



105 AÑOS
1913-2018

Defendiendo la Justicia
la Ética y la Libertad

Revista del

**Colegio de Abogados
de la Ciudad de Buenos Aires**

Tomo 78 N°2. Diciembre de 2018

INDICE:

REFLEXIONES

Nota de Director

REFLEXIONES SOBRE LA LEY DEL ARREPENTIDO

por Juan del Sel

LA CAUSA LARRABURE

por Javier Vigo Leguizamón

**LAS REFORMAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE:
LA NUEVA LEY Y LOS PROYECTOS DE LEY**

por Francisco Amallo

**ANTITRUST DÉJÀ VU: EL CONTROL PREVIO DE FUSIONES Y
ADQUISICIONES Y LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN INDEPENDIENTE**

por Luis D. Barry

AJUSTE POR INFLACIÓN

por Maximiliano Batista

DECLARACIONES PÚBLICAS

**REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.**

**Montevideo 640 (C1019ABN) Buenos Aires
Argentina**

T 78 N°2

DICIEMBRE 2018

Las responsabilidades por las ideas expresadas en los trabajos que se publican corresponden exclusivamente a sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de la institución.

**Dirección Nacional del Derecho de Autor Número 28.581
ISSN 0325 8955**

**REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

Presidente:
Guillermo M. Lipera

Vicepresidente:
Roberto H. Crouzel

Secretario:
Ezequiel Cassagne

Tesorero:
Santiago R. Fontán Balestra

Directores Titulares:
P. Eugenio Aramburu
Rufino A. Arce
María Inés Burs
Mónica N. Catani
Alejandro E. Messineo
Alberto D. Q. Molinario
Uriel F. O'Farrell
Santiago J. Sturla

Directores Suplentes:
Santiago M. Nicholson
Santiago G. Williams

Director Ejecutivo:
Fernando R. Frávega

Prosecretario:
Gerardo R. Lo Prete

**BENEFACTORES DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

En la categoría Estudio Patrocinante

ALLENDE & BREA
A B O G A D O S

BAKER & MCKENZIE

BULLÓ
A B O G A D O S

ESTUDIO BECCAR VARELA
DESDE 1897


ESTUDIO
O'FARRELL
ABOGADOS DESDE 1883

**HOPE
DUGGAN
& SILVA**
A B O G A D O S

M|M|B

M. & M. BOMCHIL ABOGADOS

MHR MARTINEZ
DE HOZ
& RUEDA

MARVAL
O'FARRELL
MAIRAL

N | Nicholson y Cano
C | ABOGADOS

PEREZ ALATI, GRONDONA, BENITES & ARNTSEN
ABOGADOS

ZANG
BERGEL
VIÑES
ABOGADOS

En la categoría Estudio Benefactor

CASSAGNE
ABOGADOS

En la categoría Socio Patrocinante

Alfredo Iribarren

En la categoría Socio Benefactor

Carlos Schwarzberg

Martín Zapiola Guerrico

**REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

Diciembre 2018 TOMO 78. Número 2

SUMARIO

1. Reflexiones
2. Reflexiones sobre la Ley del Arrepentido, por Juan del Sel
3. La causa Larrabure, por Javier Vigo Leguizamón
4. Las reformas al régimen jurídico del arbitraje: La nueva ley y los proyectos de ley, por Francisco Amallo
5. Antitrust Déjà vu: El control previo de fusiones y adquisiciones y la autoridad de aplicación independiente, por Luis D. Barry
6. Ajuste por inflación, por Maximiliano Batista
7. Declaraciones Públicas

REFLEXIONES

El segundo semestre del año ha estado fuertemente influido por los escándalos de corrupción asociados al caso de los “cuadernos” y otros como Ciccone y Lava Jato.

El caso de los “cuadernos” colocó en blanco y negro algo que toda la sociedad conocía o al menos presentía: durante las Administraciones del matrimonio Kirchner la corrupción y degradación institucional llegó a niveles nunca antes vistos no solo por su magnitud sino también su generalización.

Las revelaciones provenientes de los “cuadernos” cuya preservación y presentación ante la justicia se debió a un encomiable trabajo de periodistas de La Nación, permitió a los fiscales una profunda investigación tendiente a corroborar la exactitud de la información allí contenida en cuanto a fechas, lugares, personas involucradas, montos de sobornos y destinatarios de ese dinero. Esa prueba corroborante fue esencial para motivar a muchos de los funcionarios participantes en esos delitos, empresarios de conocidas empresas, mayormente del sector de la construcción, a acogerse a la figura del “arrepentido” a fin de mejorar su situación procesal y lograr transitar el proceso penal excarcelados. Las confesiones logradas en este contexto han permitido reunir las pruebas para procesar a ex ministros, secretarios de estado, y otros altos funcionarios, y comprometer seriamente a la ex presidente Cristina Fernández de Kirchner.

El primer impacto de estas investigaciones y procesos es altamente beneficioso para la Argentina pues demuestra que de aquí en adelante la corrupción presenta un alto riesgo tanto para los funcionarios que exigieron las “coimas” como para los empresarios que las pagaron. El resultado en el corto plazo es de muchos ex funcionarios de alto rango y empresarios presos y otros que, aunque excarcelados, transitan procesos penales complejos. Las revelaciones de corrupción y los procesos penales han tenido otros costos y daños colaterales para las empresas cuyos directivos se encuentran involucrados en estos hechos. Algunos de estos directivos han debido renunciar a sus posiciones en los directorios y presidencia de las empresas. Para estas empresas se “secó” el crédito bancario y acceso a los mercados de capitales, al menos hasta que demuestren haber realizado un operativo de limpieza y saneamiento interno e instrumentar programas de integridad creíbles y auditables por profesionales independientes.

Ello sin mencionar la caída estrepitosa del valor de las acciones de algunas de las empresas involucradas, especialmente aquellas que cotizan en mercados del exterior, lo que ha derivado en la iniciación en los EEUU de acciones de clase millonarias por parte de accionistas afectados que alegan no haber sido advertidos en la información que deben suministrar las empresas cotizantes de las prácticas ilícitas que derivaron en esa situación.

A ello se suman investigaciones iniciadas por la *Securities and Exchange Commission* de los EEUU y el Departamento de Justicia de ese país en el caso de empresas cuyas acciones o bonos cotizan en aquel mercado o que tienen puntos de contacto con esa jurisdicción. Existen antecedentes acerca de cómo las autoridades de los EEUU extienden jurisdicción a empresas que tienen los mencionados puntos de contacto con su país aún respecto de ilícitos (por ejemplo prácticas corruptas) cometidos en otros países y que derivaron en la imposición de sanciones y multas multimillonarias, por aquellas autoridades.

El costo de la corrupción pasa ahora a ser importante, y los riesgos ya no menores, lo cual es de esperar tenga un efecto ejemplificativo y disuasivo a futuro.

Lo ocurrido también incluye enseñanzas respecto del accionar de la justicia. En primer lugar, no debe olvidarse que varios de estos mismos hechos habían sido denunciados por la prensa o diputados hace muchos años, y no obstante ello, muchos de los jueces optaron por ignorar las denuncias o conducir los procesos con lentitud e ineficacia. La auditoría llevada a cabo por el Consejo de la Magistratura a instancias del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires es elocuente al respecto y al grado de complicidad de muchos jueces. Queda pues pendiente una tarea de saneamiento en la justicia que hasta el presente ha sido limitada, pues solo ha conducido a la renuncia o remoción de algunos de los jueces y camaristas federales con conductas y enriquecimiento más manifiestamente grotescas.

Las investigaciones han tenido un efecto colateral adverso en la actividad económica, y en particular en la velocidad de avance de los proyectos de construcción de los programas PPP. El gobierno ha implementado algunos recaudos para limitar ese efecto negativo.

Pero, en cualquier caso, éste es un costo inevitable que no debe servir de pretexto para perpetuar la impunidad y no llevar hasta el final las investigaciones y los procesos penales en curso hasta el pronunciamiento las sentencias correspondientes.

El futuro de la Argentina depende de ello y que no se pierda la oportunidad para establecer las bases para una política y negocios en los que prevalezca la honestidad, y una justicia independiente que son pilares fundamentales para una democracia real y el desarrollo económico sostenido del país en el de largo plazo.

El Director

Reflexiones sobre la aplicación de la Ley del Arrepentido.

(a propósito de la causa de los cuadernos)

Por Juan Maria del Sel ¹

I. Introducción

La llamada Ley del Arrepentido, aprobada por el Congreso Nacional el 19 de octubre de 2016, tuvo durante casi dos años escasa aplicación y poca trascendencia en la vida judicial e institucional argentina. Sin embargo, la explosión de la causa “*de los cuadernos*” le dio de pronto una visibilidad inesperada hasta poco tiempo antes, y está generando -en consecuencia- las primeras experiencias sistemáticas y concienzudas en cuanto a su contenido y en particular a la forma en la que ha de aplicársela.

El objetivo de este trabajo es analizar algunas de las nuevas aristas que han ido apareciendo como consecuencia de su aplicación, en tanto se están generando situaciones -aún no resueltas- que requerirán de tiempo y ajustes para su adecuada solución.

Me referiré específicamente a qué puede suceder cuando un imputado colaborador aporta datos que son considerados útiles y valiosos en la causa en la que está él comprometido, pero versan sobre hechos investigados en otra causa: ¿puede pretender valerse de su colaboración en la primera causa para obtener beneficios en la segunda, en cuyo marco no llegó a ningún acuerdo?

En segundo término, tocaré lo atinente al arrepentido que viene llevando adelante con éxito su acogimiento a los beneficios de la ley homónima, pero luego su empresa debe presentarse ante las autoridades extranjeras del país donde cotiza en bolsa: ¿puede la empresa aportar esa información en el marco de un acuerdo voluntario de colaboración con las autoridades extranjeras, pretendiendo hacerlo espontáneamente y como si fuese información útil y novedosa?

Por último, efectuaré algunas consideraciones atinentes a la posibilidad de que el imputado, más adelante en el proceso judicial local, intentare obtener la nulidad de su propio Acuerdo de Colaboración y, por ende, de su reconocimiento de culpabilidad, alegando que aportó la información coaccionado por una situación de detención que él considera fue ilegítima: ¿qué sucedería en ese caso?

II. La llamada Ley del Arrepentido.

El 19 de octubre de 2016 se aprobó la Ley 27.304 que legisló por primera vez en forma general lo atinente al imputado de un delito que colabora con la justicia con el objetivo de mejorar su situación procesal.²

¹ Socio del Estudio *Fontán Balestra & Asociados*. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Austral, de la Universidad de San Andrés y de UCEMA.

² B.O. 2/11/2016.

La figura del imputado colaborador / arrepentido, puede aplicarse a procesos penales vinculados con delitos de narcotráfico;³ delitos aduaneros;⁴ terrorismo;⁵ prostitución de menores y pornografía infantil;⁶ privación ilegal de la libertad y secuestro extorsivo;⁷ trata de personas;⁸ asociación ilícita;⁹ corrupción de funcionarios públicos;¹⁰ y delitos contra el orden económico y financiero.¹¹

En términos generales, la Ley establece que la escala penal del delito de que se trate podrá reducirse a la mitad del mínimo y en un tercio del máximo “*cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, sus autores o partícipes brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles*”. Ello en tanto la información contribuya a:

- (i) evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito;
- (ii) esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos;
- (iii) revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores, o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos;
- (iv) proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad;
- (v) averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito;

³ La Ley 27.304 reemplazó el artículo 41 ter del Código Penal por una nueva versión que establece que el régimen del arrepentido podrá aplicarse a procesos vinculados a alguno de los siguientes delitos: (a) “*Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la Ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos.*” (cfr. art. 41 ter inc. “a” C.P.)

⁴ Se trata de los “*Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero*”. (cfr. art. 41 ter inc. “b” C.P.)

⁵ Se refiere a “*Todos los casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal*” (cfr. art. 41 ter inc. “c” C.P.) el cual, por su parte, establece que: “*Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.*”

⁶ En este caso se incluyen los “*Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal.*” (cfr. art. 41 ter inc. “d” C.P.)

⁷ Se hace referencia a los “*Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal*”. (cfr. art. 41 ter inc. “e” C.P.)

⁸ Son los “*Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal*”. (cfr. art. 41 ter inc. “f” C.P.)

⁹ Se trata de los “*Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal*”. (cfr. art. 41 ter inc. “g” C.P.)

¹⁰ Se refiere a los “*Delitos previstos en los capítulos VI (cohecho y tráfico de influencias), VII (malversación de caudales públicos), VIII (negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas), IX (exacciones ilegales), IX bis (enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados) y X (prevaricato) del Título XI (Delitos contra la administración pública); y en el inciso 5to. del artículo 174 del Código Penal (fraude en perjuicio de la administración pública)*” (cfr. art. 41 ter inc. “h” C.P.)

¹¹ El último inciso del artículo 41 ter hace mención a los “*Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal*”, que incluye el lavado de activos de origen ilícito (art. 303), las sanciones a la persona jurídica por dicho delito (art. 304), financiación de actividades terroristas (art. 306), utilización indebida de información privilegiada (art. 307), intermediación financiera no autorizada y captación ilegítima de fondos del público (art. 310) etc. (cfr. art. 41 ter inc. “i” C.P.)

- (vi) indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.¹²

El otro beneficio que prevé la Ley 27.304 es que permite a los jueces otorgar la excarcelación o la exención de prisión al imputado colaborador cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal sea probable.¹³

III. La aplicación de la figura del Arrepentido

Distintas razones permiten explicar por qué dicha ley tuvo muy poca aplicación durante los primeros años de su vigencia. He explicado en otra oportunidad que, en mi opinión, ello se debía a diversas razones entre las cuales destaco, en primer lugar, que la Ley 27.304 no incorporó la facultad de los jueces de eximir de pena completamente al imputado colaborador. En segundo lugar, porque la reducción de penas que ofrece la ley no es importante y, por ende, puede no ser suficientemente atractiva para el imputado que evalúa acogerse o no al régimen, ya que sólo se le disminuiría en un tercio (del máximo) a la mitad (del mínimo).¹⁴

Como tercer punto, es necesario considerar que al momento de decidir su eventual acogimiento, el imputado evalúa también la certeza de que su confesión y colaboración lo lleve a obtener efectivamente el beneficio. Pero la ley impuso que el acuerdo debe efectuarse en la etapa instructoria (antes del auto de elevación a juicio),¹⁵ entre el imputado y el Fiscal, pese a que éste no puede asegurarle al potencial arrepentido que su acuerdo será aprobado, ya que depende de la homologación del juez instructor.¹⁶

Y como si ello fuese poco, ni siquiera ese magistrado es quien finalmente impone la pena atenuada prometida sino que el imputado debe esperar a que la causa pase a la etapa de plenario y, tras el juicio correspondiente a los restantes imputados, sean los miembros del Tribunal de Juicio quienes dicten su sentencia. Por lo que al momento del acuerdo, el imputado no sabe siquiera quiénes serán los jueces que años después deberían imponerle su sentencia atenuada.

A lo dicho se suma, en términos generales, que puede existir una baja propensión a acogerse al régimen del arrepentido en vista de las muchas probabilidades de que el imputado no sufra prisión efectiva ya sea porque se prescriba la acción penal

¹² Cfr. artículo 41 ter 1er. párrafo del Código Penal.

¹³ Dice el artículo 4 de la Ley 27.304 que: “*Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes*”.

¹⁴ Se trata de la reducción de pena prevista para la tentativa del delito, prevista en el artículo 44 del Código Penal: “*la pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad*”. Dicha norma debe interpretarse en el sentido de que “*la reducción de la pena en un supuesto de delito tentado debe realizarse disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado*”, tal como lo estableció la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo Plenario “*Villarino, Martín y otro*” del 21/4/1995 (L.L. 1995-E, 120).

¹⁵ Cfr. artículo 3 Ley 27.304.

¹⁶ Cfr. artículo 9 Ley 27.304.

por el paso del tiempo, o porque se le suspende el juicio a prueba,¹⁷ o se le impone una sentencia de cumplimiento condicional.¹⁸

Esas y otras razones hacían -en mi opinión- que cualquier imputado que evaluase tomar o no la decisión de acogerse al régimen de la Ley 27.304 se sintiese poco propenso a hacerlo porque, en definitiva, había (y aún hay) muchas y muy buenas posibilidades de que no tener que padecer prisión efectiva. Pero ese análisis pivotaba sobre la circunstancia de que el otro beneficio de la ley, ponderar la colaboración y la futura reducción de pena a los efectos de otorgar excarcelación, era “*de poca utilidad cotidiana porque nuestros tribunales siguen estrictamente el principio de la libertad durante el proceso y sólo en casos muy excepcionales se rechaza la exención de prisión / excarcelación y se dicta la prisión preventiva de un imputado*”.¹⁹

IV. La causa “de los cuadernos”.

Sin embargo, la llamada causa “de los cuadernos” modificó radicalmente tal situación porque produjo por primera vez una larga sucesión de acogimientos a los beneficios de la ley del arrepentido en respuesta a la furiosa razzia de detenciones ordenadas en la causa.²⁰

¹⁷ El artículo 76 bis del Código Penal legisla la llamada “probation” en los siguientes términos:

“*De la suspensión del juicio a prueba. El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.*

En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.”

Esta norma interpretada a la luz del fallo “Acosta” implica que cualquier persona encausada por un delito con pena mínima que no supere los tres años de prisión (la mayoría de los delitos), puede obtener la suspensión del proceso penal a su respecto. Ver CSJN “Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737”, causa n° 28/05C del 23/4/2008.

¹⁸ El artículo 26 del Código Penal establece que:

“*Condenación Condicional. En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad.”*

La “facultad” prevista por este artículo de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena bajo ciertas condiciones (primera condena, de prisión, que no supere los tres años) es -en los hechos- la regla seguida por los Tribunales en todos aquellos casos de penas que no superen los tres años de prisión.

¹⁹ Ver artículos 316 y 317 del C.P.P.N. en lo que respecta a las pautas objetivas para otorgar la exención de prisión y excarcelación; y el artículo 312 C.P.P.N. que establece los supuestos en que puede dictarse la prisión preventiva.

²⁰ Me refiero a la causa n° 9.608/2018 caratulada “Fernández, Cristina E. y otros s/ asociación ilícita” en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 11 a cargo del Dr. Claudio Bonadio, con intervención del Fiscal Dr. Carlos Stornelli, iniciada con motivo de la investigación de los

En el marco de esa investigación judicial, uno tras otro fueron detenidos los imputados, y uno tras otro (gran parte de ellos) fueron acogidos al régimen del arrepentido para recuperar su libertad, al menos durante la sustanciación del proceso.

Esta repentina y rápida catarata de acuerdos de colaboración firmados entre los imputados y los funcionarios judiciales intervinientes, dio pie a ciertas situaciones hasta ahora inéditas cuyo análisis es el objeto de estas líneas.

(a) El Acuerdo de Colaboración

El Acuerdo de Colaboración debe efectuarse por escrito y consignar:

(a) La determinación de los hechos atribuidos, el grado de participación que se le atribuye al imputado arrepentido y las pruebas en las que se funde la imputación;

(b) El tipo de información a proporcionar por el imputado arrepentido: nombre de otros coautores o partícipes; precisiones de tiempo, modo y lugar de los hechos por los cuales se brindare colaboración; teléfonos u otros datos de comunicación con coautores o partícipes; cuentas bancarias u otra información financiera e identificación de sociedades u otras entidades utilizadas para colocar, disimular o transferir los fondos ilícitos utilizados o el producto o provecho del delito; toda otra documentación o cualquier otro dato que se reputare valioso para el avance de la investigación o el esclarecimiento de los hechos por los que se brindare la colaboración.

(c) El beneficio que se otorgará por la colaboración prestada por el imputado arrepentido.²¹

Como ya dijimos, este acuerdo puede traer aparejados como beneficios la reducción de la escala penal del delito de que se trate (con la escala de la tentativa), y la posibilidad de que esa escala morigerada sea evaluada para otorgar la excarcelación.²²

Para otorgar el beneficio de la reducción de penas, debe considerarse: (a) el tipo y el alcance de la información brindada; (b) la utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas; (c) el momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración; (d) la gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir; (e) la gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. Y se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término.²³

El acuerdo entre el imputado arrepentido y el Fiscal debe presentarse para su homologación ante el juez de la causa, quien convocará a una audiencia con las partes y se asegurará que el imputado tenga debido conocimiento de los alcances y consecuencias del acuerdo suscripto. Lo aprobará si el imputado “*hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos legales*”.²⁴ En ese caso, el

cuadernos donde el chofer Oscar Centeno llevaba constancia de los pagos ilegales que se recibían en el marco de una gigantesca operación de corrupción.

²¹ Cfr. artículo 7 Ley 27.304.

²² Cfr. artículo 41 ter 1° párrafo C.P. y artículo 4 Ley 27.304.

²³ Cfr. artículo 5 Ley 27.304.

²⁴ Cfr. artículos 9 y 10 Ley 27.304

acuerdo se incorporará al proceso, pero la ejecución del beneficio se diferirá al momento del dictado de la sentencia de condena por el tribunal de juicio.²⁵

A partir de entonces, en un plazo no superior a 1 año, el juez o el fiscal “*deberán corroborar el cumplimiento de las obligaciones que el imputado arrepentido contrajo en el acuerdo, especialmente la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado*”.²⁶

Y la sentencia a dictarse no podrá estar fundada únicamente en las manifestaciones del imputado arrepentido o colaborador. Para asignar responsabilidad penal sobre la base de dichas manifestaciones, el tribunal debe indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre aquellas y las restantes pruebas en que se sustenta la condena.²⁷

(b) Alcance del Acuerdo

De esta manera, queda claro cuál es el contenido y alcance del Acuerdo de Colaboración del imputado arrepentido en el marco de la causa donde colabora, eventualmente se beneficia con su excarcelación y (en el futuro) con la reducción de su pena.

Sin embargo, el primer interrogante que propongo para analizar es determinar qué alcance y oponibilidad tiene el acuerdo alcanzado por el imputado, frente a otros jueces que en causas distintas investigan el hecho respecto del cual el “arrepentido” confesó su participación.

¿A qué me refiero?

La información que entrega el arrepentido “*debe referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe*” (art. 3) pero puede estar vinculada a “*esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos*” (art. 1). Por lo tanto, él puede colaborar con información vinculada a hechos investigados en su causa o a hechos (conexos) que son objeto de otras causas llevadas adelante por otros jueces.

Esta situación puede darse -ciertamente- en cualquier caso, pero se ha verificado muy especialmente en la causa “de los cuadernos” en donde los imputados detenidos fueron indagados por el delito de asociación ilícita, crimen distinto e independiente de aquellos que puedan haber sido cometidos por dicha banda.²⁸

Por ende, si la información o datos *precisos, comprobables y verosímiles* (art. 1) que el imputado aporta en el marco de su Acuerdo de Colaboración refieren a algún hecho puntual de corrupción cometido por él y otros partícipes de *responsabilidad igual o mayor* a la suya (art. 3), para obtener *v.gr.* la adjudicación ilegal de una licitación

²⁵ Cfr. artículo 11 Ley 27.304.

