

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

Montevideo 640
(C1019ABN) Buenos Aires - Argentina

JULIO 2007

TOMO 67 . Número 1

Las responsabilidad por las ideas expresadas en los trabajos que se publican corresponde 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

Julio 2007

Presidente

Enrique V. DEL CARRIL

Vicepresidente

Damián F. BECCAR VARELA

Secretario

Héctor María HUICI

Tesorero

Máximo J. FONROUGE

Directores Titulares

Mónica N. CATANI

Carlos A. A. DODDS

Fernando GOLDARACENA

Jorge Adolfo MAZZINGHI (h)

Fernando NOETINGER

Guillermo O. TEIJEIRO

Directores Suplentes

José Mariano GASTALDI

Rosalía SILVESTRE

Prosecretario

Gerardo R. LO PRETE

Director Ejecutivo

Fernando R. FRÁVEGA

Director de la Revista

José A. MARTÍNEZ DE HOZ (h)

AUSPICIANTES

ESTUDIO

ALEGRIA

BUEY FERNANDEZ

FISSORE

MONTEMERLO

ARTIGAS, ROJO VIVOT
& ASOCIADOS

ABOGADOS

|CIBILS|LABOUGLE|IBAÑEZ|
A B O G A D O S



Directorio Argentino de Abogados
www.dab-sa.com

ESTUDIO DE LOS DOCTORES ROCA & SARRABAYROUSE
Abogados

Edye, Roche, de la Vega & Ray

ESTUDIO POBLETE Y ADSC.



La alternativa adecuada
Mediaciones complejas

CLARÍA & TREVISÁN
ABOGADOS

P&CM
PETERSEN & COTTER MOINE
ABOGADOS

G. BREUER
DESDE 1869

HOCSMAN
ABOGADOS



ADHERENTES

CURUTCHET-ODRIOZOLA

ESTUDIO MAZZINGHI

ESTUDIO POSSE MOLINA

ETCHEVERRY, GREGORINI CLUSELLAS & VANOSI

PETERSEN & ASOCIADOS

ABOGADOS

SOLANET, MORENO HUEYO & DI PAOLA

ABOGADOS

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

CATEGORÍA ESTUDIO PATROCINANTE

ALLENDE & BREA

BAKER & MCKENZIE

BRONS & SALAS

BULLÓ-TASSI-ESTEBENET-LIPERA-TORASSA

CÁRDENAS, DI CIÓ, ROMERO & TARSITANO

ESTUDIO BECCAR VARELA

ESTUDIO O' FARRELL

HOPE, DUGGAN & SILVA

M & M BOMCHIL

MARVAL, O'FARRELL & MAIRAL

NEGRI & TEIJEIRO

NICHOLSON Y CANO

PÉREZ ALATI, GRONDONA, BENÍTES, ARNTSEN & MARTÍNEZ DE HOZ (H)

QUATTRINI, LAPRIDA & ASOCIADOS

CATEGORÍA ESTUDIO BENEFACTOR

CASSAGNE ABOGADOS

ESTUDIO MOLTEDO

KLEIN & FRANCO

CATEGORÍA SOCIO PATROCINANTE

JOSÉ DE SAN MARTÍN

SERGIO A. C. LE PERA

CATEGORÍA SOCIO BENEFACTOR

CARLOS SCHWARZBERG

JOSÉ LICINIO SCELZI

MARTÍN ZAPIOLA GUERRICO

REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

JULIO 2007
TOMO 67 . Número 1

SUMARIO

REFLEXIONES <i>Nota del Director</i>	pág. 15
LA DES(PROTECCIÓN) DEL CRÉDITO <i>Julio César Rivera</i>	pág. 19
LA INDEPENDENCIA JUDICIAL PROTEGE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS <i>Patricio Petersen</i>	pág. 38
EL "ESTADO DE DERECHO" HA DESAPARECIDO DE VENEZUELA <i>Emilio Cárdenas</i>	pág. 48
ALGUNAS NOTAS RESPECTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL <i>Horacio J. Ruiz Moreno</i>	pág. 62
EL DOMINIO DE LOS HIDROCARBUROS Y LA LEY 26.197 <i>Orlando De Simone</i>	pág. 72
LA EXPORTACIÓN AGROPECUARIA Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA <i>Cristian Rosso Alba</i>	pág. 80
LOS CONVENIOS CONTRA LA INTERFERENCIA ILICITA EN LA AVIACION CIVIL INTERNACIONAL <i>Gilbert Guillaume</i>	pág. 88

**DECLARACIONES PUBLICAS
DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

- | | |
|---|----------|
| 1. Preocupa al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, la distribución del dinero gastado en publicidad oficial. | pág. 111 |
| 2. Se solicitó informes al Presidente de la Nación Ante el recordatorio que está enviando CASSABA a los abogados del foro local, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires reitera su pedido a los legisladores de la Ciudad para que deroguen la ley 1181. | pág. 113 |
| 3. Inaceptable presión sobre la Justicia. | pág. 114 |
| 4. El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires reitera su preocupación por la inusual gravedad de la presión oficial ejercida sobre el Poder Judicial. | pág. 116 |
| 5. Un nuevo ataque a la independencia de la justicia. | pág. 119 |
| 6. Es imperioso que el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, regularice su situación. | pág. 121 |
| 7. La inseguridad jurídica como ataque al equilibrio de las relaciones laborales. Acerca de la derogación de la indemnización especial agravada por despido. | pág. 122 |
| 8. Un nuevo ataque a la seguridad jurídica. Acerca de la ilegal y arbitraria utilización de la suspendida Ley de Abastecimiento. | pág. 125 |

REFLEXIONES

Desde el último número de nuestra revista a fin del año pasado, han ocurrido dos episodios que desafortunadamente confirman la tendencia al empeoramiento de la calidad institucional.

El primer caso es el relativo al INDEC. La ciudadanía ha asistido al insólito espectáculo de ver cómo el Poder Ejecutivo comenzó desplazando funcionarios jerárquicos de carrera y prestigio a cargo del INDEC por el solo hecho de que se resistían a aceptar las presiones oficiales para modificar el cálculo de los incrementos en los índices de precios que satisficieran lo que el Gobierno estaba dispuesto a "permitir". Luego sobrevino la intervención al organismo, nuevo cambio de funcionarios designados sin concurso previo, y finalmente, se modificó el método de cálculo del índice de precios, incurriendo en omisiones y otras innovaciones que han sido fuertemente criticadas por los especialistas. Lo ocurrido es grave desde varios puntos de vista. En primer lugar, porque se afectó la credibilidad del INDEC, un organismo técnico que gozaba de prestigio y reputación profesional. Esto es preocupante porque se debilitó la credibilidad del organismo del cual surge una parte muy sustancial de la información estadística oficial del país.

De esta manera, se ha asestado un golpe a todas las mediciones estadísticas de la Argentina lo que ciertamente no contribuye a que se la considere un país serio. Pero más allá de esta circunstancia, de por sí suficientemente grave, las alteraciones en el cálculo del índice de precios tienen otras repercusiones negativas. Como se sabe, la Argentina ha emitido una serie de bonos en pesos ajustables por inflación. Esto significa que la minimización estadística de la inflación ha impactado en el nivel de ajuste y por ende el valor de dichos bonos, afectando una vez más nuestra credibilidad como país emisor de deuda soberana.

El otro episodio compromete nuevamente la independencia del Poder Judicial. En el número anterior de esta revista habíamos expresado ciertos temores de que la nueva ley que había modificado la composición del Consejo de la Magistratura para darle mayor peso al poder político, podía redundar en la utilización de este órgano para presionar a los jueces. Lamentablemente, este cambio confirmó que cuando se acumula poder, ello se hace para ejercer esa mayor cuota de poder, lo que ocurre generalmente a expensas del equilibrio de poderes que establece nuestro ordenamiento constitucional.

En este caso, insólitamente hemos visto como uno de los jueces que investigan el caso *Skanska*, en donde se encuentra involucrada la responsabilidad de altos funcionarios de gobierno, se ha visto obligado a pedir una licencia para preparar su descargo por un pedido de juicio político planteado ante el Consejo de la Magistratura por no haber denunciado la "visita" de dos agentes de la SIDE en un presunto intento de condicionar su actuación. Huelgan los comentarios.

Poco antes de esta situación, también asistimos al ataque público al cual el Sr. Presidente de la Nación sometió a la Cámara de Casación Penal y en particular a alguno de sus integrantes con motivo de la tramitación de causas contra ex-oficiales de las fuerzas armadas inculcados de delitos ocurridos en el contexto de la represión al terrorismo en los años '90.

Las palabras del Sr. Presidente de la Nación exigiendo que se apuren los mencionados juicios y diciendo en referencia a la Cámara de Casación que "*se que van a proceder*", o las expresiones del Ministro del Interior que dirigiéndose al presidente de la Cámara de Casación le dijo: "*Señor Juez, hágale un favor a la patria, renuncie, váyase*", ciertamente constituyen una intromisión inaceptable en la actuación del Poder Judicial.

Tampoco contribuyó a la independencia de la justicia el "escrache" del que fue objeto dicho integrante de la Cámara de Casación o las palabras

de un diputado oficialista integrante del Consejo de la Magistratura en el sentido de *“Al señor de los buenos modales que no se enteró de que hubo 30 mil desaparecidos, le pedimos que trabaje o deje el puesto”*.

Lo grave de estos episodios reside no sólo en la intromisión en la actuación de la justicia en casos concretos, sino en una conducta, que se ha ido tornando habitual, que debilita al Poder Judicial y su capacidad de accionar en forma independiente. Es que el poder político eligió un tema particularmente sensitivo, como es el de las causas en que se investigan violaciones a los derechos humanos, para atacar a miembros del Poder Judicial. Pero el impacto real y más negativo de estos cuestionamientos es la percepción clara de que todos y cualesquiera de los jueces podrán ser sometidos al escarnio público y a juicio político en la medida que contradigan los deseos y objetivos del poder político. Ello es claramente preocupante cuando justamente emergen investigaciones por hechos de corrupción que involucran a altos funcionarios del Gobierno.

Es también preocupante el adormecimiento gradual que estos ataques al Poder Judicial van logrando. Salvo escasas voces de aireada preocupación y advertencia, incluyendo la Asociación de Magistrados, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el FORES, y algunos destacados abogados o académicos, la sociedad civil en general no se hizo presente.

Lo alarmante no es sólo que el gobierno de turno concentre poder y abuse de su ejercicio, sino que el resto de la ciudadanía no reaccione debidamente haciendo sentir su voz, ya que ello contribuye a la sensación de debilitamiento y casi diría aislamiento, de quienes en la justicia se ven sometidos a presiones indebidas, lo que alienta aún más esta clase de acciones. Es de esperar que los pedidos de mesura y equilibrio efectuados por el Presidente de la Corte Suprema sean tenidos en cuenta por los funcionarios del Gobierno, y que los integrantes del Consejo de la Magistratura logren sobreponerse a las presiones políticas que se transmiten a través de los representantes del poder político en dicho órgano.

Son estos momentos de prueba, y el resultado marcará el futuro y las expectativas de contar con un Poder Judicial más fuerte e independiente.

El Director

LA (DES)PROTECCIÓN DEL CRÉDITO

Por Julio César Rivera

1. Introducción

Periódicamente los medios de difusión dan a conocer rankings elaborados por instituciones que reflejan la confiabilidad de los países en distintos aspectos, tales como seguridad jurídica, nivel de captación de inversiones, etc. En todos los casos, prácticamente sin excepción, Argentina recibe calificaciones cada vez más negativas y está muy lejos aún de otros países de la región. Así Argentina bajó 8 puestos en el ranking internacional que elaboran el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional (IFC), con lo cual ocupa el puesto 101 detrás de Chile (28), México (43), Uruguay (64).¹

Ahora bien: los organismos internacionales elaboran su percepción en base a ciertos criterios: costos laborales, tiempo para iniciar un negocio o empresa, tiempos y costos para exportar o importar, eficiencia del sistema judicial, estabilidad de las normas jurídicas, etc.

Nosotros vamos a tratar el tema bajo una perspectiva un poco distinta, enfrentando los mismos problemas pero a partir de una mirada menos general, puntualizando casos que reflejan un deterioro de lo que en general llamaríamos el derecho de propiedad en el sentido amplio del artículo 17 de la Constitución Nacional; pero sin entrar en los comunes temas de la pesificación porque son suficientemente conocidos y responden a una situación coyuntural, excepcional, que como tal puede no ser indicativa de lo que queremos reflejar que es una tendencia coherente hacia la desprotección del crédito.²

1. *Ámbito Financiero*, 6.9.06:

2. De todos modos no está de más señalar que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas Massa y Rinaldi han dejado mucho que desear en punto al ejercicio concreto del control de constitucionalidad, pues más allá de algunas declamaciones se termina convalidando todo (salvo, cabe reconocerlo, en los votos de la Dra. Argibay)

2. Inconstitucionalidad de la ejecución hipotecaria extrajudicial

Sabido es que la ley 24441 incluyó – con una técnica legislativa bastante deficiente – una suerte de ejecución hipotecaria extrajudicial, con lo cual se situaba – o intentaba hacerlo - a la altura de las legislaciones contemporáneas que en general prevén mecanismos autosatisfactivos para evitar las complejidades y lentitudes propias de los procedimientos judiciales.

Cierta parte de la jurisprudencia demostró siempre una actitud hostil a este procedimiento extrajudicial.

Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, con voto de la Dra. Zampini declaró inconstitucional la ejecución hipotecaria extrajudicial ley 24441.³

En los fundamentos de la decisión se dice: *"...en lo que respecta a la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18 de nuestra Carta Magna y 15 de la Constitución Provincial), enseña Romero que "en el Estado moderno nadie tiene el derecho de forzar a un tercero sino en virtud de una sentencia dictada por el juez competente. La defensa es inviolable... es decir, que nadie puede hacer justicia con la propia mano... Para ello existe un poder del Estado encargado de decir el derecho" (Romero, Cesar Enrique; "Estudios de la Ciencia Política y derecho constitucional", p. 103, UNC, Córdoba, 1961)... los lineamientos del art. 54 y siguientes de la ley 24.441 no constituyen un juicio o proceso en el sentido atribuido por la ciencia procesalista, pues se trata de una serie de actos a cargo de particulares (acreedor, escribano) destinados a la realización de bienes del deudor, que sólo cuentan con la participación del juez para ordenar el mandamiento de constatación e intimación al deudor más la orden de lanzamiento (con facultad para pedir auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, etc.), si fuera el caso, para el notario interviniente....Considero entonces, que el artículo "sub examine" es violatorio de la garantía contemplada en el art. 18 de*

la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Prov. de Buenos Aires y Tratados Internacionales citados -art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8º, 10 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8º, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Se advierte que la argumentación puede aplicarse no solo a la ejecución hipotecaria extrajudicial de la ley 24441 sino a todas las garantías autoliquidables, como la vieja prenda con desplazamiento prevista en el art. 565 del Código de Comercio, las cesiones de créditos en garantía y los fideicomisos de garantía, con lo cual constituye un embate gravísimo contra las más eficaces modalidades de garantía.⁴

3. Desconocimiento de los efectos de otras garantías

Sentencias provenientes de distintas jurisdicciones han puesto en tela de juicio otras garantías.

Así, se han desconocido los efectos de la cesión del crédito en garantía, al resolverse que Corresponde ordenar a una entidad financiera el reintegro de ciertos fondos provenientes de reembolsos y reintegros por exportaciones correspondientes a la empresa concursada, que fueron cobrados por dicha entidad con posterioridad a la presentación, de esta última, en concurso preventivo pues, al existir entre las partes un contrato de cesión en garantía de derechos futuros, es decir, de una modalidad de pago mediante la cual en la medida en que los créditos fueron existiendo y los pagos fueran realizándose, el banco iría percibiendo los mismos a efectos de su cobro con el objeto de aplicar los fondos para la cancelación

3. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 17/06/2004 , Citibank N.A. c. Pozzi, Adolfo H., LLBA 2005 (febrero), 22, con nota de Marcelo Hersalis; José Antonio Charlin - LLBA 2004, 754 - LLBA 2004, 956, con nota de Camilo Almeida Pons; Maximiliano L. Caia

4. Securitización v.: Alegría, Héctor, Garantías autoliquidables, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2005- 3, Rubinzal- Culzoni, Sta Fe – Buenos Aires, pág. 293 y ss.

de los créditos otorgados, celebrado con anterioridad a la apertura del concurso pero efectivizado los créditos con posterioridad, los mismos se encuentran alcanzados por el art. 16 de la Ley de Concursos y Quiebras, no pudiendo vulnerarse los principios y efectos de la convocatoria. ⁵

Si bien este fallo no es representativo de una corriente firme, no deja de ser preocupante, ya que afecta una de las garantías más frecuentes en muchos ámbitos del comercio.

También puede señalarse la sentencia dictada en la causa Dinar⁶ en la que se desconocieron los efectos de un fideicomiso constituido a favor del Banco Nación Argentina sobre facturación futura de la compañía. Si bien en el caso podía argumentarse que había mediado cierto abuso al comprometerse la totalidad de la facturación lo que privaba a la compañía de todo flujo de fondos, los argumentos vertidos tanto en la sentencia cuanto en algunos comentarios son de tal generalidad que habilitan el cuestionamiento de todo fideicomiso en garantía.

Y un reciente pronunciamiento laboral es todavía más grave. La demandada en un proceso laboral peticiona la revocatoria del auto que ordena un embargo contra sus bienes, fundado en la oponibilidad del contrato de fideicomiso, pero la sentencia desestimó el planteo intentado y decidió continuar con la ejecución. La resolución comienza afirmando -en su parte pertinente-: *"...aquí de lo que se trata es de honrar las obligaciones debidas. Si bien la ley 24441 cuando se refiere al fideicomiso hace mención de patrimonios separados, no es ocioso volver a resaltar que si el que se coloca en el rol de fideicomitente celebra un fideicomiso o hace una cesión, los montos monetarios, antes de pasar al patrimonio del fideicomisario o del cesionario, resulta ser desapoderables. Quienes se hubieren vinculado con la demandada -ésta en su calidad de cedente o fideicomitente- debieron tener en cuenta el estado económico y financiero de aquélla. Pero cierto es que los contratos de cesión o de fideicomiso que pudo haber celebrado la deudora y responsable en esta causa, con terceros, no puede ser soporte legal bastante como para enervar toda vía ejecutoria de que pueda disponer un trabajador*

y su asistencia profesional, en este fuero, para satisfacer sus créditos de naturaleza alimentaria, por la única razón de que la causa eficiente del contrato hable de patrimonios separados. No hay que desviar la tésis del contrato de fideicomiso para bloquear satisfacciones de índole crediticias. La persona del deudor es sagrada pero no su patrimonio, el cual es prenda común de todos sus acreedores...". Finalmente concluye enfatizando: "...una inteligencia en contrario estaría consagrando un ejercicio irregular, abusivo o intencional de la ley 24441 (arts. 499 y 1071 CCiv.). Las secuelas de éstos que puedan concretarse, en su caso, entre la demandada y los terceros, deberán ser dirimidas en otra sede jurisdiccional, desde que las eventuales vías incidentales, en la hipótesis de intentarse incoarlas en este expediente, estarían, claro está, excediendo las previsiones del art. 501 CPCCN".⁷

Es claro que el fideicomiso constituido en fraude a los acreedores es inoponible a éstos; así lo prevé expresamente la misma ley 24441. Pero en la hipótesis la resolución lisa y llanamente desconoce los efectos del contrato de fideicomiso sin que haya una sentencia de mérito que haya juzgado sobre la existencia de fraude.

4. La cuestión de los intereses compensatorios y punitivos

Hace tiempo que nos venimos ocupando de este tema⁸ y hemos señalado al respecto que:

- Existe un verdadero caos judicial tanto en cuanto a las atribuciones de los jueces para reducir las tasas de intereses convenidas libremente por las partes en sus negocios jurídicos como al modo de ejercer esas atribuciones, con lo que nadie puede tener certeza acerca de cuál será finalmente la tasa que ha de pagar el deudor perseguido judicial;

5. CNCom., sala A, 10/09/2003, Jugos del Sur S.A. s/conc. prev. s/inc. de reintegro de fondos c. Banco de la Nación Argentina, ED 206, 200 - JA 2004-II, 98

6. Juzgado de 1ª Instancia de Quiebras, Concursos y Sociedades de 2ª Nominación de Salta, 09/08/2002, Dinar Líneas Aéreas S.A. s/conc. prev., LL 2003-D, 19, con nota de Armando Isasmendi; también en Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Concursal, La Ley, dirigido por Julio César Rivera, pág. 81

7. Juzg. Nac. Trab., n. 61, in re "Ruiz, Diego F. v. Transporte 27 de Junio S.A. s/accidente ley 1113", del 12/4/2004, citado por Guerrero – Labonia, Contrato de fideicomiso: frente a los créditos laborales RDLSS 2005-2-85.

