza clave de la economía provincial, y es imposible pensar en el cierre de la mina sin tomar en consideración la caída del crecimiento y de la actividad y el consecuente aumento del desempleo”¹⁶, lo cual refleja cómo las dinámicas económicas y políticas protegen a las empresas minimizando las normativas ambientales y reduciendo las posibilidades de una sanción efectiva por parte de las autoridades.

La relación cercana entre las autoridades provinciales y la empresa minera contribuyó a que el caso fuera tratado, más como una infracción administrativa que como un crimen, como sostiene Giménez Eisenacht, “[e]n San Juan no existen garantías de imparcialidad, el poder minero se ha metido no sólo en el Poder Ejecutivo provincial sino también en el Legislativo y el Judicial”¹⁷.

Los delitos de cuello blanco, como el de Veladero, no solo dañan directamente el medio ambiente, sino que también socavan la confianza en las instituciones que

¹⁴ Giménez Eisenacht, C., 2020, “Dinámicas de poder en la minería extractiva argentina: el caso de Mina Veladero. Revista Estudios Ambientales”, 8(2), pp. 4-23.

¹⁵ Giménez Eisenacht, C., 2020, “Dinámicas de poder en la minería extractiva argentina: el caso de Mina Veladero. Revista Estudios Ambientales”, op.cit.

¹⁶ Giménez Eisenacht, C., 2020, “Dinámicas de poder en la minería extractiva argentina: el caso de Mina Veladero. Revista Estudios Ambientales”, op.cit.

¹⁷ Giménez Eisenacht, C., 2020, “Dinámicas de poder en la minería extractiva argentina: el caso de Mina Veladero. Revista Estudios Ambientales”, op. cit.

deberían garantizar la protección ambiental.

Según Sutherland, autor ya citado, los delitos de cuello blanco son cometidos por individuos o entidades respetadas en la sociedad, que hacen uso de su posición de poder para violar normas legales sin recurrir a la violencia. El caso Veladero es un buen ejemplo de esto.

La intervención del derecho penal económico y la criminología verde resultan cruciales para visibilizar y sancionar este tipo de delitos.

III. Justicia restaurativa, un camino hacia la reparación ambiental y la responsabilidad empresarial

En contrasta con el enfoque tradicional del derecho penal, que se centra exclusivamente en castigar al infractor como forma de resolver un delito, Wenzel propone un modelo, el de la justicia restaurativa, donde la reparación del daño se basa en el diálogo y el acuerdo entre las partes involucradas, priorizando los valores compartidos. “la justicia restaurativa implica la reparación de la justicia a través de la reafirmación de un consenso de valores compartidos en un proceso bilateral”¹⁸.

Este modelo, no solo busca otros objetivos, sino que propone otros procesos, distintos a aquellos con fundamento retributivo, y genera resultados muy diferentes: “Fundamentalmente, la justicia restaurativa se centra en la reparación del daño, no en el castigo. Este marco de referencia modifica tanto el punto de partida del proceso como los roles de los participantes en el procedimiento.”¹⁹ Esto significa que su prioridad es identificar las necesidades de las personas afectadas (como las víctimas, el infractor y, en algunos casos, la comunidad) y encontrar soluciones que permitan restaurar el equilibrio y sanar las consecuencias del delito. Tiene un gran potencial para abordar delitos ambientales y requiere la participación activa de todas las partes afectadas. Más allá de buscar sancionar a los responsables, promueve la búsqueda de soluciones que restauren el equilibrio ecológico, fortalezcan las relaciones comunitarias y promuevan una cultura corporativa más consciente del medio ambiente.

Las empresas implicadas en delitos ambientales pueden participar en procesos restaurativos que incluyan medidas como la reforestación de áreas afectadas, limpieza de cuerpos de agua contaminados o la implementación de programas para proteger especies amenazadas, entre otras. Estas acciones no solo ayudan a mitigar el impacto del delito, sino que también contribuyen a regenerar los

¹⁸ Wenzel, M., Okimoto, T. G., Feather, N. T., & Platow, M. J., 2008, “Retributive and Restorative Justice”, *Law and Human Behavior*, 32(5), 375–389. <http://www.jstor.org/stable/25144639>