²⁶ Cfr. artículo 13 Ley 27.304.

²⁷ Cfr. artículo 15 Ley 27.304. Si el acuerdo terminase siendo rechazado, las actuaciones deben quedar reservadas y las manifestaciones efectuadas por el (pretenso) arrepentido no podrán valorarse en su contra ni en perjuicio de terceros. Cfr. artículo 10 *in fine* Ley 27.304.

²⁸ El artículo 210 del Código Penal establece que: “*Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.*”

pública cuyas irregularidades están siendo investigadas en otro expediente (como es el caso de la causa “de los cuadernos” cuyo objeto inicial fue solamente la asociación ilícita *per se*), entonces el imputado colaborador estará aportando información que, en rigor, atañe a otra causa y otro juez.

Dicha información puede ser considerada útil y valiosa en la causa donde se le imputa la asociación ilícita, y su aporte dar pie a un Acuerdo de Colaboración con el Fiscal (arts. 7 y 8) que puede ser homologado por el Juez interviniente (art. 10). Y de allí ese acuerdo puede constituirse en la llave para obtener la excarcelación (art. 4) y llegar al punto de creer que el proceso ha funcionado adecuadamente para todas las partes involucradas.

Sin embargo, ha de evaluarse qué sucede con esa información en el marco de aquella otra causa donde se venían investigando las irregularidades del proceso licitatorio.

Es que el Acuerdo de Colaboración debe haberse basado necesariamente en información verdadera y datos exactos. De lo contrario el colaborador arrepentido afrontaría una pena (adicional) de prisión de 4 a 10 años, y la pérdida del beneficio (excarcelación) obtenido.²⁹

Amén del análisis de sus dichos para corroborar su verosimilitud y utilidad (art. 13), ellos necesariamente traerán aparejadas consecuencias en la investigación conexas. Y consiguientemente, es de suponer que en cuestión de semanas o pocos meses el arrepentido sea convocado a indagatoria en aquella otra causa donde se investiga (siguiendo con el ejemplo) la obtención ilegítima de la obra pública.³⁰

En aquel otro expediente, el imputado se encontrará con que está confeso de ese hecho puntual conexas con la causa “de los cuadernos”; y que no puede contradecirse o pretender denegar su responsabilidad pues ello presupondría la falsedad de la información, la consecuente caída de aquel Acuerdo de Colaboración, y la imposición de la pena adicional de prisión del artículo 276 bis del Código Penal.

Lo paradójico será que esa colaboración / confesión fue dada en otro expediente (en el que se investiga la asociación ilícita) en el cual él ya ha sido beneficiado por darla. Y una vez que lo hizo, es información que ya está disponible y es utilizable para el Juez que investiga las irregularidades de la licitación, por lo que volver a dar esa información no podría constituir para el imputado el motivo de un (nuevo) Acuerdo de Colaboración ya que la información no será -a esa altura- novedosa o útil a los fines de la procedencia del beneficio de la Ley 27.304.

²⁹ El artículo 276 bis del Código Penal establece que: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter [se refiere al imputado colaborador de la Ley del Arrepentido], *proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos*”.

³⁰ Todavía no hubo una resolución que expresamente haya reconocido que los dichos del arrepentido en la causa “de los cuadernos” pueden ser utilizados en las conexas. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones ha señalado que el Ministerio Público es único y que, por ende, los distintos fiscales pueden intercambiarse la información de diferentes causas. Asimismo, no existe ninguna previsión legal en la Ley 27.304 que precluya el uso de la información aportada por el imputado colaborador en la causa donde la aporta y en sus causas conexas.

Así, el imputado se encontraría frente a una delicada situación en términos de su defensa en esta segunda causa penal conexa en su contra. Sí él ya había considerado esta consecuencia “no deseada” de brindar esa información en la causa por asociación ilícita, entonces, habrá llegado el momento de hacer frente a aquellas consecuencias. Por el contrario, si no lo consideró, o no lo hizo debidamente, será entonces una sorpresa mayúscula encontrarse frente a un problema de difícil solución: estar confeso de un (serio) delito, no poder cuestionar su responsabilidad, y ni siquiera poder usufructuar de su colaboración con la justicia en este segundo proceso.

¿Cuál podría ser la solución en el futuro para esta cuestión? Que los defensores debamos tomar la previsión de exigir que se reconozca la conexidad de ambas causas y que éstas se acumulen (material o jurídicamente) ANTES de firmar el acuerdo de colaboración, de manera tal que, al hacerlo, el aporte de la información original, útil y novedosa sea efectuado en ambas causas que -de esa forma- tramitarían conjuntamente (o en la única causa que haya quedado si se las acumuló materialmente).³¹

De esa manera, la información se aportaría en ambas causas simultáneamente, y los beneficios de la colaboración del arrepentido podrían ser usufructuados respecto de ambos hechos (en el caso del ejemplo, la investigación por la licitación ilegítima y la asociación ilícita en cuyo marco presuntamente se habrían pergeñado aquellas irregularidades).

Alternativamente, si las causas siguiesen por cursos separados, los defensores deberíamos convocar al Juez y Fiscal de la otra investigación (irregularidades en la licitación) para llegar eventualmente a un acuerdo de colaboración en el que participen ambos fiscales dando su consentimiento, y ambos jueces con su homologación, y obtener de esa forma el objetivo buscado: colaborar útilmente en ambas investigaciones y usufructuar en ellas de la colaboración efectuada tras haber aportado información novedosa para ambas causas.³²

³¹ El artículo 41 del Código Procesal Penal de la Nación establece que: “*Las causas serán conexas en los siguientes casos si: 1°) Los delitos imputados han sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas; o aunque lo fueren en distinto tiempo o lugar, cuando hubiere mediado acuerdo entre ellas. 2°) Un delito ha sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro, o para procurar al autor o a otra persona su provecho o la impunidad. 3°) Si a una persona se le imputaren varios delitos.*”

En lo que respecta a las reglas de acumulación, el artículo 42 dice que: “*Cuando se sustancien causas conexas por delitos de acción pública y jurisdicción nacional, aquéllas se acumularán y será tribunal competente: 1°) Aquel a quien corresponda el delito más grave. 2°) Si los delitos estuvieren reprimidos con la misma pena, el competente para juzgar el delito primeramente cometido. 3°) Si los delitos fueren simultáneos, o no constare debidamente cuál se cometió primero, el que haya procedido a la detención del imputado, o, en su defecto, el que haya prevenido. 4°) Si no pudieran aplicarse estas normas, el tribunal que debe resolver las cuestiones de competencia tendrá en cuenta la mejor y más pronta administración de justicia. La acumulación de causas no obstará a que se puedan tramitar por separado las distintas actuaciones sumariales.*”

Y como excepción se prevé en el artículo 43 que: “*No procederá la acumulación de causas cuando determine un grave retardo para alguna de ellas, aunque en todos los procesos deberá intervenir un solo tribunal, de acuerdo con las reglas del artículo anterior.*”

³² Respecto de la posibilidad de utilizar los dichos del arrepentido en contra de otros imputados en la causa donde colaboró y/o en causas conexas, tampoco hay norma legal alguna que impida su uso en esos expedientes. Y, de hecho, hace a la esencia misma de la Ley del Arrepentido el poder utilizar la información aportada por el colaborador en contra de los restantes co-partícipes de los delitos en que él ha intervenido. Por ende, es de esperar futuros fallos judiciales que convaliden esa utilización múltiple de la información aportada.

Una segunda cuestión problemática se avizora también en el horizonte, similar a la recién planteada aunque en el ámbito transnacional. Me refiero a aquellas empresas cuyos directivos puedan haber llegado a un acuerdo de colaboración con el Juez y Fiscal argentinos a cargo de la investigación (tomemos el caso de la asociación ilícita), y resulte que esa empresa -u otras del grupo- cotizan en las bolsas de otros países con estrictos regímenes legales anticorrupción, como podría ser el caso norteamericano y la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“*Foreign Corrupt Practices Act*” o F.C.P.A.).³³

Partamos de la base de la misma situación, esto es, un directivo de una empresa de esas características que, tras ser detenido e indagado por el citado delito del artículo 210 C.P., se acogió a los beneficios de la Ley del Arrepentido luego de una decisión atendiblemente apresurada con la que pretendía obtener su libertad durante el proceso.

En este caso, el problema no serán los hechos investigados en la causa en la que el imputado colabora, o la información que éste aporta y la determinación de en qué causa local puede ser útil. La cuestión gira en torno a las consecuencias en el extranjero que traerá aparejado para la empresa indudablemente la decisión de dicho directivo, pues al quedar él confeso de un delito cometido en el seno corporativo, en ejercicio de sus funciones, y en nombre o beneficio de la empresa, ello acarreará responsabilidad penal corporativa bajo el régimen legal foráneo.³⁴

Bajo este escenario, es de esperar que la empresa saldrá presurosa a auto-denunciarse *v.gr.* ante el Departamento de Justicia (“*Department of Justice*” o D.O.J.) y/o la Comisión de Valores (“*Securities Exchange Commission*” o S.E.C.) en procura de obtener un tratamiento lo más beneficioso posible frente a las cuantiosas multas y sanciones que potencialmente puede recibir como consecuencia de haber incurrido en prácticas corruptas en países donde la empresa tiene filiales o empresas controladas, directa o indirectamente, por la empresa holding que cotiza en bolsa.³⁵

Así planteadas las cosas, serán los funcionarios judiciales extranjeros quienes en esta segunda hipótesis podrían considerar que cualquier presentación que efectúe la empresa ante el D.O.J. y/o la S.E.C. encaminada en aquella dirección, no reúne el requisito de ser una verdadera auto-denuncia, primera y espontánea, como punto de inicio para un acuerdo con las autoridades norteamericanas.

Ocurre que en el sistema americano suelen darse los llamados “Acuerdos de Enjuiciamiento Aplazados” (“*Deferred Prosecution Agreements*” o DPA) mediante los cuales una empresa infractora puede acordar con el Departamento de Justicia americano

³³ La F.C.P.A. es una ley federal aprobada en 1977 por el Congreso de los Estados Unidos de América que prohíbe el pago de sobornos a funcionarios públicos de gobiernos extranjeros con el propósito de de obtener, retener y/o dirigir negocios.

³⁴ La responsabilidad penal de la persona jurídica es uno de los pilares en los que se sustenta la F.C.P.A. (como así también la legislación norteamericana en general), e incluye la responsabilidad a la corporación por los hechos de corrupción tipificados en dicha Ley. Ver *Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission: “A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act”* (2012).

³⁵ La F.C.P.A. contiene dos tipos genéricos de disposiciones. Por un lado, la prohibición de prácticas antisoborno, supervisada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Por otro lado, disposiciones en materia de libros y registraciones contables, cuya aplicación y supervisión compete a la S.E.C.

y la Comisión de Valores, llevar adelante una serie de medidas correctivas o reparadoras a cambio de que la Fiscalía suspenda el avance de la investigación penal y oportunamente retire los cargos en contra de la empresa.

Alternativamente pueden darse también los “Acuerdos de No Enjuiciamiento” (“*Non-Deferred Prosecution Agreement*” o NPA) en cuyo caso el D.O.J. no llega siquiera a iniciar la investigación penal y, por ende, en caso de cumplimiento del acuerdo, no es necesario ni siquiera retirar los cargos judiciales en contra de la empresa pues nunca se llegaron a presentar.

En ambos casos, es clave que la persona jurídica reconozca su culpabilidad por la conducta delictiva; que revele información útil colaborando con la Fiscalía a través del aporte de pruebas, documentos, datos, testigos, información relevante, etc. respecto del delito; que pague multas e indemnizaciones; que se comprometa a efectuar reformas internas para evitar que vuelvan a suceder los hechos; que se autoricen e implementen métodos de supervisión; amén de lo atinente a la implementación o mejoras del sistema interno de *compliance* corporativo, entre otros requisitos.

Sin embargo, entre los mencionados requisitos, los dos primeros puntos son clave: que la empresa colabore activamente con el D.O.J. aportando pruebas y documentos para acreditar los hechos delictivos, y que se declare culpable de ellos.

Entonces, las citadas autoridades extranjeras podrían considerar que no hubo, en realidad, ninguna intención genuina de la empresa de auto-denunciarse pues lo que ahora le están llevando ante sí no es otra cosa que la información ya entregada por un directivo de la empresa a la justicia argentina, luego de que un juez ordenase su detención y el directivo se aviniese a colaborar como un modo de salvaguardarse a sí mismo, aún a costa de las consecuencias que sus dichos le irrogasen a la empresa.

Además, en teoría la información aportada ya estaría disponible en tanto las autoridades americanas podrían solicitarla en el marco de los convenios de colaboración firmados por los respectivos países.³⁶ Con lo cual, la presentación de la empresa en los Estados Unidos podría no ser considerada una auto-denuncia, y la información contenida en ella podría tampoco ser considerada novedosa o útil, lo que disminuiría enormemente la capacidad de la empresa de negociar reducciones significativas a las multas que le correspondan por haber incurrido sus filiales locales en prácticas corruptas.

Esta situación es de difícil solución pues *a priori* el camino sería mantener simultáneamente negociaciones con las autoridades locales y con las extranjeras, de manera tal de intentar sendos acuerdos que comprendan la entrega de la información y documentación novedosa y útil ante ambas sedes, para poder usufructuar al máximo con aquello que se entregará.

Pero si esta negociación bifronte ha de hacerse con la persona detenida en la causa “de los cuadernos” (o en cualquier otra causa), va de suyo que tomaría mucho más tiempo que aquel que seguramente el directivo está dispuesto a esperar para, recién

³⁶ Por ejemplo, el “Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales” firmado entre los gobiernos de Estados Unidos de América y Argentina, aprobado mediante Ley 24.034 del 27/11/1991.

cuando se tenga el conforme del D.O.J., hacer efectiva la colaboración acá y allá, y usufructuar el principal rédito de ella: recuperar la libertad en el proceso local.

Probablemente la respuesta esté en iniciar rápida y simultáneamente la negociación también allá, e intentar avanzar lo más posible incluyendo algún *filing* preliminar, de manera que cuando llegue el momento de efectuar la presentación completa y negociar los términos de un acuerdo, existan mayores posibilidades de que el D.O.J. la considere como una auto-denuncia o al menos quede entendido que se trata de información entregada a la autoridad americana y no simplemente información ya disponible de antemano que se la presenta ordenadamente.

El tercer punto interesante para poner sobre la mesa se vincula con los acuerdos de colaboración y la posibilidad de que en el futuro algún imputado lo cuestione, pretenda obtener su nulidad y, con ella, que caiga su admisión de culpabilidad.

Me refiero a analizar qué sucederá cuándo, más temprano que tarde, probablemente una vez que la causa “de los cuadernos” pase a la etapa de plenario, un imputado colaborador plantee la nulidad de las actuaciones como arrepentido porque la información brindada fue, por ejemplo, producto de coacción sobre la base -en su alegato- de que habría sido ilegítimamente detenido.

Un planteo de estas características podría basarse en que no existía realmente riesgo de fuga ni de entorpecimiento de la investigación, y que las detenciones se ordenaron al sólo efecto de colocar a los imputados en una situación de desprotección e incomodidad supina, que lo llevó a él a acogerse a la Ley 27.304 como resultado de lo que considera maniobras extorsivas de los funcionarios judiciales a cargo de la investigación.

Recuérdese que, más allá de las normas previstas en el Código Procesal Penal de la Nación respecto de la excarcelación y exención de prisión, el fallo plenario “*Diaz Bessone*” de la Cámara Nacional de Casación Penal estableció -como norma general- que la escala de pena prevista para el delito de que se trate no es más que uno de los elementos que deben ponderarse; y que en definitiva, la evaluación acerca de la situación de libertad del imputado durante el proceso debe hacerse analizando las posibilidades de que se fugue y/o que entorpezca la investigación.³⁷

No es difícil imaginar un planteo de estas características pues es, en esencia, igual a tantos otros planteos que se efectúan habitualmente para intentar revertir durante el proceso penal (por lo general, en la etapa de plenario o directamente durante el juicio oral) una temprana confesión del delito (por fuera de la citada ley del arrepentido).

Es esos casos, es claro que la pretendida redargución es difícil de probar porque presupone acreditar que contemporáneamente al momento de declarar en indagatoria y

³⁷ Cfr. Plenario n° 13 “*Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley*” (C.N.C.P. 30/10/2008). Específicamente se sostuvo en dicho caso que no basta para la denegación de la excarcelación o exención la imposibilidad de una futura condena de ejecución condicional, o que pudiese corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (conforme las pautas objetivas impuestas por los artículos 316 y 317 C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con los parámetros establecidos en el artículo 319 C.P.P.N. acerca de la eventual existencia de riesgos procesales de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

confesar el delito, el imputado habría estado siendo sometido a coacción, amenazas, torturas o la pretensión que se estuviese esgrimiendo para intentar invalidar una confesión obtenida, en principio, legítimamente.

En el caso del acogimiento a la ley 27.304, habría de plantearse una situación similar y su prueba ciertamente sería igual de difícil porque presupondría por definición -para alegar su invalidez- que el arrepentido en realidad se convirtió en tal como consecuencia de conductas ilegítimas en su contra, que bien pudieron haber venido de terceros si hubiera estado en libertad, pero que seguramente alegará que vinieron de los propios funcionarios judiciales (pues estaba detenido) quienes *v.gr.* le habrían condicionado su libertad a que se acogiese a los beneficios de la citada ley.

Siendo que en la causa “*de los cuadernos*” la regla se revirtió y, por principio, las autoridades judiciales ordenaron la detención de los imputados, planteos de estas características traerán aparejados inevitablemente analizar la necesidad real de esas detenciones y establecer en qué medida ellas eran el resultado de análisis objetivos que sopesasen los adecuados estándares de libertad durante el proceso vs. detención preventiva.

O si por el contrario, surgiese con meridiana claridad durante su análisis a posteriori que no existía riesgo de fuga o entorpecimiento de la pesquisa, y que las detenciones estuvieron dirigidas simplemente a colocar a los imputados en una situación tal que era de esperar que prontamente se “quebrarían” y aportarían la información que los funcionarios judiciales esperaban de ellos.

Ese análisis habrá de ponderar también el grado de verosimilitud que pudiera adjudicarse a los dichos de quienes aleguen haber sido coaccionados, en cuanto a que efectivamente hubiesen habido exigencias de los funcionarios judiciales intervinientes de brindar información como requisito insoslayable para recuperar la libertad.

Pues la eventual invalidez del reconocimiento de culpabilidad y entrega de información a título de imputado colaborador, dependerá no solamente de acreditar la ilegalidad de la detención sino también de probar las ilegítimas exigencias de los funcionarios, tarea de por sí muy difícil aún asumiendo que efectivamente hubiese pasado.

Quiero decir que si tan sólo uno lo alegase, sería hartamente improbable que simplemente se le creyese su versión. Pero si -por hipótesis- se sucedieran los planteos de diversos imputados ante el Tribunal de Juicio y ellos fuesen coincidentes y coherentes entre sí, como para poder llegar a la convicción de que habría existido un rechazable *modus operandi* judicial, entonces esos planteos nulificantes podrían tomar fuerza y -en teoría- los Tribunales de Juicio declarar la invalidez de las actuaciones efectuadas al abrigo de la Ley 27.304 y, por supuesto, de todo lo actuado en consecuencia.

Planteos así habrán de resolverse caso por caso, siempre con una aproximación restrictiva en materia de nulidades, pero muy probablemente aparecerán en relativamente poco tiempo y conformarán un capítulo de los más interesantes sobre la materia.

Cuando ello suceda, quedará a la vista la desacertada decisión de no haber grabado las negociaciones en torno al acuerdo, su instrumentación y el mecanismo de homologación, falencia ella que dejó en la sombra a un procedimiento que debería estar iluminado acorde a lo que representa en el escenario: la pieza principal de la obra.

Por lo que, como mínimo, desde este punto de vista debería adoptarse en lo sucesivo el procedimiento de videograbación de todo ese proceso, en procura de otorgarle la debida transparencia y salvaguardar la verdad de lo sucedido, en protección de los derechos de los imputados y también -por supuesto- del honor de los funcionarios pues si todas aquellas alegaciones son falsas, ello rápida y fácilmente quedará a la vista.

De ese modo, se sumará una obvia y muy útil herramienta para poder evaluar con seriedad cómo fue el camino hasta la homologación del acuerdo de colaboración, desde las negociaciones con la Fiscalía hasta su aprobación por parte del Juez de instrucción. Va de suyo que dichas grabaciones contendrían negociaciones y acuerdos reservados pero la eventualidad de que los miembros del Tribunal de Juicio que deban evaluar el procedimiento accediesen a su contenido en privado, no les quita ese carácter.

V. Conclusiones

La adopción de las herramientas procesales que trajo la llamada Ley del Arrepentido era una tarea pendiente desde hace décadas pues tener la posibilidad de beneficiar al imputado que colabora desde su inigualable posición de haber participado el delito, constituye una fuente de información y prueba de muy difícil comparación con cualquier otra.

Las características de la ley aprobada distan mucho de ser la ideales. En pocas palabras, pretende un enorme esfuerzo por parte del imputado (que confiese su participación y delate a sus copartícipes) a cambio de poco: una reducción de pena relativamente baja y la posibilidad de ponderar la colaboración favorablemente en términos de decidir la libertad del arrepentido durante el proceso.

Como la regla procesal venía siendo -casi unánimemente- la libertad del imputado durante el proceso, la ley poco tenía que entregar al potencial colaborador como el *quid pro quo* por su ayuda, y así quedó patente en los muy escasos registrados de acogimiento a la Ley 27.304 hasta la aparición de la causa “de los cuadernos”.

La causa que gira en torno a los cuadernos del Sr. Centeno invirtió sin empacho la situación, y la detención preventiva de los imputados es la regla, lo que trajo aparejado una catarata de detenciones seguida de una catarata de casi el mismo volumen de acogimientos a los beneficios del imputado arrepentido. Esta fuente repentina de casos se está transformando en el punto de partida de una cantidad de fallos jurisprudenciales que moldearán este instituto a futuro. Este cúmulo de experiencias permite ir verificando cómo es la instrumentación de todas las normas aplicables, a la par que va mostrando nuevas problemáticas en torno a su desarrollo.

En este artículo he tocado tres situaciones que podríamos considerar novedosas en tanto involucran cuestiones no previstas por la Ley 27.304, cuyo tratamiento y soluciones están aún por verse en los meses y años por venir. Se trata, sin mayores

pretensiones, de colocar esas (y muchas otras cuestiones) en el tintero para avanzar en nuestra tarea de análisis y discusión de las normas, para un mejor y más justa aplicación. Ojalá estas líneas hayan servido para este acotado objetivo.

LA CAUSA LARRABURE

Por Javier Vigo Leguizamón

I. COINCIDENCIAS- DIFERENCIAS:

El 30 de septiembre de 1974, subrepticamente, un agente de la Dirección de Inteligencia Nacional Chilena, Michael Townley, se introdujo en un garaje sito en la ciudad de Bs As, donde el Gral Carlos Prats guardaba su vehículo, bajo el cual colocó una bomba que al día siguiente hizo explotar, asesinando al ex comandante en jefe del presidente chileno Salvador Allende y a su esposa Sofía Cuthbert.