- Los tribunales demuestran una total indiferencia por los elementos que determinan la tasa "de mercado"; así suelen emplear una tasa arbitrariamente creada por el voluntarismo judicial, sin tener en cuenta las circunstancias particulares de cada acreedor, de cada deudor, de las garantías, el plazo, la moneda, la tasa utilizada por otros acreedores en operaciones similares, etc.;
- Se ha llegado al absurdo de fijar una tasa para créditos hipotecarios por vía de fallo plenario, con lo cual en la jurisdicción donde la doctrina de ese fallo es obligatoria, rige una tasa impuesta por el Estado (en este caso a través del Poder Judicial) lo que contradice abiertamente al Código Civil;
- La Corte ha "derogado" la capitalización periódica de los intereses moratorios que había consagrado la jurisprudencia de la Cámara Comercial, lo que indujo a ésta a dictar un plenario que se ajustó a la doctrina de aquélla. Ello deriva en un verdadero despojo del acreedor cuando la mora se extiende por períodos extensos, pues las tasas de interés están previstas para créditos a ciertos plazos y es absolutamente ordinario que se convenga la capitalización cuando la restitución del capital se hace en períodos mayores;
- De todo ello se desprende un gran estímulo a la litigiosidad; los deudores saben que los tribunales reducirán los intereses pactados, sin ajustarse a ningún criterio económico, con lo cual pagarán menos que el que cumple lo pactado.

5. Desprotección de los créditos en juicios universales

a) El concurso como medio para licuar los pasivos del deudor

Es sabido que los objetivos del derecho concursal son múltiples: la protección del crédito, la conservación de la empresa y la preservación de la dignidad del deudor fallido; y difíciles de balancear. Justamente en ello radica el desafío del legislador a la hora de definir un régimen concursal.⁹

Ahora bien; las expectativas de los legisladores chocan muchas veces con la realidad de la aplicación que los tribunales hacen de las leyes.

En el caso de las leyes sobre falencia ello es evidente y autoriza la calificación de las cortes en "amigables" o "rigurosas" con los deudores; así, se suele afirmar que los tribunales federales de quiebras de los Estados Unidos suelen ser muy protectores de los deudores mientras que los jueces alemanes e ingleses son más proclives a tutelar a los acreedores. En Argentina no solo los tribunales con competencia en lo concursal son excesivamente protectores de los deudores; esta es una tendencia generalizada en todo el sistema judicial que ya denunciaba Ignacio Winizky hace más de cincuenta años; y no es extraña a ella una doctrina civilista que ensaya desde hace mucho una retórica plañidera que ha contribuido a debilitar de manera significativa la eficacia de los contratos.

Pero en los juicios universales esa tendencia se agudiza y cuenta con la colaboración de muchos síndicos que creen que su trabajo consiste en "licuar" el pasivo del deudor y "ayudarlo" a obtener las mayorías para aprobar un concordato. Para ello recurren a argumentos baladíes en base a los cuales desconocen los créditos; y como algunos jueces se limitan a adherir a los informes sin someterlos a ningún examen crítico, los acreedores genuinos son excluidos de la votación del acuerdo y a veces borrados definitivamente del pasivo del deudor con interpretaciones aviesas.¹⁰

8. v. Rivera, Julio César, Determinación de la tasa de interés por vía de un fallo plenario. Un abuso inconstitucional de las atribuciones judiciales, RDPyC 2001-2-151; Ejercicio del control de la tasa de interés, en "Intereses. Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley" (dirigido por Julio César Rivera), julio 2004, pág. 105

9. El tema lo hemos tratado en Propuestas para un sistema concursal más eficiente, Anales de la Academia Nacional de Derecho, Bs.As., 2001 (separata publicada por La Ley); y en Renovación de principios estructurales del derecho concursal, RDPyC 2003-1-9

10. Un ejemplo patético lo brinda la Cámara Civil de La Rioja que decidió que era extemporánea la revisión propuesta por un acreedor dentro del vigésimo día de notificada la resolución de verificación de créditos argumentando que el término se contaba desde que había sido dictada, pese a que ello había sucedido meses después de la oportunidad que el mismo Tribunal había fijado; la crítica de la doctrina fue unánime (v. Fissore, Diego, El plazo para promover la revisión concursal. Un peligroso antecedente judicial carente de todo sustento legal, JA 2006- IV- 75) pero lo cierto es que con ello se "borró" un pasivo millonario y sobre todo a un acreedor incómodo que objetaba un acuerdo preventivo que proponía cancelar el pasivo y tener cumplido el acuerdo con la entrega de un pagaré con vencimiento a 25 años; para mayor ilustración del caso, señalamos que el síndico dijo que el pago del 100% del capital sin intereses dentro de 25 años "no contiene quita alguna".

Por si todo esto fuera poco, ahora se viene desarrollando una tesis según la cual los acreedores competidores pueden ser privados del derecho de voto; y aquí sí que el riesgo es enorme pues tan peregrina idea cuenta con el aval de por lo menos dos de los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal que hasta ahora es un tribunal bastante equilibrado. Si bien en la Cámara la posición del Dr. Monti quedó en minoría en la causa Equipos y Controles S.A.,¹¹ lo cierto es que este juez insiste en el plano doctrinario,¹² y ahora ha asumido en ese tribunal el Dr. Kolliker Frers quien como juez de la instancia inferior dictó el pronunciamiento en la causa Telearte por la que se excluyó del cómputo del pasivo a sociedades vinculadas a un grupo que competía con el concursado en cierta área de negocios,¹³ lo que le abrió el camino a la aprobación de un acuerdo preventivo que de otro modo no hubiera obtenido las mayorías legales.

Es obvio que esta tesis constituye una amenaza gravísima pues ella facilita que el deudor transfiera su crisis a sus acreedores competidores. Nos explicamos: la empresa A que actúa en el ámbito de las telecomunicaciones tiene relaciones con cientos de empresas, entre las cuales están las empresas B y C que concurren con ella en algunas áreas. La empresa A se presenta en concurso preventivo y denuncia como acreedores importantes a las empresas B y C, las que adquirieron tal condición en razón de aquellas relaciones que se desarrollaban normalmente antes de la presentación en concurso. Ahora bien; llegado el momento de la aprobación del acuerdo, B y C no pueden votar y por lo tanto se ven constreñidas a aceptar la postergación o reducción de sus expectativas crediticias lo cual puede causar a su vez su propia crisis. En otras palabras, la concursada A obtiene financiación compulsiva de sus propios competidores y les traslada sus dificultades, con lo cual consigue un doble objetivo: sale fortalecida del concurso y debilita a sus competidores.

Por ello la única hipótesis en que el acreedor competidor podría ser excluido del cómputo se presenta cuando él obtiene ese emplazamiento fuera del curso regular de los negocios; o sea, "se hace" acreedor

comprando créditos contra el deudor para de ese modo causar su quiebra.¹⁴

De otro modo todo el sistema concursal cae en crisis pues no será ya un modo de licuación de los pasivos del deudor sino además un instrumento de la transferencia de la crisis a los competidores.

b) La continuación de la empresa por cooperativas de trabajo y la expropiación de activos

Estas dos cuestiones se vinculan con el objetivo de la continuación de la empresa quebrada, tema al cual nos hemos referido en numerosas oportunidades y sobre el cual tenemos una posición tomada: la continuación de la empresa quebrada se justifica solo cuando se trata de empresas viables que tienen realmente posibilidades de recuperarse; de otro modo se transforma en la agonía subvencionada por el Estado y de ello hay pruebas numerosas.

La ley 24522 hizo una reglamentación estricta de la continuación de la empresa bajo administración sindical que había dado pésimos resultados durante la vigencia de la ley 19551.

Pero esa finalidad de la ley 24522 se frustró con la crisis de 2002 a partir de la cual se han inventado dos nuevos sistemas: las cooperativas de trabajo que pueden continuar la actividad empresaria, para lo cual se reformó la ley de concursos, por vía de la ley 25589, con técnica imprecisa y creando una serie de interrogantes aún no resueltos; y de hecho mediante la expropiación de los activos para entregarlos a estas cooperativas ya al margen de la ley de concursos.

11. CNCom., sala C, 27.12.2002, Equipos y Controles S.A. s/conc. prev., LL 2003-C, 721, con nota de Guillermo Cabanellas.

12. Monti, José L., Los competidores en el concurso preventivo, JA 2006-IV-1069.

13. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial Nro. 16 (JNCom) (Nro16), 07/03/2006, Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión, LL 2006-C, 367 - IMP 2006-9, 1247.

14. En los Estados Unidos se admitió una acción de daños contra UPS por haber actuado para causar la quiebra de un competidor; y es en definitiva la intención de la ley española que excluye de la votación a todo acreedor que resulte tal por la adquisición de créditos con posterioridad a la presentación en concurso.

La solución de la expropiación es cuestionable desde el punto de vista constitucional porque sacarle a uno para darle a otro era calificado de inconstitucional, pues difícilmente satisfaría la exigencia de utilidad pública.

Este criterio fue el sentado por la CSN en dos casos.

El primero es *Municipalidad de la Capital C/ Elortondo*, fallado el 1.4.1888; dijo allí la Corte que *“la atribución deferida a aquél cuerpo por el art. 17 para calificar la utilidad pública y definir los casos de expropiación por razón de ella, no puede entenderse ilimitada ni que lo autorice a disponer arbitrariamente de la propiedad de una persona para darla a otra...”*.

El segundo fallo ejemplarizador es el dictado en *Gobierno Nacional C/ Ferrario, Jorge*, del 10.11.61, en el cual la Corte sentó el siguiente criterio: *“...ninguna expropiación debe ser practicada por claro imperativo constitucional si no responde a una causa de utilidad pública, calificada por ley; cualquiera sea la opinión sobre las facultades de los jueces para examinar si dicha causa concurre, es indiscutible que existen en causas de gravedad o arbitrariedad extrema; c) que ello acontece cuando resulta claro y manifiesto que, so color del ejercicio expropiatorio, lo que el Estado hace es quitar a una persona la cosa de que es propietario para dársela a otra, en su exclusivo provecho patrimonial, es decir, sin beneficio público alguno...”*.

Este criterio de la Corte tuvo aplicación por el eficaz juez comercial subrogante Dr. Cárrega en su sentencia dictada en la causa Ghelco.¹⁵

De todos modos alguien podría pensar que desde el punto de vista de los acreedores la expropiación no sería cuestionable en la medida en que la indemnización a pagar sustituiría el activo, o mejor dicho, se transformaría en el activo de la quiebra.

Pero he aquí que lo que fracasa es el requisito de la “previa indemnización”, porque el Estado – nacional o provincial – expropia pero no paga la indemnización en forma previa ni posterior.

En este sentido el caso paradigmático es SA CAT, que tiene sentencia de la Corte Suprema de la Nación haciendo lugar a la expropiación inversa del 21 de septiembre de 1989, y todavía hoy no se ha determinado el monto que el Estado tiene que pagar; con el agravante de que la Corte – luego de seis años de estudio – ha resuelto que se aplica a la indemnización por expropiación la ley desindexatoria conocida como ley Martínez Raymonda.¹⁶

Pero hay muchos otros casos, incluso recientes y que no son expropiaciones indirectas o inversas, sino decididas por el parlamento nacional o provincial en los que la indemnización no se paga o no se ha pagado.

El segundo mecanismo son las cooperativas de trabajo; la ley 25589 introdujo la posibilidad de que la actividad de las empresas quebradas fuera continuada por estas cooperativas (art. 21), solución que algunos autores han alabado con argumentos a veces más sentimentales que jurídicos.

Desde nuestro punto de vista esta solución legal no tiene justificación alguna, pues más allá de la deficiente regulación que sume en la complejidad en numerosos aspectos centrales,¹⁷ lo cierto es que estas cooperativas están destinadas en la mayoría de los casos a gestionar pequeños negocios; un ejemplo es el de la fábrica de heladeras Coventry que mereció una nota en el suplemento de Economía del diario La Nación en el que se decía: *“El emprendimiento recibió un subsidio de 200.000 pesos del Ministerio de la Producción provincial, con el que se financió la fabricación de las unidades adquiridas por Wal Mart (100 heladeras); Wal Mart también prometió comprar unidades por un total de \$ 63.000; los socios de la cooperativa – que inicialmente se dedicó a vender chatarra - son 39”* Huelgan las palabras...

15. 1. Instancia comercial, Juzgado n 4, Ghelco S.A s/ Quiebra, 01/03/2005.

16. CSN, 2006. 11.28, Sociedad Anónima Compañía Azucarera Tucumana, LL 20/02/2007, pag 3, con lamentable nota de Jorge Mosset Iturraspe, “Un planteo desindexatorio que llega a la Corte con retraso pero con Justicia (vigencia de la ley 24.283)”.

17. V. Rivera – Roitman – Vítolo, Ley de Concursos y Quiebras, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta Fe - Buenos Aires, 2005, Tomo III, pág 212

Además estas "empresas" sin capital, crédito, tecnología, mercado, solo pueden subsistir incumpliendo las obligaciones fiscales, previsionales y aun las mismas laborales; o – cuando gerencian negocios de alguna mayor importancia - piden medidas de protección contra la importación como sucede con las fábricas de tractores o motos.

Finalmente, estas continuaciones empresarias prescinden abiertamente de la situación de los acreedores, cuya satisfacción simplemente no está incluida entre sus objetivos. En otras palabras, en estos casos la única preocupación es conservar algunos puestos de trabajo y en ese altar se inmolan las expectativas de los acreedores.

c) La confiscación de hecho de los activos

El último grado de la preterición de los derechos de acreedores y de los propietarios de las unidades empresarias es la lisa y llana ocupación de los establecimientos y su explotación de hecho por los "trabajadores".

Esto es lo que ha sucedido en los conocidos casos Zanón y Bruckman, en los que se han sucedido una serie de acontecimientos que a poco de expuestos demuestran que en Argentina el derecho de propiedad puede desaparecer definitivamente por la acción de algunos activistas sin que la justicia tenga poder para restablecerlo. Así, en el caso Zanón la fábrica ubicada en Neuquén fue ocupada por algunos "trabajadores" sin que el síndico del concurso preventivo – atribuido en el caso de la administración por decisión judicial – pudiera nunca tomar la posesión de la fábrica pese a los reclamos hechos por el juez del concurso a los tribunales neuquinos; los ocupantes utilizan los activos fabriles desde hace años, comercializan los productos con la marca de la quebrada y ya en la etapa de la quiebra han "locado" la planta por una suma irrisoria luego de haber proferido toda suerte de amenazas contra el tribunal porteño para el caso de que se le ocurriera aplicar la ley y liquidar los activos conforme a los mecanismos previstos por la ley de quiebras.

Más o menos semejante fue el caso Bruckman, con la diferencia no menos importante de que el juez con competencia en lo criminal ordenó en algún momento el desalojo de los usurpadores, para lo cual

fue necesario un operativo casi militar que obviamente fue condenado por múltiples organizaciones de derechos humanos. De todos modos la empresa terminó quebrando pues es obvio que en esa situación de hecho es imposible gestionar la actividad y salir de la crisis.

Otro ejemplo está dado por el hotel Bauen, convertido en "sede" de un denominado movimiento de empresas recuperadas; la legislatura porteña dictó una ley disponiendo que fuera restituido a sus dueños (que no son los quebrados, sino los locadores del inmueble), lo cual demuestra la ineficacia de las instituciones pues es claro que para que una cosa sea restituida a su dueño no es necesario que haya una ley especial que lo disponga.

Ahora bien; tan preocupante como el desarrollo de los hechos es la pretendida justificación ideológica de los mismos. Para saber como piensan algunos sujetos es conveniente leer "El cambio silencioso", que anuncia a los casos Zanón, Brukman y otros como "el símbolo de una victoria parcial" y destaca que en pequeños diarios troskistas alrededor del mundo las fábricas ocupadas argentinas, donde los trabajadores se han hecho de los medios de producción, han sido reconocidas vertiginosamente como el amanecer de una utopía socialista. En el contenido de este libro, señalamos especialmente las entrevistas a Murúa y Kravetz, este último abogado y legislador de la Ciudad, quien afirma *"Yo creo que no hay hoy en el mundo derecho que contenga la situación fáctica que vive la gente. O sea que el problema de la gente con el mundo del derecho es porque hoy las instituciones como están no pueden dar respuesta al fenómeno de necesidades que viven a raíz del sistema económico. A partir de ahí se produce la discordancia: hay tomas aquí, tomas allá o problemas donde se pasa a la acción. Simplemente porque el mundo del derecho no tiene herramientas para solucionar las necesidades básicas que tiene la población en la Argentina y en el mundo"*. Es claro el mensaje: como – según Kravetz - el derecho no brinda soluciones se recurre a la fuerza.¹⁸

18. Magnani, Esteban, El cambio silencioso. Empresas y fábricas recuperadas por los trabajadores en la Argentina, Prometeo, Bs.As., 2003

Obviamente en una sociedad liberal y democrática tanto el autor como sus entrevistados pueden pensar como quieran y tienen derecho a expresarlo por los medios (lícitos) que tengan a su disposición.

Pero en Argentina sigue rigiendo (¿sigue rigiendo?) la Constitución de 1853 que en materia de derecho de propiedad no ha sido alterada por la reforma de 1994 y que ha sido interpretada y aplicada por nuestra Corte Suprema que en el luminoso pronunciamiento dictado en la causa Samuel Kot SRL (8.7.58), en la que justamente un empresario requería la restitución de su fábrica ocupada por los trabajadores, dijo:

"...todos los ciudadanos están sometidos a las leyes y ninguno puede invocar en su favor derechos supralegales, por lo que "aun en la hipótesis de que los obreros tuvieran toda la razón y la empresa ninguna, sería siempre verdad que la ocupación de la fábrica por aquellos es ilegítima, como vía de hecho no autorizada por las leyes".¹⁹

Por lo que una cosa es la expresión de ideas, aún incompatibles con el sistema democrático y liberal de la Constitución, y otra cosa es admitir que la fuerza predomine avasallando así a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

6. Otras limitaciones a la propiedad, el crédito y los negocios

Hasta ahora nos hemos venido refiriendo a limitaciones a la tutela del crédito y de la propiedad que provienen fundamentalmente de la actuación de los tribunales judiciales. Pero lo cierto es que los otros poderes del Estado, tanto nacionales como provinciales contribuyen seriamente a dañar el clima de negocios en Argentina.

A título de ejemplo podríamos mencionar algunas decisiones provenientes de distintos estamentos.

•Las aduanas interiores

Un caso desopilante fue el causado en la Provincia de La Rioja donde se pretendió imponer una tasa a las bebidas sin alcohol provenientes de

una embotelladora de Catamarca, con lo cual se creaba una suerte de "tasa de importación".

• **Leyes provinciales que prohíben exportaciones**

También puede entrar en un cuadro de honor de los disparates la ley de la Provincia de Entre Ríos que prohíbe exportar madera a la República Oriental del Uruguay, gesto puramente político para "quedar bien" con los "ambientalistas" de Gualeguaychú pero que importa el desconocimiento liso y llano de la atribución al Congreso Federal de la facultad de legislar sobre comercio exterior.

• **Constituciones y leyes provinciales sobre protección de la vivienda única**

La Provincia de Córdoba tiene una previsión constitucional sobre la inembargabilidad de la vivienda única; una disposición semejante estaba prevista en el proyecto de reforma a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que fuera rechazado por un plebiscito.

Estas disposiciones son claramente inconstitucionales; la extensión del poder de agresión de los acreedores sobre el patrimonio del deudor y las excepciones al mismo son materia propia del Código Civil, cuya sanción corresponde al Congreso Federal.

• **La no aprobación de nuevos proyectos inmobiliarios**

Las ordenanzas de la ciudad de Buenos Aires suspendiendo los trámites de autorizaciones para nuevas construcciones constituyó un ataque avieso a los inversores. Claro que peor es la actitud de algunos jueces de la Ciudad que se creen que suman las atribuciones de los tres poderes y autorizan o prohíben (generalmente esto último) sin preocuparse por la vigencia de algo denominado división de poderes.

19. Conf. en lo sustancial Villoldo, Juan M., La expropiación en la quiebra: ¿un fenómeno sin límites?, JA 2003-IV-1490.

• **Las autorizaciones administrativas exigidas con retroactividad**

Un caso paradigmático de abuso de las facultades de algunos organismos administrativos fue la resolución que exigió una autorización para comercializar nuevos tipos de combustibles con efecto retroactivo a una cierta fecha, de modo de prohibir a una compañía la venta de un determinado producto. La resolución además de ilegal (pues no está contemplada tal "autorización" en ninguna norma; por el contrario el orden legal consagra la libertad de producción y comercialización de combustibles) era notoriamente inconstitucional al pretender regir desde una fecha anterior al inicio de la comercialización de la mercancía cosa de alcanzarla en sus previsiones.