¹⁹ Saulnier, A., & Sivasubramaniam, D. 2015. “Restorative Justice: Underlying Mechanisms and Future Directions”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 18(4), pp.510–536. doi:10.1525/nclr.2015.18.4.510

ecosistemas afectados. Así, las empresas son incentivadas a tomar un rol proactivo que trascienda el simple pago de sanciones, comprometiéndose a acciones como la revisión de sus procesos operativos para prevenir futuros impactos ambientales, la realización periódica de auditorías ecológicas y la implementación de políticas internas de sostenibilidad más rigurosas. La justicia restaurativa en el contexto de los delitos ambientales surge como una estrategia innovadora para enfrentar las consecuencias de estas acciones, priorizando la reparación de los daños, el fomento de la responsabilidad y la participación activa de las comunidades perjudicadas.

Este enfoque aplicado a delitos ambientales implica preguntar: ¿qué ocurrió?, ¿cuál fue el impacto? y ¿qué acciones pueden reparar el daño? Según Varona²⁰, son estas preguntas las estructuran el proceso restaurativo y permiten integrar tanto a las víctimas humanas como a las no humanas, incluyendo ecosistemas y animales. Este modelo redefine la justicia al priorizar la colaboración entre infractores, comunidades afectadas y autoridades para encontrar soluciones significativas.

Trespaderne²¹ lo plantea como un cambio paradigmático que ofrece una oportunidad única para tratar los conflictos derivados de la contaminación ambiental causada por organizaciones, dado que promueve un enfoque dialógico que involucra a todas las partes interesadas, desde los responsables del daño hasta las comunidades impactadas. Además, fomenta la adopción de medidas concretas para reparar el daño, como programas de reforestación, limpieza de áreas contaminadas y educación ambiental. Estas acciones no solo restauran el medio ambiente, sino que también fortalecen el tejido social y previenen futuras infracciones.

La justicia restaurativa aplicada a los delitos ambientales tiene el potencial de integrar la justicia penal con los principios de sostenibilidad y protección ambiental. Al centrar sus esfuerzos en la reparación del daño, la promoción de la responsabilidad y la participación comunitaria, este enfoque no solo aborda las consecuencias inmediatas de los delitos, sino que también contribuye a prevenir futuros daños y a transformar las relaciones entre las personas y el medio ambiente.

IV. Bonos de carbono, ¿herramienta de justicia ambiental o licencia para contaminar?

²⁰ Varona, G., 2022, "Victimización en delitos contra los ecosistemas y los animales: percepción del daño y su reparación por parte de las personas internas en prisiones españolas", *Revista de victimología/Journal of victimology*, pp. 57-98.

²¹ Trespaderne Beracieto, I., 2022, "Potencialidades de la justicia restaurativa en la responsabilidad de las organizaciones sanitarias por contaminación ambiental consecuente a la actividad sanitaria", *Revista de victimología/Journal of victimology*, pp.253-274. <https://doi.org/10.12827/RVJV.15.09>

“Los bonos de carbono, también llamados certificados de carbono o créditos de carbono, son uno de los mecanismos propuestos por el Protocolo de Kyoto para reducir la emisión de gases de efecto invernadero”²². Este protocolo pone en marcha la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que establece compromisos para que los países industrializados reduzcan y controlen sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) según objetivos específicos previamente acordados. Aunque la CMNUCC no impone obligaciones estrictas, solicita a estos países implementar políticas de mitigación y presentar informes periódicos sobre sus avances.

“Los ‘bonos de carbono’ es el nombre genérico con el que se denomina a una serie de instrumentos económicos y de mercado, creados para reducir las emisiones de GEI”²³. El sistema se basa en el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL), mediante el cual los países en desarrollo llevan a cabo proyectos que disminuyen las emisiones de gases de efecto invernadero, como iniciativas de energías renovables, programas de reforestación o tecnologías de captura de metano. Los países industrializados adquieren los certificados de reducción de emisiones (CERs) generados por estos proyectos para alcanzar los objetivos de disminución de emisiones establecidos en el Protocolo de Kioto. “El mecanismo permite una drástica reducción de costos para los países industrializados, al mismo tiempo que estos se hacen de la misma reducción de emisiones que obtendrían sin los MDL. Además, permite la posibilidad de transferir tecnologías limpias a los países en desarrollo”²⁴.