El hecho criminal fue juzgado por la justicia argentina, concluyéndose en la causa "Arancibia Clavel", qué estábamos ante un crimen de lesa humanidad cometido con el planeamiento y apoyo de un estado extranjero.

Sólo un mes antes, el 10 de agosto de 1974, ya no un hombre solo, sino 104 guerrilleros fuertemente armados se desplazaron por distintas provincias argentinas con el fin de atacar simultáneamente dos instituciones militares, robar armamento, secuestrar oficiales y demostrar la potencialidad del autodenominado Ejército Revolucionario del Pueblo. (ERP)

44 pertenecían a la Compañía de Monte Ramón Rosa Giménez que operaba en Tucumán. Llegaron a Catamarca con el fin de copar el Regimiento 17, librando durante 36 horas un feroz combate, superando a la policía y siendo finalmente vencidos por el Ejército Argentino.

60 atacaron la Fábrica Militar de Villa María, secuestrando al entonces Mayor Argentino del Valle Larrabure, a quien torturaron y asesinaron.

Al analizar ambos hechos vemos que coinciden el año: 1974; el marco histórico político: Perón acababa de morir el 1 de julio de 1974 y el apoyo de un Estado extranjero, pues en distintas declaraciones los líderes del ERP Enrique Gorriarán Merlo y Juan Arnold Kremer han reconocido que acordaron con Cuba la instrucción en táctica guerrillera urbana y rural.

¿Dónde está entonces la diferencia para que el crimen del Cnel Larrabure no haya sido considerado por el juez federal Bailaque de lesa humanidad?- pregunté a los camaristas federales de Rosario al informar in voce.

La diferencia- remarqué, está en la mirada del juez, que revela el preconceito que porta para juzgar; una mirada parcial que niega a las víctimas su humanidad, su dignidad, a tal

punto que no se encuentra en la sentencia del precitado juez un solo párrafo que aluda al calvario padecido por Larrabure.

Por ello- continúe- la pregunta que Arturo Larrabure quiere por mi intermedio formularles, señores camaristas, es si las víctimas del terrorismo guerrillero son para Uds. seres con los mismos derechos humanos, o simples objetos a eliminar.

A través de las excusas jurídicas urdidas para consagrar la impunidad del terrorismo guerrillero, en los hechos, implícitamente, los distintos poderes del Estado han concedido a quienes integraron las organizaciones armadas el derecho de secuestrar, torturar y asesinar en épocas en que Argentina tenía tan sólo un 4 % de pobreza, y en pos de un mundo más justo y menos corrupto, que, por cierto, estuvieron décadas después, insertos en el poder, muy lejos de construir.

II. EL CALVARIO DE LARRABURE- EL AUTOR MEDIATO DEL CRIMEN

Como parte querellante Arturo Larrabure solicitó se citara a prestar declaración indagatoria a Juan Arnold Kremer, imputándole haber, como autor mediato, secuestrado al Coronel Larrabure, privándolo de su libertad durante más de un año, torturándolo y asesinándolo, con pleno conocimiento de que dichos actos formaban parte del ataque sistemático a la población civil y del plan criminal llevado adelante por el ERP para tomar el poder, destruir la república imponer un régimen marxista.

El juez federal Bailaque denegó la citación a indagatoria considerando prescripta la acción penal. Interpuesto recurso de apelación, la Cámara Federal de Rosario confirmó la sentencia negando que los hechos constituyeran crímenes de lesa humanidad o de guerra. No obstante, no consideró prescripta la acción dejando abierta la posibilidad de rever su criterio de aparecer nuevos elementos probatorios. Deducido recurso de casación debe resolverlo próximamente la Sala II de la respectiva cámara.

En su libro *Los Perros*,³⁸ Juan Arnold Kremer, reconoce haber sido miembro del buró político del ERP, en cuyo seno, y en reuniones en las que estuvo presente, se evaluó y planificó el ataque la Fábrica Militar de Villa María.

En diálogo con Germán Ferrari dijo:³⁹

“Cuando lo capturamos (a Larrabure) lo guardamos ahí (en una cárcel del pueblo en Rosario) y le propusimos al gobierno cambiarlo por compañeros.... Pero las negociaciones nunca prosperaron ante la negativa del Ejército...Ante el fracaso de los contactos con las autoridades

³⁸ Editorial Peña Lillo. Ediciones Continente

2. Símbolos y fantasmas. Germán Ferrari, Edit.

Sudamericana:³⁹ **Pág.81/2:**

se le propuso a Larrabure "se ganara la libertad y le pedimos que de curso de explosivos y de ciertas técnicas a nuestros compañeros. Larrabure se puso en patriota y dijo que jamás iba a colaborar...Ya no sabíamos más que hacer, estábamos en tensión. Venían los compañeros que decían "es una situación insostenible" Estar custodiando...a la larga se hace una rutina... ¿Qué solución le íbamos a dar? Finalmente lo íbamos a largar, íbamos a encontrar alguna disyuntiva para no quedar tan mal. Larrabure en ese sentido nos derrotó. Un día viene un compañero a decir que se ahorcó. ¿Cómo se puede ahorcar?¿Y qué hicieron?, pregunté. "Tenemos el cadáver con hielo, porque no sabemos qué hacer". Recibió instrucciones de largar el cadáver en algún lugar. A nosotros nos pareció que eso había pasado porque hubo un relajamiento en la guardia, no cabe duda".

René Vicari, que ocupó una celda contigua, de mínimas dimensiones, húmeda y sin ventilación., ha aportado valiosos datos para conocer cuál era el estado físico y anímico de Larrabure en los cuatro días anteriores a su muerte:

"Lo sentí varios días cantar el himno y también lo escuché expectorar mucho se ve que estaba mal de los bronquios...; "lo hacía con voz firme. Lo que pasa es que expectoraba en el interin;...el me sentía llorar a mí A Larrabure yo no lo sentí llorar nunca. Los primeros días yo tenía un miedo que me moría..."

"una noche, cree la del 14 (14.8.1875) a la madrugada, aproximadamente a las 3 hs, el dicente escuchó un fuerte grito, e inmediatamente que era abierta la puerta de la otra habitación que se hallaba en el sótano"

"Esa madrugada para mí había silencio total; para mí no funcionaba el extractor ni nada".

"yo no sé si a Larrabure lo ahorcaron o no pero es un asesinato haber tenido a una persona un año en un pozo".

No escapará a la sabiduría de los colegas valorar que una persona que intenta suicidarse no lanza un fuerte grito para avisar que va a hacerlo.

III. LA PERICIA DEL CUERPO MÉDICO FORENSE DE LA CSJN:

Juan Arnold Kremer ante Alfonso Lessa confesó:

"No nos chupemos el dedo. Está bien la pregunta, porque ahora hay una cantidad de compañeros que se hacen los blanditos. La historia es la historia y hay que hacerla con la verdad. Pero la verdad es que nosotros nunca pensamos en la democracia. Nosotros pensábamos en la democracia en términos de Lenin, como un paso, un instrumento para el socialismo, teníamos toda la concepción leninista más dura. Para nosotros la

*sociedad socialista tenía una etapa previa que era la dictadura del proletariado; y en eso que no se hagan los desentendidos”.*⁴⁰

Luego, para juzgar la veracidad de la afirmación de Kremer respecto a que Larrabure se suicidó, debe comenzarse por analizar qué alcances tenía la concepción leninista más dura.

Para Gorki *“el odio, sentimiento obligatorio del hombre soviético, se convirtió en una de las grandes características de la era staliniana. Los creadores soviéticos desempeñaron un papel capital en la propagación del odio, del que hicieron una virtud. Gorki inventó así la fórmula mágica: “Si el enemigo se niega a rendirse hay que aniquilarlo”.*

Los peritos médicos forenses que realizaron los estudios fueron Oscar Ignacio Lossetti y Roberto Cohen, quienes contaron con la colaboración del titular de la cátedra de medicina legal de la UBA, Luis Alberto Kivitko, y del perito de parte, Enio Linares, quienes, por unanimidad, coincidieron en la hipótesis de la muerte violenta.

El informe pericial destacó que Larrabure habría sido estrangulado con “un elemento fino y resistente, de un diámetro no mayor de 5 a 6 mm, y con la resistencia idónea, suficiente como para comprimir las estructuras cutáneas, musculares, vásculonerviosas y osteocartilaginosas de cuello, como para producir una constricción tal que genere la muerte por asfixia por compresión mecánica cervical”.

Además, detalló que “las características del surco de compresión del cuello descriptas por todos los profesionales médicos, son coincidentes en cuanto a que se trata de un surco único y completo, el cual tiene una dirección horizontal o ligeramente oblicua ascendente de adelante hacia atrás, que **en ningún momento se interrumpe ni deja la marca de posibles nudos del dogal**. Estas características son compatibles con la compresión mecánica del cuello de la variedad de estrangulación a lazo”.

En voto no compartido por los restantes camaristas, el Dr. Barbará dudó de las conclusiones unánimes del Cuerpo Médico Forense de la CSJN, sin tener en cuenta que los peritos descartaron la existencia de una asfixia por ahorcadura autoprovocada pues no se describen protrusión de la lengua ni lesiones corporales compatibles con equimosis, excoriaciones y/o hematomas capaces de generarse durante el período convulsivo de colgamiento.

Luego de describir las características del surco destacando que resultaban compatibles con la estrangulación a lazo, agregaron:

“La intervención de terceros en la producción de esta asfixia es lo clásico - por las características referidas - y la realidad demuestra que constituye prácticamente la totalidad de los casos. No se describen signos en cuello que permitan pensar

⁴⁰ “La revolución imposible”, Alfonso Lessa, Uruguay 2002, pág. 190. Entrevista de Lessa a Arnol Juan Kremer, “Luis Mattini”, último secretario general del PRT y comandante en jefe del ERP, tras la caída de Mario Roberto Santucho el 19 julio de 1976.

médicolegalmente, se trate de una asfixia mecánica por estrangulación manual, ni por sofocación ni ahorcadura”

“A fin de hipotetizar que se trate de una asfixia mecánica por ahorcadura, es necesario tener en cuenta que en todo momento se describió un surco único, completo, sin interrupciones ni zonas que permitan suponer nudos fijos o corredizos; no se han observado variaciones en el ancho del surco de compresión, ni zonas de piel con irregularidad en la fuerza compresiva-lesiva; no se describen livideces que permitan pensar en suspensión completa o parcial del cuerpo, ya que la distribución hipostática descrita en autos, no sigue los patrones físicos de colgamiento total y/o con puntos de apoyo. De tratarse de una asfixia por ahorcadura autoprovocada, no se describen protrusión de la lengua ni lesiones corporales compatibles con equimosis, excoriaciones y/o hematomas capaces de generarse durante el periodo convulsivo del colgamiento. Así mismo, si se tratara de una ahorcadura con intervención de terceros, no se han descrito lesiones de tipo defensivas, lo cual lleva a suponer que Larrabure podría encontrarse en estado de indefensión al momento de producirse el mecanismo que le provocó la muerte”.

Pero hay algo fundamental en lo que el camarista Barbará no ha reparado y que puede disipar sus dudas: **el nivel de alcohol en sangre que tenía Larrabure.**

Especial relevancia dio el Cuerpo Médico Forense de la CSJN a la determinación de alcohol etílico en sangre visceral de 3,49 gr por mil mililitros en promedio, guarismo que los lleva a concluir como verosímil que "Larrabure se encontrara en estado de indefensión o por lo menos con disminución de su capacidad de reacción al momento de su muerte".

¿Cuál era el propósito de suministrarle semejante cantidad de alcohol a un prisionero?
¿Dejarlo inconsciente para luego matarlo?

¿Cómo logró el Cnel. Larrabure dirigir silenciosamente sus actos, ahorcándose sin alertar a sus captores, teniendo un grado de alcohol en sangre equivalente al coma etílico, el cual implica un estado de embriaguez profunda, con estupor y progresiva inconsciencia?

IV. SIMULACRO DE PROCESO

Es causal de arbitrariedad la no atención de un argumento esencial para la litis, como así también su consideración *insuficiente, inadecuada o no razonada*, cosa que equivale a su preterición⁴¹. En tales casos estamos ante una *apariencia*, ante un *simulacro* de sentencia, no ante una resolución que respete las exigencias constitucionales.

⁴¹ CSJN, Fallos, 308:2261; 323: 832 y 4018

“Configura un clarísimo ejemplo de arbitrariedad el manifiesto y querido apartamiento el precepto legal que debió haberse aplicado”⁴²

La pieza angular del derecho internacional humanitario son las Convenciones de Ginebra de 1949, ratificadas por nuestro país en 1957 por ley 14.442, y que impiden atentar contra civiles inocentes. Su artículo 3 común prohíbe, en caso de conflicto armado no internacional, someter a tratos crueles, asesinar o torturar a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

Incurriendo en arbitrariedad normativa negó el Dr. Barbará que Larrabure pudiera considerarse “civil”, apartándose de lo prescripto en el citado artículo, y de la jurisprudencia internacional que en los casos “Akayesu’ (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), ‘Blaskic’ y “Tadic”(Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia), se inclinó por una interpretación amplia del concepto “civil” que incluye a los miembros de las fuerzas armadas detenidos y desarmados. El fallo, por ende, violó el principio de progresividad consagrado en el artículo 26 de la CADH.

Sostuvo el Dr. Barbará que las Convenciones de Ginebra del 49 “*resultan de aplicación y obligan a los Estados Nacionales contratantes, no así a fuerzas insurgentes sin reconocimiento internacional que jamás los suscribieran*”, considerando que deviene normativamente arbitrario pues “(...) Las normas fundamentales de derecho humanitario deben ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que están inscritas, pues constituyen *principios intransgredibles de de Justicia, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, [Nota 6], p. 257, párr. 79).

V. ARBITRARIEDAD FÁCTICA: CONFLICTO ARMADO INTERNO

En los votos de los Dres Gallino y Pineda se afirma que las Convenciones de Ginebra de 1949 no resultan aplicables por cuanto el ERP no fue un grupo armado organizado bajo la dirección de un mando responsable, que ejerciera sobre una parte del territorio un control territorial tal que le permitiese realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Adhiriendo al falso relato de la “*memoria*”, niegan los camaristas la existencia de un conflicto armado interno, difundiendo dogmáticamente una versión edulcorada de la historia que contradice los considerandos expresos que la Cámara Federal diera en el

⁴² *CSJN. Fallos 306: 1472*

juicio a los ex comandantes (causa 13/84) donde admitiera que el país sufrió una guerra revolucionaria.

En el considerando SEXTO dicho tribunal sostuvo que *“...está fuera de discusión que a partir de la década de 1970 el terrorismo se agudizó en forma gravísima, lo que se manifestó a través de los métodos empleados por los insurgentes; por su cantidad; **por su estructura militar; por su capacidad ofensiva; por su poder de fuego; por los recursos económicos con que contaban provenientes de la comisión de robos, secuestros extorsivos y variada gama de delitos económicos; por su infraestructura operativa y de comunicaciones; la organización celular que adoptaron como modo de lograr la impunidad; por el uso de la sorpresa en los atentados irracionalmente indiscriminados; la capacidad para interceptar medios masivos de comunicación; tomar dependencias policiales y asaltar unidades militares.**”*

En el ítem 3.) El exceso, expresó:

“En consideración a los múltiples antecedentes acopiados en este proceso, especialmente documentación secuestrada, y a las características que asumió el fenómeno terrorista en la República Argentina, cabe concluir que dentro de los criterios clasificatorios que se vienen de expresar, éste se correspondió con el concepto de guerra revolucionaria. En cuanto al grado de desarrollo por ella alcanzado, el informe del Estado Mayor General del Ejército concluye en que llegó a la creación de zonas dominadas...”

Sin embargo, como si hubiesen vivido en un país diferente, para la Cámara parecería que nunca existieron los ataques a las instituciones militares de Villa María, Azul, Catamarca, Montechingolo, ni los 190 asesinatos, 239 heridos y 201 secuestros causados por el ERP, ni el decreto 1368/74 que en noviembre de 1974 declaró el estado de sitio, en cuyos fundamentos se da cuenta que *“ejerciendo la plenitud de su poder el Estado Nacional Argentino debe, con toda energía, erradicar expresiones de una barbarie patológica que se ha desatado como forma de un plan terrorista leve y criminal contra la Nación toda”* y que había llegado al extremo de amenazar a niños en edad escolar.

Sólo un mes después los terroristas del ERP asesinaron por la espalda, en Tucumán, a María Cristina Viola de 3 años, hirieron gravemente a su hermana María Fernanda de 5, asesinado al padre de ambas, el Capitán Humberto Viola.

Cobra entonces singular importancia el fallo que la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Nº FTU 16/2012/CFC1 “Carrizo Salvadores, Carlos E. D.V. y otros s/recurso de casación”.

Por voto mayoritario de los Dres Riggi y Cattuci, se anuló la sentencia del Tribunal Oral Federal de Catamarca, que había condenado, como autores de crímenes de lesa humanidad, a Carlos del Valle Carrizo Salvadores, Mario Nakagama y Jorge Exequiel

Acosta. Sostuvieron los citados magistrados que el análisis del marco histórico- político realizado por los miembros del Tribunal Oral Federal, encontraba apoyo en la exclusiva subjetividad de los jueces, siendo antojadizo y arbitrario, por carecer de todo sustento en las pruebas incorporadas al debate, concluyendo el Dr. Riggi que *“de las circunstancias fácticas que rodearon estos particulares hechos, se aprecia que ya siquiera puede hablarse de “un ataque” por parte de las fuerzas armadas, sino más bien de un acto de defensa de los poderes constitucionales vigentes tanto de la Nación como de la Provincia de Catamarca, ante el intento de un grupo fuertemente armado de insurgentes que pretendía tomar un regimiento para obtener armas para alcanzar sus objetivos propios”*.

Se trata de un fallo de una importancia trascendente por cuanto refiere al ataque realizado por el ERP el 10 de agosto de 1974, al Regimiento 17 de Monte de Catamarca, el mismo día en que atacó la Fábrica Militar de Villa María, como parte de una acción conjunta destinada a demostrar su poder de fuego y que podía derrotar el ejército argentino.

Sin embargo, un abismo separa la visión de los camaristas de casación, de la tenida por los integrantes de la Cámara Federal de Rosario en relación al marco histórico político vigente en los años 1974/75.

VI. INCUMPLIMIENTO DE LOS CRITERIOS FIJADOS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA CAUSA “ABELLA” (ATAQUE AL REG. DE LA TABLADA):

Al analizar el ataque que el Movimiento Todos Por la Patria hiciera al regimiento de La Tablada, en el año 1989, durante la presidencia del Dr. Alfonsín, consideró la Comisión (Informe 55/87) configurado un conflicto interno que tornaba aplicable, para ambos contendientes, el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra.

En la causa *“Carranza Latrubesse”* la CSJN, otorgó a los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos un carácter equiparable a una sentencia de la Corte Interamericana, *“reconociendo el carácter obligatorio para éste de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas en el informe de la Comisión.”* (Fallos: 336:1024).

Desoyendo esa obligación, la Cámara Federal de Rosario afirma que el precitado art. 3 es inaplicable por cuanto el ERP no ejerció control territorial sobre alguna zona del país.

Dos considerandos esenciales del informe 55/ 97, acreditan la arbitrariedad del fallo:

CONSIDERANDO 174:

*"A diferencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que generalmente limita sólo las prácticas abusivas de los agentes del Estado, las disposiciones obligatorias del artículo 3 común **obligan y se aplican expresamente por igual a ambas partes de los conflictos internos**, vale decir el gobierno y las fuerzas disidentes.*

Además, la obligación de dar cumplimiento al artículo 3 común es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte. Por ende, tanto los atacantes del MTP como las fuerzas armadas argentinas, tenían los mismos deberes conforme al Derecho humanitario y a ninguna parte puede hacerse responsable por los actos de la otra."

CONSIDERANDO 152.

*En contraste con esas situaciones de violencia interna, **el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan.** El artículo 3 común simplemente hace referencia a este punto pero en realidad no define "un conflicto armado sin carácter internacional".^[15] No obstante, en general se entiende que el artículo 3 común se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que ocurren dentro del territorio de un Estado en particular.^[16] Por lo tanto, el artículo 3 común no se aplica a motines, simples actos de bandolerismo o una rebelión no organizada y de corta duración. **Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados.** También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandos armados se enfrentan entre sí, sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir. **Es importante comprender que la aplicación del artículo 3 común no requiere que existan hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar con una guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional.**^[17] La Comisión observa que el Comentario autorizado del CICR sobre los Convenios de Ginebra de 1949 indica que, a pesar de la ambigüedad en el umbral de aplicación, el artículo 3 común debería ser aplicado de la manera más amplia posible.^[18] (el destacado ha sido colocado por mi).*

Es claro que lo único que se requiere es que exista una organización armada que posea una fuerza militar organizada, que actúe en un territorio con la potencialidad suficiente **para librar combate, y que de hecho lo haga.**

Tal es la correcta interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha efectuado sobre el alcance de los términos contenidos en el Protocolo lide las Convenciones de Ginebra de 1949, con relación a la necesidad de que las fuerzas no gubernamentales tengan “control sobre un territorio”.

No es una cuestión *cuantitativa*; es *cualitativa*. El protocolo no menciona superficie mínima de control de territorio, en modo alguno.

La sentencia a los comandantes, acreditan que el ERP tuvo esa potencialidad y estructura militar, llegó a copar pueblos enteros (Acherai, Santa Lucía), y participó en acciones militares de gran envergadura.

Con mayor sabiduría y coraje el Tribunal Oral de la Plata sostuvo al resolver, en febrero de 2018, la causa “Castillo”:

“En este orden de ideas, entendemos que, si para ese caso particular –“La Tablada”, que duró un breve lapso temporal (dos días), resulta de aplicación el artículo 3 común de la Convención de Ginebra, con mucho más razón lo será para los sucesos de igual o mayor gravedad que se prolongaron durante años, en los que intervenían ejércitos irregulares con uniformes, grados y reglamentaciones propias.

Por ello, consideramos que desde finales de la década del 60, hasta por lo menos 1979, se encontraba consolidado en la República Argentina un contexto de conflicto armado interno que activó las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. A lo que cabe agregar, también a modo de conclusión y aclaración, que nada tiene que ver la asimetría o desproporción de poder y recursos, entre los contendientes, para activar las normas del derecho internacional humanitario, tal como queda reflejado, a modo de ejemplo y en forma patente, en el enfrentamiento ocurrido a raíz del mentado copamiento del cuartel de La Tablada”.