• **El poder tributario municipal**

Algunos autores predicán la existencia de este poder tributario municipal. Más allá de las dudas que pueden exponerse sobre el tema, lo cierto es que con la sola facultad de crear ciertas tasas algunos municipios acosan a los comerciantes y productores. Por ejemplo, se ha pretendido imponer "tasa por publicidad" por exhibir los logotipos de las tarjetas de crédito aceptadas por el comercio. En algunas provincias los municipios han querido cobrar una tasa por utilización del espacio aéreo a las compañías telefónicas, lo que por suerte fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema.

Podríamos seguir exponiendo ejemplos de arbitrariedades de todos los poderes de los distintos estamentos del Estado nacional, provincial y municipal, pero creemos que los que hemos dado son suficientes para exteriorizar la cruel incertidumbre en que se desarrolla cualquier actividad económica en la República Argentina actual.

7. A modo de conclusión: para qué sirve la seguridad jurídica

Hace ya tiempo se publicó en un diario de alcance nacional que una senadora había dicho que todo esto de la seguridad jurídica era una cháchara; lo que se demostraba por el hecho de que China recibía las mayores inversiones sin que los inversores se preocuparan por la seguridad jurídica.

Estas manifestaciones demuestran un grave desconocimiento de lo que está haciendo China en materia de seguridad jurídica. Este país desde 1978 viene elaborando legislación en diversas materias que concierne – entre otras múltiples materias – a los contratos, la propiedad intelectual y las quiebras, habiéndose presentado un proyecto de Código Civil ante la Asamblea Popular Nacional el 24.12.02.²⁰ Por lo demás China envía estudiantes a las universidades de distintos países para formarse en el derecho occidental; y también recibe a juristas italianos, alemanes, estadounidenses, etc., que van a dar clases en sus universidades. Todo ello con la finalidad de ir construyendo un sistema de derecho patrimonial que resulte confortable a los inversores extranjeros.

Lo mismo puede decirse de otros países asiáticos, que renuevan su legislación patrimonial sobre moldes occidentales en los que recogen soluciones que brinden seguridad a los negocios; sin que necesariamente renuncien a sus improntas nacionales. Así países como Mongolia, Vietnam y varios estados del Cáucaso vienen sancionando leyes generales sobre contratos que inspiradas en el derecho alemán, el código Civil de Québec, los Principios Unidroit, se convierten en instrumentos cognoscibles y entendibles para los inversores de cualquier origen.²¹

Parece ser que todo el mundo entiende entonces el valor de la seguridad jurídica, que supone la protección de la propiedad, del crédito y la estabilidad de las reglas de juego.

Valor que ha sido definido por Julio Olivera diciendo:

Puesto que la justicia, función esencial del Derecho, es desde el punto de mira económico un bien público ... la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de

20. V. Piquet, Hélène, Un code à décoder: le futur code civil chinois, Les Cahiers de Droit (Québec), vol. 46, números 1-2, marzo/junio 2005, pág. 131.

21. V. Rivera, Julio César, La recodificación. Un estudio de derecho comparado, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Bs. As., 2003.

*crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que en un contexto de globalización, a igualdad de de las demás variables que regulan la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja juridicidad a los alta juridicidad.*²²

Lamentablemente en Argentina la demagogia y el populismo nos hacen marchar de contramano, lo cual - más allá de éxitos circunstanciales - vaticina el choque.

22. Olivera, Julio, Globalización, crecimiento económico y bienes públicos, en La justicia y la enseñanza del derecho, Academia Nacional de Derecho, Bs. As., 2006, a partir de pág. 63.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL PROTEGE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

Por Patricio Petersen

Seguramente, recordar el primer artículo de la Constitución Nacional que afirma que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal pareciera una obviedad. Sin embargo, la referencia no sobra. En la Argentina del año 2007 se escucha cada vez más seguido acerca de abruptas remociones o retiros forzados de fiscales y magistrados, veloces reformas políticas sobre las instituciones judiciales, conclusiones sorpresivas de casos de envergadura, y para agravar el panorama, sobre presiones y reclamos por parte de funcionarios de los otros poderes del Estado. Todo hace pensar en un Poder Judicial golpeado, que a duras penas soporta el temporal al que está sometido. Un Poder Judicial que es consciente de la necesidad de su independencia para poder respirar.

La independencia judicial no es un fin en sí mismo sino un medio, un instrumento para asegurar los derechos y las garantías de las personas. Como bien decía Luigi Ferrajoli, "es la garantía de una justicia no subordinada a intereses de Estado o a asuntos políticos contingentes", por ello, la independencia judicial es un valor y también una garantía. Sin independencia judicial no es posible la vigencia del Estado de Derecho.

Los argentinos vemos cada vez con mayor preocupación cómo funcionarios públicos de distinto nivel se sienten autorizados a referirse a las resoluciones judiciales y/o al accionar de los jueces, como si no se refirieran a los integrantes de un poder del estado que debe ser respetado en su autonomía. Ejemplos sobran: opiniones sobre el caso Cromañon cuando los jueces dejaron sin efecto la prisión preventiva del Sr. Chabán, dichos del gobernador Solá criticando la nulidad de un allanamiento —por no reunir los requisitos legales— dictada por el juez responsable en el resonante robo al Banco Río de Martínez, enojo del

Ministro de Salud de la Nación cuando una jueza de Córdoba rechazó el pedido de autorización para efectuar un aborto que llevaba cuatro meses de gestación, la invitación del Ministro del Interior a un juez de Cámara de Casación –segundo tribunal más importante del país- para que renuncie.

Estas actitudes revelan la pobre imagen que los funcionarios de diferentes poderes del Estado tienen de la justicia y del respeto que ella merece. ¿O muestran quizá la falta de entendimiento acerca de lo que significa el concepto de independencia judicial? Nos alarma comprobar que la enfermedad avanza. Ahora nos encontramos en el plano nacional, con presiones, reclamos airados y anticipos de destituciones públicas, conductas de funcionarios que sólo propician que el ciudadano respete cada vez menos a la institución judicial y no recurra a ella como garantía de sus derechos.

El principio de independencia está universalmente aceptado como parte esencial del equilibrio de poderes en el constitucionalismo moderno y así lo ratifican prácticamente la totalidad de los Códigos de Ética Judicial vigentes, con diversas acepciones. ¿Por qué los códigos de Ética? Porque independencia y ética son dos conceptos simbióticos para el Poder Judicial. Caminan de la mano para lograr grandes objetivos: correcta valoración de los hechos y una interpretación consciente de la ley por parte de los jueces, responsables de las decisiones. El juez debe prescindir del interés, opinión, presión o amenaza de terceros, no importa de donde éstas provengan. Un magistrado debe dejar afuera del juzgado a los medios de prensa, poderes económicos y poderes públicos, partes en conflicto y aún a la misma opinión pública, a la hora de dictar sentencia o de tomar las medidas pertinentes en una causa. No significa que se encierre en una burbuja y nunca informe sobre su accionar, significa que cuando juzgue lo debe hacer en forma independiente, sabia y responsable, sin atender a las presiones de quienes quieren decirle cómo hacer su trabajo. La Constitución Nacional también es clara en este aspecto y contempla mecanismos institucionales que permiten destituir a un juez en caso de que éste no cumpla con su misión. De

hecho, es de desear también que los juicios políticos funcionen con la misma independencia que deben tener los magistrados en sus cargos. Además, también la Carta Magna nos habla de dos garantías centrales que aseguran esta independencia de los jueces: la inamovilidad en el cargo mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de sus remuneraciones. Estas son dos garantías establecidas en el art. 110 de la Constitución Nacional en favor de los ciudadanos, verdaderos beneficiarios de la independencia judicial. No se trata de privilegios de los jueces, ni de un beneficio de carácter personal o patrimonial de los magistrados, sino de una condición de la imparcialidad del juicio y por ende un derecho de raigambre constitucional a favor de los justiciables.

El deber de imparcialidad obliga al juez a decidir los conflictos considerando a todos los ciudadanos iguales ante la ley, sea cual fuere su origen, ideas políticas, condición social o económica, religión, etc. El juez debe "ser" y "parecer" independiente ya que debe gozar de la confianza de la sociedad a cuyos integrantes juzgará. Y la confianza de la opinión pública es un bien muy preciado en las instituciones argentinas de hoy en día.

Desde hace tres años, el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (Fores) junto con la Fundación Libertad y la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella lleva a cabo una medición cuatrimestral de esa confianza en la Ciudad de Buenos Aires, el conurbano bonaerense, Córdoba, Rosario, Mendoza y Tucumán. La encuesta refleja la confianza que los ciudadanos tienen en el sistema de justicia.

La medición correspondiente al mes de marzo de 2007 demostró que uno de cada cuatro ciudadanos puesto frente a decidir entre recurrir a la justicia o perder su derecho, se inclinó por esta última opción. Por otra parte, solo el 13% de los encuestados manifestó que considera a la Justicia como confiable en su imparcialidad, mientras que el 83% considera a la Justicia como poco o nada confiable en esta cualidad.

Entendemos que la respuesta a esta evaluación popular responde a distintos motivos, tales como la excesiva demora en los pronunciamientos judiciales y el permanente incremento de la litigiosidad, la sensación de impunidad y lentitud en las acciones penales promovidas contra funcionarios públicos, y el estado de inseguridad urbana que ninguna gestión logra resolver.

Por nuestra parte, hemos sostenido que existe una justicia silenciosa que sí funciona, pero que los medios de comunicación no muestran, y también sabemos que está el lado oscuro de la otra justicia, cuya eficiencia y honestidad deja mucho que desear.

Pero, no sólo el conocimiento público a través de los medios acerca de una justicia no idónea es el motivo del descreimiento de los ciudadanos. Pensamos que hay razones más profundas que tienen que ver con la actitud de los otros dos poderes del Estado para con el Poder Judicial.

El apoyo de la comunidad, la confianza de los integrantes de la sociedad en sus jueces y en la organización judicial son la esencia del servicio de justicia. Y muchas veces ese apoyo, ese respeto, esa colaboración para crear un clima de confianza indispensable, no existe.

Frases como: "Señor Juez, hágale un favor a la patria, renuncie, váyase", del Ministro del Interior, o "La traba que tenemos es que la Justicia está lenta. Yo les puedo asegurar que empujo, empujo y empujo, pero algunos se hacen los distraídos", del presidente Kirchner, o "Al señor de buenos modales que no se enteró de que hubo 30 mil desaparecidos, le pedimos que trabaje o que deje el puesto", de diputado y miembro del Consejo de la Magistratura, son desparramadas en los medios de prensa por miembros de otros poderes públicos y le causan un grave daño a la independencia judicial.

En tal sentido, en una declaración de la Asociación de Magistrados se señalaba que "Nunca la diatriba puede constituir el camino para la realización de la Justicia, menos aún cuando emana de la máxima

autoridad administrativa de la República que, como tal, tiene la mayor obligación institucional de respetar la independencia judicial y evitar que, merced a sus palabras, se confunda a la ciudadanía y se ahonde la desconfianza generalizada en las instituciones del país."

También los jueces tienen la obligación de propiciar un clima de confianza para el ciudadano, por un lado, controlando que los demás poderes se ajusten a la Constitución, tutelando las instituciones y defendiendo los derechos individuales. Por otro lado, con su propia conducta evitando siquiera dar la impresión de un actuar incorrecto.

¿Una Justicia ciega?

Las dudas acerca de la independencia judicial ya están sembradas en tierra argentina, en especial en las provincias del interior del país, de donde cada vez llegan más noticias acerca de las presiones que sufren los jueces por parte de otros poderes públicos. Se aceptan renunciaciones de jueces acusados de mal desempeño, poniéndole término a estos procesos sin que la ciudadanía pueda saber la inocencia o culpabilidad de esos magistrados. Se indulta a procesados o condenados por la Justicia y se va afianzando un ejercicio "monárquico" del poder, manipulando políticamente al Poder Judicial y creando un clima que la gente percibe como de impunidad.

El pasado 30 de abril las organizaciones integrantes del Foro "Una Corte para la Democracia" presentaron una carta al Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia de Chaco, en la que manifestaron su preocupación de posible afectación de la independencia judicial en la provincia a raíz de la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de admitir la acusación presentada contra la jueza Cynthia Mónica Graciela Lotero de Volman, en un contexto de críticas severas sobre la legitimidad del proceso. Entre otras cuestiones, la carta decía: "Las medidas que estén sospechadas de afectar la independencia pueden debilitar la función institucional del poder judicial en la vigencia de los derechos humanos y el control a los otros poderes, poniendo en peligro el normal funcionamiento del sistema democrático."

En Misiones tuvieron la experiencia que los chaqueños quieren prevenir: la doctora Marta Catella, Ministra del Superior Tribunal de Justicia fue primero suspendida y luego removida a raíz de la denuncia formulada por el Intendente de San Vicente, Luis Benítez. En el juicio se le imputó haber incurrido en contradicción por conceder un recurso de nulidad contra una decisión previa del Tribunal, que había contado con su voto. En definitiva, se trató de un desacuerdo de Benítez respecto de conceptos vertidos en una sentencia judicial, cuyo contenido, por supuesto, se oponía a los intereses del oficialismo.

Como dijimos, es grave acostumbrarse a que los jueces puedan ser removidos por el contenido de sus sentencias. La consecuencia es clara: muchos magistrados no serán independientes ni en sus criterios ni en sus decisiones por temor a ser destituidos. Una vez más, ésta en la provincia de Misiones, se afectó la independencia del Poder Judicial, y por lo tanto se atacó al sistema democrático y a la seguridad jurídica del ciudadano.

Hace ya un tiempo, los medios de prensa también alertaron sobre otro caso en San Luis que, de ser cierto, destruiría de cuajo la inamovilidad, base principal de la independencia judicial. Al momento de ser nombrados, se haría firmar a los jueces provinciales su renuncia al cargo con la fecha en blanco. Por supuesto, este acto denota una clara conciencia de que la inamovilidad es efectivamente un mecanismo crucial para garantizar la independencia. Al eliminarla, permitiría a futuro contar con jueces permeables a la influencia del poder político provincial.

En el orden nacional, la sistemática búsqueda de cada presidente de nombrar a la totalidad, o al menos la mayoría, de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha minado también la independencia judicial. Los mecanismos no han sido uniformes, ya que en las últimas dos décadas se ha recurrido tanto al recambio íntegro, en la presidencia de Raúl Alfonsín, como al aumento de sus integrantes de cinco a nueve, en la gestión de Carlos Menem. La presión pública y el juicio político para obtener vacantes por renuncia o destitución

fue el caso de Néstor Kirchner. Los juicios políticos tuvieron como fundamento, en este último período, exclusivamente el contenido de las sentencias.

Según un reciente informe de distintas organizaciones vinculadas al mundo judicial también es baja la transparencia en la selección de los magistrados provinciales. Sólo el 54 por ciento de los distritos tiene como requisito fundamentar la decisión y no existen instrumentos de participación ciudadana, lo que pone en riesgo a la independencia judicial y a la imparcialidad.

También la reciente reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación afectó considerablemente la confianza en la institución que debe nombrar y destituir a los jueces. Los cambios en el número de integrantes achicaron la presencia de jueces, abogados y académicos y dieron preeminencia a la representación política, 7 miembros sobre 13. La reforma violó el equilibrio que marca el art.114 de la Constitución Nacional y eliminó a la voz de la Corte Suprema, quitando la posibilidad de un representante en el Consejo.

Esta polémica reforma —criticada desde los más variados sectores de la sociedad— constituye por sí misma un grave ataque a la independencia del Poder Judicial, que se vé amenazado por el uso de facultades disciplinarias por parte de la mayoría política del Congreso, en caso de no cumplir con sus expectativas o intereses.

En tal sentido, en una entrevista que se le hiciera al Dr. Perfecto Andrés Ibañez, integrante del Tribunal Supremo español, refiriéndose a los casos en que hay algún tipo de control político sobre el Consejo señaló que... "Este es el camino hacia la negación de la independencia. Institucionalmente es algo que no se sostiene con facilidad. Cuesta entenderlo. La independencia es un valor difícil que plantea exigencias. El juez que de verdad es independiente es siempre un juez incómodo y con frecuencia deberá tomar decisiones que no son gratas a los centros de poder. Eso hace difícil su existencia..." (La Nación, 30/05/2007).

Los ciudadanos también son responsables

La sociedad civil no debe quedar ajena a los ataques que sufre el Poder Judicial y debe comprometerse en la defensa de la independencia de los jueces, no importa de donde provenga la presión indebida. Para ello debe estar atenta a su posible origen, y en este caso, los periodistas pueden hacer un decisivo aporte en esta materia.

Todos, abogados, médicos, maestros, obreros, debemos ser conscientes de que la independencia judicial es una condición necesaria para construir un entorno transparente en el que se imparta justicia. Su declinación, en general lenta y silenciosa, se acelera cuando se reiteran situaciones como las que comentamos, en las que en lugar de fomentarse la confianza en los jueces desde los otros poderes del estado se colabora con el desprestigio.

¿Existen posibilidades de cambio?

La pregunta escéptica de la mayoría de los ciudadanos, cuando leen los diagnósticos sobre el Poder Judicial o lamentan los exabruptos de los políticos que debieran representarlos, es si existe alguna esperanza de cambio en tan nublado panorama.

La realidad es que, con su actual integración, la Corte Suprema de Justicia está demostrando el interés en mejorar el servicio de justicia y cambiar su imagen. Una muestra de ello es la reciente creación del Centro de Información Judicial, que busca acercar la Corte a la ciudadanía, y explicar los fallos para que sean comprendidos por la población a la que afecta. Las reuniones de jueces, la reforma del funcionamiento interno de la propia Corte, el interés en mejorar la gestión de los distintos tribunales apuntan a lograr una justicia fuerte que contrarreste la deteriorada imagen que hoy presenta. Mientras más transparente sea el funcionamiento del Poder Judicial, más sólida e incuestionable será su independencia.

También, muchas organizaciones sociales dedicadas a la reforma judicial han ganado protagonismo en los escenarios institucionales y desarrollan una importante labor de control e información, aportando ideas y proyectos de cambio. Defienden al ciudadano argentino que eligió el sistema republicano como forma de gobierno, cuya garantía esencial reside en el equilibrio de los tres poderes políticos. Como ejemplo, basta citar el Premio a la Excelencia Judicial que Fores otorga todos los años a dos juzgados que se destaquen por su valiosa labor. Entre otras cualidades aquellos jueces que ganaron el premio se destacaron por la independencia demostrada en sus sentencias.

Si bien, como vimos, en nuestro país la independencia de los jueces está siendo permanentemente atacada, creemos que la batalla no está perdida. Es responsabilidad de toda la sociedad, incluyendo a los tres poderes del estado, el buscar el fortalecimiento de las instituciones y, en especial, la del respeto a la independencia judicial, garantía del respeto de los derechos de los ciudadanos.

Es importante decir que ya se avanzaron varios casilleros: el acceso a la información es mayor y los funcionarios están más expuestos a la opinión pública, las organizaciones de la sociedad civil monitorean procesos de cambio y se empiezan a ver algunos frutos en la maduración de las reglas del juego democrático.

Pero, sin la acción ética y responsable del propio Estado la independencia judicial es una utopía. Es interesante cerrar este artículo con las palabras de Alexander Hamilton, uno de los artífices de la Constitución de los Estados Unidos. En un ensayo, Hamilton subraya que "no hay libertad, si el poder de la justicia no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. La libertad no tendrá nada que temer de la judicatura sola, pero sí tendrá todo que temer de la unión de ésta con cualquiera de los otros departamentos.

EL "ESTADO DE DERECHO" HA DESAPARECIDO DE VENEZUELA

*Por Emilio J. Cárdenas **

"Existen motivos de preocupación ante formas de gobierno autoritarias o sujetas a ciertas ideologías que se creían superadas".

Benedicto XVI (en Brasil, Mayo de 2007).

Seramente preocupado por el acelerado deterioro del Estado de Derecho en la patológica Venezuela de Hugo Chávez, el "Instituto de Derechos Humanos"¹ de la "International Bar Association"² (IBA) envió su tercera "Misión" específica a ese país para analizar, en el terreno, el estado actual de cosas.³

En este breve comentario nos referiremos a algunas de las principales conclusiones de la aludida "Misión" de la IBA que, como se verá, son realmente tremendas respecto de cuál es la situación del Estado de Derecho en una Venezuela que marcha apresuradamente -de la mano de un dictador autoritario- camino al "socialismo del siglo XXI", expresión que es -creemos- tan sólo un mal eufemismo utilizado para procurar disimular el verdadero "modelo" que se procura imponer a los venezolanos: el del marxismo "a la cubana".

(*) El autor fue, entre el 2003 y el 2005, Presidente de la "International Bar Association" y, desde el 2005 copreside (con el ex Ministro de la Corte Suprema de Sudáfrica, Richard Goldstone) su "Instituto de Derechos Humanos". La opinión aquí expresada es personal.