113

Los bonos de carbono pueden interpretarse como una forma de justicia restaurativa en el contexto ambiental, ya que permiten a los grandes emisores de gases de efecto invernadero (GEI) compensar el daño causado mediante la financiación de proyectos sostenibles en regiones afectadas. Sin embargo, es crucial analizar críticamente este mecanismo para evitar una visión simplista de su impacto.

“Existen hoy varias iniciativas de empresas e instituciones a nivel mundial que están realizando esfuerzos para reducir las emisiones de contaminantes a la atmósfera, por ejemplo, la FIFA compensó las emisiones de dióxido de carbono producto del Campeonato Mundial de Fútbol que se celebró en Alemania. Para ello, apoyaron proyectos de reducción de Gases de Efecto

²² Kepler, 2021, “Bonos de carbono: alternativa medioambiental y financiera”, *Industria Química*, pp.22-24. Recuperado de www.industriaquimica.es

²³ López Toache, V., Romero Amado, J., Toache Bertollini, G., & García Sánchez, S., 2016, “Bonos de carbono: financiarización del medioambiente en México”, *Estudios Sociales. Revista de Alimentación Contemporánea y Desarrollo Regional*, 25(47), pp. 189-214. Recuperado a partir de <https://www.ciad.mx/estudiosociales/index.php/es/article/view/314>

²⁴ López Toache, V., Romero Amado, J., Toache Bertollini, G., & García Sánchez, S., 2016, “Bonos de carbono: financiarización del medioambiente en México”, op.cit.

de Invernadero en otros países. Uno de estos proyectos produce biogás y se está desarrollando en la región sureste de India, área afectada por el tsunami del 2004. Esto permitió reducir en un tercio las emisiones que se produjeron durante el desarrollo del Mundial de Fútbol”²⁵.

Sin embargo, el sistema de bonos ha sido objeto de críticas significativas. Como señala Roa y Rodríguez, “el comercio de carbono está creando, en la práctica, derechos de contaminación, ya que permite que los países industrializados y empresas contaminantes de Europa, Asia o de Estados Unidos vayan a reducir emisiones a donde les resulta más económico y rentable, en países como México, China, Colombia o Ecuador”²⁶. El Banco Mundial, a través de su Fondo Prototipo de Carbono, desarrolló un programa destinado a fomentar la participación tanto de inversionistas como de países en desarrollo en el mercado de certificados de reducción de emisiones de carbono, explica Pérez Lancellotti²⁷. Este programa ha facilitado la compra de aproximadamente 100 millones de dólares en bonos de carbono a nivel mundial. Siguiendo con el autor, este sistema funciona mediante la comercialización de bonos emitidos por empresas que logran reducir sus emisiones contaminantes por debajo de los límites establecidos. Estas empresas tienen la opción de vender el excedente de sus reducciones a otras organizaciones que necesiten cumplir con sus objetivos de reducción de emisiones, pero que encuentran más costoso implementar tecnologías limpias o reconversiones internas.

Aunque los bonos de carbono han sido presentados como una herramienta efectiva para mitigar el cambio climático, también enfrentan críticas significativas por su funcionamiento y consecuencias prácticas. Uno de los puntos más controvertidos es que los bonos, en lugar de reducir de manera efectiva las emisiones globales, terminan funcionando como una suerte de licencia para contaminar.

Este sistema permite que los grandes emisores, en lugar de invertir en tecnologías limpias o reconversiones estructurales en sus propios territorios, compren certificados generados por proyectos en otros países, generalmente en desarrollo, donde los costos de implementación son más bajos, el comercio de carbono, en esencia, establece permisos para seguir contaminando, ya que permite que las empresas y los países desarrollados continúen emitiendo gases de efecto invernadero sin enfrentar los problemas estructurales de sus prácticas. Esto fomenta la persistencia en el uso de

²⁵ Pérez Lancellotti, G., 2010, “Financiamiento de proyectos urbano-ecológicos mediante intercambio de bonos de carbono”, *Urbano*, 13(22), pp.7-21. Recuperado a partir de <https://revistas.ubiobio.cl/index.php/RU/article/view/302>

²⁶ López Toache, V., Romero Amado, J., Toache Bertollini, G., & García Sánchez, S., 2016, “Bonos de carbono: financiarización del medioambiente en México”, op.cit.