VII. LA FALACIA DE QUE EN EL ATAQUE A LA FÁBRICA MILITAR DE VILLA MARÍA EL EJÉRCITO NO COMBATIÓ:

En el considerando 12 del voto del Dr. Gallino se afirma”...*que los conflictos armados internos del art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 requieren la participación del Ejército....En el caso descripto, más allá que el objetivo fuera un destacamento militar, surge que los atacantes se enfrentaron a las fuerzas policiales, que fueron las convocadas a intervenir ante el ilícito ataque, lo cual confirma que no estamos en presencia de un conflicto armado no internacional, en el que interviniera el ejército argentino. “.*

La Cámara omitió analizar el video publicado en <https://www.youtube.com/watch?v=Lk5gZIfW2WQ> titulado :Decididos el Caso de Villa María, que prueba que el Ejército combatió:

Minuto 28.03 se dice:

“El grupo que se encontraba en el casino se dirigió a la casa del director de la fábrica, Osvaldo Guardone. El Tte Cnel ofreció resistencia y se desató un fuerte enfrentamiento lo que impidió su captura. En este episodio resultó herido un miembro del Erp, Ivár Brolo, quien posteriormente fallece”

Minuto 28.23, el testigo Jorge Felipe, que se encontraba en el casino de oficiales, dijo:

“Empieza a escucharse un bombardeo pero no algunos balazos, eran como granadas, como obuses, era pesado, pesado lo que se escuchaba. El Tte Cnel se había ubicado en la planta alta y de allí resistía, perforadas las ventanas, las paredes, todo, un tiroteo bravísimo”.

Minuto 32.10;

El miembro del ERP Fermín Rivera, partícipe en el copamiento, expresa:

“La retirada no fue igual que estaba planificada, porque la retirada estaba planificada sin que hubiera salido a la luz la acción, digamos. Acá había habido enfrentamientos con la policía en el puesto uno, había habido enfrentamiento con los oficiales en las casas próximas al casino y había enfrentamientos en la compañía y había habido un gran enfrentamiento en el hotel”.

CSJN ha anulado las sentencias cuando *media un evidente apartamiento de los hechos, del buen sentido o de las reglas de la sana crítica*⁴³; o cuando *llega a un resultado irrazonable en las apreciaciones fácticas y probatorias de que hace mérito, por ejemplo si tal meritación no es objetiva*⁴⁴ padeciendo entonces del vicio del voluntarismo o del subjetivismo.⁴⁵

Sagües⁴⁶ recuerda al respecto que *“la Corte descalifica una sentencia por padecer defectos serios de fundamentación y razonamiento, en cuanto traduce una subjetiva comprensión de la realidad y de las circunstancias propias del país en el momento en que se producen los hechos de la causa y omite examinar la cuestión fáctica esencial cuya valoración resultaba inexcusable. CSJN, 23.0.90, DJ, 1991- 2-237, con nota de*

⁴³ CSJN, Fallos 301:574; 308:1825

⁴⁴ CSJN, Argumento a contrario sensu: Fallos: Fallos: 301: 636;308:568

⁴⁵ Fallos: 310: 1698

⁴⁶ Ob. cit, tomo II, pág.271

Morello, La causa de Arbitrariedad, defecto serio de fundamentación y de razonamiento”.

El Dr. Riggi, al cuestionar por erróneo, antojadizo y subjetivo, el análisis del Tribunal Oral de Catamarca, en el fallo “Carrizo”, sostuvo que ***la intervención del personal del Regimiento A 17 para enfrentar al grupo de insurgentes que se había apostado para resistir dentro del monte, fue adoptada precisamente por orden de los gobiernos constitucionales provincial y nacional, es decir, de las autoridades legítimas elegidas por el voto popular**, que así habían decidido proceder cuando se producían hechos de esta naturaleza, es decir, ataques de bandas que excedían los delitos comunes y que podían poner en peligro el orden institucional y democrático.

Basándose en el testimonio del ex gobernador de Catamarca, Hugo Mott, destacó que “ante una acción deliberada de un grupo de insurgentes que tenía entidad para poner en vilo al orden constitucional, **las autoridades democráticas habían optado por darle intervención al ejército para operar en casos que excedían claramente lo que puede considerarse un delito común.**

Esta deposición, proveniente de un testigo calificado, además, permite también conocer entonces el verdadero contexto histórico que rodearon los episodios sometidos a nuestro conocimiento. **Evidencia que durante el período constitucional y democrático de ese entonces, las autoridades civiles elegidas por el voto popular, abrigaban una gran preocupación por el accionar de estas bandas armadas.**

VIII. ARBITRARIA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL Y DOCUMENTAL:

El 19 de enero de 1974⁴⁷ la Compañía "Héroes de Trelew"- reforzada- del Ejército Revolucionario del Pueblo - ERP-, atacó el Regimiento 10 de Caballería Blindada y el Grupo de Artillería Blindado 1.

Al hablar al país el Tte Gral Perón condenó el ataque e imputó responsabilidades con las siguientes palabras:

“Hechos de esta naturaleza evidencian elocuentemente el grado de peligrosidad y audacia de los grupos terroristas que viene operando en la provincia de Buenos Aires, ante una evidente desaprensión de sus autoridades....

No es por casualidad que estas acciones se produzcan en determinadas jurisdicciones; es indudable que ello obedece a una impunidad en que la

47

desaprensión e incapacidad lo hacen posible. Por lo que sería aún peor si mediara como se sospecha una tolerancia culposa...

Es insólito que frente a sus claros términos el Dr. Gallino sostenga que *“tampoco el discurso del Presidente Perón, citado por la parte, refleja un favorecimiento desde el Estado al accionar del ERP”*.

Con similar arbitrariedad diversos testimonios fueron dejados de lado alegando que no demostraban el apoyo estatal a la guerrilla.

¿A quién imputó Perón haber facilitado con su inoperancia o tolerancia culposa el ataque terrorista al regimiento de Azul? pregunté a Antonio Cafiero

“Cuando Perón aludió que no es por casualidad que estas cosas ocurran en determinada jurisdicción, según mi criterio se está refiriendo a lo que acontecía en la provincia de Buenos Aires”- respondió sin dudar.

-¿Por qué Perón consideró en riesgo la existencia misma de la Patria? ¿Cuál era el plan criminal que temía se llevara adelante?

“ Y ante los ojos de Perón cuando veía que atacaban cuarteles y militares a Perón eso le sonaba que era el prelude de atacar directamente la existencia misma de la República”- contestó Cafiero, describiendo la gravedad del conflicto interno que vivía la patria.

“¿Perón imputó a autoridades nacionales y/o provinciales haber facilitado con su acción u omisión el ataque al Regimiento de Azul? pregunté la querrela al Dr. Pedro Ramón Cossio, que cuidaba de su salud en Gaspar Campos

“Ese día cuando yo hablé con él, me mencionó en formas generales sobre traidores que habían facilitado el hecho, pero en forma genérica sin dar un nombre en particular. Pero evidentemente las consecuencias históricas de las renuncias de esos dos gobernadores que antes mencioné, de alguna manera los implicaba, estábamos recibiendo los nombres”- respondió el médico.⁴⁸

-¿Había o no para Perón complicidad entre sectores gubernamentales y los miembros del ERP y Montoneros- pregunté a su ultimo edecán, Cnel Carlos Corral.

-Pudo haberlo sospechado- respondió

Muy explícito fue José Pablo Feinmann al confesar:

“Oscar Bidegain era el gobernador de la provincia de Buenos Aires, los geniales del ERP atacaron la delegación Azul y le dieron a Perón la cabeza de Bidegain. Ese fue el discurso que hizo vestido de Teniente General y sirvió para que dos o tres días más tarde recibiera a los diputados de la tendencia y les achara este hecho. El ERP no tenía muñeca política. Cuando tenía un objetivo lo hacía sin importar las consecuencias que fue perder un gobernador que los protegía, pero tenían un tornillo en la cabeza”.

⁴⁸ Ver respuesta pregunta 15.

Julio Bárbaro, por su parte, en el debate que en marzo de 2017 sostuvo con Marcelo Larraquy en el programa *Intratables*, declaró:

-Yo traje a los guerrilleros del Trelew. A los erpios. A los noventa días los erpios nos comunican oficialmente que retoman las armas; a los noventa días; van tomando gobernación por gobernación, y empieza el conflicto que uno mata y otro gobierna; y entonces se arma la de Bidegain, se van armando que el gobernador, que representa a la izquierda. tiene una izquierda que asesina en su nombre, entonces el tipo tiene que retroceder o desaparecer. Si no ponés al Erp. El ERP no mataba sindicalistas, era como una norma, tanto es así que cuando asesinan a Rucci yo de inmediato asumo que son los montos. Yo hablaba con Santucho, el tipo te decía :”yo asesino milicos” y los montos le daban a quien se cruce. Esa es la ruptura adentro del poder...Se empieza a matar desde la izquierda, no desde la derecha.”

Interrogado sobre si durante el gobierno de Cámpora y aún durante el gobierno de Juan Domingo Perón se brindó algún tipo de colaboración a determinadas organizaciones armadas, Carlos RUCKAUF admitió que el ERP y otras organizaciones armadas editaban publicaciones y revistas que circulaban libremente en el país,

Kai Ambos enseña que “una política también puede consistir en la negativa deliberada de proteger a las víctimas de crímenes generalizados ...o, lo que es lo mismo, la tolerancia de los mismos. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de un gobierno que concientemente se abstiene de poner un alto a la actividad de algunos criminales .

En la causa fue probado que como Subjefe de la Policía de Buenos Aires, Julio Troxler, desoyendo la orden de Perón de no crear las milicias populares propuestas por Rodolfo Galimberti, facilitaba los entrenamientos de guerrilleros.⁴⁹ Y que el Subcomisario Ricardo Fermín Albareda, que pertenecía al ERP, miembro del aparato de inteligencia del ERP, inserto en la Central de Comunicaciones de la Casa de Gobierno de Córdoba se enteraba de los procedimientos y avisaba a la organización a la que pertenecía.

Entrega de armas por el Estado a la guerrilla. Declaraciones en la causa Rucci:

Fue menospreciada como prueba de la complicidad estatal la declaración que el ex Jefe del Penal de Sierra, Mario Oscar García, prestara en la causa donde se investiga el asesinato de José Ignacio Rucci.

García reveló que el 27 de noviembre se hizo un movimiento en la Unidad de la cual era Jefe, en virtud de que en el penal se permitía la entrada de personas ajenas, de manera ilegal, que se habían infiltrado con el fin de conseguir armamento para objetivos subversivos. Se llevaron 250 itakas. Se les otorgó el acceso a los arsenales. La organización tenía el apoyo del gobierno en toda la provincia de Buenos Aires. El gobernador Bidegain, su ministro Manuel Urriza y el jefe del servicio penitenciario Ugolini asignaron roles de conducción o influencia en el Penal de Sierra Chica a personas ajenas al organismo. Tuvieron acceso a vehículos y armas del servicio penitenciario. Agregó que el control territorial era bastante importante. Ellos habían tomado una parte importante de la fuerza de seguridad. Manejaban bastantes cosas: acceso a los arsenales; jerarquías extraordinarias; cargo de manejo de gentes sin el debido cumplimiento de las reglamentaciones.

⁴⁹ Peronistas Revolucionarios, Zamorano, Eduardo, edición Distal, 2005, pág 178

IX. RESPONSABILIDAD DE CUBA. ARBITRARIA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS:

La querrela aportó pruebas relevantes para demostrar el apoyo cubano a la acción del ERP, a saber:

a. En el *Mensaje a los pueblos del mundo a través de la Tricontinental*, Ernesto Guevara confesó sin medias tintas la aviesa estrategia cubana de impulsar en toda América Latina el desarrollo de focos revolucionarios, exportando la experiencia cubana e insuflando en los guerrilleros **“el odio como factor de lucha; el odio intransigente al enemigo, que impulsa más allá de las limitaciones del ser humano y lo convierte en una efectiva, violenta, selectiva y fría máquina de matar. Nuestros soldados tienen que ser así; un pueblo sin odio no puede triunfar sobre un enemigo brutal.”**

b. El 4 de julio de 1998, Fidel Castro aceptó oficialmente su papel de promotor de la subversión en América Latina, durante la década del 60 y del 70, cuando Cuba intentó crear “un Vietnam gigante” a lo largo de toda la región. Lo dijo frente a unos cuatrocientos economistas reunidos en la Habana, en ocasión del foro organizado por la Asociación de Economistas de América Latina y el Caribe. El mandatario reivindicó esas acciones de su gobierno en toda Latinoamérica, menos en México, y culpó a la ex Unión Soviética por la falta de éxito. “El Che (Ernesto Guevara) llamó al mundo para crear uno, dos, muchos Vietnam”, dijo. Y aseguró: “En el único lugar donde no intentamos promover la revolución fue en México. En el resto, sin excepción, lo intentamos”. “Realmente era lo que teníamos que hacer como revolucionarios. Tratamos de respaldar y desarrollar movimientos revolucionarios armados en contra de las oligarquías y los Estados Unidos. El Che no soñaba. Era posible en Venezuela, Chile, Colombia, Brasil...”. Luego agregó: “Los Estados Unidos decían que los soviéticos eran los que promovían la revolución, cuando en realidad se opusieron en todo lo que queríamos hacer”. “No tengo absolutamente ninguna duda de que una revolución en este hemisferio era posible”, insistió y continuó: “Las condiciones objetivas existían, pero las condiciones subjetivas fallaron”. “Pero hicimos el esfuerzo”, sentenció el presidente cubano. **Y añadió: “Habríamos cambiado la historia. Habría sido distinto”**⁵⁰...

c. En Reportaje que el periodista Juan Carrá hiciera al líder del ERP Enrique Gorriarán Merlo, y que publicara el diario Página 12, el 24 de septiembre de 2006.(ver:<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-73493-2006-09-24.html>), este último admite haber pactado con Cuba la instrucción de los cuadros militares del ERP.

Pretendiendo invalidar estos contestes testimonios, sostiene la Cámara que la circunstancia de que el ERP haya atacado cuarteles o realizado secuestros para proveerse de armamento y financiarse debilita los argumentos de la querrela, como si tales hechos pudieran borrar el apoyo evidente que Cuba realizó y que fue expresamente reconocido por Kremer.

La razón del ataque a las unidades militares está explicado en los propios partes de guerra del ERP, donde reconocen que estaban en otra etapa de la guerra revolucionaria

⁵⁰ Diario Clarín, 5 de julio de 1998

donde debían proveerse de armamento adicional que necesitaban unidades de combate de mayor envergadura.

Más allá de ello es obvio que fueron a Cuba a recibir instrucción militar, no a bañarse en las playas de la Habana.

No es necesario exigir un vínculo directo entre el adiestramiento de los cuadros del ERP y el ataque a la Fábrica Militar de Villa María. En 1996 la Cámara Procesal 1 del ICTY sostuvo que: **“siempre que haya un vínculo con el ataque generalizado o sistemático en contra de cualquier población civil, un acto aislado podría clasificarse como un crimen en contra de la humanidad**. En el caso ‘KUNARAC’ se reformuló del modo más claro posible: **el delito subyacente no necesita ser el ataque mismo, sino sólo formar parte de éste**” (Kai Ambos, ob. cit., p. 205.).

X. LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Al conceder el recurso de casación afirmó el Dr. Gallino: *“en momento alguno negué que efectivos del Ejército Argentino hubieran participado en enfrentamientos armados con el grupo del ERP durante los sucesos que dieran origen a la formación por el contrario expresamente se hace mención, entre otras cosas, a que de la sentencia dictada en el expediente N° 28-G-1974 del Juzgado Federal de Bell Ville, surge que un soldado fue gravemente herido “en uno de los primeros enfrentamientos”. Ocurre que, conforme se desprende de la sentencia citada, sobresale el rol que cumplieron las fuerzas policiales convocadas a “intervenir”, a cuyo cargo quedó el procedimiento -a diferencia de lo ocurrido en el emblemático caso de “LaTablada” citado por la querrela.”*

Sugiero a los lectores cotejar esa afirmación con el considerando N° 12 de la sentencia recurrida, que expresa: *“...que los conflictos armados internos del art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 requieren la participación del Ejército...En el caso descrito, más allá que el objetivo fuera un destacamento militar, surge que los atacantes se enfrentaron a las fuerzas policiales, que fueron las convocadas a intervenir ante el ilícito ataque, lo cual confirma que no estamos en presencia de un conflicto armado no internacional, en el que interviniera el ejército argentino.”*

Más allá de los esfuerzos por disimular lo evidente, es destacable que al conceder el recurso se haya enfatizado el derecho de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos de conocer la verdad y la obligación asumida por el Estado Argentino de perseguir, juzgar y sancionar a los responsables, originada a partir de la ratificación de tratados internacionales tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

También que el Dr. Gallino admitiera que “la arbitrariedad de la sentencia alegada por la parte querrelante, eventualmente, puede encontrar subsanación en el marco del recurso”.

XI. HÉROE. MÁRTIR:

Respondiendo a la pregunta que les hiciera al comenzar mi informe in voce, todos los camaristas se preocuparon por resaltar el sufrimiento padecido por el Cnel Larrabure y la hidalguía con que lo afrontó.

“...nada de lo que hasta aquí he reflexionado” – aclaró el Dr. Barbará- “conlleva que lo actuado en contra de la vida y la dignidad del Coronel Larrabure, como lo sufrido por sus familiares, camaradas y amigos, pudiera haber tenido justificación alguna ni mucho menos respaldo legal. Tampoco habrá de ser visto ni como el más mínimo menoscabo a la figura y a la honra del Coronel, sin duda una víctima, por qué no un mártir y hasta si se quiere un héroe. Pero aun así, su caso, cuanto menos desde mi punto de vista, no corresponde sea tratado como un “Crimen de Lesa Humanidad”

Sin duda el Cnel Argentino del Valle Larrabure fue un héroe y un martir, que murió perdonando a sus captores y pidiendo a sus hijos que aún sucediera lo peor no odiaran a nadie y pusieran la otra mejilla.

En el instante clave de su vida, no se quebró ni traicionó ni a su Dios, ni a su Patria, ni a su Ejército. No canjeó su libertad ni sus ideales por la libertad.

Murió como lo había escrito:

“Calladamente rezo pidiendo a Dios que no me abandone en una locura humillante. Quiero morir como el quebracho que no entrega su figura de árbol rudo sin exigir el esfuerzo del hachero en prolongadas transpiraciones. Quiero morir como el quebracho, que al caer hace un ruido que es un alarido que estremece la tranquilidad del monte. Quiero morir de pie, invocando a Dios en mi familia, a la Patria en mi Ejército, a mi pueblo no contaminado con ideas empapadas en la disociación y en la sangre. “

Hoy ese alarido sigue resonando y ojalá ilumine las conciencias de quienes deben resolver, haciéndoles comprender que si la decisión es juzgar, cabe reconciliar a los argentinos juzgando a todos.

LAS REFORMAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE: LA NUEVA LEY Y LOS PROYECTOS DE LEY

Por Francisco A. Amallo

El 26 de julio de 2018, se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.449 de arbitraje comercial internacional (“LACI”), por medio de la cual se adoptó la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) sobre Arbitraje Comercial Internacional.

La LACI rige de forma exclusiva, en todo el país, el arbitraje comercial internacional. El arbitraje nacional, en cambio, continúa sujeto, en sus aspectos contractuales, al Código Civil y Comercial de la Nación (“CCC”), y, en sus aspectos procesales, al código procesal vigente en cada jurisdicción.

El Poder Ejecutivo de la Nación (“PEN”) se encuentra promoviendo modificaciones al régimen jurídico del arbitraje nacional. En marzo de 2017, presentó un proyecto de ley tendiente a modificar algunas disposiciones del CCC en materia de arbitraje, y actualmente se encuentra trabajando en otro proyecto que tendría por propósito modificar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (“CPCCN”), incluyendo sus disposiciones sobre arbitraje.

A continuación se comentan brevemente la LACI y los proyectos de ley.

I. LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El 3 de noviembre de 2016, el PEN presentó en el Congreso de la Nación un proyecto de ley proponiendo la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Entre los fundamentos del proyecto se destacó que la legislación nacional en materia de arbitraje se encontraba contenida de manera fragmentada en el CCC y en los códigos procesales, los cuales habían sido pensados para arbitrajes puramente domésticos y, por ende, no respondían a la realidad ni satisfacían las expectativas de las partes en un arbitraje internacional. El objetivo del proyecto era dotar al país de un marco normativo para el arbitraje comercial internacional que resultara adecuado para favorecer la elección del país como sede de arbitrajes internacionales y que relejara la moderna concepción del arbitraje.

El proyecto de ley fue aprobado el 4 de julio de 2018. La sanción de la LACI implica la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI, con las enmiendas aprobadas en 2006 a su versión original y algunas modificaciones adicionales que se mencionan a continuación:

(a) El artículo 1 de la LACI dispone que la ley se aplicará al arbitraje comercial internacional “*y lo regirá en forma exclusiva*”. Esta referencia a la exclusividad no estaba contenida en el artículo 1(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI y tiene por propósito desplazar las normas sobre arbitraje nacional. Ello se condice con lo manifestado por el PEN en los fundamentos del proyecto, en el sentido de que el CCC y en los códigos procesales habían sido pensados para arbitrajes puramente domésticos y

no respondían a la realidad ni satisfacían las expectativas de las partes en un arbitraje internacional.

(b) El artículo 3 de la LACI no incluye la definición de arbitraje internacional contenida en el artículo 1(3)(c) de la Ley Modelo de la CNUDMI. El artículo 1(3)(c) establece que el arbitraje es internacional si “*las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.*” En la reunión plenaria del 23 de noviembre de 2016 de las Comisiones de Relaciones Exteriores y Culto y de Justicia y Asuntos Penales, se explicó a los senadores que esta definición se excluyó para preservar el principio de la multinacionalidad objetiva del conflicto y compatibilizar la LACI con las condiciones de la prórroga internacional de jurisdicción que se prevén en el artículo 2605 del CCC.⁵¹ Por ello, en el artículo 107 de la LACI se precisó que las disposiciones de la ley no obstarán a la aplicación del artículo 2605 del CCC.

(c) El artículo 6 de la LACI establece que, a los efectos de determinar la aplicación de la ley, se considerará que es comercial cualquier relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado o regida preponderantemente por éste en el derecho argentino. También dispone que la interpretación debe ser amplia y que, en caso de duda, deberá juzgarse que se trata de una relación comercial. La Ley Modelo de la CNUDMI no contiene una definición del término comercial y el legislador argentino optó por identificar dicho término con el derecho privado.

(d) El artículo 7(g) de la LACI modifica parcialmente la regla de interpretación contenida en el artículo 2(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI. El artículo 2(1) dispone que en la interpretación de la ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. El artículo 7(g) agrega que también deberá considerarse el “*carácter especial*” de la ley y que dichas pautas se aplicarán tanto a su interpretación como a su “*integración*”. Estos cambios parecieran estar dirigidos a acentuar la exclusividad a la que se refiere el artículo 1 de la LACI.

(e) El artículo 9 de la LACI establece, en el capítulo dedicado a la recepción de comunicaciones escritas, que las partes podrán acordar que las notificaciones se realicen mediante comunicaciones electrónicas.

(f) En el artículo 11 de la LACI se prevé un plazo de 20 días para objetar y no consentir el incumplimiento de una norma dispositiva de la ley o algún requisito del acuerdo arbitral. El objetivo de fijar un plazo fue evitar las discusiones que podía generar la redacción original del artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI, en cuanto a si la objeción se había expresado “*sin demora injustificada*”.