1. El "Instituto de Derechos Humanos" de la "International Bar Association" fue creado en 1995, bajo la presidencia honoraria de Nelson Mandela y es una de las voces más activas y escuchadas del mundo en materia de promoción, protección, respeto y defensa de los derechos humanos y de las libertades civiles y políticas, así como en lo que hace a la defensa de la independencia del Poder Judicial y en el ejercicio de la profesión de abogado. Para obtener mayor información específica sobre el mismo -y sus múltiples actividades- puede consultarse: www.ibanet.org/humanrights/headerpage.cfm

2. La "International Bar Association" (IBA) fue, a su vez, creada en 1947, al año anterior al de la adopción de la Declaración de los Derechos Humanos por parte de las Naciones Unidas. Hoy es la asociación de abogados más prestigiosa del mundo, a la que se define como "la voz global de la profesión legal". La IBA nuclea a unos 30.000 abogados de todo el mundo, en forma individual, y a más de 198 Colegios de Abogados de todos los rincones del globo.

Con la conducta típica de los regímenes totalitarios, ningún alto miembro del gobierno venezolano -pese a los requerimientos- aceptó reunirse con los integrantes de la "Misión" de la IBA, bajo ningún concepto. A su vez, muy pocos integrantes del Poder Judicial accedieron a entrevistarse con los visitantes, presumiblemente por el clima de intimidación constante característico del régimen de Hugo Chávez, que utiliza (como algunos otros que lo imitan) la prepotencia como instrumento y herramienta política "de gobierno".

Una Venezuela claramente crispada

La situación social de la Venezuela de hoy está caracterizada por una evidente crispación social, provocada -y alimentada- constantemente desde lo más alto del poder, lo que naturalmente impide todo intento de reconciliación nacional y alimenta, sin descanso, a los odios "de clase", estimulando al propio tiempo los resentimientos entre hermanos. Muchos venezolanos, todavía presos de resabios totalitarios acumulados en las décadas recientes de la historia venezolana, parecieran no advertir -en toda su magnitud- lo que para una sociedad significa realmente el "cambio de rumbo" propuesto por Chávez, mientras siembra permanentemente el odio como instrumento de disgregación

3. La primera "Misión" de la IBA visitó Venezuela el 28 de abril de 1998. El Informe respectivo fue producido por el especialista español Ramón Mullerat y por su colega británica, Dorian Novell-Pank. La segunda "Misión", por su parte, tuvo lugar entre el 12 y el 18 de enero del 2003. En este caso, el Informe de práctica fue suscripto por Terrance Coonan, del Centro de Derechos Humanos de Florida State University; Ramón Mullerat, de Barcelona, España; Clara Sandoval, especialista colombiana; Antonia Saquicuray, Juez Penal de Perú; y Luis Fernando Solano, Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. La tercera "Misión" de la IBA se realizó entre el 25 y el 31 de marzo de 2007. Ella estuvo integrada por Fernando Cruz, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; Clara Lucía Sandoval Villalba, de la Universidad de Essex, en Gran Bretaña; Esther Major, de la Internacional Bar Association; y Yulieth Teresa Hillón Vega, especialista colombiana, que actuó como relatora.

A pesar de lo que en su momento fuera expresado por el Presidente Néstor Kirchner ante el propio Parlamento español, en inusual defensa del régimen dictatorial de Hugo Chávez, el "Instituto de Derechos Humanos" de la IBA, queda visto, ha mantenido una preocupación constante sobre el perceptible deterioro del Estado de Derecho en Venezuela, desde fines de la década del 90.

Desgraciadamente, el desarrollo de las cosas y acontecimientos en Venezuela ha justificado notoriamente esa preocupación, desde que con el paso del tiempo la estructura de la República se ha ido descomponiendo, paso a paso, en el país caribeño, dejando paso a un gobierno empeñado en concentrar en poder en torno a Hugo Chávez, que hoy encabeza una verdadera oligarquía militar y a relegado a las instituciones democráticas a jugar un papel de mero "sello de goma" de los designios personales del dictador de turno.

social. Esto es sumamente grave, porque polariza en extremo a una sociedad hoy enfrentada en dos bandos con valores y actitudes cívicas diferentes.

Hugo Chávez, recordemos, fue recientemente re-electo como Presidente de su país para el período 2007-2013, con el 62% de los votos. Un 37% de los venezolanos, esto es significativamente más de un tercio, no obstante, votó en contra de Chávez. Pese a ello, Chávez busca la reelección indefinida, no contento con su segundo sexenio en el sillón de Bolívar.

Las últimas elecciones, a estar a los informes de los observadores europeos, presentaron, en su desarrollo, tres problemas tan serios, como relevantes: (i) una grosera publicidad institucional a favor del gobierno, presumiblemente con recursos del erario público; (ii) un notorio desequilibrio informativo en los medios de comunicación, fuertemente inclinados a favorecer al gobierno; y (iii) la participación absolutamente grosera -y hasta descarada- de los funcionarios públicos en la campaña electoral.

Un cambio esencial de rumbo

Al asumir su nuevo y segundo mandato, Hugo Chávez anunció -como se suponía- que lanzaría a su país en dirección al socialismo, con la adopción de la frase emblemática: "Patria, Socialismo o Muerte".

La nueva orientación se trazará aparentemente a partir de cinco diferentes "motores constituyentes": (i) la Ley Habilitante, que fuera adoptada por el Congreso venezolano por aclamación en una inusual sesión callejera; (ii) una nueva Reforma Constitucional, en marcha; (iii) la reforma de la educación (destinada principalmente a marginar a la Iglesia Católica de ese sector); (iv) una "nueva geometría del poder", que -entre otras cosas- suprimirá la institución municipal y creará ciudades y territorios federales, concentrando así -aún más- el poder en manos del propio Chávez y de sus acólitos más cercanos; y (v) los Consejos

Comunales, que serán conducidos "in pectore" desde el poder central, cuidadosa y meticulosamente.

En ese escenario de profundos cambios, Chávez ha previsto -y dispuesto- la creación de un "partido socialista único", desplazando del poder a muchos de quienes, hasta ahora, habían sido sus tempranos -e incondicionales- "compañeros de ruta". Todo aquel que esté fuera del mismo es, por definición, un "opositor", término al que, en los hechos, se confiere -automáticamente- el significado de "enemigo de la revolución bolivariana".

Una situación económico-social con algunos interrogantes

Es cierto que el elevado nivel de los precios del petróleo y de sus derivados, sumado a la gigantesca magnitud de las reservas de hidrocarburos venezolanas, confieren a Chávez una abundancia descomunal de recursos financieros, que emplea en la compra de voluntades tanto en el mantenimiento del poder interior, como en la búsqueda permanente de influencia y apoyo regional.

No obstante, hay quienes creen que Venezuela padece de la llamada "enfermedad holandesa", por ser altamente dependiente de las exportaciones de crudo y tener una pronunciada asimetría en las otras actividades productivas cuyo desempeño es bien pobre.

A esto hay que adicionar una tasa creciente de inflación, que es ya la más alta de la región, superando el 17% anual. Ella, unida a un tipo de cambio fijo y artificial, parece haber estimulado las importaciones y hecho perder mucha competitividad a las exportaciones venezolanas.

Hay, además, un activo "mercado cambiario negro", desde que más allá del control oficial de cambios -que opera con un tipo de cambio de 2.150 bolívares por dólar- la "calle" paga casi unos 4.000 bolívares por dólar, como consecuencia de la preocupación por un futuro cuyo signo ya no es incierto.

En materia social, las necesidades de Venezuela son todavía desesperantes. Hasta no hace mucho, ellas parecían estar desatendidas. Algunas estrategias innovadoras en materia de salud, alimentación, y educación parecen haber alcanzado resultados interesantes aunque en un ambiente de populismo absolutamente desmedido que, habiendo generado un déficit fiscal importante, augura posibles explosiones sociales sin precedentes.

La Constitución como "traje a medida"

Chávez, recordemos, a poco de hacerse -por primera vez- del poder a través de las urnas (su asonada militar anterior terminó en el fracaso), reformó la Constitución de Venezuela. Esto sucedió en 1999, imponiendo cambios institucionales de alguna magnitud. Entre ellos, cabe destacar la eliminación del carácter "no deliberante y apolítico" de las Fuerzas Armadas, transformándolas en una verdadera oligarquía autónoma, en una suerte de país dentro de otro, y confiriéndoles derecho de voto, y hasta -curiosamente- algunas inexplicables facultades de policía administrativa.

A los tres poderes clásicos de las estructuras típicas de las democracias Chávez adicionó otros dos: (i) el Poder Electoral y (ii) el llamado Poder Ciudadano, que está conformado por el Fiscal General, el Consejo Moral Republicano, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. Todos ellos, que deben presuntamente "prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa" hoy son, en rigor, funcionarios que, como los de los cuerpos electorales, parecen responder mansamente a Hugo Chávez y comer de su mano.

El Poder Legislativo es unicameral, luego fácilmente controlable.

Pese a ello, Chávez está reformando, una vez más, la Constitución de su país, lo que esta vez, cabe presumir, logrará a través de un proceso que culminará con un referéndum aprobatorio, el que sería convocado

con la mayor premura posible. Esto es, sin requerir una Asamblea Constituyente, ni tampoco mayorías especiales, como es frecuente en trámites de la entidad de una reforma constitucional de la envergadura de la proyectada por Chávez, que alterará -en su esencia- el sistema económico-social mismo de la nación.

La alternativa de una Asamblea Constituyente -la más transparente y plural- está prevista específicamente en la propia Constitución vigente. Ella debió ser el mecanismo adoptado en la emergencia, desde que la trascendencia de los cambios propuestos afectará el pacto social básico que une a los venezolanos en torno a un plexo de derechos y garantías común desde hace ya muchas décadas, que puede ser cercenado.

Esta vez, no se reforma la Constitución para hacerla más democrática, sino para alejarla de los frenos, equilibrios, mecanismos e instituciones que defienden a todos contra la arbitrariedad del poder, que constituyen la esencia misma de la democracia.

La excusa oficial es la "necesidad" de implementar urgentemente un "sistema socialista". La realidad -pese al secreto y la ausencia de transparencia con que todo esto se maneja, que aleja las posibilidades reales de tener un debate social abierto- es que lo que aparentemente se propugna, o sea eliminar todo límite temporal -y de otra naturaleza- al ejercicio del poder por parte del propio Chávez y concentrar la "suma del poder público" en sus manos.

4. La vergonzosa "Ley Habilitante" fue sancionada el 31 de enero de 2007. Ella delega en el Ejecutivo facultades en materias que son particularmente sensibles, tales como: la transformación de las instituciones del Estado; las vías de participación popular; los valores esenciales en el ejercicio de la función pública; la materia económico-social, en general; el régimen financiero y tributario, en general; la seguridad ciudadana y jurídica; ciencia y tecnología; el ordenamiento territorial; la seguridad y defensa; la infraestructura, los transportes y los servicios. Un universo enorme, en el que ahora Chávez actúa sin limitación alguna, con la "suma del poder público". Para la "Misión" de la IBA esto, "per-se", es una violación de los principios fundamentales del Estado de Derecho, como son la separación de poderes y la existencia de frenos y contrapesos en el mismo. Particularmente cuando -es obvio- no existe el llamado "estado de excepción".

Los "atajos" diseñados

A todo esto se suma la referida "Ley Habilitante", que de manera poco democrática delega -temporalmente- todo el poder en manos de Chávez, sin que haya emergencia alguna que así lo justifique, por espacio de un largo año y medio.⁴

Para la "Misión" de la IBA esto supone "concentrar el poder en el Ejecutivo, en detrimento de las demás ramas del poder Público y la implementación de un sistema constitucional y jurídico amoldado a los intereses (personales) del Presidente actual de Venezuela".

Cada vez que -en cualquier escenario- las estructuras constitucionales normales se violentan, delegando -sin pudor- facultades legislativas al Poder Ejecutivo, es señal inequívoca de que el autoritarismo ha crecido y la democracia está siendo falsificada. Allí y aquí, por igual.

Cuando los organismos interamericanos e internacionales incomodan la relación entre el gobierno de Chávez y los organismos regionales con jurisdicción en materia de derechos humanos se ha deteriorado enormemente. Esto ha ocurrido inequívocamente, tanto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El gobierno de Chávez ha llegado al extremo de no implementar las medidas cautelares específicamente dispuestas por la Comisión, por considerar -capciosa y caprichosamente, por supuesto- que ellas "no son vinculantes", en función de algunas recientes decisiones adoptadas antojadizamente por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, para muchos manipulado desde el sillón de Chávez, una de las cuales se refiere -despectivamente- a los propios miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como "burócratas de los derechos humanos".

Como en tiempos de nuestra propia dictadura militar, Chávez no permite las visitas "in situ" de los representantes de la Comisión a Venezuela.

Para peor, amenaza con retirar a su país de la OEA, si sus organismos de Derechos Humanos condenan a su gobierno en el conocido caso del cierre de la independiente "Radio Caracas Televisión", ejemplo flagrante del absoluto desprecio del gobierno de Hugo Chávez por la libertad de opinión, la libertad de prensa, y la libertad de expresión, a las que Chávez pisotea constantemente, sin mayores miramientos, como si la Carta Democrática Interamericana simplemente no existiera. Para Chávez un medio independiente es un medio opositor, que debe -por ende- ser silenciado, de la manera que sea.

Coincidentemente con esta actitud, absolutamente contraria al respeto de los derechos humanos y las libertades individuales, el gobierno de Chávez, recordemos, no votó la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas que dispuso la creación del actual Consejo de Derechos Humanos, en marzo del 2006.

La situación particular de la Justicia venezolana

Respecto de la administración de justicia, las cosas lucen muy mal en Venezuela, pese a las recientes mejoras en materia de infraestructura del sistema judicial nacional.

Los salarios judiciales muestran diferencias significativas, casi abismales, entre los distintos niveles. Por ejemplo, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia perciben remuneraciones que son cuatro veces superiores a las de los miembros de los tribunales de apelación que les siguen en orden jerárquico. De esta manera es fácil comprar lealtades -y mantenerlas- al más alto nivel de decisión judicial, lo que es -cabe sospechar- un "seguro de impunidad", que existe también en otras latitudes en las que, sin embargo, las condenables "lealtades" judiciales se aseguran con algo más de discreción y hasta de "elegancia formal".

Desde hace ocho años, muchas de las normas centrales que regulan al Poder Judicial venezolano son precarias, por transitorias, razón por la cual ellas transmiten inestabilidad al sistema judicial en su totalidad,

generando una suerte de "para-derecho" que deteriora inexorablemente las garantías procesales mínimas, incluyendo las de independencia e imparcialidad de los jueces. Por esto, la "Misión" de la IBA concluyó que el efectivo respeto de los fines y funciones del Poder Judicial venezolano "se encuentran hondamente afectados".

Los magistrados venezolanos, en su funcionamiento, deben enfrentar poco respetuosas "intrusiones" constantes desde los otros poderes del Estado, incluyendo las del propio Hugo Chávez y operar con algunos graves problemas sistémicos, aún sin resolver.

Las interferencias sobre la acción de los jueces y fiscales y sus nefastas consecuencias

La justicia venezolana es utilizada por Hugo Chávez a la manera de Cuba, esto es como instrumento ideológico y no como baluarte independiente del sistema democrático, lo que es bien distinto.⁵ Por esta razón, no es para nada sorprendente que la "Misión" de la IBA haya concluido que en la Venezuela de Chávez existe "falta de independencia e imparcialidad en la administración de justicia", lo que es gravísimo por todo lo que

5. En oportunidad de la apertura del año judicial 2006, el 26 de enero de ese mismo año, un número no determinado de jueces que había concurrido a la ceremonia respectiva coreó insistentemente consignas favorables a Hugo Chávez, en actitud "proselitista" que nada tiene que ver con la "majestad de la justicia", ni, menos aún, con su imagen de independencia. El propio Chávez, despreciando el respeto que cabe a los juzgadores, el 25 de marzo pasado declaró que "ningún juez puede estar y actuar a espaldas de la revolución y del líder de la misma", lo que es increíble.

Como advierte la "Misión" en su Informe, "no puede existir independencia judicial con funcionarios del Sistema de Justicia o Poder Judicial mismo, identificados, presionados, dirigidos, o controlados por influencias externas, por proyectos políticos o por los propios líderes de los mismos". Así de claro. Allí y aquí.

Por lo demás, hay asimismo interferencias constantes en la administración de justicia. No solamente a través de las actitudes intimidatorias y ataques personales propios de este tipo de regímenes, sino de la destitución y remoción de jueces sin procedimientos, ni debido proceso legal, por el simple motivo de haber tomado decisiones que se interpretan como "contrarias a los intereses del Estado". Hay tres casos que son emblemáticos: (i) el de los magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, destituidos por un presunto "error" inexcusable en una de sus sentencias. Los destituidos han llevado su caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que lo admitió, aunque aún no lo ha decidido; (ii) el de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, luego de haber decidido un caso vinculado con el impuesto a la renta, fue acusada de haber "usurpado" funciones de otro poder del Estado; y (iii) el caso de la Jueza Alcy Viñales, del estado de Yaracuy, que liberó al ex Gobernador Eduardo Lapi, disgustando a Chávez, que lo considera su enemigo.

significa e implica, particularmente respecto de los derechos humanos y las libertades civiles y políticas esenciales de los venezolanos.⁶

Los jueces venezolanos no pueden todavía contar con sus propias asociaciones de magistrados, lo que contradice las normas internacionales vigentes en la materia, circunstancia que parece no interesar a un gobierno que evidentemente recela la posible acción conjunta de los magistrados. Esto pese a lo dispuesto en los "Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura" adoptados por las Naciones Unidas, que las permiten.

Los fiscales venezolanos son, en su gran mayoría, "provisorios", lo que los expone a obvias presiones externas, que -por lo demás- son reiteradas.

Allí como aquí, entonces, desde el propio Poder Ejecutivo se reclama e instiga a los jueces que "sancionen" con rigor a quienes son los "enemigos" del régimen "chavista", lo que es bien diferente de "sancionar o absolver, según corresponda", en función de las circunstancias de los distintos casos individuales que deben ser decididos por los jueces.

6. Para dominar inicialmente el Tribunal Supremo de Justicia, Chávez recurrió a la remanida táctica de aumentar sus miembros. En este caso, de 20 a 32, sin razón operativa alguna que lo justificara. Los nuevos Ministros fueron, como cabía esperar, simpatizantes, sino militantes, de la propia fuerza política de gobierno.

Los "conflictos de intereses" son ignorados, por evidentes que ellos sean. El ejemplo más evidente -y grosero- de esto es el caso de la propia Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, una conocida militante chavista, Luisa Estella Morales Lamuño, que sin renunciar a su cargo, ni pedir licencia al mismo, es simultáneamente Secretaria Ejecutiva de la Comisión Presidencial de Reforma Constitucional y Presidenta del más alto Tribunal de su país.

Hay todo un fuero que es la definición misma del escándalo. Se trata del contencioso-administrativo, donde, después de despedir a todos los jueces anteriores a su llegada y a sus substitutos, hoy todos los jueces son "provisorios", esto es temporales, por lo que operan sin garantía alguna de estabilidad en sus cargos, lo que es particularmente grave en el fuero en el que se ventila nada menos que la conducta de la administración pública y de sus funcionarios.

En los concursos para llenar las vacantes judiciales, se utiliza extendidamente el llamado "examen psicológico" como un verdadero "filtro" para asegurarse que nadie ingrese a la rama judicial con una visión política diferente a la de la Administración Nacional.

Por lo demás, hasta ahora no se han instalado los Tribunales Disciplinarios previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no ha sido promulgada por el Ejecutivo.

Cabe destacar que los recursos de amparo y los de habeas corpus no se deciden sino luego de dilaciones que promedian el año, desnaturalizándose de esta manera su naturaleza garantista.

Para la "Misión" de la IBA, las "interferencias y presiones directas que han venido sufriendo los operadores judiciales venezolanos por parte de miembros de otras ramas del Poder Público -empezando por el propio Presidente de la República, quien tiene un alto grado de influencia sobre buena parte del pueblo venezolano- socavan el Estado de Derecho, la división de poderes y, de manera más particular, la independencia judicial y la defensa de los derechos humanos". Clarísimo, como para no tenerlo en cuenta.