²⁷ Pérez Lancellotti, G., 2010, “Financiamiento de proyectos urbano-ecológicos mediante intercambio de bonos de carbono”, op.cit.

combustibles fósiles y transfiere las responsabilidades ambientales hacia las regiones más desfavorecidas, agravando las desigualdades globales.

Además, este enfoque puede desvirtuar el propósito original de los bonos de carbono, al priorizar la rentabilidad financiera sobre los objetivos ambientales. Como señala Pérez Lancellotti, aunque los proyectos respaldados por bonos pueden generar beneficios ambientales y económicos en países en desarrollo, el sistema no garantiza que las emisiones globales se reduzcan de manera proporcional. Esto se debe a que las reducciones logradas en un lugar son neutralizadas por emisiones mantenidas o incluso aumentadas en otros. En este contexto, los bonos de carbono, aunque útiles como medida complementaria, no pueden considerarse una solución definitiva al cambio climático. Más bien, deben integrarse dentro de un marco más amplio de políticas ambientales que prioricen la transición energética, la reducción directa de emisiones y la adopción de prácticas sostenibles en todos los niveles de la sociedad. Sin estas medidas, los bonos de carbono corren el riesgo de ser un paliativo temporal que no aborda la urgencia de la crisis climática global.

Si bien los bonos de carbono tienen el potencial de actuar como un instrumento de justicia restaurativa al reparar daños ambientales y promover la equidad climática, es esencial garantizar que no perpetúen desigualdades ni conviertan al medioambiente en un recurso meramente comercial. Se argumenta críticamente que “el comercio de los bonos de carbono se ha vuelto una expresión de la financiarización del medioambiente, ya que se le da valor al derecho de contaminar un bien común que es el aire y el precio es fijado por el mercado”²⁸. Este enfoque, aunque económicamente eficiente, puede desvirtuar el propósito original de la justicia restaurativa al priorizar beneficios financieros sobre la restauración integral de los ecosistemas. La implementación de regulaciones estrictas y el monitoreo transparente son claves para preservar la integridad de este mecanismo.

115

Para que los bonos de carbono logren un impacto significativo es esencial fomentar proyectos que generen beneficios directos para las comunidades involucradas. Ejemplos claros incluyen a los programas de agroecología, proyectos de reforestación gestionados por comunidades indígenas y sistemas descentralizados de energía renovable. Asimismo, es indispensable establecer estándares internacionales que garanticen que los proyectos respaldados por estos bonos logren reducciones de emisiones efectivas y sostenibles, evitando efectos adversos en las comunidades locales o en el entorno natural. Además, se debe asegurar que las reducciones de emisiones no sean contabilizadas más de una vez.

Dicho esto, los bonos de carbono pueden ser una herramienta útil como apoyo para enfrentar el cambio climático, pero no deben considerarse una solución completa.

²⁸ López Toache, V., Romero Amado, J., Toache Bertollini, G., & García Sánchez, S., 2016, “Bonos de carbono: financiarización del medioambiente en México”, op.cit.

Su efectividad depende en gran medida de un diseño e implementación adecuados que prioricen los objetivos ambientales sobre los intereses financieros. Es necesario integrarlos en un conjunto más amplio de políticas ambientales que prioricen una transición hacia energías limpias, la disminución directa de emisiones y la adopción de prácticas sostenibles a nivel global. El éxito de este mecanismo requiere regulaciones estrictas, estándares internacionales claros y un monitoreo transparente. Además, deben incentivarse proyectos que no solo reduzcan emisiones, sino que también generen beneficios tangibles para las comunidades y los ecosistemas afectados. De esta manera, los bonos de carbono pueden pasar de ser una solución temporal a convertirse en un motor de cambio real y sostenible en la lucha contra el cambio climático.

V. Conclusión

Los delitos de cuello blanco y los delitos ambientales comparten un punto de convergencia crucial: ambos son cometidos desde posiciones de privilegio y poder, con el objetivo de maximizar beneficios económicos, a menudo a expensas del bienestar colectivo. Este vínculo revela una dimensión ética y estructural de la criminalidad, en la que el daño trasciende lo individual para afectar bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente, la confianza social y la cohesión comunitaria. A través de prácticas negligentes o directamente ilícitas, las corporaciones y personas en posiciones de poder, contribuyen a la degradación ambiental y perpetúan desigualdades sociales.