(g) El artículo 13 de la LACI determina los tribunales competentes para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje. Los jueces de primera instancia con competencia en lo comercial del lugar de la sede del arbitraje tendrán competencia para asistir en materia de designación de

⁵¹ Versión Taquigráfica de la Reunión Plenaria de las Comisiones de Relaciones Exteriores y Culto y de Justicia y Asuntos Penales, Cámara de Senadores de la Nación, 23 de noviembre de 2016, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p.3.

árbitros. La cámara de apelaciones con competencia en lo comercial de la sede del arbitraje tendrá competencia para decidir, en los supuestos previstos por la ley, sobre la recusación de los árbitros, la cesación del mandato de los árbitros por impedimento, la competencia del tribunal arbitral, y la anulación del laudo arbitral.

(h) El artículo 15 de la LACI reproduce parcialmente el artículo 7(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI. De acuerdo con el artículo 7(3), se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, “*ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.*” El artículo 15 prescinde de la última parte, la cual parece contener únicamente ejemplos de formas de celebración del acuerdo arbitral, pero no modifica la regla general.

(i) El artículo 24 de la LACI establece, en el capítulo dedicado al nombramiento de los árbitros, que es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuando a la designación de los árbitros.

(j) El artículo 28 de la LACI dispone que será causal de recusación la actuación del árbitro o de los miembros del estudio jurídico, consultora u organización equivalente a la que perteneciere aquél, en otro arbitraje o proceso judicial (i) como patrocinante o representante de una de las partes, independientemente de la cuestión en debate, o (ii) con la misma causa o con el mismo objeto, como patrocinante o representante de un tercero. En estos casos, la norma establece una presunción de inexistencia de imparcialidad e independencia, sin admitir prueba en contrario. El problema de esta disposición, no contenida en la Ley Modelo de la CNUDMI, es que no establece un límite temporal y, por lo tanto, los tribunales deberán especificar si se refiere a actuaciones simultáneas o si comprende actuaciones pasadas hasta un determinado momento.

(k) En el artículo 31 de la LACI se prevé que, en aquellos casos en que se rechace la recusación incoada contra un árbitro, la parte recusante podrá pedir, dentro de los 30 días siguientes, al tribunal judicial competente, que decida sobre la procedencia de la recusación y su decisión será “*irrecurable*”. El artículo 13(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI es más limitado, pues dispone que la decisión del tribunal judicial es “*inapelable*”. Lo mismo ocurre con los artículos 32 y 37 de la LACI y los artículos 14(1) y 16(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI.

(l) El artículo 80 de la LACI modifica el artículo 28(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre normas aplicables al fondo del litigio. El artículo 28(2) establece que, a falta de acuerdo entre las partes con relación a la ley aplicable al fondo del litigio, el tribunal arbitral aplicará “*la ley que determinaran las normas de conflicto de leyes*” que estime aplicables. El artículo 80, en cambio, establece que, a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral aplicará las “*reglas de derecho*” que estime apropiadas.

(m) El artículo 86 de la LACI elimina la posibilidad que otorgaba el artículo 31(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI de convenir que el laudo no sea motivado. Esta eliminación posiblemente se deba a que la omisión de motivar el laudo constituye para algunos una violación al debido proceso, y, por lo tanto, podría constituir un motivo suficiente para anular el laudo o denegar su reconocimiento o ejecución.

(n) Los artículos 99(a)(i) y 104(a)(i) de la LACI reproducen los artículos 34(2)(a)(i) y 36(1)(a)(i) de la Ley Modelo de la CNUDMI, y agregan que el laudo podrá ser declarado nulo y que su reconocimiento o ejecución podrá ser denegado si alguna de las partes del acuerdo arbitral estaba afectada por alguna incapacidad “*o restricción a la capacidad*”.

(o) El artículo 100 de la LACI reduce a 30 días el plazo de tres meses previsto en el artículo 34(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI para solicitar la anulación del laudo.

(p) El artículo 103 de la LACI complementa uno de los requisitos para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El artículo 35(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI establece que la parte que solicita el reconocimiento o la ejecución de un laudo debe presentar el laudo original o una copia de este. El artículo 103 especifica que la copia del laudo debe ser una copia “*debidamente certificada*”.

(q) El artículo 104(b)(ii) de la LACI califica la defensa de orden público, prevista para la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo, como “*orden público internacional*”. Esta modificación no se replicó en el artículo 99(b)(ii) de la LACI, referido a las causales de nulidad del laudo. Aparentemente, ello se debió a una omisión involuntaria, pues fue uno de los temas que se trató en la reunión plenaria del 23 de noviembre de 2016 de las Comisiones de Relaciones Exteriores y Culto y de Justicia y Asuntos Penales. Allí se explicó a los senadores que lo que un juez argentino controlará, al analizar la causal de orden público en un recurso de nulidad, es si lo decidido por los árbitros contraviene o vulnera algún principio esencial considerado pilar del ordenamiento jurídico argentino.⁵²

(r) El artículo 106 de la LACI incluye la recomendación de la CNUDMI sobre la interpretación del artículo II(2) de la Convención de Nueva York de 1958, por medio de la cual se reconoce que las circunstancias descritas en el artículo II(2) no son exhaustivas. No está claro por qué no se incluyó la otra recomendación de la CNUDMI, vinculada a que la disposición del derecho más favorable contenida en el artículo VII(1) de la convención se aplique al reconocimiento de la validez del acuerdo arbitral.

(s) El artículo 108 de la LACI establece que los plazos en la ley se computan por días corridos, salvo disposición expresa en contrario. Por lo tanto, en el supuesto de que el vencimiento de un plazo establecido en la ley se produjere en un día inhábil, se considerará prorrogado el plazo hasta el primer día hábil siguiente.

II. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El 3 de marzo de 2017, el PEN presentó un proyecto de ley ante el Congreso de la Nación. El proyecto tramita en el expediente 13/17 y tiene por objeto reformar parcialmente las disposiciones del CCC referidas al contrato de arbitraje, eliminando y modificando aquellas cuestiones que recibieron tanta crítica por parte de la doctrina.

El proyecto de ley propone cinco modificaciones.

⁵² Versión Taquigráfica de la Reunión Plenaria de las Comisiones de Relaciones Exteriores y Culto y de Justicia y Asuntos Penales, Cámara de Senadores de la Nación, 23 de noviembre de 2016, , Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p.6.

A. El artículo 1649

El artículo 1649 del CCC define el contrato de arbitraje como el acuerdo por el cual las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, *“de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.”*

El proyecto propone remover la última parte de la definición. Esa frase fue criticada por los especialistas, entre otras razones, porque la referencia al orden público puede llevar a confusión si no es interpretada de forma adecuada.

Previo a la entrada en vigor del CCC, se consideraba que el hecho de que una controversia requiriera para su resolución la aplicación de normas de orden público no afectaba su arbitrabilidad porque ésta se determinaba por la naturaleza del conflicto y no por las normas que regían su resolución.⁵³

Si bien el artículo 1649 generó dudas acerca de si, luego de su entrada en vigor, dicha la línea jurisprudencial se mantendría, los tribunales que hasta el momento interpretaron el artículo, lo hicieron del mismo modo. Así, por ejemplo, en un caso se sostuvo:

*“...en rigor, cuando el recordado art. 1649 in fine determina la inarbitrabilidad de las controversias de derecho privado en las que esté comprometido el orden público, lo hace con el alcance de establecer que el solo hecho de que la materia sometida a arbitraje esté regulada por una normativa de orden público no excluye de por sí la arbitrabilidad, en la medida en que los derechos involucrados sean disponibles para las partes. En otras palabras, si se trata de controversia sobre derechos disponibles, aunque en su decisión se encuentren involucradas reglas de orden público, el arbitraje será posible...”*⁵⁴

Sin perjuicio de ello, es positivo que el proyecto elimine la incertidumbre creada por el texto actual del artículo 1649. Asimismo, para evitar cualquier tipo de duda, el proyecto propone aclarar en el artículo 1651 que no obsta a la arbitrabilidad de la controversia que las reglas aplicables para resolverla sean de orden público.

B. El artículo 1651

Los artículos 736 y 737 del CPCCN establecen, como regla general, que toda cuestión, excepto por aquellas que no puedan ser objeto de transacción, puede someterse a arbitraje.

El artículo 1651 del CCC, en lugar de replicar esa regla general, dispone que las siguientes materias se encuentran “excluidas” del contrato de arbitraje: las que se

⁵³ “Otondo, César AC Cortina Beruatto SA”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 11 de junio de 2003, LL 2003-F-744.

⁵⁴ “Francisco Citbor SACI Y F c. Wall-Mart Argentina SRL”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 20 de diciembre de 2016.

refieren al estado civil o la capacidad de las personas, las cuestiones de familia, las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores, los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto, y las derivadas de relaciones laborales. También indica que las disposiciones del CCC relativas al acuerdo arbitral no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

Este es uno de los artículos más criticados por los especialistas, por las imprecisiones que tiene y las inconsistencias que genera. Por ejemplo:

(a) La exclusión de las materias que se refieren al estado civil o a la capacidad de las personas se debe a que esas materias pueden involucrar cuestiones de orden público que son indisponibles para las partes. Sin embargo, no está claro si el objetivo fue excluir cuestiones específicas, como la declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad de una persona, o toda cuestión relacionada con el estado civil o la capacidad de las personas, como podría ser la nulidad de un contrato por incapacidad. El objetivo posiblemente haya sido el primero, pues se encuentra generalmente aceptado que los árbitros pueden declarar la nulidad de un contrato por incapacidad, pero la norma no es clara al respecto.

(b) Las cuestiones de familia fueron excluidas por razones similares. El problema es que no todas las cuestiones de familia son indisponibles para las partes. Previo a la entrada en vigor del CCC, se entendía que las cuestiones patrimoniales de familia podían someterse a arbitraje. El artículo 1644 del CCC incluso establece que los derechos patrimoniales derivados de las relaciones de familia o el estado de las personas pueden ser objeto de transacción. Si bien no tendría sentido que se prohibiera a las personas someter a arbitraje cuestiones que pueden ser objeto de transacción, el artículo 1651 no hace ninguna distinción este sentido.

(c) La exclusión de las cuestiones vinculadas a derechos de usuarios y consumidores es inconsistente con otras normas. Por ejemplo, el artículo 59 de la ley 24.240 ordenó a la autoridad de aplicación la organización de tribunales arbitrales para la resolución de las controversias que se susciten con motivo de la ley de defensa del consumidor. El PEN, en cumplimiento de la norma mencionada, creó el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo mediante el decreto 276/98. Recientemente, con posterioridad a la entrada en vigor del CCC, la Secretaría de Comercio reglamentó dicho sistema mediante Resolución 65/18.

En un intento por conciliar estas normas, se ha argumentado que las disputas que involucran consumidores se encuentran excluidas del contrato de arbitraje regulado en el CCC porque la arbitrabilidad de esas cuestiones se encuentra regulada por leyes especiales.⁵⁵ También se ha interpretado que el artículo 1651 del CCC procura evitar que el usuario o consumidor se vea compulsivamente sometido a arbitraje por una cláusula arbitral predispuesta por el proveedor, pero no impide que el usuario o consumidor consienta el arbitraje con posterioridad al surgimiento del conflicto.⁵⁶

⁵⁵ JULIO C. RIVERA, *Arbitraje Comercial: internacional y doméstico*, Abeledo Perrot, 2da edición, Buenos Aires, 2014, p. 266; GUSTAVO PARODI, comentario al artículo 1651, en JULIO C. RIVERA y GRACIELA MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T VI, La Ley, Buenos Aires, 2014.

⁵⁶ VERÓNICA SANDLER OBREGÓN, comentario al artículo 1651, en MARISA HERRERA et al. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, Infojus, Buenos Aires, 2015.

A pesar de estas interpretaciones, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial concluyeron en una serie de fallos recientes que, de acuerdo con el artículo 1651 del CCC, las cláusulas arbitrales vinculadas a relaciones de consumo son nulas o inaplicables, sin analizar si se encuentran reguladas por otro cuerpo normativo o si la cláusula arbitral fue impuesta por el proveedor al usuario o consumidor.⁵⁷

(d) La exclusión de los contratos por adhesión parece excesiva. La jurisprudencia anterior al CCC consideraba que las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos por adhesión no eran necesariamente abusivas o perjudiciales para el adherente, y que debían considerarse válidas y vinculantes a menos que se demostrara la existencia de un abuso.⁵⁸

Se ha sostenido que el artículo 1651 debe interpretarse a la luz de esa jurisprudencia y no como si las controversias relacionadas con los contratos por adhesión no fueran arbitrables.⁵⁹ Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se basó en el artículo 1651 para declarar inaplicable una cláusula arbitral contenida en un contrato por adhesión, sin analizar si era o no abusiva para el adherente.⁶⁰

(e) La exclusión de cuestiones derivadas de relaciones laborales agrega más confusión a la superposición y contradicción de normas que ya existe en esta materia. Por ejemplo, el artículo 19 de la ley 18.345 dispone que la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo es improrrogable, pero luego, en los artículos 149 a 154, faculta a las partes a someter sus controversias a un arbitraje de amigables componedores en el que sólo el juez o el secretario de la causa puede actuar como árbitro.

Por su parte, la ley 24.635 establece, en su artículo 28, que el conciliador podrá proponer a las partes que sometan voluntariamente sus discrepancias a un arbitraje, sin contener ninguna limitación en cuanto a las personas que pueden ser árbitros, y dispone, en su artículo 32, que a los fines de determinar el procedimiento arbitral, plazos y demás circunstancias procesales no previstas expresamente en la ley, se aplicará el CPCCN.

Existen también otras leyes laborales, como la ley 14.786 y la ley 25.250, que prevén la posibilidad de someter determinados asuntos a arbitraje.

El CCC no derogó expresamente estas normas laborales. Por lo tanto, al igual que en materia de derechos de usuarios y consumidores, parte de la doctrina ha argumentado

⁵⁷ “Blanco Rodríguez, María De Las Mercedes C. Madero Urbano SA”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 16 de diciembre de 2015; “Bonzio SA y otro c. Fideicomiso Saravi y otro”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 15 de marzo de 2016.

⁵⁸ “MC Servicio de Consultora S.R.L. c. MC Minera Argentina Gold S.A.”, Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, 12.06.2014, La Ley Online AR/JUR/35760/2014, La Ley 2015-A-104; “Bear Service c. Cervecería Modelo S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 22.02.2002, La Ley 2002-D-7.

⁵⁹ VERÓNICA SANDLER OBREGÓN, comentario al artículo 1651, en MARISA HERRERA et al. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. VI, Infojus, Buenos Aires, 2015.

⁶⁰ “Yasa S.R.L. c. Telecom Personal S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 30.08.2016.

que las materias derivadas de relaciones laborales se encuentran excluidas del contrato de arbitraje regulado en el CCC porque la arbitrabilidad de esas materias se encuentra regulada por leyes especiales,⁶¹ pero todavía no se ha publicado jurisprudencia que recepte esta postura.

(f) Las controversias en que sean parte los Estados nacional o local pueden someterse a arbitraje. El artículo 1651 únicamente dispone que las disposiciones del CCC relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a esas controversias.

El proyecto de ley propone reemplazar el artículo 1651 del CCC en su totalidad, por un nuevo artículo que, en línea con los artículos 736 y 737 del CPCCN, establece que no pueden someterse a arbitraje aquellas cuestiones que no pueden ser objeto de transacción. La propuesta del PEN es positiva porque elimina las imprecisiones e inconsistencias que tiene actualmente el artículo 1651 y alinea el CCC con el CPCCN.

C. El artículo 1655

El proyecto de ley propone algunos ajustes de redacción al primer párrafo del artículo 1655 del CCC sobre medidas cautelares y provisionales, así como la eliminación del segundo párrafo, en virtud del cual las medidas previas adoptadas por los árbitros pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.

Sin perjuicio de que el proyecto es positivo en el sentido de que tiende a mejorar la redacción del artículo y evitar interferencias del poder judicial, se ha señalado que el artículo 1655 es de dudosa constitucionalidad porque trata sobre cuestiones procesales y el Congreso de la Nación no tiene competencia para legislar sobre dicha materia.⁶²

D. El artículo 1656

El artículo 1656 del CCC contiene tres párrafos. El primer párrafo establece que el acuerdo arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, *“excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.”*

El proyecto propone suprimir la última parte del párrafo y reemplazarla por un texto similar al utilizado en el artículo II(3) de la Convención de Nueva York de 1958 y en el artículo 19 de la LACI: *“El tribunal judicial al que se somete un litigio, respecto del cual las partes hayan concluido un convenio arbitral, a instancia de una de ellas, las remitirá al arbitraje a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”*

La razón por la cual se propone este cambio no es clara, pues podría considerarse que el lenguaje del artículo 1656 es, en algunos aspectos, más favorable para el arbitraje que el

⁶¹ GUSTAVO PARODI, comentario al artículo 1651, en JULIO C. RIVERA y GRACIELA MEDINA (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. VI, La Ley, Buenos Aires, 2014.

⁶² JULIO C. RIVERA, *Arbitraje Comercial: Internacional y Doméstico*, Abeledo Perrot, 2da edición, Buenos Aires, 2014, p. 570.

que se propone. Por ejemplo, el artículo 1656, condiciona la competencia de los tribunales judiciales a que el convenio arbitral “*parezca ser manifiestamente*” nulo o inaplicable, tomando de esa manera posición en la discusión que existe en algunas jurisdicciones acerca del examen que deben efectuar los tribunales judiciales para hacer esa comprobación.

El segundo párrafo del artículo 1656 establece que, en caso de duda, ha de estarse a la mayor eficacia del acuerdo arbitral. El proyecto propone eliminar este párrafo. La razón por la cual se propone este cambio tampoco es clara, pues servía para desplazar la jurisprudencia que existía con anterioridad a la entrada en vigor del CCC, en el sentido de que el acuerdo arbitral debe interpretarse restrictivamente por considerarse que el arbitraje una excepción a la jurisdicción de los tribunales judiciales.⁶³

El tercer párrafo del artículo 1656 dispone que los laudos arbitrales pueden ser revisados ante el tribunal judicial competente cuando se invoquen causales de nulidad conforme con las disposiciones del “*presente Código*”. También establece que en el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la “*impugnación judicial*” del laudo definitivo que fuera “*contrario al ordenamiento jurídico*”. Este párrafo es uno de los más criticados por la doctrina y presenta al menos tres problemas.

En primer lugar, se refiere a las causales de nulidad invocadas conforme a las disposiciones del “*presente Código*” cuando el CCC no contiene causales de nulidad para los laudos arbitrales. Para salvar esta inconsistencia, se ha sostenido que la intención del legislador probablemente fue hacer referencia al código procesal aplicable al caso, que sí contiene dichas causales.⁶⁴

En segundo lugar, se refiere a la imposibilidad de renunciar a la “*impugnación judicial*” del laudo final, sin especificar si por impugnación se refiere al recurso de apelación o al recurso de nulidad. La distinción es importante porque el CPCCN, por ejemplo, autoriza a las partes a renunciar al recurso de apelación, pero no al recurso de nulidad. Las fuentes que inspiraron las disposiciones del CCC sobre el contrato de arbitraje sólo prevén la posibilidad de solicitar la nulidad del laudo arbitral. Por lo tanto, si por impugnación judicial, el artículo 1656 se refiriera al recurso de apelación, estaría dando una solución opuesta a la del CPCCN y al de dichas fuentes. Para evitar esta inconsistencia, se ha argumentado que el artículo 1656 debe interpretarse como haciendo referencia a la imposibilidad de renunciar al recurso de nulidad.⁶⁵

⁶³ “*Don Benedicto Serpe c. Gobierno Nacional*”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de abril de 1921, Fallos 133:413; “*Anba Wittman de Manukian c. Carlos A. Preiti*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 14 de junio del 2000, LL AR/JUR/2858/2000; “*Amet Constructora S.R.L. c. SEGBA en Liquidación*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 4 de septiembre de 2008, LL AR/JUR/11101/2008; “*Medina c. Pizza Rica S.A.*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 7 de mayo de 2010, LL AR/JUR/29408/2010; “*Captec S.R.L. c. Constructora San José Argentina S.A.*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 3 de octubre de 2012, LL 2013-B.

⁶⁴ VERÓNICA SANDLER OBREGÓN, comentario al artículo 1656, en MARISA HERRERA et al. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. VI, Infojus, Buenos Aires, 2015; JOSÉ. A. MARTÍNEZ DE HOZ, “El Contrato de Arbitraje en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje, junio 2015.

⁶⁵ JULIO C. RIVERA, *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, Abeledo Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 2014, pp. 206 y 919; JOSÉ A. MARTÍNEZ DE HOZ (H), “El Contrato de Arbitraje en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje, junio 2015; VERÓNICA SANDLER

En tercer lugar, se refiere a la impugnación de un laudo que es “*contrario al ordenamiento jurídico*”, un concepto demasiado amplio. Si, como fue explicado precedentemente, el artículo 1656 se interpretase en el sentido de impedir la renuncia al recurso de nulidad, entonces podría interpretarse que el artículo se refiere al ordenamiento jurídico procesal aplicable al caso, que normalmente es el de la sede del arbitraje. En otras palabras, las partes no podrían renunciar a su derecho a solicitar la nulidad de un laudo cuando éste fuese inválido por no cumplir con los requisitos de validez establecidos en la ley procesal aplicable, pero sí podrían renunciar a su derecho a apelar el laudo.

La interpretación contraria, esto es, que el laudo final puede ser apelado con el pretexto de ser contrario al ordenamiento jurídico, no solo sería inconsistente con los códigos procesales y con las fuentes que inspiraron las disposiciones del CCC sobre el contrato de arbitraje, sino que además sería inconsistente con uno de los principales propósitos del arbitraje, como es el de evitar la competencia de los tribunales judiciales.

Desde la entrada en vigor del CCC, todos los casos que han sido publicados con relación al último párrafo del artículo 1656 ha sido resueltos por los tribunales judiciales de una manera favorable para el arbitraje. En esos casos, los tribunales básicamente concluyeron que, entre las distintas interpretaciones posibles del artículo 1656, la más apropiada, en relación con la finalidad del arbitraje, era aquella que conducía únicamente a la irrenunciabilidad del recurso de nulidad.⁶⁶ Sin perjuicio de ello, es positivo que el proyecto de ley procure la eliminación de un párrafo tan controversial.

La doctrina también ha señalado que el último párrafo del artículo 1656, además de encontrarse defectuosamente redactado, es de dudosa constitucionalidad porque se refiere a cuestiones procesales sobre las cuales el Congreso de la Nación no puede legislar. Sin embargo, aún no se ha publicado jurisprudencia sobre este punto.

E. El artículo 1658

El artículo 1658 del CCC prevé que las partes pueden convenir la sede del arbitraje, el idioma del arbitraje, el procedimiento arbitral, el plazo para dictar el laudo, la confidencialidad del arbitraje, y la distribución de las costas del arbitraje.

El proyecto incorpora la posibilidad de convenir la renuncia a los recursos contra el laudo arbitral, con el alcance permitido por ley local. Esta propuesta parece tener el doble propósito de reconocer, por un lado, que algunos recursos podrían ser renunciados

OBREGÓN, comentario al artículo 1656, en MARISA HERRERA et al. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. VI, Infojus, Buenos Aires, 2015.