También entre nosotros se están acumulando constantemente actitudes desaprensivas que parecen seguir el mal ejemplo de Hugo Chávez en lo que al desempeño del Poder Judicial se trata, lo que no es sorprendente desde que la administración es la misma que sometiera al Poder Judicial al control del Poder Legislativo, especialmente en lo que a disciplina y ascensos se refiere, en la desgraciada reforma del Consejo de la Magistratura que fuera "operada" en el seno mismo del Congreso Nacional por la propia esposa del Presidente de la Nación.⁷

Además la "Misión" de la IBA señaló -con total precisión- que los "pronunciamientos públicos de diferentes actores atacando a los funcionarios de la Administración de Justicia por sus decisiones, el llamado al desacato de sus providencias o la destitución de los mismos sin procedimientos legales por las medidas que ellos han adoptado, entre otros aspectos, están erosionando gravemente la ya deteriorada credibilidad del Poder Judicial y profundizando la polarización política y social que vive el país".

7. Véase: Emilio J. Cárdenas y Héctor M. Chayer: "Corrupción Judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla", Ed. La Ley, 2005.

8. La "Misión" de la IBA comprobó que en Venezuela las organizaciones de derechos humanos y los defensores de los mismos son objeto de amenazas desde el Poder Público. El caso paradigmático es el de José Luis Castillo González, del Vicariato Apostólico de Machiques, que trabajaba a favor de los indígenas locales y fuera asesinado en el 2003. El propio Tribunal Supremo de Justicia, en su integración chapista, ha despreciado a las organizaciones de la sociedad civil, a los que calificó de "advenedizos" y a los que no considera como "legítimos representantes de la sociedad civil", a menos que sean acólitos de Chávez, obviamente.

Esto porque "es importante tener en mente que los discursos políticos de figuras de gran influencia nacional crean imaginarios colectivos que tienden a permanecer y reproducirse por sí solos". Para tener en cuenta, por su entidad, también en nuestro propio medio.⁸

Una Justicia "sospechada"

A lo antedicho, la "Misión" de la IBA agregó una reflexión adicional al señalar que "la impunidad y la exclusión en el acceso a la justicia continúan siendo el pan de cada día de la mayoría de los venezolanos, lo que legitima la desconfianza en el Sistema Judicial y el uso de mecanismos paralelos de administración de justicia. Como en un círculo vicioso, la impunidad debilita al Estado de Derecho venezolano y engendra más violencia".

Coincidiendo con la gravedad extrema de las conclusiones antes transcriptas, la "Misión" de la IBA sostuvo que "hay un serio deterioro en el derecho al libre ejercicio de la profesión de abogado y en la autonomía de los Colegios de Abogados en Venezuela. El acoso a los defensores por representar casos controvertidos dentro de la polarización política que vive el país, y el control que presuntamente se busca en las asociaciones que estos profesionales forman violan no sólo los "Principios Básicos sobre la Función de los Abogados" adoptados por las Naciones Unidas, sino que también ponen en peligro el mismo acceso a la justicia de los venezolanos".

Otras reflexiones institucionales

No es demasiado sorprendente -para todos quienes seguimos de cerca la evolución venezolana- que la "Misión" de la IBA sostenga que es "altamente preocupante la relación actual entre el Ejecutivo y las Fuerzas Armadas, en especial, la fuerte influencia y presión en todos los sentidos ejerce el primero sobre las segundas y el carácter deliberativo de estas últimas".

Lo que confirma la opinión de quienes creen que el régimen totalitario de Hugo Chávez ha conformado una auténtica "oligarquía militar", que se ha adueñado del país, como ocurriera en otros tiempos con -por ejemplo- las experiencias de las dictaduras militares vividas en el Perú. Me refiero a los tiempos del General Velazco. Existe un evidente paralelo de aquellas con las propuestas totalitarias de Hugo Chávez, quien obviamente dispone de recursos financieros abundantes, a diferencia de lo que les sucediera a los militares que en su momento se adueñaron del Perú, al que sumieron en el caos y la postergación.

Para quienes creemos que Hugo Chávez ha dejado claramente de transitar el camino de la democracia, las reflexiones de la "Misión" de la IBA suponen una confirmación lamentable, pero no inesperada. Silenciar lo que efectivamente sucede en Venezuela es imposible por la gravedad de lo que está en juego.

Lo grave es que el anti-democrático virus "bolivariano" es fácilmente contagioso en aquellos ámbitos en los que existe una parte sustancial de la población que -por sentirse y estar efectivamente excluida o postergada- está dispuesta (en su desesperación, sumada a una dosis de proverbial ignorancia) hasta a correr el gravísimo riesgo de dejar de lado a la democracia misma, en aras de apostar a un "progreso" que creen es posible fuera de ella.

Las experiencias históricas -y el propio colapso del marxismo en 1989- sugieren, sin embargo, que ello no es así.

Ocurre que salir, de pronto, de la democracia es siempre posible; cuando, a la vista de las consecuencias de haber extraviado las libertades se pretende regresar a ella, el camino, como sugiere la experiencia terrible del pueblo cubano, puede ser extremadamente difícil y, peor aún, terriblemente lento.

La historia enseña que se puede perder la libertad tan solo en unos instantes; también que recuperarla no es fácil, particularmente cuando el totalitarismo marxista se enquistó en el poder.

Lo sucedido con Europa del Este, ahora recuperada para la libertad, así lo ratifica. En nuestra propia región, Cuba es -desde hace décadas- testimonio de esto.

La traumática Venezuela de hoy, según queda visto, parece -lamentablemente- transitar un camino cuyo destino final no es demasiado diferente al de la experiencia de la Cuba de Castro. Y ese es su gran riesgo.

ALGUNAS NOTAS RESPECTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Por Horacio J. Ruiz Moreno

1. El arbitraje como medio de dilucidar disputas entre particulares y el Estado

En los últimos tiempos hemos presenciado la proliferación de demandas arbitrales contra la República Argentina por parte de inversores extranjeros que reclamaban diversos incumplimientos de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones celebrados por la República Argentina y diversos países exportadores de capital.

Debe recordarse que si bien ello parecería novedoso, por supuesto que lo es respecto de la Argentina, no lo es en el ámbito internacional donde no solamente dicha alternativa está prevista en los distintos Tratados de Protección de Inversiones sino también por ejemplo en las reglas del NAFTA, en donde inversores de cada uno de los países miembros están habilitados a demandar al Estado incumplidor del tratado, por los daños ocasionados al inversor en particular.

Sin embargo, en el caso de la República Argentina, las demandas arbitrales podrían clasificarse en dos tipos o clases según sea el origen del incumplimiento denunciado por el inversor, destacándose que en ambos supuestos el inversor debe acreditar el incumplimiento de alguna de las estipulaciones del tratado específico a los fines de fundamentar su reclamo. Tales incumplimientos tienen su origen en conductas particulares respecto de una relación contractual determinada, sea por parte del Estado Nacional o algún Estado Provincial, o se basan en las medidas de alcance general adoptadas por el Estado Nacional a partir de la sanción de la ley 25.561 y normas de emergencia subsiguientes.

Esta posibilidad que se ha abierto a los inversores particulares ha sido criticada por algunos autores que entienden que ello importaría

trasladar los riesgos del negocio del inversor extranjero a los Estados que reciben la inversión, convirtiendo a estos últimos en "verdaderos garantes del éxito del negocio".¹ Dicha crítica, que en nuestro país podría ser asimilada a la ya conocida teoría de la "comunidad de intereses o negocios" esbozada por Podestá Costa y otros autores nacionales en el pasado, sin embargo no tiene su correlato en la práctica. Por ejemplo, en el caso de los arbitrajes bajo NAFTA puede decirse que el promedio de sentencias desfavorables a los Estados parte del convenio es bajo como así también es bajo el número de causas en las cuales las partes llegan a una transacción.²

En el caso del CIADI, y circunscribiéndonos al caso específico de la República Argentina, hasta el presente los fallos desfavorables a la misma son la mayoría, a pesar que el país ha solicitado la anulación de los mismos, conforme lo dispuesto por el artículo 52 del Convenio y la Regla 52 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.

2. El problema de los precedentes o la dificultad de crearlos

Un tema que ha sido introducido, al menos a través de comentarios en la prensa o en exposiciones en conferencias especializadas por los representantes de la República Argentina en los arbitrajes en curso, es que en el caso del CIADI, al igual que ocurre con otros tribunales arbitrales, distintos factores atentan contra la uniformidad de criterios a ser utilizados por los distintos tribunales arbitrales y en consecuencia comienza a generarse una dificultad para establecer precedentes que puedan orientar, sea a otros tribunales como a las partes en los distintos procesos.

1. Ver Lydia Lazar, NAFTA Dispute Resolution, Secret Corporate Weapon?, J. Global Fin. Markets, Winter 2000, en 49. Ver también Jack J. Coe Jr. "Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in its Tenth Year: An interim Sketch of Selected Themes, Issues and Methods", 36 Vand. J. Transna L. 1381 (2003), citados por Jack J. Coe, Jr. en "Emerging Dilemmas in International Economic Arbitration", American University International Law Review, 2005, 20 Am. U. Int'l L. Rev. 929.

Ello podría explicarse por diversas razones: diversidad de experiencias profesionales de parte de los árbitros, incluso en su formación (algunos del derecho continental en tanto otros del denominado “*common law*”), la diversidad de textos en los distintos tratados, etc..

Ante dicho problema surge el tema de la apelación del laudo arbitral. Destácase que ni en el procedimiento arbitral bajo el NAFTA ni en el caso del CIADI, se prevé un recurso de apelación ante un órgano superior.

En el caso del NAFTA, el único recurso previsto es ante los tribunales locales del país en donde el arbitraje tiene lugar, destacándose que dichos tribunales aplicarán las normas locales de arbitraje.³

En el caso del CIADI tampoco existe tal apelación a un tribunal superior, sin perjuicio del proceso de anulación antes comentado que en rigor no constituye una apelación aunque en los hechos, por lo menos en los últimos casos en donde la República Argentina ha resultado demandada, en un caso el actor y en el otro la República Argentina, han solicitado la anulación de los laudos que le han sido desfavorables, respectivamente.⁴

2. Ver Coe, antes citado, en página 1459-60.

3. Ver Jack J. Coe Jr. , Domestic Court Control of Investment Awards: Necessary Evil or Archilles Heel Within NAFTA and the Proposed FTAA, 19 J. Int’l Arb. 185 (2002).

4. Ver los casos Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. República Argentina, donde la anulación fue solicitada por la actora y CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina en donde la anulación fue solicitada por la República Argentina. De acuerdo con el artículo 52 del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la anulación únicamente puede solicitarse en base a las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiera constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. Las más típicas causales invocadas son las incluidas en los párrafos (b) y (e) anteriores.

No cabe duda que la existencia de un tribunal de apelación le daría mayor coherencia a las decisiones de los distintos paneles, aunque ello atentaría contra la supuesta agilidad de los procedimientos, una de las supuestas ventajas del arbitraje. En este sentido, por ejemplo, los Estados Unidos han comenzado a adoptar como política la creación de tribunales de apelación para los distintos procedimientos arbitrales como en el caso de la Organización Mundial de Comercio (WTO en sus siglas en inglés). Debe destacarse, en verdad, que esta necesidad de coherencia o uniformidad de criterios comienza hoy a aparecer como un reclamo en los casos de arbitrajes contra Estados, ya que ello no resultaba, y no resulta, tan palpable en los arbitrajes entre partes privadas.

3. La reciente reforma de la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI

A partir del 10 de Abril de 2006 entró en vigencia una reforma de la Regla 41 de las Reglas del CIADI, el cual incorporó en su párrafo (5) el siguiente texto:

“(5) Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción deben, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico” .⁵

Esta reforma importa introducir en el procedimiento ante el CIADI una excepción previa que incluso no existe en otros procedimientos arbitrales, tales como los vinculados con el NAFTA⁶, y que permitiría a las partes, en caso de que prosperase la excepción, evitar la sustanciación de la causa y obtener una resolución sobre el fondo con anterioridad. Debe destacarse que la nueva norma se aplica en un contexto y tiene un alcance diferente a la establecida en el artículo 36 del Convenio CIADI el cual dispone:

“(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita ⁷ al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte ... (3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación”.

El factor común entre ambas normas es el término “manifiesto” que caracteriza a la falencia de la solicitud. Es decir que en ambos casos

5. El párrafo (i) de la misma regla citado es el que prevé la excepción de jurisdicción que las partes pueden plantear respecto de que el Centro carece de jurisdicción para resolver la disputa.

6. Por ejemplo, en el caso *Mehanex Corp. v. United States*, los Estados Unidos solicitaron al Tribunal que declarase “inadmisible” el reclamo formulado por el inversor. Los Estados Unidos argumentaron que el reclamo carecía de “admisibilidad” en tanto el inversor no había descripto correctamente la existencia de un incumplimiento del tratado. El Tribunal resolvió no hacer lugar a la petición ya que no encontró base normativa, sea bajo el NAFTA o las reglas procesales de UNCITRAL, para encuadrar la misma. Citado por Jack J. Coe, antes citado.

7. Nótese que la norma se refiere a la presentación de una “solicitud de arbitraje” (“request for arbitration” en la versión en inglés del Convenio). Es claro, especialmente si se hace referencia al contenido que debe tener dicha solicitud y que se enumera en el párrafo (2) de la misma norma, que se trata de un escrito en donde no se desarrollan los argumentos de fondo sino que se plantea la controversia y la cuestión a ser debatida. Por el contrario, por ejemplo, la versión en español del artículo 4 del Reglamento de Arbitraje de CCI dispone que “la parte que desea recurrir al arbitraje conforme al presente Reglamento deberá dirigir su demanda de arbitraje (“la Demanda”) a la Secretaría ...” Esto último, desde el punto de vista práctico genera un problema para quien debe iniciar el arbitraje bajo CCI ya que en principio parecería obligar a la misma a presentar una “demanda” la cual, al menos, para los abogados argentinos acostumbrados a litigar en los fueros locales ello importa un escrito en donde se exponen y desarrollan no sólo los hechos de la causa sino también el derecho (conf. artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

dicha falencia debería poder ser determinada a primera vista. En el caso del artículo 36 del Convenio, esa determinación es realizada por el Secretario General antes de la constitución del tribunal arbitral quien no entra en el análisis de la cuestión de fondo sino en los elementos básicos que sustentarían el derecho a recurrir al arbitraje. Es decir, la existencia del tratado correspondiente o su validez, la existencia de la cláusula compromisoria, que está incluida en la mayoría de los tratados de protección de inversiones, la nacionalidad invocada que daría derecho al acceso al tribunal, etc.

Por el contrario, en el nuevo texto de la Regla 41 dicha investigación es efectuada por el tribunal arbitral que ya está constituido y el análisis de la cuestión se centra en el fondo de la pretensión y el derecho que la sustentaría.

También el nuevo párrafo (5) de la Regla 41 es independiente de la excepción preliminar de falta de jurisdicción del Tribunal prevista en el párrafo (i) de la misma Regla. Dicho párrafo dispone que:

“(1) Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La Parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar ante del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción.”⁸

8. De acuerdo con lo previsto en los párrafos (3) y (4) de la misma Regla, el Tribunal podrá suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión, fijando un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción. El Tribunal también podrá decidir si se pronunciará sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Cabe destacar que en todos los casos en donde la República Argentina es parte ante el CIADI, la misma ha planteado la falta de jurisdicción del Tribunal como excepción previa y los tribunales arbitrales han resuelto considerar la misma como cuestión previa y, luego de sustanciar la misma, incluyendo una audiencia específica en donde las partes discuten la cuestión frente al Tribunal, han resuelto rechazar la misma y continuar con el arbitraje.

Si bien ello es así, el resultado final para ambos institutos es el mismo ya que de acuerdo con lo previsto en el párrafo (6) de la misma Regla, “*si el Tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto*”.

En la 3. Conferencia del Institute for Transnational Arbitration que se realizara en Buenos Aires los días 14 a 16 de Marzo de 2007, uno de los paneles que integré consideró esta cuestión y los abogados norteamericanos reconocieron que la nueva norma era muy semejante a lo que ellos denominan en el derecho procesal de los distintos Estados como “*motions to dismiss*” o en el caso de los arbitrajes comerciales “*dispositive motions*” de acuerdo con las cuales las partes pueden solicitar al tribunal que antes de sustanciar la causa, resuelva la misma atento a su “*manifiesta falta de mérito*”. Nuestros colegas norteamericanos expresaron igualmente en la Conferencia que resulta muy difícil que dicha excepción prospere y que los tribunales en los Estados Unidos son muy reacios a resolverlas favorablemente salvo que efectivamente la falta de mérito del reclamo surja palmaria.

Debemos destacar que en nuestro derecho positivo no existe una norma similar, por ejemplo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Si bien el mismo prevé como excepciones previas en su artículo 347 incs. 3 y 5 las de falta de legitimación para obrar, en el actor o en el demandado, cuando fuere manifiesta ⁹ y la de defecto legal en el

9. En este sentido, nuestra Jurisprudencia ha resuelto que ésta debe referirse a la inexistencia de título o derecho a litigar en el actor, o de la calidad de deudor atribuida al demandado, pero sólo puede fundarse en la carencia de legitimación sustancial del accionante y no en la legitimidad del derecho por el ejercicio inobjetable de una relación jurídica (CNCiv. Sala A, ED 76-496). También los tribunales locales han dicho que la falta de legitimación sustancial consiste en una ausencia de cualidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella a quien la acción está concedida, o entre la persona del demandado y aquella contra la cual se concede (CN Com., Sala A, ED, 15-V-1981, pág 10).

10. De acuerdo con Enrique M. Falcón, "Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, p. 592, "la excepción de defecto legal se desarrolla a través de la ausencia de dos presupuestos procesales, el de la claridad y el de formalidad. En todos los casos los defectos deben ser de grave entidad que impiden el derecho de defensa".

modo de proponer la demanda ¹⁰, las mismas no son asimilables a esta excepción prevista ahora en la regla 41 que comentamos, la cual tiene un alcance mayor.

Tampoco tiene norma similar el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), aunque cabe destacar que el artículo 6 de dicho Reglamento dispone que *“si la Demandada no contesta a la Demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. Si la Corte no estuviere convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue”*.

Como puede advertirse, la norma del Reglamento de CCI se limita a la existencia o no de la cláusula compromisoria y no al fondo de la cuestión, tal como sucede con la nueva norma del Reglamento del CIADI.

En el derecho anglosajón este tipo de excepción tiene como finalidad evitar el juicio (*“trial”*) es decir todo el proceso vinculado con la producción y control de la prueba. Dicho remedio, en el caso de los procesos arbitrales, puede llegar a estar en conflicto con algunas normas de procedimientos, por ejemplo, en los Estados Unidos en cuanto el Uniform Arbitration Act establece en su sección 5 (b) el derecho de las partes a ser oídas, de presentar pruebas conducentes para la investigación y de repreguntar a los testigos propuestos.¹¹ Por ello, salvo

11. El mismo principio es el que siguen los tribunales de dicho país, ver por ejemplo *Mikel v. Scharf*, 85 A.D. 2d. 604, 604, 444 N.Y.S. d2 690, 691 (1981).

que dicha excepción esté expresamente prevista en los procedimientos aplicables o en el contrato que vincula a las partes en el procedimiento arbitral, la misma no sería admisible, especialmente teniendo en cuenta que según la jurisprudencia de dicho país, los laudos no son materia de revisión ya que los árbitros son los únicos jueces tanto respecto del derecho como de los hechos.¹²

En la Conferencia indicada anteriormente, se discutió extensamente cuál podría ser el futuro en la aplicación de esta excepción. Algunos participantes opinaron que al igual que ocurre en los Estados Unidos, su aplicación será muy restrictiva y que por ende realmente de excepción.

Sin perjuicio de esto último, cabe resaltar que lo que parecería ser una herramienta para agilizar la carga de trabajo de los tribunales arbitrales y un medio para evitar la interposición de lo que algunos denominan "demandas frívolas", puede resultar en un escollo más para los inversores que deberán litigar sobre la excepción haciendo aún más largo un procedimiento que debería ser ágil y dinámico.

4. Conclusión

Como se desprende de los distintos temas esbozados en este artículo, el arbitraje es hoy un procedimiento en continuo desarrollo, especialmente al que involucra a los Estados como parte de los mismos, en esta nueva concepción de reconocer a los particulares status internacional para demandar a los mismos por los posibles incumplimientos de tratados internacionales que justamente prevén dicho status.

También es claro que en el caso del CIADI, la influencia de los abogados anglosajones es muy importante tanto en la incorporación de institutos propios de sus sistemas legales, como en la concepción y desarrollo del procedimiento.

12. "Volkman vs. Volkman", 688 N.W. 2d. 347, 348-349 (Minn. Ct. App. 2004).

EL DOMINIO DE LOS HIDROCARBUROS Y LA LEY 26.197

Orlando De Simone

I. Antecedentes históricos

El país asistió a un largo debate en torno a la titularidad del dominio de los yacimientos de hidrocarburos en el que participó, también, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y que culminó, parcialmente, con la reforma constitucional de 1994.¹

En primer lugar, encontramos el Código de Minería que adhiere al sistema *regalista* declarando en su artículo 7 que "Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren", aunque el Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresamente establecidos por el Código (artículo 9). Al mismo tiempo, establece que "Sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el artículo 7, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal".