En este escenario, la justicia restaurativa se presenta como una herramienta transformadora para abordar los delitos ambientales. A diferencia de las sanciones tradicionales, que suelen limitarse a multas económicas o restricciones administrativas, este modelo busca reparar integralmente los daños causados y fomentar un cambio cultural en las prácticas empresariales. La justicia restaurativa no solo involucra a las empresas infractoras, sino también a las comunidades afectadas y a los ecosistemas dañados, promoviendo soluciones como la reforestación, la limpieza de ríos contaminados y la adopción de políticas de sostenibilidad más estrictas. Este enfoque permite humanizar la respuesta penal, priorizando la reparación y la prevención por sobre la simple retribución.

En cuanto a los bonos de carbono, estos representan un mecanismo con potencial para integrar principios de justicia restaurativa en la lucha contra el cambio climático. Al financiar proyectos sostenibles en regiones afectadas, los bonos de carbono pueden actuar como una herramienta para compensar el daño ambiental y fomentar la equidad climática. Sin embargo, su implementación plantea desafíos importantes. La posibilidad de que se utilicen como “licencias para contaminar” evidencia la necesidad de un marco regulatorio riguroso. Solo con estándares internacionales claros, un monitoreo transparente y proyectos que beneficien tanto a los ecosistemas como a las comunidades locales, los bonos de carbono podrán

cumplir su propósito restaurativo de manera efectiva.

La articulación entre los delitos de cuello blanco, los delitos ambientales, la justicia restaurativa y los bonos de carbono subraya la importancia de un enfoque integral para abordar las complejas dinámicas del daño ambiental en el contexto empresarial. El derecho penal económico y la criminología verde proporcionan un marco crítico para sancionar y prevenir estas conductas, promoviendo una transición hacia prácticas sostenibles que respeten los bienes jurídicos colectivos. En última instancia, enfrentar estos desafíos requiere no solo una acción penal efectiva, sino también un compromiso ético y social que integre la sostenibilidad, la equidad y la justicia en el corazón del desarrollo económico global.

VI. Bibliografía

- Asbrock, Frank & Führer, Jennifer & Wagner, Deliah., 2023, Die Wahrnehmung von Wirtschaftskriminalität in der deutschen Bevölkerung. 10.13140/RG.2.2.14352.79366.
- Braithwaite, J., 1985, “White Collar Crime”, *Annual Review of Sociology*, 11, pp.1–25. <http://www.jstor.org/stable/2083283>
- De la Mata Barranco, N. J., Dopico Gómez-Aller, J., Lascuraín Sánchez, J. A., & Nieto Martín, A., 2018, *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid, Dykinson.
- Gelli, M. A., 2004, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* (2nd ed.), Buenos Aires, La Ley.
- Giménez Eisenacht, C., 2020, “Dinámicas de poder en la minería extractiva argentina: el caso de Mina Veladero”, *Revista Estudios Ambientales*, 8(2), pp.4-23.
- Green, S. P., 2004, “The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory”, *Buffalo Criminal Law Review*, 8(1), pp.1–34. <https://doi.org/10.1525/nclr.2004.8.1.1>
- Halsey, M., 2004, “Against Green Criminology”, *British Journal of Criminology*, 44(6), pp.833–853. doi:10.1093/bjc/azh068
- Kepler, 2021, “Bonos de carbono: alternativa medioambiental y financiera”, *Industria Química*, p., 22-24. Recuperado de www.industriaquimica.es
- Klein, N., 2015, *Esto lo cambia todo: El capitalismo contra el clima* (1.a ed.), Buenos Aires, Ediciones Paidós.
- López Toache, V., Romero Amado, J., Toache Bertollini, G., & García Sánchez,

S., 2016, “Bonos de carbono: financiarización del medioambiente en México, *Estudios Sociales. Revista de Alimentación Contemporánea y Desarrollo Regional*, 25(47), pp.189–214. Recuperado a partir de <https://www.ciad.mx/estudiosociales/index.php/es/article/view/314>

Michael J. Lynch, Michael A. Long, Kimberly L. Barrett, Paul B. Stretesky, 2013, “Is it a Crime to Produce Ecological Disorganization? Why Green Criminology and Political Economy Matter in the Analysis of Global Ecological Harms”, *The British Journal of Criminology*, vol. 53, n° 6, pp. 997–1016, <https://doi.org/10.1093/bjc/azt051>

Mol, H., Rodríguez Goyes, D., & South Avi Brisman, N., 2018, *Introducción a la criminología verde. Conceptos para nuevos horizontes y diálogos sociambientales* (1.a ed.), Fondo Editorial Universidad Antonio Nariño.