⁶⁶ “*Olam Argentina S.A. c. Cubero, Alberto Martín y otro*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 22 de diciembre de 2015, La Ley Online AR/JUR/79122/2015; “*Amarilla Automotores S.A. c. BMW Argentina S.A.*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 12 de abril de 2016; “*Díaz, Ruben Hector c. Techint Cía. Técnica Internacional SACEI*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 12 de abril de 2016; “*Complejo Alimenticio San Salvador S.A. c. Kimei Cereales*”, Juzgado Comercial N° 27, Secretaría N° 54, 22 de diciembre de 2016; “*Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas SA (Chile)*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, LL AR/JUR/99210/2017.

y, por otro lado, que esta es una cuestión de naturaleza procesal que debe estar regulada en los códigos procesales.

III. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL

El PEN se encuentra trabajando en un proyecto de ley que aún no ha sido presentado en el Congreso de la Nación y que apunta a reformar el CPCCN, incluyendo sus disposiciones sobre arbitraje. El contenido del proyecto es aún desconocido, pero es importante que la regulación del arbitraje en el CPCCN sea modernizada y que se eliminen las inconsistencias que existen entre dicho código y el CCC.

IV. CONCLUSIÓN

La sanción de la LACI constituye un avance importante en el desarrollo del régimen jurídico del arbitraje. La LACI es una ley moderna que ubica a la República Argentina en el grupo de los más de 80 países que procuran unificar y armonizar su legislación sobre arbitraje comercial internacional mediante la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI.

En el arbitraje nacional aún resta mucho por hacer. Si bien los tribunales judiciales han tenido un rol significativo en la interpretación favorable de las normas oscuras del CCC, es necesario que se apruebe el proyecto de reforma al CCC y que se modifique el CPCCN para superar los problemas con los que tropieza el desarrollo del arbitraje en el país. Lamentablemente, el proyecto de reforma del CCC no ha tenido tratamiento desde que se presentó en marzo de 2017 y es posible que, de continuar así, caduque pronto.

Antitrust Déjà vu: El control previo de fusiones y adquisiciones y la autoridad de aplicación independiente

Por Luis D. Barry

¿Por qué no es una discusión superada?

Los que llevamos algunas décadas de vida en nuestra querida Argentina notamos como la historia parece repetirse una y otra vez.

Llama la atención muchas veces como nuestra evolución social y cultural parece muchas veces interrumpida con regresos al pasado. Pequeños y cortos avances se ven truncados por fuertes retrocesos.

De hecho la reciente crisis ha despertado expresiones un poco desesperantes que evocan este repetir una y otra vez de situaciones que creemos superadas y que luego la realidad nos muestra otra cosa.⁶⁷

Lo curioso del caso es que éste repetir constante ocurre con una patología muy particular: la falta de memoria. Esa falta de memoria no es solo de largo plazo, sino de muy corto plazo y nos hace repetir una y otra vez los mismos errores.

En efecto, este desmemoriado repetir de la historia muchas veces se da tanto cuando creemos que ya salimos mágicamente de nuestros problemas, asumiendo puerilmente que somos un país del primer mundo, como cuando caemos en las crisis recurrentes donde también la desesperación nos enceguece y recurrimos a pseudosoluciones ya probadas y erróneas.

Sinceramente pensé por un momento que defensa de la competencia podría ser la excepción, pero vemos que no es así.

Cuando se dictó la Ley 25.156 se pensó que teníamos un sistema de control previo de fusiones y adquisiciones. La redacción de la norma terminó siendo confusa, pero su reglamentación y la realidad confirmó que pasamos a tener un sistema de control ex post de los más curiosos del mundo.

Es así que en un mix de control previo (en tanto las operaciones quedan sujetas en sus efectos a la aprobación de la autoridad) y su notificación post closing llevó a que consideráramos “normal” que una operación sin complicaciones técnicas demandara un par de años (siendo benévolo) para su aprobación en comparación con los 15 días que tienen otros regímenes en el mundo. Ello al extremo de contar con casos donde la aprobación, también de operaciones sencillas, llegó a demorar ocho años.

⁶⁷ <https://www.lanacion.com.ar/2142391-un-pais-que-vive-en-el-dia-de-la-marmota>

Esto es, un control creado originariamente para ser previo terminó siendo no sólo *ex post*, sino “eterno”.

Ese sistema final y curiosamente terminó siendo de enorme utilidad frente al avasallamiento de derechos por parte del Estado. En efecto, la posibilidad de poder concretar las operaciones de concentración sin la autorización previa permitió en muchos casos eludir el accionar de un Estado al servicio de la codicia de sus máximos exponentes. Ello tal como hoy es de público conocimiento para todo aquél que pudiera creer en la inocencia, rebeldía o accionar revolucionario de sus entonces representantes.

La ley 27.442 de Defensa de la Competencia que rige desde mayo de este año pareció saldar esta discusión. En efecto, si bien estuve entre los que solitariamente nos opusimos al control previo de fusiones y adquisiciones, tal como explicaré más adelante, lo cierto es que la nueva norma parecía caer como un torbellino que arrasaba con el sistema de notificación *post closing* exigiendo prontamente la aprobación previa de operaciones de concentración.

Si bien puede parecer un exceso de impaciencia, dado que hace relativamente poco se sancionó la Ley 27.442, lo cierto es que hoy no se sabe a ciencia cierta si efectivamente ese perseguido control previo verá la luz durante lo que queda de esta década. Es que ya doy por descontado que no ocurrirá en 2019, como también explicaré.

Atado a la suerte del control previo de fusiones está la constitución de la nueva autoridad de aplicación y viceversa.

Los redactores de la Ley 27.442 tuvieron la buena iniciativa, y ya veremos por qué, de atar el control previo de fusiones y adquisiciones a la constitución efectiva de la nueva autoridad de aplicación. Esto es, recién luego de un año de la puesta en funcionamiento de la nueva autoridad entrará a regir el citado control previo. Proceso que no deja de estar en ciernes.

Ello ya responde por qué resulta evidente que durante 2019 no tendremos el referido control previo de fusiones y adquisiciones.

Pero esta Argentina pendular y repetitiva también se materializa en la constitución de la nueva autoridad. Insisto esto ya lo vivimos, y espero que no lo repitamos.

En efecto, una de las virtudes de la Ley 25.156 era la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, el cual nunca vio la luz. Ello al punto que finalmente la citada norma fue modificada en el año 2014, eliminándolo de la faz administrativa.

Pocos años después volvemos a ver que la Ley 27.442 afortunadamente vuelve a la idea de una autoridad independiente. Pero cuando creíamos que era una realidad palpable, hoy advertimos nuevamente que puede repetirse la historia y no constituirse jamás.

De este modo, no veríamos un tribunal independiente, así como tampoco el control previo de fusiones y adquisiciones.

Con lo hasta aquí dicho creo haber respondido a la pregunta que titula este capítulo. La discusión no está superada.

¿Control previo en jaque?

Como anticipé, cuando se discutió cerrada y abiertamente la redacción de la Ley 27.442, mi postura fue contraria al control previo de fusiones y adquisiciones.⁶⁸

En ese momento propuse en bastante soledad y ante la mirada absorta de reguladores internacionales que venían a explicarnos las bondades⁶⁹ y necesidades del control previo, que nuestro sistema no estaba aún maduro para ese paso.

Si bien es claramente evidente que el sistema de control de fusiones y adquisiciones cumple con su lógica si es llevado a cabo antes de que se concreten las operaciones de concentración económica, debo destacar que lo obvio no es necesariamente así en nuestras latitudes.

Pongo un poco de contexto para explicarlo.

Veníamos de más de una década de carencias absolutas en esta materia y tantas otras. La autoridad de aplicación era un brazo político más muchas veces alejado del rigor técnico. El análisis de las operaciones de concentración duraba años. Los umbrales para determinar si una operación debía notificarse no se actualizaban desde el año 1999 o 2001. Los casos de rechazo o condicionamientos eran muy escasos. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estaba abarrotada de expedientes. A todo ello se sumaba que nuestro país buscaba una inyección de inversiones urgentes.

Este cocktail me llevó a considerar que era mejor primero ordenar la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, demostrar que era posible aprobar las operaciones en pocas semanas, y crear una jurisprudencia creíble y sólida desde el punto de vista técnico.

Luego de cumplido ello y habiendo alcanzado cierto grado de crecimiento sostenido y solidez institucional estaríamos en condiciones de demostrar cierta seriedad y dar el paso siguiente mediante la incorporación de un régimen de control previo.

Ahora nos quedamos a mitad de camino, con toda la inseguridad jurídica que ello conlleva, por no decir lo grotesca que termina siendo nuestra situación actual.

En efecto, la Ley 27.442 incorporó el control previo, pero sujeto a la constitución de una nueva autoridad de aplicación.

⁶⁸ Conviene nuevamente destacar el enorme compromiso democrático y grandeza intelectual de quienes facilitaron que conociéramos y pudiéramos discutir de antemano el proyecto de ley de defensa de la competencia. Quienes lo hicieron no solo fueron revolucionarios (dado que las experiencias anteriores fueron muy distintas al haber sido hechas en secreto y a espaldas de la comunidad de especialistas) sino que se expusieron a la crítica, muchas veces exagerada, de quienes opinamos sobre el primigenio proyecto. Claramente ese proceso fue muy positivo y entraña una enorme transparencia y ganas de hacer las cosas bien.

⁶⁹ Bondades que claramente no necesitábamos que nos explicaran.

Pero eso no es todo, se mantuvo con ciertos parches el control ex post vigente hasta tanto entre a regir el nuevo régimen.

Todo ello con la buena fe de creer que este periodo transitorio sería realmente corto y en el mientras tanto se ordenaba la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Esto es, en ese período se iban a bajar la cantidad de expedientes, lo cual bastante se logró, y se iban a bajar los plazos del procedimiento de aprobación. Esto último es una realidad pero estamos aún muy lejos de los estándares de otras jurisdicciones.

La nueva autoridad no se constituyó y por lo tanto el régimen de control previo no entró en vigor.

Corremos peligro que el sistema transitorio de mantener el control ex post se eternice.

Corremos nuevamente el peligro de repetir la suerte de la Ley 25.156, donde se consideró que se había impuesto el control previo y terminó siendo diametralmente lo opuesto.

Más allá de que yo no estaba de acuerdo con la instauración del control previo, menos estoy de acuerdo con la eternización de un sistema transitorio.

Claramente si queremos mostrar seriedad y un cambio como sociedad, este ejemplo no es bueno y le quita credibilidad a nuestro sistema jurídico e institucional.

Hoy está en jaque el sistema de control previo. Es un momento bisagra donde podemos llevar a cabo los cambios o volver al pasado.

Hacer ese cambio está en manos del gobierno actual que tiene que decidir si completa su obra o se queda a mitad de camino.

Pero, ¿por qué vuelve a ocurrir lo que vivimos en el pasado? Voy a tratar de responder esa pregunta en el punto siguiente.

¿Se constituirá la autoridad de aplicación?

Sinceramente no sé si se constituirá la nueva autoridad. Espero que lo acá escrito sirva como un llamado de atención a quienes tienen la facultad de dar este importante paso.

Yo creí que esta vez era de verdad, pero por ahora no es así.

¿Qué pasó?

Pasó lo que muchas veces hemos vivido en Argentina: una crisis.

Ante eso, ¿Cómo reacciona la política? La política parece sostener que no es el momento más adecuado para quitarle facultades al Secretario de Comercio.

En efecto, la política se embarca en el control de precios, en limitar la inflación con presión en lugar de con políticas convencionales y ortodoxas. De nuevo, cómo si esto no lo hubiéramos vivido y no supiéramos que no sirve para nada.

En ese contexto no resulta conveniente para los que piensan de ese modo quitarle el carácter de autoridad de aplicación a la Secretaría de Comercio y cumplir con lo que dice la Ley: constituir una autoridad desligada de la política.

Todo esto también se tiñe de otro error: considerar que defensa de la competencia sirve para controlar precios. Ese no es el objetivo de este tipo de normas. Su bien jurídico protegido es el interés económico general.

Obviamente proteger el interés económico general redundaría en mejores precios, pero como consecuencia de un proceso competitivo, y no de un proceso de control de precios o de presiones.

Por lo cual, para que se constituya la autoridad de aplicación tienen que ocurrir alguna o todas las siguientes circunstancias:

- Salir de la crisis, lo cual nunca es inmediato.
-
- Entender que defensa de la competencia no es una herramienta para control de precios, circunstancia que tampoco es mágica sino que se necesita creer en la herramienta jurídica, convencerse de sus bondades e implementarla acompañado de una sostenida abogacía en defensa de la competencia.
-
- Aceptar que defensa de la competencia no fue creada para presionar a las empresas, sino que es una herramienta que propone un mayor bienestar, propende la innovación y premia a quien compite de manera eficiente y leal.
-
- Convencerse, tal como lo estuvieron los redactores de la Ley 27.442, que tendremos defensa de la competencia en serio cuando se desligue del poder político de turno. Esto es, en un país como el nuestro es necesario que la política de turno no fije el rigor técnico que debe tener esta materia, sino que se maneje con absoluta independencia, tal como veremos en el capítulo que sigue.
-

Como vemos el desafío no es menor, pero como indicaré en el capítulo final, no son todas malas noticias, sino que podemos estar enfrentando una fuerte tormenta que si el timonel así lo quiere de verdad nos puede llevar a un puerto seguro.

¿Es necesaria la independencia de la autoridad de aplicación?

La Argentina pendular y olvidadiza, como indiqué en el capítulo inicial, no estuvo ajena en el debate entre especialistas para determinar si era necesario o no tener una autoridad independiente.

En efecto, y para comprender este punto vale la pena hacer nuevamente un rápido recorrido de lo ocurrido en los últimos años.

La Ley 22.262 creó una autoridad desmembrada. Por un lado la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, con facultades instructorias e investigativas; y por el otro la Secretaría de Comercio, con facultades resolutorias, tal como lo ha reconocido en numerosos fallos la Corte Suprema.⁷⁰ Esto es, la Comisión investiga, instruye y aconseja; y la Secretaría resuelve mediante un acto administrativo.

Esta concepción de la autoridad de aplicación, aún vigente hoy de hecho, claramente mantiene atada la política de defensa de la competencia con el poder político de turno, dado que quienes investigan como quienes resuelven son funcionarios, designados por el Presidente de la Nación.

La Ley 25.156 quiso romper con esa metodología al reconocer que no podía dejarse librada o atarse a las decisiones e inclinaciones del poder de turno la política de defensa de la competencia. Esto es, las conductas penales administrativas que prevén importantes consecuencias jurídicas⁷¹ no pueden estar libradas a un decisorio político.

En ese entendimiento creó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Tribunal, que tras algún intento tímido de ser constituido, nunca se hizo realidad. Esto es, pasaron muchos (demasiados) presidentes entre 1999 y 2014 y nunca se constituyó el Tribunal.

Luego en 2014 la Ley 25.156 fue modificada y se eliminó el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

Algunos sostuvieron que el sistema se sinceró y otros, como yo, que el sistema se suicidó.

Luego al redactarse la actual ley este tema volvió a discutirse. Claramente cualquier sistema a proponer debía evitar que la historia se repitiera. No obstante no faltaron quienes con buena fe y poca memoria (para ser benévolos), seguían proponiendo mantener el sistema igual o parecido, tal como si no hubieran sido testigos privilegiados de lo ocurrido en los últimos años.

Frente a ello los redactores volvieron a un esquema similar, en lo que independencia del poder político se refiere, al previsto por la Ley 25.156. Esto es una autoridad que sea bastante independiente del poder político.

Es que la experiencia reciente demostraba que no podía ser de otro modo. Ya se había probado con un sistema atado al poder político y así vimos cómo se fue desvirtuando al punto de perder rigor técnico y credibilidad institucional, con el enorme peligro que implica para la seguridad jurídica.⁷²

⁷⁰ Fallos: 330:2527; 331:781; 334:1609, 335:1645 y A. 779. XLVII “AMX Argentina”, resuelto el 30 de octubre de 2012, 330:2527 y 334:1609, considerando 7º, último párrafo.

⁷¹ Implican sanciones pecuniarias y penales, acciones de daños y perjuicios, entre otras graves consecuencias.

⁷² Recordemos lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la seguridad jurídica en Fallos 220:5; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218; 332:1531, entre muchos otros.

Era hora de evolucionar, aprender del pasado y realizar un cambio que pusiera a defensa de la competencia a la altura de la manda constitucional⁷³ y de las exigencias de la propia Ley.

Eso sólo era posible brindando a la autoridad de aplicación de la suficiente capacidad técnica e independencia administrativa que finalmente la Ley 27.442 consagró con la creación de la nueva autoridad de aplicación.

Pero eso no es todo. No se trata de ver la conveniencia, sino también de cumplir con la Constitución Nacional.

En este caso, la coincidencia entre conveniencia y régimen normativo es total dado que no se trata de cumplir solo con lo que dice la ley, sino con lo que impone la Constitución Nacional.

En efecto, nuestro régimen constitucional no tolera una autoridad jurisdiccional administrativa tal como la que actualmente nos rige.

No puede desconocerse que nuestra Carta Magna dispone en su artículo 109 que el poder ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales y que por su parte el artículo 116 de la Constitución Nacional otorga la facultad jurisdiccional de manera exclusiva al Poder Judicial.

No obstante, en un ya lejano giro inconstitucional se reconoció judicialmente la capacidad jurisdiccional al poder que claramente lo tenía vedado.

Pero para ello, la Corte impuso una serie de condiciones que vale la pena recordar.

Es más, desde “Fernández Arias con Poggio”,⁷⁴ la doctrina nacional sostiene pacíficamente que la atribución de competencia a entidades insertas en los cuadros de la administración que realizan actividades jurisdiccionales exige que el ente sea creado por ley, que sus autoridades sean independientes e imparciales, que el objetivo de su creación por el legislador haya sido razonable y que sus decisiones estén sujetas a un control judicial amplio.

Más recientemente se encuentran los fallos "Litoral Gas" y "Ángel Estrada y Cía.". En este último, del 5 de abril de 2005, la CSJN sostuvo además que: "(...) *No cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos*

⁷³ Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

⁷⁴ CSJN, 19/09/1960, “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José (Suc)” Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, Editorial LA LEY 2002, 209, con nota de Andrea F. Prodan.

administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación".

Entonces es requisito esencial para el ejercicio de la actividad jurisdiccional administrativa la independencia e imparcialidad del ente que ejerza las funciones jurisdiccionales. Claramente no se puede sostener que un funcionario político goce de la independencia e imparcialidad que la Corte exige.

Por lo cual continuar con el esquema actual no solo contradice la manda de la Ley 27.442, sino nuestra Constitución Nacional en la interpretación que hace nuestro Máximo Tribunal para pasar por alto lo claramente dispuesto en sus artículos 109 y 116.

En otras palabras, es cuestionable que el Secretario de Comercio pueda ser la autoridad de aplicación de la Ley 27.442 y, por tanto, sus decisiones podrían ser atacadas de nulidad por no cumplir con la jurisprudencia de la Corte Suprema, poniendo en peligro toda la actuación jurisdiccional y el régimen de defensa de la competencia.

No son todas malas noticias

Creo que es hora de ver el camino recorrido y en este descanso obligado por las circunstancias decidir si se sigue adelante o llegamos hasta acá.

Sinceramente no creo que quienes estuvieron empujando la Ley 27.442 se queden satisfechos con llegar hasta este punto sino que buscarán que se cumpla en su totalidad lo allí dispuesto.

También creo que quienes políticamente empujaron las modificaciones que introduce esa norma también lo hicieron convencidos de la necesidad y conveniencia de su dictado.

Por lo cual, miremos el camino recorrido y veamos que falta poco para contar con una autoridad independiente y un sistema completo de defensa de la competencia.

Soy optimista en que esta descripción del *déjà vu* en materia de defensa de la competencia quedé pronto como una anécdota aleccionadora, se cumpla plenamente con la Ley 27.442 y nuestra Constitución Nacional, de modo que este artículo quede pronto en el olvido.

AJUSTE POR INFLACIÓN

Por Maximiliano A. Batista

1. Introducción. Antecedentes normativos

La inflación ha sido una constante de la economía argentina desde la crisis de 1930, salvo cortos períodos, y la normativa tributaria ha hecho numerosos experimentos sobre de qué manera tratar el hecho inflacionario en el impuesto a las ganancias. La importancia del tema es mayor cuanto mayor sea la tasa de inflación, porque cuanto mayor lo sea mayor será la distorsión en los valores que conforman la base de imponible del impuesto.

Paradójicamente, la mayor y más reciente dificultad para los contribuyentes surgida de la existencia de la inflación fue causada por la desaparición de la inflación o su reducción a su mínima expresión a comienzos de la década del 90.

La Ley 24.073 (B.O. 13/4/1992) dispuso lo siguiente:

ARTICULO 39. — A los fines de las actualizaciones de valores previstas en la ley 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, y en las normas de los tributos regidos por la misma, no alcanzados por las disposiciones de la ley 23.928, las tablas e índices que a esos fines elabora la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA para ser aplicadas a partir del 1° de abril de 1992 deberán, en todos los casos, tomar como límite máximo las variaciones operadas hasta el mes de marzo de 1992, inclusive. En idéntico sentido se procederá respecto de las actualizaciones previstas en el Código Aduanero (ley 22.415 y sus modificaciones).

El PODER EJECUTIVO NACIONAL en oportunidad de proceder al ordenamiento de las citadas disposiciones deberá efectuar las adecuaciones de texto pertinentes en virtud de lo establecido en el párrafo anterior.

Esta ley reflejaba la experiencia de casi un año del régimen de convertibilidad del peso, que había fijado una paridad inamovible entre el peso argentino y el dólar estadounidense ARS 1 = USD 1. Durante este año (abril de 1991 a abril de 1992), la inflación se había reducido sensiblemente. El Índice de Precios Internos al por Mayor (IPIM) durante este período había subido un 3,77%.⁷⁵

La desaparición de las actualizaciones de valores para efectos impositivos no generó cuestionamientos por varios años. Esto se relaciona con la baja tasa de inflación en los años siguientes. La variación del IPIM entre abril de 1992 y diciembre de 2001 (9 años y 9 meses) fue del 5,3% en total; es decir, un promedio de 0,04% mensual, que se convierte en un 0,54% anualizado.

⁷⁵ Fuente INDEC, Sistema de Índices de Precios Mayoristas (SIPM) 1956-1995.

2. El fin del régimen de convertibilidad

La situación cambió con la brusca devaluación del peso argentino mediante la Ley 25.561 (B.O. 7/1/2002), que suprimió el régimen de convertibilidad. Esta ley, sin embargo, mantuvo el marco legal vigente, pues modificó el art. 10 de la Ley 23.928, cuyo nuevo texto decía lo siguiente:

Artículo 10. — Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar."

La variación del IPIM entre diciembre de 2001 y diciembre de 2002 fue del 118%.

Uno de los múltiples resultados de la combinación de la ley de 1992, ratificada en enero de 2002, que prohibía las actualizaciones, con la variación del IPIM en 2002 fue que muchas empresas tenían resultados impositivos muy distintos según se tomaran o no en cuenta los índices de actualización.