Sin embargo, a través del tiempo se produjo una profunda alteración del sistema del Código de Minería al autorizarse al Estado a explotar: (i) yacimientos de petróleo en zonas de reserva², (ii) yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos³, (iii) hidrocarburos sólidos⁴, (iv)

1. OYHANARTE, JULIO, Régimen constitucional de las fuentes minerales de energía, La Ley, tomo 88, sección doctrina, página 863; MARTÍNEZ DE HOZ (H), JOSÉ ALFREDO, El petróleo y las fuentes naturales de energía frente a la reforma de la Constitución, Jurisprudencia Argentina, 1957-III-119; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Las provincias y las minas, El Derecho, tomo 83, página 392 y El viejo problema de la "propiedad minera": el petróleo en el contexto del federalismo, El Derecho, tomo 129, página 471; GONZÁLEZ, CARLOS EMÉRITO, Los yacimientos de petróleo y gas son sustancias de propiedad de la Nación, El Derecho, tomo 129, página 465; CASSAGNE, JUAN CARLOS, La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos, El Derecho, tomo 145, página 857; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, FALLOS: 301:341; 311:1265.

2. Ley 7059.

3. Ley 12161

4. Decreto 22389/45.

5. Ley 12009.

6. Decreto 22.477/56 (actualmente derogado por el artículo 16 de la Ley 24.498).

7. Ley 18.605.

minerales como el cobre, hierro, manganeso, etc.,⁵ (v) minerales nucleares⁶ y (vi) los yacimientos ferríferos de Sierra Grande.⁷

La Constitución Nacional de 1949, declaró a los minerales, caídas de agua, yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación. Algunos años más tarde, la proclama del 27 de abril de 1956 del gobierno revolucionario declaró la vigencia de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898.

Llegarían luego la Ley 14773 que declaró los yacimientos de hidrocarburos bienes inalienables e imprescriptibles del Estado Nacional, estableciendo el monopolio estatal de su explotación y prohibiendo el otorgamiento de concesiones y, nueve años después, la Ley 17319 ratificó la propiedad inalienable e imprescriptible de los yacimientos de hidrocarburos como pertenecientes al patrimonio del Estado Nacional, y estableció un sistema mixto al reservar áreas para las empresas estatales y el otorgamiento de permisos de exploración y concesiones de explotación y de transporte.

Más tarde, la Ley 24145 transfirió "el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las provincias en cuyos territorios se encuentren, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de doce (12) millas marinas medidas desde las líneas de base reconocidas por la legislación vigente". Esta transferencia quedaba condicionada a la sanción y promulgación de la nueva ley de hidrocarburos encomendada a una Comisión de Provincialización de Hidrocarburos, la que nunca fue sancionada.

Finalmente, la Convención Nacional Constituyente de 1994 incorporó a la Constitución Nacional el artículo 124 que en su último párrafo establece que "*Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*".

Una somera referencia a los antecedentes históricos que informan dentro de la legislación minera aplicada en el período colonial la cuestión vinculada con el dominio de las minas, fue realizada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁸

8. FALLOS: 301:341. *En esta oportunidad, la Corte señaló que “El primer ordenamiento legal que tuvo aplicación en el entonces Virreinato del Río de la Plata, fue el de las llamadas Ordenanzas de Toledo, dictadas hacia 1574 por el virrey del Perú, Francisco de Toledo, y que rigieron en nuestro territorio no solo cuando formaba parte del Virreinato del Perú sino también posteriormente, cuando se erigió, en 1776, el del Río de la Plata. La Real Ordenanza de Intendente de 1782 así lo dispuso aunque con la advertencia de la sanción de otro cuerpo legal destinado a reglar todo lo atinente a la minería. Las Ordenanzas afirmaban la plena propiedad de la Corona sobre todos los minerales y declaraban que las minas formaban parte de su dominio privado. Que poco tiempo después, la Real Cédula del 5 de agosto de 1783, que introdujo modificaciones a la Ordenanza antes citada, extendió al Río de la Plata las que Carlos III había sancionado para Nueva España el 22 de mayo de ese año. Esta reglamentación, destinada a perdurar en el régimen jurídico de la minería argentina, reiteraba que las minas eran propias de la Corona “así por su naturaleza y origen” (art. I, título V), ratificando el principio realista de las Ordenanzas de Toledo basado en el reconocimiento del dominio eminente del Estado. Sin perjuicio de ello, el monarca señala que “sin separarlas de mi Real Patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión (art. II, título V)” Estas ordenanzas regían en el Virreinato al producirse la Revolución de Mayo y, al decir de Joaquín V. González, era “el código que hemos encontrado en vigencia los argentinos cuando nuestra nación declaró su independencia” (Obras Completas, Universidad Nacional de la Plata, 1935, t. IV) y constituirán, según el ilustre hombre público, “el origen histórico y jurídico de nuestro regalismo minero porque la Nación Argentina es sucesora universal de los soberanos de España sobre los territorios que desligó de la Corona por la guerra y, por lo tanto de todo aquello sobre lo cual el Rey o la Corona o el Real Tesoro tenían dominio” de manera que esos derechos se transmitieron al “pueblo argentino, único depositario de la soberanía en cuya virtud existe la entidad del Estado” (ob. cita., p. 172). Que una vez comenzada nuestra vida independiente, tocó a la Asamblea Constituyente del año 1813 dictar lo que se conoció como Reglamento de Mayo, destinado básicamente a estimular la explotación minera “toda vez que esta forma, después del crédito público, la base más sólida del sistema de hacienda”; y, poco después, antes de la disolución de la autoridad nacional, el Directorio dispuso por decreto del 21 de mayo de 1819 y tras aprobar el reglamento elaborado por el gobernador de La Rioja, Diego Barrenechea, que se siguieran observando las Ordenanzas de Nueva España y, supletoriamente, las del Virrey Toledo. Que sancionada la Constitución –que como se sabe atribuyó al legislador nacional la facultad de dictar el código de minería– el Congreso elaboró el llamado Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación Argentina. En lo que aquí interesa, dispuso que ínterin el Congreso cumpliera con aquel mandato “regirán en la Confederación las Ordenanzas de México, con las modificaciones que las legislaturas de provincia hayan hecho en ellas” (ti. X, art. 1) poniendo a cargo de la Administración General de Hacienda y Crédito que se creaba, llevar “el registro de la propiedad territorial pública y nacional en toda la Confederación incluso la subterránea de minas” (ti. II, art. 1, inc. 10). La decisión importaba mantener la vigencia*

2. La reforma constitucional de 1994 y la Ley 26197

Hemos adelantado que la reforma constitucional de 1994 reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Sin embargo, hemos tenido oportunidad de señalar que este reconocimiento no implica sustraer a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional,⁹ porque del debate en el seno de la Convención Constituyente de Santa Fe surge claramente que la

del principio regalista minero, como explícitamente parece surgir de las opiniones vertidas durante el debate que precedió a la sanción del Estatuto por el ministro de Hacienda, Mariano Fraguero, y por el constituyente José M. Gorostiaga. En la sesión del 7 de diciembre de 1853, al discutirse el texto del art. 10 del ti. X, ambos coincidieron en reconocer que las minas eran “propiedad del soberano” (Asambleas Constituyentes Argentinas, t. IV, p. 643). Que aunque explícito este reconocimiento del principio regalista que atribuía el dominio eminente de las minas al Estado, ninguna disposición legal había decidido de manera expresa si tal dominio correspondía exclusivamente a la Nación o si las provincias tenían derecho a las ubicadas en sus respectivos territorios. Pero en 1862, el Poder Ejecutivo encomendó a Domingo de Oro la elaboración de un proyecto de código basado sustancialmente en las Ordenanzas de Méjico, el cual atribuía la propiedad de las minas a la Nación cualquiera que fuese el territorio en el que se hallaran; tal proyecto, aunque aprobado por una comisión revisora integrada, entre otros, por Fraguero, no mereció sanción del Congreso. Cabe señalar que la comisión revisora de la que formaba parte el ex ministro de Hacienda y presidente de la Convención Reformadora de 1860, sostenía que las minas debían considerarse entre “las cosas que forman los bienes de la Nación” (González, Joaquín V., ob. cit., p. 189). Que en los años que precedieron a la sanción del código de minería, frustrado el proyecto de Domingo de Oro, la vigencia de las Ordenanzas coexistió con las disposiciones del código civil sobre la materia que, como la del art. 2342, in. 2, ratificaban, con relación a las sustancias mineras allí indicadas, el principio regalista ya arraigado en la concepción del derecho minero argentino y afirmaban que respecto de algunas que enumera la propiedad se confería a las provincias o al Estado Nacional según su ubicación territorial. Se suscitaron, empero, problemas interpretativos acerca de la prevalencia de las disposiciones de este cuerpo legal sobre las de las Ordenanzas, los que motivaron algún pronunciamiento de la Corte Suprema como el registrado en Fallos 25:13. Allí se reconoció que “aunque el código civil dictado posteriormente, ha declarado de propiedad de las provincias las minas comprendidas dentro de su territorio, esto en manera alguna importa derogar la legislación anterior del Congreso”. Esta resolución que, es bueno destacarlo, fue suscrita por Gorostiaga –entonces integrante del Tribunal- debe interpretarse en el sentido de que se refiere a disposiciones de la ley minera no consideradas, como es obvio, por el codificador civil, y por tanto subsistentes en su vigencia. Lo cierto es que el art. 2342 ratificó el principio regalista, por lo que González pudo decir que concordaba “perfectamente con la tradición jurídica argentina” (ob. cit., p. 191). Que, finalmente, se arriba a la sanción del código de minería, encomendado al doctor Enrique Rodríguez, en cumplimiento de la ley del 26 de agosto de 1875 que disponía la revisión del proyecto de Oro “tomando como base el principio de que las minas son bienes privados de la Nación o las provincias, según el territorio en el que se encuentren”, el que fue recogido en el artículo 7 del actual código. Hasta entonces, puede afirmarse que el sistema regalista que acuerda al Estado lato sensu la jurisdicción sobre las minas se mantuvo como un concepto jurídico inalterable a lo largo de toda la legislación minera y subsiste hoy –aunque no plenamente- en la economía del código vigente”.

tesis mayoritaria fue otorgar a las provincias el dominio mas no la jurisdicción sobre dichos recursos. En tales condiciones, la Constitución ha reservado al Congreso Nacional la facultad de reglar las relaciones jurídicas que nacen del uso y del aprovechamiento de los yacimientos de hidrocarburos.

La Ley 26197 tuvo su génesis en el "Acuerdo Federal de los Hidrocarburos 2006", suscripto el 26 de octubre de 2006 por el Presidente de la Nación y los Gobernadores de las provincias de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Santa Cruz, Chubut, Río Negro, La Pampa, Neuquén, Mendoza, Salta, Formosa y Jujuy.

Este acuerdo aprobó el proyecto que luego fue sancionado como Ley 26197 y, al mismo tiempo, creó una Comisión de Trabajo Técnica que tiene la misión de proponer una Base de Datos Integral de los Hidrocarburos y una Comisión de Trabajo Legislativa que debe elaborar un proyecto de ley que introduzca las modificaciones que resulten necesarias para ordenar y perfeccionar la Ley 17319, teniendo en cuenta (i) la normativa constitucional en vigencia; (ii) los cambios y avances tecnológicos existentes en las actividades de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos; (iii) lo dispuesto en la Ley 26197, y (iv) la creación de un organismo federal de coordinación de políticas y necesidades de interés común, compuesto por las provincias y el Poder Ejecutivo Nacional.

La Ley 26197 ratifica, casi íntegramente, la Ley 17319 y nada nuevo genera en torno al dominio y jurisdicción de los yacimientos de hidrocarburos porque, lo único que hace, es reafirmar el principio que contiene el

9. DE SIMONE, ORLANDO, El dominio originario de los recursos naturales (con específica referencia a los yacimientos de hidrocarburos), La Ley 1997-C-1440, sección doctrina; Los hidrocarburos y el medio ambiente. Los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional, La Ley 1998-C-1288, sección doctrina, y La nueva ley de hidrocarburos. El dominio originario de los recursos naturales. Nulidad del artículo 124 de la Constitución Nacional, La Ley, Suplemento actualidad del 18 de febrero de 2007; en el mismo sentido, CORNEJO COSTAS, CARLOS Y BOSCH, FERNANDO A., El régimen actual de regalías en el Derecho Minero Argentino ¿Cuestión de federalismo o de conveniencia nacional?, El Derecho, 175-873.

artículo 124 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer cierta coherencia en quienes firmaron el acuerdo y, por supuesto, en el legislador toda vez que se abstienen de acordar a las provincias la jurisdicción (en cuanto potestad de regulación jurídica) sobre los yacimientos de hidrocarburos.

En efecto, del texto de la ley podemos extraer las siguientes conclusiones:

- El diseño de las políticas energéticas a nivel federal continúa siendo responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional.
- La relación entre las provincias y los sujetos del sector hidrocarburífero seguirá rigiéndose por la ley de hidrocarburos y su reglamentación, motivo por el cual los estados provinciales no podrán modificar aspectos sustanciales de aquella normativa.
- Las provincias no podrán desconocer la sustancia de los derechos otorgados por el Estado Nacional sin violar los derechos adquiridos por los permisionarios, concesionarios o contratistas al amparo del artículo 17 de la Constitución Nacional.
- Las provincias asumen el ejercicio del dominio originario (declaración innecesaria) y la *administración* (no la jurisdicción) sobre los yacimientos de hidrocarburos. En tal sentido, el artículo 6 de la ley otorga a las provincias las siguientes facultades: (i) control y fiscalización de los permisos y concesiones; (ii) exigir el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales que fueran de aplicación en materia de inversiones, explotación racional de los recursos, información y pago de cánones y regalías; (iii) disponer la extensión de los plazos legales y/o contractuales, y (iv) aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley 17319 y su reglamentación (sanciones de multa, suspensión en los registros, caducidad y cualquier otra sanción prevista en los pliegos de bases y condiciones o en los contratos).

- Se transfieren a las provincias los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos, así como cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado Nacional, sin que ello afecte los derechos y las obligaciones contraídas por sus titulares.
- Las regalías hidrocarburíferas deberán calcularse conforme lo disponen los respectivos títulos y se abonarán a las jurisdicciones a las que pertenezcan los yacimientos.

3. La reforma de la Ley 17319

Según hemos visto *supra*, en el "Acuerdo Federal de los Hidrocarburos 2006" está prevista la constitución de una Comisión de Legislación Petrolera con la misión de introducir reformas sustanciales a la actual ley de hidrocarburos 17319.

Sin embargo, la nueva norma no podrá apartarse de lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución Nacional, que sólo otorga a las provincias el dominio y no la jurisdicción sobre los yacimientos de hidrocarburos. Ello es así, porque al regular únicamente lo atinente al dominio y excluir, diría expresamente, lo relativo a la jurisdicción, mantiene plena vigencia la facultad constitucional del Congreso de regular en su totalidad el régimen legal de las minas, entre las cuales se encuentran los yacimientos de hidrocarburos, en virtud de la delegación de la potestad de dictar el Código de Minería efectuada por las provincias a favor del Congreso Nacional.

Para finalizar, decimos que no podrá apartarse de lo dispuesto en el artículo 124 por cuanto el Congreso no puede abdicar del derecho que le han otorgado los constituyentes de 1994, entregando sus facultades a las jurisdicciones locales y, de esa forma, aniquilar la distribución impuesta por el poder constituyente y el mecanismo institucional establecido por la Constitución Nacional.

LA EXPORTACIÓN AGROPECUARIA Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Por Cristian E. Rosso Alba ¹

Transcurridos un poco más de tres años desde que el Congreso de la Nación aprobara la ley 25.784, consideramos oportuno evaluar retrospectivamente sus efectos y, eventualmente, su incidencia en el sistema tributario argentino. Vale la pena recordar que dicha reforma modificó el plexo normativo del Impuesto a las Ganancias en materia de precios de transferencia², particularmente en relación al sector exportador de *commodities* (i.e. bienes con cotización de sus precios en mercados transparentes, tales como cereales y oleaginosas, entre otros). Por primera vez en la legislación local, y en el Derecho Comparado, se introdujo la obligación de valuar tales exportaciones al mayor valor resultante de comparar los precios de tales *commodities* a la fecha de concertación de la compraventa internacional con los vigentes en plaza a la fecha de embarque de la mercadería. Este procedimiento de valuación, conocido localmente como el “*sexto método*”, no es sino un régimen punitivo de tributación que el legislador quiso instaurar para desalentar determinadas exportaciones triangulares de bienes, en las que intervenía un intermediario extranjero sin genuina substancia económica. A tal efecto, el legislador incluyó tres estándares normativos para determinar cuándo dichos intermediarios resultan “calificados” y, por tanto, excluidos del régimen punitivo de tributación. Dichas

1. Socio del estudio Rosso Alba, Francia & Ruiz Moreno. LL.M/Harvard Certificate in Int'l Taxation, Harvard University. Especialista en Tributación, U.B.A, Fac. de Cs. Económicas.

2. La problemática de los precios de transferencia, que predica respecto de la adecuada valuación de los flujos de comercio internacional de bienes y servicios entre empresas afiliadas o integrantes de un mismo grupo económico, es objeto de una vasta experiencia internacional que -a nivel de legislación comparada- supera holgadamente los sesenta años de desarrollo normativo. El bien jurídico tutelado por estas normas es claro: preservar la base imponible atribuible a cada país donde las empresas transnacionales se ubican, de modo tal de evitar la manipulación de los precios aplicados por tales empresas afiliadas. En ausencia de tales normas tributarias, las empresas transnacionales tendrían un incentivo para actuar en beneficio del grupo y, sacrificando el interés de una o varias empresas miembro, dejar la mayor parte de la base imponible en las jurisdicciones de menor tributación internacional comparativa.

pautas normativas se refieren a los activos del intermediario, sus riesgos, funciones, tipos de operaciones realizadas y al volumen de transacciones con sus empresas vinculadas.

Durante el debate de la Ley 25.784³ ante la Comisión de Presupuesto y Hacienda del Senado de la Nación, tuvimos oportunidad de evaluar la legislación entonces propuesta, tanto desde el punto de vista de la legislación comparada como desde el estricto plano de política tributaria. En materia de Derecho Comparado señalamos que tanto en países competitivos con nuestra agro-exportación (e.g. Australia, Chile, México, Holanda, Canadá) como en países con más de sesenta años de experiencia en materia de legislación y fiscalización de los precios de transferencia (e.g. Estados Unidos, Inglaterra) no existen precedentes similares al denominado “*sexto método*”. Asimismo, advertimos que, desde el punto de vista de política tributaria -y a fin de resguardar el conocido principio de “preservación de la base imponible”- era suficiente con aplicar la legislación general en materia de precios de transferencia, tal como fuera actualizada por las leyes 25.063 (1998) y 25.239 (1999). Dichas reformas alinearon (al menos en cuanto a los métodos) los procedimientos de fijación de los precios de transferencia entre empresas internacionales afiliadas, con los estándares internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

En aquella oportunidad señalamos que, en paralelo al principio básico de política fiscal de “preservar la base imponible” existe otro, no menos importante, que consiste en resguardar la competitividad internacional de los agentes económicos de cada país.⁴ Es doctrina aceptada de Derecho

3. Sobre el contenido de la reforma y el debate parlamentarios, ver Rosso Alba, Cristian: “An Inside Look at Argentina’s Tax Reform on Transfer Pricing”, *Practical Latin American Tax Strategies*, Vol 6, Diciembre de 2003, página 1.

4. Sobre los principios generales de tributación internacional, en el Derecho Comparado, ver Rosso Alba, Cristian, “Los problemas de la evasión y elusión en las transacciones internacionales”, *Comercio Internacional e Imposición*, obra coordinada por el Profesor Víctor Uckmar, Editorial Abaco Depalma, 2003, página 907 y siguientes.

Comparado que cuando se evalúan las bondades de una reforma fiscal debe tenderse a lograr el mayor grado posible de neutralidad fiscal (i.e. generar la menor presión fiscal excedente, que conlleva un sacrificio de eficiencia económica que no se traduce tampoco en recaudación), a fin de preservar tal competitividad internacional del sector productivo de un país. En definitiva, es ajeno a toda discusión que la mejora de dicha competitividad, y la penetración creciente de mercados extranjeros con productos locales de alta calidad y creciente valor, se traduce en una mejora directa del bienestar general, ya sea a través de la generación de empleo, el incremento de la tasa de formación de capital, la penetración de mercados extranjeros con manufacturas del país, etc. Y todo ello redundará, directa y necesariamente, en una mayor recaudación tributaria, resultante de la expansión de la producción y el aumento de la base imponible de los tributos Nacionales, Provinciales y Municipales.