Pérez Lancellotti, G., 2010, “Financiamiento de proyectos urbano-ecológicos mediante intercambio de bonos de carbono”, *Urbano*, 13(22), pp. 7–21. Recuperado a partir de <https://revistas.ubiobio.cl/index.php/RU/article/view/302>

Saulnier, A., & Sivasubramaniam, D., 2015, “Restorative Justice: Underlying Mechanisms and Future Directions”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 18(4), pp. 510–536. doi:10.1525/nclr.2015.18.4.510

Sutherland, E. H., 1940, “White-Collar Criminality”, *American Sociological Review*, 5(1), pp.1–12. <https://doi.org/10.2307/2083937>

Sutherland, E. H., 1999, *El delito de cuello blanco*. Madrid, La Piqueta.

Trespaderne Beracieto, I., 2022, “Potencialidades de la justicia restaurativa en la responsabilidad de las organizaciones sanitarias por contaminación ambiental consecuente a la actividad sanitaria” *Revista de victimología/Journal of victimology*, pp. 253-274. <https://doi.org/10.12827/RVJV.15.09>

Varona, G., 2022, “Victimización en delitos contra los ecosistemas y los animales: percepción del daño y su reparación por parte de las personas internas en prisiones españolas”, *Revista de victimología/Journal of victimology*, pp. 57-98.

Wenzel, M., Okimoto, T. G., Feather, N. T., & Platow, M. J., 2008, “Retributive and Restorative Justice”, *Law and Human Behavior*, 32(5), pp.375–389. <http://www.jstor.org/stable/25144639>

Reseñas

Reseña normativa

Janice Balanian

Durante el primer semestre de 2025, el Congreso de la Nación sancionó ocho leyes. El principal foco de la actividad legislativa se concentró en las áreas de seguridad y justicia, sin perjuicio de la sanción de normas en materia electoral y de relaciones internacionales.

En materia penal, se introdujeron modificaciones al Código Penal y a los códigos procesales penales federal y nacional. Por un lado, se incorporó el juicio en ausencia, que habilita la prosecución del proceso respecto de imputados declarados rebeldes en determinados supuestos, en particular en relación con delitos graves, como los previstos en el Estatuto de Roma o en instrumentos internacionales contra el terrorismo. Por otro lado, se reformaron los regímenes de reincidencia y reiterancia.

Asimismo, se sancionó la denominada Ley de Organizaciones Criminales (Ley 27.786), que busca fortalecer las herramientas estatales para la investigación y sanción de estructuras delictivas complejas, las cuales son definidas como agrupaciones de tres o más personas que actúan de manera concertada, durante cierto tiempo y bajo modalidades organizadas, con el propósito de cometer delitos especialmente graves.

En el plano electoral, se dispuso la suspensión de las elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO) para el año 2025, lo que implicó dejar sin efecto, de manera transitoria, el régimen previsto en la Ley 26.571.

Finalmente, en el mismo período, el Poder Ejecutivo vetó totalmente una norma: la Ley 27.790, que declaraba la emergencia en la provincia de Buenos Aires con motivo de las inundaciones registradas en marzo de 2025.

A continuación, se detallan las leyes sancionadas entre enero y junio de 2025:

- **Ley 27.783** – Suspensión de las elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias durante el año 2025.
- **Ley 27.784** – Modificación del Código Procesal Penal. Incorporación del juicio en ausencia del imputado.
- **Ley 27.785** – Modificaciones al Código Penal y a los regímenes procesales en materia de reiterancia y reincidencia.
- **Ley 27.786** – Ley de organizaciones criminales (“Ley Antimafias”).
- **Ley 27.787** – Tratado con la República de Serbia sobre traslado de personas

condenadas y cooperación en la ejecución de sentencias penales.

- **Ley 27.788** – Convención multilateral para prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios.
- **Ley 27.789** – Acuerdo con la Confederación Suiza sobre servicios aéreos regulares.
- **Ley 27.790** – Declaración de emergencia en la provincia de Buenos Aires por inundaciones (Vetada).