La Ley 25.561 contenía otras disposiciones que restringían la posibilidad de utilizar los atributos tributarios:

ARTICULO 17. — Los resultados netos negativos que tengan su origen en la aplicación del tipo de cambio a que se refiere el artículo 2° de la presente ley sobre activos y pasivos en moneda extranjera existentes a la fecha de su sanción, sólo serán deducibles en el Impuesto a las Ganancias en la proporción de un VEINTE POR CIENTO (20%) anual en cada uno de los primeros cinco ejercicios que cierren con posterioridad a la vigencia de la ley. Lo dispuesto precedentemente sólo será de aplicación para los sujetos cuyos ingresos anuales o patrimonio superen los límites establecidos en el artículo 127, Capítulo XIII, del Título I, de la Ley N° 11.683, t.o. en 1998 y sus modificaciones.

3. El breve reconocimiento de la existencia de la inflación (contable) entre 2002 y 2003.

La situación crítica de la economía argentina llevó al PEN a dictar un DNU, el Decreto 1269/2002, que decía en sus considerandos:

“Que el inciso 5 del artículo 94 de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificatorias, establece que la sociedad se disuelve por pérdida del capital social.

“Que al referirse a la reducción del capital social, el artículo 206 de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificatorias, establece

que la reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el CINCUENTA POR CIENTO (50%) del capital.

“Que resulta imprescindible crear los medios para evitar, con carácter excepcional y en tanto subsista el estado de emergencia pública, que las sociedades entren en las situaciones mencionadas en los considerandos precedentes.

“Que a tal efecto, se considera necesario suspender, hasta el 10 de diciembre de 2003, la aplicación del inciso 5 del artículo 94 y del artículo 206 de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificatorias.”

Dijo también lo siguiente, lo cual resulta un tanto contradictorio con la argumentación en contra del ajuste por inflación:

“Que atento la imprescindible precisión, veracidad y claridad en que se debe sustentar la confección de los estados contables, tomando en especial cuenta la función que cumplen en la tutela del crédito, resulta insoslayable que ellos reflejen las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda, variación que ha sido recogida por diversas normas sancionadas por el PODER EJECUTIVO NACIONAL tales como el artículo 4° del Decreto N° 214 del 3 de febrero de 2002 y sus modificatorios y el artículo 1° de la Resolución del MINISTERIO DE ECONOMIA N° 47 del 7 de febrero de 2002, sin que por ello haya sido vulnerado el artículo 10 de la Ley N° 23.928 y sus modificatorias, ratificado en su vigencia por el artículo 4° de la Ley N° 25.561 y sus modificatorias.

“Que para lograr el objetivo mencionado en el considerando precedente resulta imprescindible, en forma urgente, registrar la variación citada, toda vez que ella ha sido suficientemente significativa, durante el primer trimestre del año en curso, como para alterar la exactitud de los estados contables.”

En síntesis, el Decreto 1269/2002 dispuso la suspensión de “la aplicación del inciso 5 del artículo 94 y del artículo 206 de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificatorias, hasta el 10 de diciembre de 2003” (art. 1).

También agregó un párrafo al art. 10 de la Ley 23.928 antes citado, que aclaró que la derogación de “todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios” no comprendía “a los estados contables, respecto de los cuales continuará siendo de aplicación lo preceptuado en el artículo 62 in fine de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificatorias” (art. 2) y, en forma coherente, derogó el Decreto 316/95, que prohibía el ajuste por inflación de los estados contables (art. 3).

Para no ser acusado de innovador, el PEN aclaró que “la presente medida registra como antecedente la suspensión de la aplicación de dichas disposiciones por el término de CIENTO OCHENTA (180) días, lo que se instrumentó en circunstancias similares a las actuales mediante el artículo 49 de la Ley N° 23.697 y sus modificatorias”.

La aclaración de que la derogación de varias normas no comprendía a los estados contables fue a su vez derogada por el Decreto 664/2003, que también ordenó a los varios organismos de control de sociedades que los balances y estados contables les fueran presentados de acuerdo con lo dispuesto por el art. 10 de la Ley 23.928, es decir, sin ajuste por inflación. Con el dictado del Decreto 664/2003 se concluyó el período en que se admitía el ajuste por inflación, habiéndose hecho el ajuste por lo que, se pensaba, era un fenómeno transitorio.

Los años siguientes parecieron justificar en forma moderada ese optimismo. La inflación de 2003 fue 2%, la de 2004 fue 8%, la de 2005 fue 11% y la de 2006 fue 7%. El INDEC fue intervenido el 29 de enero de 2007. La inflación de 2007 fue 15% y las cifras de años posteriores ya no resultan confiables.

Sin embargo, no hay que olvidar que **el interludio del Decreto 1269/2002, en que se permitió el ajuste por inflación, no alcanzó a la contabilidad fiscal, que se mantuvo en su situación de 2001**, es decir, sin reconocer el 118% de variación del IPIM de 2002.

4. El caso *Santiago Dugan Trocello S.R.L.*

Después de varios litigios en tribunales inferiores, la cuestión del ajuste por inflación en el impuesto a las ganancias llegó a la Corte Suprema en 2005, en la causa *Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía s/ amparo*, del 30/6/2005. Esta sentencia es un híbrido de la opinión del Procurador General de la Nación, a la que se remitió la Corte (“... el dictamen del señor Procurador General de la Nación, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal, y al que corresponde remitirse...”) con la opinión de la propia Corte Suprema, que agregó un fundamento que no estaba en el dictamen y que transcribimos:

“el mero cotejo entre la liquidación del impuesto efectuada sin el ajuste por inflación, y la suma que correspondería abonar por el tributo en caso de aplicarse tal mecanismo de ajuste no es apto para acreditar la afectación al derecho de propiedad alegado por la actora. En efecto, pese a que en el segundo supuesto el importe sería sensiblemente inferior, – y al margen de que se trata de cálculos presentados por la demandante sobre una materia compleja, como lo es la determinación del impuesto a las ganancias, efectuados sin intervención y sin haberse dado oportunidad de un adecuado control al organismo recaudador –, resulta aplicable lo expresado al respecto por el Tribunal en un caso que guarda cierta analogía con el sub examine (Fallos: 320:1166) en el sentido de que “tal compulsión no trasciende el ámbito infraconstitucional, y sólo podría derivar de ella la mayor o menor bondad o equidad de un sistema por sobre el otro, pero no la demostración de la repugnancia de la solución establecida por el legislador con la cláusula constitucional invocada”, máxime habida cuenta de que para que proceda la declaración de inconstitucionalidad se requiere que tal repugnancia sea “manifiesta, clara e indudable”.

Los litigios continuaron, porque *Dugan Trocello* había dejado abierta la posibilidad de que se declarara la inconstitucionalidad si se probaba que afectaba el principio de no

confiscatoriedad y se seguía un proceso de conocimiento en que el Fisco pudiera participar. Es decir, una cuestión de hecho y prueba en un proceso controvertido.

5. El principio de no confiscatoriedad y el caso *Candy S.A.*

Cuatro años después de *Dugan Trocello*, la Corte Suprema dictó sentencia en el caso *Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ acción de amparo*, del 3/7/2009. En esta sentencia, que a diferencia de *Dugan Trocello* (resuelta por unanimidad) tiene una disidencia de Petracchi, la Corte Suprema hizo un análisis mucho más pormenorizado de la situación.

En *Candy* se declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de aplicar el ajuste por inflación cuando se produjera una situación de confiscatoriedad.

En los años siguientes la Corte Suprema falló en favor del contribuyente remitiendo a los fundamentos de *Candy* en numerosas sentencias. En todas ellas hace referencia a que la documentación aportada y al peritaje contable producido habían demostrado que la falta de aplicación del ajuste por inflación resultaba en una afectación del principio de no confiscatoriedad.

Si bien la Corte Suprema no estableció cuál era el porcentaje por encima del cual el impuesto era confiscatorio, los tribunales inferiores han decidido recientemente que cualquier cifra por encima del 35% es confiscatoria.⁷⁶

a. El requisito del peritaje contable

Sin embargo, la aplicación de *Candy* no era automática. Al año siguiente de *Candy*, en el caso *Sol de Mayo S.A.*, del 19/5/2010,⁷⁷ la Corte Suprema dijo que:

“al no haberse producido en estos autos un peritaje contable, no hay suficientes elementos de prueba como para determinar si la aplicación de las referidas normas configura, en la concreta situación de la actora, un supuesto de confiscatoriedad, como el que el Tribunal tuvo por demostrado en el citado precedente "Candy" sobre la base, precisamente, del peritaje contable que obraba en tales actuaciones”.

⁷⁶ CNACAF, sala II, 16/7/2015, *Central Piedra Buena S.A. c. E.N. - A.F.I.P. - D.G.I. -resol 17/11*; CFedCórdoba, sala B, 13/8/2015, *Sanatorio Allende SA c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ contencioso administrativo*.

⁷⁷ CSJN, 19/5/2010, *Sol de Mayo S.A.*, S.260 XLIII. Revocó una sentencia de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia. En la misma fecha la Corte Suprema revocó o confirmó, según el caso, una cierta cantidad de sentencias de cámaras federales en el mismo sentido que *Sol de Mayo S.A.* y dio la razón al Fisco Nacional por no haberse producido un peritaje contable. **Revocación:** CSJN, 19/5/2010, *Terragno, Susana*, T.537 XLII; *Allub Hnos. S.R.L.*, A.824.XLIV; *Juan Terebeiko S.A.*, J.29.XLIV; *Sidesur S.A. Inmobiliaria del Sur*, S.362.XLV; *Automotores Maipú S.A.*, A.724.XLV; *Los Eolios S.A.*, L.141.XLV. **Confirmación:** CSJN, 19/5/2010, *Broda, Jorge y Roberto Soc. de Hecho*, B.361 XLIII; *Forzani, Juan José y otros*, F.1261.XLII; *Lattanzi, Juan Carlos*, L.759.XLII; *Gribaudo, Ricardo Agustín*, G.1884.XLII; *Tecsa S.A.*, T.362.XLI; *Druetto, Jacinto Marcelino Luis*, D.497.XLII; *Forzani, Roberto Felipe*, F.1260.XLII; *Zanco, Ángel Diego*, Z.191.XLII; *Zurvera, Omar Amadeo*, Z.64.XLIII; *Pesce, Jorge Oscar*, P.1099.XLII; *Zurvera, Alcides Ítalo*, Z.173.XLII; *Parola, Nelzon Balter*, P.1098.XLII; *Milicic S.A.*, M.449.XLIII; *Rubinzal y Asociados S.A.*, R.1384.XLII; *Weiss Oliva, Miguel Ángel*, W.60.XLII; *Juan Carlos Prola y Cía. S.R.L.*, J.64.XLI.

El peritaje contable pasó a ser un elemento indispensable para el progreso de las acciones de inconstitucionalidad, pese a que las sentencias apeladas no siempre lo habían exigido.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó el criterio establecido en *Sol de Mayo S.A.* en varias sentencias de ese día o posteriores, en que falló a favor del Fisco Nacional por no haberse producido un peritaje contable.⁷⁸

En un caso en que el contribuyente alegó que a) la AFIP había tenido, en un procedimiento de determinación de oficio, acceso a toda la documentación contable y legal para hacer un peritaje contable y b) que el peritaje contable no era la única manera en que se podía demostrar la confiscatoriedad, la Corte Suprema rechazó estos argumentos y ratificó que el peritaje contable era ineludible por las rigurosas exigencias de prueba cuando se alega una inconstitucionalidad.⁷⁹

b. La insuficiencia del peritaje contable

Aun cuando se haya producido el peritaje contable, éste puede adolecer de fallas que lo hagan insuficiente, según la Corte Suprema.

En cuatro sentencias, tres de ellas vinculadas a la familia Fornasari, la Corte Suprema revocó las sentencias apeladas de la Cámara Federal de Córdoba y falló a favor del Fisco porque el peritaje contable

“no permite tener por configurado un supuesto de confiscatoriedad ya que no surge de sus términos que el tributo —a causa de la no aplicación del referido ajuste— absorba una parte sustancial de la renta del accionante, máxime cuando es doctrina del Tribunal que “se debe requerir al actor una prueba concluyente a su cargo acerca de la evidencia de la confiscatoriedad alegada” (Fallos: 220:1082,1300; 239:157; 314:1293; 322:3255, entre otros), la que no se ha producido en el caso de autos”.⁸⁰

Tocando una cuerda cercana, la Corte Suprema revocó una sentencia de la Cámara Federal de Córdoba y falló a favor del Fisco, aun cuando se había producido un peritaje contable, porque

“además de su generalidad y dogmatismo, encuentran exclusivo sustento en una hoja de cálculo aportada por la demandante a fs. 1 (confr. fs. 89 vta.), cuyo contenido no fue contrastado por la profesional con documentación o registro alguno de la parte, por lo que no puede ser admitido como una prueba

⁷⁸ CSJN, 19/5/2010, *Ingratta S.A.*, I.27 XLIII; 19/5/2010, *Debortoli, Estanislao*, D.194 XLI; 19/5/2010, *Bertoto, Bruera y Cía. S.A.C. y F.*, B.446 XLIII; 19/5/2010, *Lartex S.R.L.*, L.425 XLV; 2/3/2011, *CDR Comunicaciones S.A.*, C.147 XLVI; 2/3/2011, *Compañía Protel S.A.*, C.1013 XLVI; 19/4/2011, *Barbuy Team S.A.*, B.732 XLVI; 17/5/2011, *Roberto Luis Pontoni y otros S.H.*, P.483 XLVI; 23/6/2011, *Homaq S.A.*, H.25 XLVII; 30/8/2011, *Humberto Batistella S.A.*, H.18 XLVI; 13/9/2011, *Frutos del Cuyo S.A.*, F.283 XLIII; 8/11/2011, *Germán Damilano S.A.*, G.530 XLVI; 23/4/2013, *Art Interacción S.A.*, A.1339 XLVIII, A. 1313 XLVIII.

⁷⁹ CSJN, 27/5/2014, *Chubb Argentina de Seguros S.A.*, C.300 XLIX. En este caso el peritaje contable se había ofrecido en el Tribunal Fiscal de la Nación, pero la AFIP se había opuesto y el Tribunal Fiscal había hecho lugar a la objeción sin que el contribuyente lo impugnara.

⁸⁰ CSJN, 4/8/2011, *Peretti, Daniel Hugo*, P.502 XLV; CSJN, 18/10/2011, *Fornasari, Juan José*, F.380 XLVI; 8/11/2011, *Sucesores de Lorenzo Fornasari*, S.138 XLVII; 22/11/2011, *Fornasari, Alfredo*, F.308 XLVII.

concluyente de la "evidencia de la confiscatoriedad alegada" (Fallos: 220:1082, 1300; 239:157; 314:1293; 322:3255, entre otros)".⁸¹

c. Pluralidad de contribuyentes: litisconsorcio activo y asociaciones representando a sus miembros

La pluralidad de contribuyentes puede generar problemas en la prueba de la confiscatoriedad.

En un caso de 2012 en que hubo litisconsorcio activo, de acuerdo con el peritaje contable producido, la Corte Suprema consideró que se hallaba configurada la confiscatoriedad exigida por *Candy* para que no se aplicaran las normas de actualización en algunos de los litisconsortes, pero no en otros, por lo que confirmó la sentencia para los primeros y la revocó para los segundos;⁸² no surgía de la sentencia la comunidad de intereses que había justificado el litisconsorcio.

En otro caso de 2016, la insuficiencia del peritaje contable estuvo ligada a un problema de legitimación activa, pues una sociedad rural interpuso el reclamo en representación de sus miembros. La Corte Suprema revocó la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza, sala B (favorable al contribuyente).⁸³ En sus fundamentos la Corte afirmó que:

“señaló la perito contadora que "... sólo he recibido documental de algunos de los asociados ... y en consecuencia solo sobre ellos podré expedirme 11 (confr. fs. 140/140 vta.); que "... [de] los contribuyentes que se detallan a continuación, se recibió documental para su análisis, pero la misma resultó insuficiente para dar respuesta al pliego pericial, en tanto que no se pudo verificar la correspondencia entre las declaraciones juradas y los papeles de trabajo respectivos..."; y que "...por el resto de los amparistas ...no se puso a disposición ningún tipo de documentación, salvo por tres contribuyentes, que además de no contar con la documentación suficiente, no pudieron ser individualizados" (confr. fs. 141). En cuanto a la aplicación del mecanismo de ajuste por inflación concluyó que "... en un conjunto, por todos los sujetos individualizados, el IMPUESTO DETERMINADO hubiera ascendido a ... (\$ 1.560.193,99), en vez de (\$ 223.949,78)..."; y que "... si bien dicha suma pertenece al total de los contribuyentes analizados, en lo particular, la ganancia final sujeta a impuesto para el caso de no considerar los efectos de la inflación es también mayor en todos los casos individuales ..". (confr. fs. 142). Sin perjuicio de las notorias deficiencias de lo expresado en el aludido peritaje -que omitió el examen individual de la situación de cada una de las personas en beneficio de las cuales la entidad actora promovió la demanda-, cabe poner de relieve la completa ausencia en la causa de documentación que confiera algún respaldo a lo sostenido en el aludido informe”.

Por esta razón, la Corte consideró que el peritaje contable no había logrado probar la confiscatoriedad.

⁸¹ CSJN, 2/7/2013, *Rosso, Pascual Venedetto*, R.738 XLVII.

⁸² CSJN, 23/10/2012, *Razzini, Ernesto Genesio y otros*, R.186 XLVIII.

⁸³ CSJN, 4/8/2016, *Sociedad Rural Río V*, FMZ 82203891/2012/1/RHI.

d. Comparación

La Corte Suprema dejó en claro que la evaluación de si había habido confiscatoriedad o no debía hacerse sobre la ganancia del contribuyente y no sobre el patrimonio. Cuando el cálculo se había hecho sobre el patrimonio, revocó la sentencia apelada y ordenó que se dictara una nueva.⁸⁴

6. Legitimación activa

En principio, quien tiene legitimación activa para pedir la aplicación del ajuste por inflación es el propio contribuyente. Sin embargo, en algunos casos se planteó la utilización de una asociación para solicitar la aplicación en nombre de todos sus miembros.

En el caso *Sociedad Rural Río V*, del 4/8/2016, la Corte Suprema afirmó el tribunal *a quo* había errado al reconocer legitimación a una sociedad para defender los derechos de sus miembros, porque se trataba de los “derechos individuales, enteramente divisibles, de sus miembros, sin que concurren los presupuestos establecidos por esta Corte en el precedente de Fallos: 332: 111 para habilitar la procedencia de una acción colectiva”. Esta referencia es a la sentencia en autos *Halabi, Ernesto c/ P.E.N.*, del 24/2/2009.

En el caso *Halabi*, la Corte había requerido para la admisión formal de toda acción colectiva la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo.

En el caso puntual de la Sociedad Rural Río V de Villa Mercedes, la Corte Suprema afirmó que no existía “una homogeneidad fáctica que permita considerar razonable la realización de un único juicio”, que no encontraba “comprometido el acceso a la justicia puesto que el ejercicio individual de la acción aparece plenamente justificado en atención a la entidad de las cuestiones planteadas” y que “las genéricas previsiones de su estatuto” no cubren cuestiones de índole tributaria que no incumben exclusivamente a productores rurales.

7. Reducción de quebrantos

También se planteó el caso en que el contribuyente tenía en el período fiscal 2002 quebrantos, tanto aplicando como sin aplicar el ajuste por inflación, pero los quebrantos resultaban mayores si se aplicaba el ajuste por inflación.

En la causa *Estancias Argentinas El Hornero S.A.*, del 2/10/2012, por remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, la Corte Suprema rechazó la aplicación de *Candy S.A.* cuando no había impuesto a pagar en ninguno de los dos casos. Afirmó que “la regulación de los quebrantos, dentro del sistema fiscal en general,

⁸⁴ CSJN, 10/7/2018, *Gaetano de Maio S.A. el PEN (Ministerio de Economía) y otro si acción mere declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 341:770.

y del impuesto a las ganancias en particular, importa una decisión discrecional del legislador que, salvo agravio de orden constitucional, queda al margen de la competencia de los demás poderes del Estado” (subrayado en el original) y que la suspensión del ajuste por inflación no es *per se* inconstitucional ante la reaparición de ese fenómeno económico, sino que se debe probar la confiscatoriedad del tributo. En este caso, sostuvo la Corte Suprema, no existe tal confiscatoriedad “por la sencilla razón de que no hay tributo a pagar que pueda ser cotejado con el capital o la renta gravados para verificar si hay una absorción inadmisibles de éstos” (subrayado en el original). Este criterio fue ratificado por la Corte Suprema en varias sentencias posteriores, en que revocó la aplicación del ajuste por inflación cuando el contribuyente había sufrido un quebranto aun sin aplicarlo.⁸⁵

8. Utilización del quebranto ajustado en ejercicios futuros

En los casos en que se había aceptado el ajuste por inflación en el período fiscal 2002 y tal recálculo de la obligación tributaria había arrojado un quebranto se planteó la posibilidad de utilizar o no ese quebranto en los ejercicios posteriores.

La Corte Suprema, en el caso *Alubia S.A. c/ AFIP-DGI*, del 4/11/2014, rechazó tal posibilidad, afirmando que la aplicación del ajuste por inflación puede arrojar un quebranto cuando su omisión pudiera generar una situación de confiscatoriedad, pero que “no puede derivarse de ello el reconocimiento de un quebranto que pueda ser utilizado por el contribuyente en otro ejercicio fiscal”, lo cual fue ratificado en varios fallos posteriores.⁸⁶

En forma coherente, se rechazó la aplicación del ajuste por inflación cuando el contribuyente sufría un quebranto en un período fiscal aun sin necesidad de aplicarlo;⁸⁷ en este caso el contribuyente buscaba aumentar sus quebrantos para poder trasladarlos a los períodos fiscales siguientes, pero ese traslado no es aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

⁸⁵ CSJN, 4/11/2014, *Alubia S.A. c/ AFIP - Dirección General Impositiva s/ repetición*, CSJ 612/2013 (49-A)/CS1; id., 24/2/2015, *Natufarma S.A. c/ AFIP-DGI s/ demanda contenciosa*, CSJ 99/2014 (50-N)/CS1; id., 11/8/2015, *Consolidar ART SA c/ EN AFIP -D.G.I- resol. LGCN 140/08 s/ Dirección General Impositiva*, CSJ 885/2014 (50-C)/CS1; id., 5/7/2016, *M. Royo SACIIF y F c/ EN-AFIP-RESOL 3/08 (REGN)*, Fallos 339:897; id., 4/8/2016, *Fava Hnos. S.A. c/ AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMP 21057815/2003/CS1; id., 15/11/2016, *Favacard SA c/ AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMP 21057780/2003/CS1; id., 15/11/2016, *Orbis Mertig San Luis SA c/ EN-AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMZ 61000985/2010/CS1; id., 14/8/2018, *Bayer S.A. y otro c/ AFIP s/ impugnación de acto Administrativo*, FSM 18038842/2009/CSI y FSM 18038842/2009/1/RHI.