En aquella oportunidad no primó, en nuestro criterio, una sana política tributaria, capaz de compatibilizar la preservación de la recaudación sin afectar la competitividad internacional del aparato productivo local.

La situación fue luego agravada con el posterior dictado del Decreto 916/04, que extendió el ámbito punitivo del sexto método a situaciones no previstas por el legislador, en clara lesión al principio constitucional de legalidad.

De acuerdo con el debate parlamentario de la ley, y el propio texto normativo, es presupuesto *ex lege* para la aplicación del sexto método la existencia de una operación de exportación del país, realizada a un sujeto vinculado del exterior, en la que participe un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería. Así lo previó expresamente el Congreso, al introducir un novedoso párrafo sexto al artículo 15 de la ley del gravamen. Es más, el legislador luego reiteró tal exigencia en el anteúltimo párrafo de dicha norma, al prever que la AFIP sólo podrá extender el *sexto método* a otras operaciones internacionales en tanto se dé el presupuesto normativo de la operación

triangular: exportación del país, a un sujeto vinculado del exterior, en la que participe un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería. El Decreto 916/04, *contra legem*, extiende el *sexto método* a operaciones no triangulares, aspecto que -si quedaba alguna duda por la oscuridad de la norma reglamentaria- fue dirimido por el Decreto 1287/05, al rechazar el reclamo impropio del sector agro-exportador. Para el reglamentador basta la mera exportación del país a un intermediario internacional *no calificado*, para que resulte aplicable el sexto método.

En la práctica, y a través de una serie de tecnicismos cuyo desarrollo excede el contenido de este trabajo, el Decreto 916/04 termina creando afiliaciones fictas entre empresas independientes o vinculaciones económicas entre exportadores que —en la práctica- resultan en abierta competencia comercial en el mercado. En otros casos, tal Decreto termina haciendo depender a partes independientes —tanto en el plano jurídico como comercial- de la información que le pueda (o no) proveer su cliente no vinculado, ya que sólo la prueba producida por el intermediario *calificado* excluye al exportador argentino del ámbito punitivo del sexto método. Nótese que, en este sentido, el intermediario internacional debe certificar al exportador del país el cumplimiento de los tres complejos estándares de substancia económica contenidos en el séptimo párrafo del artículo 15 de la ley. De no cumplirse con tal certificación, el Decreto 916/04 penaliza al exportador del país vinculándolo al grupo económico del *trader no colaborativo* del exterior.

El Decreto 916/04 ciertamente no favorece la exportación del país; por el contrario la penaliza, al sancionar al agro-exportador que comercialice con los *traders internacionales* que —a lo largo de muchos años- se ha especializado en desarrollar mercados de alto valor agregado para la comercialización de productos argentinos. Tal es el caso, por ejemplo, de los intermediarios internacionales especializados harinas proteicas argentinas, que se ven hoy sancionados por una norma que prevé que el intermediario resultará *no calificado* cuando su actividad principal

consista en comercializar bienes desde o hacia la República Argentina. El Decreto 916/04 también resulta palmariamente inconstitucional cuando dispone su aplicación retroactiva a períodos fiscales concluidos con anterioridad a su dictado. Esta extensión del ámbito temporal de una ley tributaria mediante decreto, viola el principio de legalidad en esta materia (artículos 4, 17, 52, 75 inciso 2 y 99 inciso 3 de la Constitución Nacional); así como el derecho de propiedad de los contribuyentes, tal como lo ilustra la doctrina de la Corte in re “*Insúa*” y “*Juan Fullana*”, entre muchos otros conocidos fallos. Ello es así en tanto (i) el Decreto 916/04 fue dictado al año subsiguiente de la entrada en vigencia de la Ley 25.784 (que reglamentó), y (ii) durante ese lapso de tiempo, anterior al dictado del decreto reglamentario, la mayoría de los contribuyentes debió cumplir con las obligaciones formales y sustanciales correspondientes al impuesto a las ganancias por el período fiscal del año 2003, conforme a la ley 25.784. La Justicia hoy tiene la palabra sobre el tema, y podrá reestablecer la juridicidad perdida en la materia.

Pero también hoy podemos seguir aprendiendo lecciones del Derecho Comparado, si queremos insertarnos en el mundo globalizado que nos toca enfrentar. Recientemente la República Oriental del Uruguay sancionó una reforma impositiva integral, que incluye un capítulo específico en materia de precios de transferencia. Se trata de la Ley 18.083, publicada el 18 de enero del corriente año, y de próxima aplicación. El legislador del

5. Ley 18.083, publicada en el Boletín Oficial el 18.1.07. Al respecto contiene la siguiente norma " ARTÍCULO 43. Operaciones de importación y exportación realizadas a través de intermediarios.- Sin perjuicio de lo establecido precedentemente, cuando se trate de operaciones realizadas entre sujetos vinculados, que tengan por objeto productos primarios agropecuarios y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario en el exterior que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, se aplicará preceptivamente el método de precios comparables entre partes independientes, considerándose tal, a los efectos de este artículo, el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería, cualquiera sea el medio de transporte utilizado, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario.

El método dispuesto en el inciso anterior no será de aplicación cuando el contribuyente demuestre fehacientemente que el intermediario reúne, conjuntamente, los siguientes requisitos: (A) Tener residencia en el exterior y real presencia en dicho territorio, contar allí con un establecimiento comercial donde sus negocios sean administrados y cumplir con los requisitos legales de constitución e inscripción y de presentación de estados contables. Los activos, riesgos y funciones asumidos por el intermediario

vecino país evaluó el sexto método como está legislado en nuestro país y se apartó del texto local en un aspecto fundamental: las exportaciones trianguladas de *commodities* no son sancionadas con el mayor precio en plaza a la fecha de concertación o embarque, *sino sólo con el vigente en ésta última oportunidad*. Es decir, que si se dan los extremos legales de triangulación penalizada, el legislador del Uruguay ordena efectuar la valuación a la fecha de embarque exclusivamente, sin considerar la de concertación.⁵ Ello así tanto cuando el precio del *commodity* haya subido a la fecha de embarque, *como cuando haya bajado* respecto de la fecha de concertación.

No deja de ser una norma criticable desde el punto de política tributaria y precios de transferencia en general, pero al menos no luce el grado de arbitrariedad de la norma local. Decimos que resulta igualmente criticable ya que —al igual que la norma argentina— desconoce la ubicación efectiva de los riesgos en la distribución internacional de la base imponible. Por ejemplo, si el fisco fuera congruente con la partida doble fiscal, debiera permitir al sujeto del país contabilizar los gastos de cobertura o *hedge* incurridos por la parte afiliada del exterior, ya que si se apropia del ingreso (incremento de precio entre la fecha de concertación y la de embarque) debiera paralela y congruentemente permitir la apropiación local del gasto de cobertura, asociado a tal fluctuación de precio. En tanto ello no ocurra, la norma de fondo resultará cuestionable con base constitucional por arbitrariedad,

deben resultar acordes a los volúmenes de operaciones negociados. (B) Su actividad principal no debe consistir en la obtención de rentas pasivas, ni la intermediación en la comercialización de bienes desde o hacia la República o con otros miembros del grupo económicamente vinculado. (C) Sus operaciones de comercio internacional con otros sujetos vinculados al importador o exportador, en su caso, no podrán superar el 30% (treinta por ciento) del total anual de las operaciones concertadas por la intermediaria extranjera. La Dirección General Impositiva (DGI) podrá prescindir de la aplicación del método que se instrumenta en los párrafos anteriores, cuando considere que hubieren cesado las causas que originaron su introducción. También podrá aplicarse dicho método a otras operaciones internacionales cuando la naturaleza y características de las mismas así lo justifiquen. No obstante la extensión del citado método a otras operaciones internacionales sólo resultará procedente cuando la DGI hubiere comprobado en forma fehaciente que las operaciones entre sujetos vinculados se realizaron a través de un intermediario que, no siendo el destinatario de las mercaderías, no reúne conjuntamente los requisitos detallados en el inciso segundo del presente artículo.”

e incompatible con las legislaciones de precios de transferencia vigentes en los países de destino o comercialización de nuestra agro-exportación. Incluso dicha norma, en su versión local (y del Uruguay), generará doble imposición internacional, en violación de los numerosos convenios celebrados por el país en la materia, y destinados justamente a evitarla.

Al menos, reiteramos, la legislación del vecino país es menos arbitraria, en tanto toma la fecha de embarque en todas sus consecuencias, y no sólo cuando el precio pactado es mayor al de concertación, como ocurre en nuestro Derecho positivo.

Si sumamos al referido marco normativo de precios de transferencia, los distorsivos derechos de exportación aplicables a la exportación agropecuaria, es claro que el sistema tributario está rápidamente capturando la "competitividad" generada por la devaluación. Es más, los sectores productivos más afectados son aquellos de ubicación más marginal respecto —por ejemplo— de la pampa húmeda, en tanto resultan menos competitivos por la calidad de sus tierras, condiciones climáticas, etc. En la práctica, la norma analizada ha generado un régimen efectivo de tributación regresiva.

Esperemos que la próxima reforma tributaria apele a la experiencia internacional, elimine los tributos distorsivos y logre el tan necesario equilibrio entre la recaudación (destinada a mantener equilibrio fiscal de las cuentas públicas en el tiempo) y la preservación de la competitividad internacional de nuestros agentes económicos. Es el desafío para una política fiscal y económica de mediano y largo plazo.

LOS CONVENIOS CONTRA LA INTERFERENCIA ILÍCITA EN LA AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL*

Por Gilbert Guillaume

Juez y Ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia

Introducción

1. Durante los últimos cincuenta años, la seguridad de la aviación civil internacional ha sido tema de constante preocupación para los gobiernos y transportistas de todo el mundo. En efecto, durante este período, la aviación civil ha sufrido numerosos apoderamientos de aviones y ha sido víctima de actos de violencia, tanto en aeronaves como en aeropuertos. A fin de responder a este desafío, los Estados adoptaron diversas disposiciones, en particular en el seno de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), para prevenir y reprimir dichos delitos.

Sección 1: Convenio de Tokio

2. El primer convenio sobre este tema se firmó en Tokio, el 14 de septiembre de 1963. Ratificado por 182 Estados, se refiere en forma general a las infracciones a las leyes penales y a ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, y establece la jurisdicción del Estado de matrícula de la aeronave para juzgar dichos actos e infracciones. Sin embargo, no excluye ninguna otra jurisdicción penal ejercida conforme a las leyes nacionales. Por último, establece las facultades del comandante de la aeronave durante el vuelo.

En la Conferencia de Tokio, los Estados Unidos, preocupados por la multiplicación de apoderamientos de aviones entre Cuba y Florida, habían logrado que se completara el artículo 11 del convenio a fin de

* Versión al español por cortesía de la T.P. Corina García González.

obligar a los Estados contratantes a tomar todas las medidas necesarias para conservar o restituir el control de la aeronave a su comandante legítimo, en el caso de apoderamiento. Además, la misma disposición establece que el Estado en donde aterrice la aeronave deberá permitir a los pasajeros y la tripulación continuar su viaje lo antes posible y restituir la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores.

Sección 2: Convenio de La Haya

3. Sin embargo, a partir de 1968, los apoderamientos de aviones se multiplicaron y extendieron a otras regiones del mundo. Esta evolución llevó a la OACI a elaborar, en menos de dos años, un convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, adoptado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. Dicho convenio marca un momento decisivo en la represión penal internacional y ha servido de modelo a numerosos instrumentos que, con frecuencia, reproducen sus disposiciones fundamentales.

Delito de apoderamiento ilícito de aeronaves

4. El Convenio de La Haya define en su artículo 1 el delito de apoderamiento ilícito de aeronaves que las partes se comprometen a reprimir y cuyos autores son desde entonces pasibles de extradición. El texto deja a cargo del legislador nacional la tarea de darle una denominación apropiada a este delito, que puede ser diferente en cada país. No obstante ello, el convenio determina sus elementos constitutivos al referirse a «toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo, ilícitamente, mediante violencia o amenaza de violencia, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos».¹

Se observará que, según el texto del convenio, sólo se produce el delito si el autor del apoderamiento se encuentra a bordo de la aeronave en cuestión. Quedan excluidos, por tanto, los desvíos realizados desde tierra o mediante la utilización de otras aeronaves. En efecto, tales

desvíos crean peligros para la aeronave y sus ocupantes de diferente naturaleza a los que se producen en el caso de apoderamiento. Además, la mayoría de las veces, implican la complicidad de los servicios de control de la circulación aérea o la intervención de aeronaves militares. Por ende, plantean problemas de relaciones interestatales que la Conferencia de La Haya prefirió no abordar.

En segundo lugar, el delito se caracteriza por el hecho de que su autor «se apodera de una aeronave» o «ejerce el control de la misma» (por ejemplo, por intermedio de un miembro de la tripulación coaccionado para ejecutar sus órdenes en cuanto a la velocidad, altura o destino de la aeronave).

En tercer lugar, los actos realizados deben ser ilícitos, si bien el convenio no especifica el sentido de este término. En efecto, su inclusión en el texto tenía como objetivo simplemente remitir a los derechos nacionales la tarea de establecer los casos en los que el autor del delito no puede ser considerado responsable del mismo o debe ser excusado (legítima defensa, orden de la ley, demencia, minoría penal).

En cuarto lugar, el delito debe cometerse «mediante violencia o amenaza de violencia», por tanto, el convenio no contempla los casos de desvíos realizados por iniciativa del piloto e incluso de otros miembros de la tripulación. Por el contrario, el término «violencia» debe entenderse en sentido amplio, abarca no solo la violencia física, sino también cualquier otra forma de intimidación (como surge claramente de las versiones inglesa y española del convenio).

Por último, sólo se produce el delito si la aeronave está en vuelo, lo que, por otra parte, no excluye la posibilidad de que el apoderamiento pueda comenzar mientras el avión todavía está en tierra. Además, el

1. N. de la T.: Traducción del texto francés del convenio. La versión española oficial del convenio reza del siguiente modo: «toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo, ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos».

párrafo 1 del artículo 3 contiene una definición de vuelo más amplia de la que suelen incluir los convenios de derecho aeronáutico, puesto que establece que «se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque». En caso de aterrizaje forzoso, se considera que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo.

5. Sin definir lo que debe entenderse por «tentativa» o por «complicidad», el Convenio de La Haya incluye estas dos nociones en su artículo 1. En efecto, el texto establece que comete el delito toda persona que «a bordo de una aeronave en vuelo» intente apoderarse de la aeronave o sea cómplice de la persona que intente o se apodere de la misma. Es de observar, por tanto, que el convenio sólo hace referencia a los cómplices en la medida en que se encuentren a bordo de la aeronave en la que se comete el delito. Por supuesto, si lo desean, los Estados parte pueden acusar y juzgar a los cómplices en tierra, pero no tienen obligación de hacerlo y las disposiciones del convenio relativas a la extradición no se aplican en este caso.

Campo de aplicación del convenio

6. El convenio tiene un amplio campo de aplicación. Su texto se aplica a toda aeronave en la que se produzca el apoderamiento, se trate de una aeronave de transporte o de aviación general, tanto utilizada a título oneroso como gratuito. Sólo se excluyen las aeronaves usadas con fines militares, de aduana o de policía (casos que tampoco contempla el Convenio de Chicago del 7 de diciembre de 1944, mediante el cual se creó la OACI).

Sin embargo, los apoderamientos exclusivamente internos dependen únicamente de la competencia del Estado involucrado. En efecto, el convenio sólo se aplica si el lugar de despegue o de aterrizaje de la aeronave a bordo de la cual se comete el delito está ubicado fuera del

territorio del Estado de matrícula de la aeronave. No obstante ello, aun en el caso de apoderamiento de una aeronave que haya despegado y aterrizado en el territorio del Estado de su matrícula, se aplican los artículos 6, 7, 8 y 10 del convenio si el autor del apoderamiento logra escaparse al extranjero. En tal caso, el Estado interesado puede solicitar la detención y extradición del autor del apoderamiento.

Penas previstas

7. Conforme el artículo 2 del convenio «los Estados contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas». No fue posible adoptar un texto más preciso en La Haya debido a la variedad de sistemas nacionales de represión de delitos (en particular en lo que respecta al concepto de delito grave y al recurso a la pena de muerte).

Competencias jurisdiccionales

8. Luego de haber definido el delito y mencionado la pena, los autores del convenio debieron realizar una elección fundamental. En La Haya, algunos Estados (en especial la Unión Soviética y los Estados Unidos) abogaban a favor de un sistema de extradición de los delincuentes más o menos automático al Estado de matrícula de la aeronave. Otros Estados, en particular los europeos, temían que tal sistema atentara contra el derecho de asilo. Finalmente se impuso esta última postura y no se estableció ningún sistema automático. En consecuencia, el convenio, por precaución, multiplicó los Estados competentes para juzgar el delito. Además, al no determinar ninguna prioridad en el ejercicio de estas competencias, aceptó el riesgo de procesos y condenas múltiples.

El artículo 4 estipula primero la obligación del Estado más directamente interesado, el Estado donde se matriculó la aeronave, de establecer su jurisdicción sobre el delito. Una disposición especial contempla el caso de Estados (como los que crearon la compañía Air Afrique) que hayan constituido organizaciones de explotación en común de transporte aéreo u organismos internacionales de explotación.

Por otra parte, el convenio contempla el hecho de que, por razones financieras o fiscales, los transportistas aéreos con frecuencia utilizan aeronaves matriculadas en el extranjero. Por tanto, mediante una audaz innovación en Derecho Aeronáutico, el convenio establece la obligación para todo Estado contratante de establecer su jurisdicción «si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente».

Al obligar de este modo al Estado de matrícula y, en ciertas circunstancias, al Estado del operador de la aeronave, a establecer su jurisdicción sobre el delito, el Convenio de La Haya se limita a aplicar principios generalmente aceptados en el Derecho Penal: mediante una ficción comúnmente admitida asimila la aeronave en vuelo al territorio de dichos Estados y admite por tanto que estos son competentes para reprimir el delito cometido a bordo de la aeronave.

Sin embargo, el convenio va más lejos aun dado que también crea esta obligación para el Estado de aterrizaje (incluso en el caso en que el apoderamiento haya fracasado antes del regreso a tierra). Por último y sobre todo, establece una jurisdicción universal subsidiaria al precisar que todo Estado contratante debe tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción en el caso de que el presunto autor del delito se encuentre en su territorio y tal Estado no lo extradite al Estado de matrícula, al Estado de aterrizaje o al del operador de la aeronave. De este modo, el convenio crea las condiciones necesarias para que el autor del apoderamiento, en ausencia de extradición, pueda ser juzgado donde sea que se encuentre.

Asimismo, el convenio no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida conforme a las leyes nacionales, se trate de una jurisdicción basada en la nacionalidad del autor o de la víctima del delito, o en el hecho de que el delito se ha cometido en o sobre el territorio del Estado interesado.

Detención e investigación preliminar

9. El artículo 6 del Convenio de La Haya estipula en principio que todo Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el presunto autor del delito «si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia». El texto determina las garantías de que debe gozar la persona detenida. El Estado que ha detenido al presunto autor del delito debe notificar inmediatamente tal detención al Estado de matrícula de la aeronave, al Estado del que sea nacional el detenido y, en ciertos casos, al Estado del operador de la aeronave. Debe comunicar sin dilación los resultados de la investigación preliminar a los Estados mencionados, así como indicar si se propone ejercer su jurisdicción. De este modo, los Estados interesados tienen la posibilidad de solicitar la extradición del presunto autor del delito.

Acción judicial

10. Conforme el artículo 7 del convenio «El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (...). Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con la legislación de tal Estado».

Este texto traslada al derecho positivo la máxima inspirada en Grotius según la cual, en el caso de los delitos más graves, el Estado en cuyo territorio se encuentre al delincuente tendría la obligación de extraditarlo o juzgarlo, *aut dedere, aut judicare*.

Sin embargo, es de notar que el artículo 7 no obliga a los Estados involucrados a juzgar ni menos aún a castigar a los presuntos autores del delito, sino sólo a someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de ejercer la acción penal. En otras palabras, establece la obligación de someter el caso al Ministerio Público (o, en general, a las autoridades encargadas de llevar adelante el proceso judicial).

Así, por ejemplo en Francia, la policía no puede tomar la decisión de archivar la causa, es el Ministerio Público quien debe pronunciarse en las condiciones establecidas por la ley francesa y, en especial, teniendo en cuenta el principio de la oportunidad de la acción. No obstante ello, queda claro que, conforme el espíritu de los autores del convenio, en ausencia de extradición, el Estado donde se encuentre el presunto delincuente debe iniciar la acción judicial.

Extradición

ii. El Convenio de La Haya establece que, en ciertas circunstancias, el apoderamiento ilícito de aeronaves constituye un delito susceptible de extradición, pero no crea ninguna obligación en este sentido y sólo se limita a facilitar la extradición.