⁸⁶ CSJN, 4/11/2014, *Alubia S.A. c/ AFIP - Dirección General Impositiva s/ repetición*, CSJ 612/2013 (49-A)/CS1; id., 11/8/2015, *Consolidar ART SA c/ EN AFIP -D.G.I- resol. LGCN 140/08 s/ Dirección General Impositiva*, CSJ 885/2014 (50-C)/CS1; id., 4/8/2016, *Fava Hnos. S.A. c/ AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMP 21057815/2003/CS1; id., 15/11/2016, *Favacard SA c/ AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMP 21057780/2003/CS1; id., 29/5/2018, *Orbis Mertig San Luis S.A. c/ EN-AFIP-DGI s/ ordinario*, Fallos 341:581; id., 14/8/2018, *Bayer S.A. y otro c/ AFIP s/ impugnación de acto Administrativo*, FSM 18038842/2009/CSI y FSM 18038842/2009/1/RHI.

⁸⁷ CNACAF, sala III, 19/4/2012, *GTC Ribbon S.A. (T. F. 29833-I) c. D.G.I. s/ recurso de apelación*.

9. Vías procesales

Las vías procesales utilizadas por los contribuyentes para obtener la aplicación del ajuste por inflación fueron bastante variadas. Sin embargo, en todos los casos se llegó a una cámara federal de apelaciones. Las sentencias de las cámaras federales de apelaciones fueron objeto de recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 48, art. 14). Analizaremos ahora las distintas vías utilizadas: a) acción declarativa de certeza, b) presentación de declaraciones juradas aplicando el ajuste e impugnación de la subsiguiente determinación de oficio, c) acción de repetición, d) acción de amparo.

a. Acción declarativa de certeza

En varios casos los contribuyentes iniciaron una demanda declarativa de certeza contra la AFIP para que se declarara la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.073 que prohibía hacer el ajuste por inflación a partir del 1º de abril de 1992 (CPCCN, art. 322). La demanda fue presentada ante el juez de primera instancia en lo contencioso administrativo federal con competencia territorial según el domicilio del contribuyente, el cual generalmente hizo lugar a la acción. Apelada que fue por la AFIP, la cámara de apelaciones falló siempre a favor de que el contribuyente pudiera aplicar el ajuste por inflación.⁸⁸

b. Presentación de declaraciones juradas aplicando el ajuste y apelación de la consiguiente determinación de oficio

En otros casos el contribuyente presentó directamente sus declaraciones juradas aplicando el ajuste por inflación. Esto generó una determinación de oficio por parte de la AFIP (LPT, arts. 16 y 17), la cual fue apelada ante el Tribunal Fiscal de la Nación (LPT, art. 76 inc. b]). Este tribunal no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma, salvo que así lo haya indicado previamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (LPT, art. 185).

En los primeros casos el Tribunal Fiscal confirmó la determinación de oficio, pero a medida que se fue consolidando la jurisprudencia de la Corte Suprema de *Candy*, en general revocó la determinación de oficio.⁸⁹

Las sentencias del Tribunal Fiscal son apelables mediante el recurso de revisión y apelación limitada ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (LPT, art.

⁸⁸ CNACAF, sala V, 7/8/2009, *Ranko S.A. c. EN-Ley 24073 Dto. 214/02 s/proceso de conocimiento*; CNACAF, sala V, 12/8/2009, *Russ, Máximo Ernesto c. EN AFIP DGI- Ley 24073 s/proceso de conocimiento*; CFedMdPlata, 24/9/2009, *Farmacia Muscetta S.C.S. c/ AFIP s/ acción meramente declarativa*; CNACAF, sala IV, 3/12/2009, *Gunningham, Diego Juan c/ EN – Ministerio de Economía – ley 24073 – dto 214/02*; CNACAF, sala V, 24/8/2010, *Magalcuer S.A. c/ EN – AFIP-DGI – ley 24073*; CNACAF, sala V, 24/8/2010, *Automotores Juan Manuel Fangio S.A. c. E.N. - A.F.I.P. - D.G.I.*; CFedMendoza, sala B, 22/4/2014, *Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c. AFIP – DGI – PEN s/ proceso de conocimiento*; CFedCórdoba, sala B, 13/8/2015, *Sanatorio Allende S.A. c/ AFIP s/ contencioso administrativo*; CFedMendoza, 9/4/2018, *Orbis Mertig San Luis S.A. c. AFIP DGI s/ proceso de conocimiento-acción declarativa de certeza/inconstitucionalidad*.

⁸⁹ TFN, sala D, 3/8/2011, *Gunningham, Diego Juan s/recurso de apelación-impuesto a las ganancias*; id., sala A, 28/12/2011, *Lartex S.R.L. s/recurso de apelación*; id., 16/4/2013, sala C, *Ebel, Héctor Fernando s/apelación ganancias*.

192). Esta última en general ratificó la aplicación del ajuste por inflación,⁹⁰ salvo cuando no había obligación tributaria aun sin aplicar el ajuste por inflación;⁹¹ en este último caso el contribuyente buscaba aumentar sus quebrantos para poder trasladarlos a los períodos fiscales siguientes, pero ese traslado no es aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema (v. supra).

c. Acción de repetición

En estos casos el contribuyente pagó el impuesto correspondiente sin aplicar el ajuste por inflación, repitió ante la AFIP para recuperar el impuesto pagado en exceso por la diferencia entre lo pagado efectivamente y lo que habría debido pagar aplicando el ajuste por inflación, lo cual fue expresa o tácitamente denegado, y a continuación inició acción de repetición.

La acción de repetición puede presentarse, a opción del contribuyente, ante el Tribunal Fiscal de la Nación o ante el juez de primera instancia con competencia en lo contencioso administrativo federal según el domicilio del contribuyente (LPT, arts. 76 inc. b] y 81). En el primer caso, la sentencia es apelable ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (LPT, art. 192). En el segundo caso, es apelable ante la cámara federal de apelaciones que sea instancia de apelación del juzgado federal que haya resultado competente.

Algunos contribuyentes siguieron la vía del Tribunal Fiscal, el cual siempre desestimó el recurso del contribuyente, pero la sentencia del Tribunal Fiscal fue apelada ante la Cámara y ésta siempre la revocó permitiendo el ajuste por inflación por el período cuestionado⁹²; se aclara que la confirmó en cuanto a la prohibición de trasladar un quebranto generado por el ajuste por inflación a períodos posteriores.⁹³

Otros siguieron la vía de la justicia de primera instancia, que siempre hizo lugar a la repetición. Apelada que fue la sentencia, la cámara de apelaciones confirmó la sentencia favorable a la aplicación del ajuste por inflación por el contribuyente.⁹⁴

Una vez que la Corte Suprema dictó sentencia favorable, fundada en el caso *Candy*, en las acciones de repetición fue necesario que la cámara de apelaciones dictara una nueva sentencia de acuerdo con las directivas de la Corte Suprema.⁹⁵

d. Acción de amparo

En un caso el contribuyente inició acción de amparo contra el Fisco Nacional ante el juez federal de primera instancia para poder aplicar el ajuste por inflación (Ley 16.986,

⁹⁰ CNACAF, sala I, 27/9/2016, *Ritex S.A. c/ DGI s/ recurso directo de organismo externo*.

⁹¹ CNACAF, sala III, 19/4/2012, *GTC Ribbon S.A. (T. F. 29833-I) c. D.G.I. s/ recurso de apelación*.

⁹² CNACAF, sala II, 28/4/2009, *Swaco de Argentina SA (TF 23453-I) c/ DGI s/ recurso de apelación*; id., sala V, 24/4/2015, *Arauca Bit A.F.J.P. S.A. (TF 30203-I) c. D.G.I.*

⁹³ CNACAF, sala V, 24/4/2015, *Arauca Bit A.F.J.P. S.A. (TF 30203-I) c. D.G.I.*

⁹⁴ CNACAF, sala III, 15/2/2011, *Banco Bradesco Argentina S.A. c. EN -AFIP DGI Resol. 48/07*; CNACAF, sala V, 24/4/2015, *Técnica Química Argentina S.A. (ex Trumpler Arg.) c. E.N. - A.F.I.P. - D.G.I. - Resol. 14/11 (REX) y otros s/ D.G.I.*; CNACAF, sala II, 16/7/2015, *Central Piedra Buena S.A. c. E.N. -A.F.I.P.-D.G.I. - resol 17/11*.

⁹⁵ CNACAF, sala I, 5/10/2017, *M Royo SACIIF y F c. EN - AFIP - Resol. 3/08 (REGN)*.

arts. 1 y 4). La acción fue declarada admisible y se hizo lugar al amparo. Apelada que fue la sentencia (Ley 16.986, art. 15), la cámara de apelaciones la confirmó.⁹⁶

10. El renacimiento del ajuste por inflación en 2018

La ley 27.430, que entró en vigencia el 1° de enero de 2018, establece un sistema bastante novedoso para la aplicación del ajuste por inflación.

El art. 89 de la LIG ratifica que “las actualizaciones previstas en esta ley se practicarán conforme lo establecido en el artículo 39 de la ley 24.073”, que hemos transcrito supra. Esta norma es la que impidió la actualización de distintos elementos de la base imponible desde el 1° de abril de 1992, sin importar el índice de inflación.

El segundo párrafo del art. 89 de la LIG, en su nuevo texto dado por la ley 27.430, contiene una modificación para las nuevas adquisiciones de bienes:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, las actualizaciones previstas en los artículos 58 a 62, 67, 75, 83 y 84, y en los artículos 4° y 5° agregados a continuación del artículo 90, respecto de las adquisiciones o inversiones efectuadas en los ejercicios fiscales que se inicien a partir del 1° de enero de 2018, se realizarán sobre la base de las variaciones porcentuales del Índice de Precios Internos al por Mayor (IPIM) que suministre el Instituto Nacional de Estadística y Censos, conforme las tablas que a esos fines elabore la Administración Federal de Ingresos Públicos”.

La lista de actualizaciones mencionadas cubre prácticamente todos los activos y deducciones: a) costo de bienes muebles amortizables (art. 58), b) costo de inmuebles que no tengan el carácter de bienes de cambio (art. 59), c) costo de llaves, marcas, patentes, derechos de concesión y activos similares (art. 60), d) costo de acciones, cuotas o participaciones sociales, incluidas las cuotas partes de fondos comunes de inversión (art. 61), e) inclusión de señas o anticipos que congelen precio (art. 62), f) venta y reemplazo de bienes inmuebles o muebles, en ambos casos que sean bienes de uso (art. 67), g) costo de minas, canteras, bosques y bienes análogos, incluyendo agotamiento (art. 75), h) amortización de edificios y demás construcciones sobre inmuebles que sean bienes de uso (art. 83), i) amortización de bienes de uso que no sean inmuebles (art. 84), j) acciones, valores representativos y certificados de depósito de acciones y demás valores, cuotas y participaciones sociales —incluidas cuotas partes de fondos comunes de inversión y certificados de participación en fideicomisos financieros y cualquier otro derecho sobre fideicomisos y contratos similares—, monedas digitales, Títulos, bonos y demás valores, enajenados por personas humanas y sucesiones indivisas y por beneficiarios del exterior; k) inmuebles enajenados por personas humanas y sucesiones indivisas.

Es importante subrayar que solamente aquellos bienes que sean incorporados al patrimonio del contribuyente después del 1° de enero de 2018 podrán ser ajustados por inflación, salvo lo explicado en el punto siguiente.

⁹⁶ CNACAF, sala II, 10/6/2014, *Arfinsa Financiera Argentina S.A. c. E.N. - A.F.I.P. - Ley 24073 s/ amparo ley 16.986*.

11. Ajuste de la ganancia del contribuyente en caso de alta tasa de inflación

La ley 27.430 estableció un ajuste por inflación condicionado a la existencia de tasas de inflación superiores a ciertos límites.

El art. 94 de la LIG, modificado por la ley 27.430, estableció “los sujetos a que se refieren los incisos a) a e) del artículo 49, a los fines de determinar la ganancia neta imponible, deberán deducir o incorporar al resultado impositivo del ejercicio que se liquida, el ajuste por inflación que se obtenga por la aplicación de las normas de los artículos siguientes”.

El art. 95 contiene un método pormenorizado de ajuste por inflación. Este procedimiento es el creado por la ley 21.894 y que había caído en desuso el 1° de abril de 1992 por lo dispuesto por el art. 39 de la ley 24.073.

La ley 27.430 ha hecho un condicional intento de revivirlo. En el párrafo incorporado por esa ley se establece que el procedimiento de ajuste por inflación del art. 95 resultará aplicable en el ejercicio fiscal en el cual se verifique un porcentaje de variación del IPIM, “acumulado en los treinta y seis (36) meses anteriores al cierre del ejercicio que se liquida, superior al ciento por ciento (100%)”.

Sin embargo, el siguiente párrafo (también agregado por la ley 27.430) establece que estas disposiciones:

“... tendrán vigencia para los ejercicios que se inicien a partir del 1° de enero de 2018. Respecto del primer y segundo ejercicio a partir de su vigencia, ese procedimiento será aplicable en caso que la variación acumulada de ese índice de precios, calculada desde el inicio del primero de ellos y hasta el cierre de cada ejercicio, supere un tercio (1/3) o dos tercios (2/3), respectivamente, el porcentaje indicado en el párrafo anterior”.

Esto significaría que para el período fiscal que comience el 1° de enero de 2018 y concluya el 31 de diciembre de 2018, deberá tomar el período de 36 meses del 1° de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2018. Se le aplicará al 100% el incremento de un tercio, es decir, 133%.

De acuerdo con el INDEC, el IPIM de 2016 fue 34,5% (acumulada del año), el de 2017 fue 18,8% (acumulada del año), el IPIM de 2018 es 66,1% hasta el 30/9/2018. Por lo tanto, con una inflación acumulada del 165% a esta última fecha, el método de ajuste del art. 95 sería aplicable.

Ante esta situación, para evitar la utilización del ajuste por inflación, se dictó la ley 27.468, que modificó el índice que debía utilizarse: se pasó del IPIM al Índice de Precios al Consumidor Nivel General (IPC). La misma ley también modificó los porcentajes especiales para los dos primeros períodos y agregó un porcentaje especial para un tercer período. Deberán superar el 55% en el primer período, el 30% en el segundo período y el 15% en el tercer período. Por lo tanto, en vez de 133% en el primer período, se deberá tomar 155%, en vez de 166% en el segundo período se deberá tomar 130% y en vez de 100% en el tercer período se deberá tomar 115%. No se debe

olvidar que estas comparaciones son engañosas porque los índices utilizados no son los mismos. Pero la intención de la reforma es clara: poner límites más altos para que se aplique el ajuste por inflación, de manera de que siga sin aplicarse.

Esto se conjuga con el concepto de confiscatoriedad que ha elaborado la Corte Suprema y que se analizó más arriba. Para la Corte Suprema es confiscatorio el impuesto que excede el 35% de la renta. Si se considera que actualmente el impuesto a las ganancias para las sociedades tiene una tasa del 30%, existe un margen que puede ser ganado por el Estado, aun cuando exista el límite de la confiscatoriedad. Es la diferencia entre la tasa oficial del 30% y el monto por encima del cual los tribunales frenarían la aplicación del impuesto, es decir el 35%.

12. Revalúo contable

Si bien no es objeto específico de este trabajo, la ley 27.430 estableció el régimen de revalúo contable, que permite a los contribuyentes revaluar a efectos impositivos los bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país cuya titularidad les corresponda y que se encuentren afectados a la generación de ganancias gravadas por el mencionado impuesto (ley 27.430, art. 281).

El revalúo impositivo estará sujeto a un impuesto especial que se aplicará sobre el Importe del Revalúo, respecto de todos los bienes revaluados (ley 27.430, art. 289).

Es importante destacar que quienes ejerzan la opción de revaluar sus bienes conforme lo previsto en esta norma deben renunciar a promover cualquier proceso judicial o administrativo por el cual se reclame, con fines impositivos, la aplicación de procedimientos de actualización de cualquier naturaleza, respecto del Período de la Opción. El cómputo de la amortización del Importe del Revalúo o su inclusión como costo computable en la determinación del Impuesto a las Ganancias, implicará, por el ejercicio fiscal en que ese cómputo se efectúe, idéntica renuncia (ley 27.430, art. 292).

Aquellos sujetos que hubieran promovido tales procesos respecto de ejercicios fiscales cerrados con anterioridad al 1° de enero de 2018 deberán desistir de esas acciones y derechos invocados; las costas y demás gastos causídicos serán impuestos en el orden causado (ley 27.430, art. 292).

13. Conclusiones

El ajuste por inflación ha sido admitido, aun cuando la legislación no lo incorpore, si el impuesto a pagar sin tomar en cuenta el ajuste es confiscatorio, entendiendo como tal que es superior al 35% de la base imponible aplicando el ajuste. Los tribunales están dispuestos a reconocerlo, con algunas limitaciones importantes; la principal es que se limita al período fiscal en que se produce, lo cual tiene dos corolarios: a) no se puede aplicar el ajuste cuando existe quebranto sin él, siendo que la razón de hacerlo es aumentar el quebranto para trasladar a otros períodos fiscales, y b) el quebranto que se produzca por aplicación del ajuste por inflación no se puede trasladar a otros períodos fiscales.

El ajuste por inflación creado por la ley 27.430 no resuelve los problemas generados por la inflación salvo para los activos adquiridos a partir del 1° de enero de 2018, porque mantiene la prohibición de aplicarlo a los activos anteriores. La respuesta del Congreso a los activos adquiridos anteriormente parece ser que los contribuyentes usen el revalúo impositivo, que por sus características es menos atractivo que la acción judicial, y que la inflación esté controlada de ahí en más. El Congreso incluyó por la ley 27.430 la posibilidad de ajustar por inflación en un contexto de lo que se consideraba alta inflación cuando la ley fue sancionada.

La realidad demuestra que desde el 1° de enero de 2018 la inflación se ha acelerado. Sin embargo, en vez de mantener la norma recientemente introducida, la respuesta del Congreso mediante la ley 27.468 ha sido modificarla en el índice utilizado y en los porcentajes mínimos para evitar que pueda ser utilizada.

DECLARACIONES PÚBLICAS

7 de diciembre de 2018

“Barras bravas”: LA VIOLENCIA ESTÁ ENTRE NOSOTROS

Los hechos de violencia ocurridos en el día del partido de vuelta por la final de la copa Conmebol Libertadores entre River y Boca no son hechos puntuales y aislados, por el contrario, vienen ocurriendo cada vez con mayor frecuencia. El antecedente más próximo lo encontramos en el partido que jugaron el Club Atlético All Boys contra el Club Atlético Atlanta, en donde con piedras, palos y todo elemento contundente que encontraron a su paso, los hinchas de All Boys hicieron retroceder a los efectivos policiales, quienes intentaron escapar a bordo de los patrulleros.

La violencia en el futbol tiene su origen en varios factores, entre ellos, sociales, financieros y “político-dirigencial”, algunas veces estos factores se mezclan y no se distingue el origen, en otras ocasiones se distingue muy claramente. Es decir, se ejerce violencia para amedrentar, para recaudar, para apoyar una candidatura, para obtener dinero, para que se vaya un técnico o un jugador y la lista sigue.

Varios países del mundo han pasado por lo mismo y lo superaron. ¿El motivo?, en la mayoría de los casos, por decisión conjunta del Estado (en primer lugar) y de los políticos/dirigentes del futbol en segundo lugar. Todo ello, mediante la aplicación de una política criminal adecuada y sostenida en el tiempo.

La dificultad aparece cuando los barras son protegidos desde la política y la dirigencia del futbol. Es justamente esta coyuntura la que hace muy difícil una salida, pues quienes deben combatirlos utilizan sus “servicios”.

En este contexto, es positivo el Proyecto de Ley propuesto por el Gobierno, mediante el cual se busca crear un “Régimen Penal y Procesal para la Prevención y Represión de Delitos en Espectáculos Futbolísticos” a fin de terminar con los barras mediante su persecución penal (“tipificación”) y el fin de su financiación.

Esta propuesta incluye espectáculos nacionales e internacionales, amistosos y hechos violentos vinculados a su celebración, prevé agravar las penas actuales para los infractores e impedir como pena accesoria su acceso a todo tipo de espectáculos futbolísticos.

La sociedad en su conjunto debe tomar conciencia de la gravedad de la situación y entender que nadie es ajeno a esta situación. Cada uno, desde su lugar puede aportar a que cada vez haya menos violencia en el futbol, (i) los políticos y sindicalistas no utilizando a estos delincuentes como fuerzas de choque, (ii) los dirigentes de los clubes de futbol: dejando de otorgar a los barras vías de financiamiento (concesión de venta de comidas, control estacionamiento, entradas para reventa, negocios con las peñas, entre otros miles de varios ítems más) a cambio de que consigan votos, silencien críticas, actúen como cobradores de deudas personales (entre varios times más) y por último, también pueden colaborar a la causa (iii) los simpatizantes: dejando de venerar la cultura del aguante y entender que los protagonistas son los jugadores, el juego y no cuantos hinchas/barras tiene el club tal o cual o cuanto “se la aguanten”.

Actuar de esta manera no quiere decir dejar de cantar, alentar o darles color a las tribunas. Significa un futuro mejor a nuestros hijos, disfrutar de jugar por el placer de jugar y si ganamos mejor, inculcar valores, compartir un espectáculo deportivo con tu familia, significa crecer como sociedad. Por eso, hoy más que nunca instamos a aquellos que tienen responsabilidades que actúen en consecuencia y sin medias tintas. **BASTA DE BARRAS.**

El Directorio

16 de noviembre de 2018

ACERCA DEL ATAQUE AL JUEZ CLAUDIO BONADIO

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires repudia el atentado del que fuera objeto el juez Claudio Bonadio, que debe interpretarse como un acto intimidatorio dirigido a socavar la independencia de los magistrados.

El Colegio de Abogados de la Ciudad de la Ciudad de Buenos Aires expresa su convicción de la necesidad de adoptar las medidas de seguridad que correspondan para garantizar la integridad, seguridad personal e independencia de todos los miembros del Poder Judicial, así como también de perseguir y sancionar a los autores de esos inadmisibles hechos delictivos que, finalmente, lesionan a las instituciones de la República.

El Directorio

24 de octubre de 2018

ATENTADO A LAS INSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA

El COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, repudia los hechos de violencia que, una vez más, tuvieron su epicentro en el Congreso de la Nación con la pretensión de alguna dirigencia de asignarles la categoría de protesta social.

La historia contemporánea de nuestro país interpela a la sociedad en su conjunto y a cada uno de los ciudadanos para que el discernimiento de la problemática de cada tiempo sea canalizada en el ámbito propio de las instituciones de la República y en el contexto democrático al que las mismas deben ajustar su funcionamiento.

El respeto por el Estado de Derecho y las elementales normas de convivencia que de ella surgen es un deber insoslayable.

Toda conducta, de manifestantes y de legisladores, que impida el normal desenvolvimiento de la Cámara de Diputados constituye un atentado a la autoridad que, como en el caso que referimos, además, conforma una repudiable expresión agravada de dicha tipología que debe revertirse en observancia de las disposiciones legales pertinentes establecidas por el Código Penal.

El Directorio