Con tal objetivo, el convenio estipula en primer lugar que el delito se considera de pleno derecho incluido como un caso de extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados contratantes. De este modo, el convenio permite recurrir a estos tratados sin que sea necesario revisar los que incluyen listas limitativas de delitos. Asimismo, los Estados contratantes se comprometen a incluir el delito como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

Quedaban por resolver los casos en que no existe ningún tratado de extradición. Algunos Estados, Francia en particular, estaban dispuestos a aceptar que, en tales circunstancias, la extradición es posible basándose en el derecho interno, pero en La Haya los países anglosajones se opusieron a una enmienda neerlandesa en tal sentido. En consecuencia, el convenio comprende disposiciones novedosas en este campo sólo entre Estados que no condicionan la extradición a la existencia de un tratado.

En resumen, el Convenio de La Haya ofrece a los Estados un nuevo esquema para la represión de ciertos delitos graves. Obliga a los Estados

a establecer su jurisdicción para juzgar tales delitos desde el momento en que el presunto delincuente se encuentra en su territorio y, sobre todo, en ausencia de extradición, establece la obligación de someter el caso a las autoridades competentes de tal Estado para el ejercicio de la acción penal. Sin ser por sí mismo la base de la extradición, el convenio tiende a facilitarla.

De este modo, el convenio ha marcado una etapa fundamental en la represión del apoderamiento de aeronaves, aunque sin duda no llega a adoptar las soluciones extremas propuestas por algunos. Estas soluciones, caracterizadas por el automatismo de la detención, ejercicio de la acción penal y extradición, quizás en teoría hubieran sido más satisfactorias. Sin embargo, sólo hubieran sido aceptadas por un pequeño número de países y, por tanto, no hubieran sido de gran utilidad.

Por el contrario, 50 Estados firmaron el convenio al concluir la Conferencia y en la actualidad los Estados partes suman 182. No hay duda de que tal éxito ha contribuido a la represión de la criminalidad en este ámbito.

Sección 3: Convenio de Montreal

12. Al año siguiente, el 23 de septiembre de 1971, se firmó en Montreal un nuevo convenio elaborado sobre el mismo modelo de La Haya a fin de asegurar la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. En la actualidad, 185 Estados son Partes de dicho instrumento.

El mencionado convenio tiene como objetivo la represión de los actos de terrorismo aéreo que enumera en su texto. En primer lugar, el artículo 1 hace referencia a toda persona que «realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave». Luego, en el inciso b) incluye a toda persona que «destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por

su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo». Además, en su inciso c), incluye como delito el hecho de colocar o hacer colocar en una aeronave en servicio un artefacto o sustancias capaces de destruir la aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que por su naturaleza constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo. Por último, el inciso d) abarca ciertos actos realizados contra las instalaciones o servicios de navegación aérea cuando, como en el caso precedente, tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo.

Podemos ver que estos diferentes delitos tienen una característica en común: se trata de atentados contra las personas y los bienes la mayoría de las veces susceptibles de poner en peligro la seguridad de las aeronaves en vuelo. Por tanto, la Conferencia de Montreal se negó a incluir en el convenio otros delitos, en particular la introducción o portación de armas a bordo de aviones, el apoderamiento ilícito de aeronaves por personas que no se encuentren a bordo y la asociación ilícita con el objetivo de cometer alguno de los delitos contemplados en el convenio. Del mismo modo, sólo incluyó las falsas alarmas de bomba en la medida en que constituyan un peligro para la seguridad de las aeronaves.

13. Por lo demás, el convenio se inspira en gran medida en el Convenio de La Haya. Contiene las mismas disposiciones en lo que se refiere a las penas, campo de aplicación, detención, investigación preliminar, acción judicial y extradición. Adopta reglas idénticas sobre las jurisdicciones, limitándose a excluir de la jurisdicción universal los atentados contra las instalaciones y los servicios de navegación aérea y las alarmas de bomba.

El Protocolo de 1988 al Convenio de Montreal

14. Tras los atentados perpetrados en los aeropuertos de Roma y Viena en 1985, se consideró útil completar el Convenio de Montreal con un

protocolo, firmado el 24 de febrero de 1988, sobre ciertos actos de violencia cometidos en el interior de los aeropuertos y que no ponen en peligro la seguridad de las aeronaves en vuelo. Dicho protocolo incluye los actos de violencia ejecutados contra una persona en un aeropuerto que causen o puedan causar lesiones graves o la muerte. Contempla asimismo la destrucción o daños graves a las instalaciones de aeropuertos o aeronaves en tierra, si tales actos ponen en peligro o pueden poner en peligro la seguridad del aeropuerto. Sin embargo, tales conceptos no son de una claridad absoluta, en especial en lo que hace a este último aspecto. En la actualidad, el protocolo cuenta con 160 Estados partes.

Sección 4: Aplicación de los convenios

15. En la mayoría de los casos, los Estados partes en los convenios de La Haya y Montreal debieron modificar su legislación para armonizarla con sus obligaciones internacionales, en particular con respecto a los delitos y las competencias jurisdiccionales.

16. Por otra parte, hoy en día ya contamos con una práctica y jurisprudencia abundante en el ámbito nacional sobre la aplicación de los mencionados instrumentos, sobre todo en lo atinente a la extradición y las competencias jurisdiccionales. Un caso particularmente representativo en derecho francés es el de nacionales estadounidenses que decían pertenecer al movimiento «Panteras Negras» que en 1972 se apoderaron de una aeronave de transporte norteamericana y la desviaron de los Estados Unidos a Argelia y luego se instalaron en Francia. En 1975, Francia se negó a extraditarlos a los Estados Unidos, reconoció a algunos de ellos la calidad de refugiados, pero los juzgó en los tribunales franceses que los condenaron basándose en el Convenio de La Haya y el derecho interno francés (casos Holder y Kerkow).

17. En 1988, el Convenio de Montreal volvió a convertirse en noticia tras la explosión en vuelo de una aeronave de la compañía aérea Panam que sobrevolaba la ciudad de Lockerbie, en Escocia. En 1991 los

Estados Unidos y Gran Bretaña le solicitaron a Libia que entregara a dos nacionales de dicho país acusados de ser los autores del atentado. Libia se negó a entregarlos y declaró que, conforme el Convenio de Montreal, iniciaría una acción penal contra los acusados. Luego, fundamentándose en el artículo 14 del convenio, solicitó a la Corte Internacional de Justicia que condenara a los Estados Unidos y a Gran Bretaña por negarse a cooperar con la Justicia libia.

Sin embargo, estos dos países sostuvieron que el Convenio de Montreal no podía resolver el caso de «terrorismo de Estado» y se dirigieron al Consejo de Seguridad de la ONU. El Consejo emitió diversas resoluciones favorables a las tesis sostenidas por los Estados Unidos y Gran Bretaña, que solicitaron entonces a la Corte Internacional de Justicia que rechazara las demandas de Libia. Mediante sentencia del 27 de febrero de 1998, la Corte se declaró competente y unió a la cuestión de fondo la excepción de no ha lugar presentada por la defensa. Luego continuó la instrucción.

Sin embargo, a fin de salir del impasse, los Estados Unidos y Gran Bretaña le propusieron a Libia juzgar a los sospechosos en un tercer país, los Países Bajos, con un tribunal escocés compuesto de jueces profesionales. Finalmente, se eligió esta solución y el 31 de enero de 2001 la *High Court of the Judiciary* escocesa condenó a uno de los acusados a cadena perpetua y sobreseyó al otro. Luego de este juicio, Libia desistió de su acción ante la Corte Internacional de Justicia e indemnizó a las víctimas en forma apropiada.

Conclusión

18. En general, el sistema creado por los convenios de La Haya y Montreal ha sido muy exitoso. Muchos países han ratificado los convenios y en la actualidad vinculan a más de 180 Estados. Basándose en el principio *aut dedere, aut prosequi*, en la mayoría de los casos estos instrumentos han permitido una represión eficaz. Gracias a estos convenios y a las medidas de prevención tomadas a fin de proteger la aviación civil internacional,

el número de atentados criminales ha disminuido considerablemente durante los últimos cincuenta años.

Bibliografía

Libros

Diederiks-Verschoor (Ph.) - *An Introduction to Air Law*, Kluwer (4a. ed.), pp. 189-206.

Grard (Loïc) - *Droit aérien*, P.U.F. pp. 61-75.

Guillaume (Gilbert) - Terrorisme et droit international (cours de l'Académie de droit international de La Haye), *Recueil des cours*, tomo 215 (1989-III), p. 356 y sgtes.

de Juglart (Michel) - *Traité de droit aérien* (2a ed. de Emmanuel de Pontavice, J. Dutheil de la Rochère y G. Miller), *L.G.D.J.*, tomo 2, pp. 687-772.

Colloque de la Société française de droit aérien sur les détournements d'aéronefs, *RFDAS*, 1978, no 1.

Colloque de l'Institut de droit aérien et spatial de l'Université de Leyden, 1987, «Aviation Security. How to safeguard International Air Transport?».

Artículos de revistas

Féraud (Henri) - La convention de Montréal, R.S.C., 1972, no 1.

Guillaume (Gilbert) - La convention de La Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, *AFDI*, 1970, pp. 35-61; *RFDas*, 1971, pp. 369-392.

Mankiewicz (R.H.) - La convention de Montréal (1971) pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, *AFDI*, 1971, pp. 855-876

RESÚMEN BIBLIOGRÁFICO

Selección de obras ingresadas en la Biblioteca

ACOSTA, MIGUEL ÁNGEL, comp.

Demandas internacionales contra el Estado.

Mar del Plata, Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho / Editorial Universitaria de Mar del Plata, 2006. 113 p.

La defensa argentina en el CIADI, el actual problema de la Argentina, acuerdos bilaterales de inversión y demandas entre tribunales internacionales, la experiencia argentina reciente. Atraer inversiones foráneas a cualquier costo, el actual problema de la Argentina. Controversias en materia de inversiones sometidas a la jurisdicción arbitral del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Buenos Aires, Secretaría Legal y Técnica, 2006. 128 p.
(Edición Conmemorativa, 1996-2006).

Título preliminar: Principios. Límites y recursos. Derechos, garantías y políticas especiales: Disposiciones comunes. Salud. Educación. Ambiente. Hábitat. Cultura. Deporte. Seguridad. Igualdad entre varones y mujeres. Niños, niñas y adolescentes. Juventud. Personas mayores. Personas con necesidades especiales. Trabajo y seguridad social. Consumidores y usuarios. Comunicación. Economía, finanzas y presupuesto. Función pública. Ciencia y tecnología. Gobierno de la Ciudad: Reforma constitucional. Derechos políticos y participación ciudadana. Poder legislativo: Organización y funcionamiento. Atribuciones. Sanción de las leyes. Juicio político. Poder Ejecutivo: Titularidad. Gabinete: Atribuciones y deberes. Poder judicial. Disposiciones generales. Tribunal

Superior de Justicia. Consejo de la Magistratura. Tribunales de la Ciudad. Jurado de Enjuiciamiento. Ministerio Público. Comunas. Órganos de control: Sindicatura General. Procuración General. Auditoría General. Defensoría del Pueblo. Ente Unico Regulador de los Servicios Públicos.

SIMONE, OSVALDO BLAS

Compendio de derecho de la navegación.

2da ed. Buenos Aires, Abaco, s.f 637 p. Bibliografía: p. 627-637.

Notas y citas bibliográficas al pie de página.

Objeto-fin del derecho de la navegación. Ámbitos navegables. Regulación jurídica de los espacios navegables. Sujetos del derecho de la navegación. Bienes, publicidad y gravámenes, Propiedad naval. Publicidad naval. Privilegios marítimos. Hipoteca naval. Contrato de navegación de buques-Instrumentación de los contratos. Responsables de la navegación. Convención de Bruselas (1924). Reglas de Hamburgo. Riesgos y salvamento en la navegación. Abordaje. Avería gruesa. Auxilio o socorro en el agua. Seguros. Delitos y contravenciones. Crédito documentado. Compraventas marítimas. Política naviera. Intereses marítimos.

SIMONE, OSVALDO BLAS

Navegación. Ley 20.094

Buenos Aires, La Ley, 2004. XXXIX, 323 p.

(Colección La Ley comentada).

SIMONE, OSVALDO BLAS

Seguros marítimos.

Buenos Aires, La Ley, 2002. 373 p.

El seguro. Historia externa. Integración. Principios técnicos. Conceptos del seguro. Elementos del seguro. El seguro marítimo. El interés

asegurable. Intereses asegurables por beneficio esperado. Riesgo asegurable. Riesgos asegurables sobre buques. Averías y siniestros. Acciones y derechos del asegurado. Contrato de reaseguro. Seguro marítimo y seguro aeronáutico. Cláusulas tipo UNCTAD.

CODIGOS

SALERNO, MARCELO URBANO Y LAGOMARSINO, CARLOS A. R.
Código Civil argentino y leyes complementarias, comentado y concordado.

5ta ed. Revisada y actualizada. Buenos Aires, Heliasta, 2006. 1104 p. Bibliografía: p. 11. Publicaciones periódicas citadas: p. 13. Índice analítico: p. 977-1085. Índice de leyes transcritas: p. 1087-1088. Notas, comentarios y concordancias al final de cada artículo.

Texto actualizado con la más reciente jurisprudencia y legislación. Incluye la Ley de Emergencia Económica.

OBRAS VARIAS

ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

La academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, su creación. *Prólogo de Alberto Rodríguez Galán. Buenos Aires, la Academia, 2007. 75 p. ilus.*

¿Cuál es la fecha de fundación de la Academia? Las posturas académicas sobre los orígenes. EL 7 de octubre de 1908 como fecha de fundación. Opinión de académicos. Resolución del 13 de julio de 2006. Legislación citada. Otros documentos citados.

CAMARA ARGENTINA DE CASAS Y AGENCIAS DE CAMBIO

Prevención del lavado de activos en el mercado cambiario y financiero. Acciones preventivas contra el financiamiento del terrorismo.

Iguazú, 19, 20 de agosto de 2005. Buenos Aires, 2006. 118 p.

La supervisión y el control de los sectores. El papel de los supervisores de los sectores financieros. El papel de los supervisores de los sectores financiero y cambiario en la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Combatiendo el financiamiento del terrorismo. Visión de las unidades de información financiera acerca de una mayor interacción entre los sectores públicos y privados.

COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE CAPITAL FEDERAL

Un soplo de vida, los 20 años del Colegio Público.

Buenos Aires, El Colegio Público, 2006 182 p. ilus.

Reseña de la trayectoria y labor desarrollada durante los veinte años de vida de la institución por los doctores Antonio A. Spota, Humberto H. Podetti, Carlos R. G. Cichello, Norberto T. Canale, Jorge A. Baqué, Atilio A. Alterini, Hugo Germano, Carlos A. Alberti, Luciano F. Ibáñez y Jorge G. Rizzo.

Prehistoria. Con el Colegio al hombro. Mirar al matriculado. Un lugar en el mundo. Participar y opinar para la Nación. Hoy.

FRONTERA, CARLOS GUILLERMO

Las relaciones argentino-norteamericanas, 1943-1946.

Buenos Aires, Dunken, 2006. 198 p. Bibliografía: p. 193-196.

Citas bibliográficas al pie de página.

1810-1914: Origen y evolución de las relaciones entre ambos países.
1914-1930: Las relaciones durante los gobiernos de la UCR. 1930-1939: Las relaciones durante los gobiernos conservadores. 1939-1943: La Argentina

y la segunda Guerra Mundial. La revolución del 4 de junio de 1943 y el gobierno de facto. Antecedentes y orígenes del estallido revolucionario. El movimiento revolucionario del 4 de junio. Spruille Braden y Juan Domingo Perón. El nuevo embajador. Objetivos de nuevo embajador. Perón y Braden, ríspida relación. Actividad política de Braden. Caída y posterior exaltación de Perón. Gran Bretaña ante el conflicto. La prensa ante el conflicto. La actitud de los diarios en 1945. La opinión de la prensa autodenominada democrática en 1946. Los diarios que apoyaron al gobierno y a la candidatura del Coronel Perón.

Juan Miguel Roig

**DECLARACIONES PUBLICAS
DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**

PREOCUPA AL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES,
LA DISTRIBUCIÓN DEL DINERO GASTADO EN PUBLICIDAD OFICIAL. PÁG. 111
13 de febrero de 2007

SE SOLICITÓ INFORMES AL PRESIDENTE DE LA NACIÓN ANTE EL
RECORDATORIO QUE ESTÁ ENVIANDO CASSABA A LOS ABOGADOS DEL
FORO LOCAL, EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS
AIRES REITERA SU PEDIDO A LOS LEGISLADORES DE LA CIUDAD PARA QUE
DEROGUEN LA LEY 1181. PÁG. 113
(19 de marzo de 2007)

INACEPTABLE PRESIÓN SOBRE LA JUSTICIA PÁG. 114
(21 de marzo de 2007)

EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES REITERA
SU PREOCUPACIÓN POR LA INUSUAL GRAVEDAD DE LA PRESIÓN OFICIAL
EJERCIDA SOBRE EL PODER JUDICIAL. PÁG. 116
(27 de marzo de 2007)

UN NUEVO ATAQUE A LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA PÁG. 119
(19 de abril de 2007)

ES IMPERIOSO QUE EL TRIBUNAL DE DISCIPLINA DEL COLEGIO PÚBLICO
DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL, REGULARICE SU SITUACIÓN. PÁG. 121
(3 de mayo de 2007)

LA INSEGURIDAD JURÍDICA COMO ATAQUE AL EQUILIBRIO DE
LAS RELACIONES LABORALES. ACERCA DE LA DEROGACIÓN DE LA
INDEMNIZACIÓN ESPECIAL AGRAVADA POR DESPIDO.

PÁG. 122

(9 de mayo de 2007)

UN NUEVO ATAQUE A LA SEGURIDAD JURÍDICA.
ACERCA DE LA ILEGAL Y ARBITRARIA UTILIZACIÓN
DE LA SUSPENDIDA LEY DE ABASTECIMIENTO.

PÁG. 125

(6 de Julio de 2007)

Preocupa al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, la distribución del dinero gastado en publicidad oficial.

(13-02-07)

Invariablemente desde el año 2003 el Poder Ejecutivo Nacional, ha incrementado el total del dinero gastado para difundir la actividad gubernamental, superando en cada ejercicio el importe de la respectiva partida presupuestaria asignada; circunstancia que ha motivado incluso el crítico señalamiento del tema de parte de la Organización de Estados Americanos (OEA).

A más del aumento del gasto público registrado, lo preocupante de esta cuestión que se viene manteniendo en el tiempo, radica en que para ello —entre otros mecanismos- se ha hecho reiterado uso de las facultades extraordinarias otorgadas en materia presupuestaria por el Congreso de la Nación al Jefe de Gabinete, a lo que debe adicionarse el modo poco transparente con que se ha venido distribuyendo esa inversión publicitaria.

A este respecto, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires manifiesta que resulta esencial aportar el máximo de transparencia en una cuestión que de un modo central hace no sólo a la independencia informativa, sino también a la calidad del debate público en el sistema republicano y democrático de gobierno de nuestro país.

Asimismo advierte que el arbitrario empleo de tales recursos públicos provoca severas y deliberadas distorsiones económicas, que dificultan el ejercicio de su profesión a los periodistas que no cuentan con publicidad oficial y, especialmente en el interior del país, condicionan el pleno ejercicio de la libertad de prensa.

En tal sentido el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, reclama que en lo sucesivo, y más aún ante el inicio de un año electoral

como el presente, se instaure a la brevedad un adecuado marco legal para la asignación y contratación de la pauta oficial que, entre otros aspectos de relevancia, implemente un sistema público de difusión periódica, que posibilite a la ciudadanía tener acceso directo a la información relativa al modo en que se distribuye la pauta publicitaria oficial.

Guillermo M. Lipera
Secretario

Enrique V. del Carril
Presidente

Ante el recordatorio que está enviando CASSABA a los abogados del foro local, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires reitera su pedido a los legisladores de la Ciudad para que deroguen la ley 1181.

(19/03/07)

Ante el recordatorio que está enviando CASSABA a los abogados del foro local, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires reitera su pedido a los legisladores de la Ciudad para que deroguen la ley 1181 a fin de llevar adelante la postura de la ciudadanía que representan y pongan fin a una situación de violación de la Constitución Nacional.

El régimen de la ley 1181 ha sido repudiado por un importante sector de los abogados de la ciudad en todos los comicios realizados durante el año pasado además de existir miles de firmas solicitando su derogación. Por otra parte, la ley 1181 no sólo es claramente inconstitucional ya que viola el art. 125 de nuestra Ley Fundamental, que impide la creación de nuevos regímenes previsionales locales o sectoriales, sino que además dificulta y encarece el acceso a la Justicia del litigante y conspira con el principio que impone fortalecer los sistemas previsionales generales en lugar de debilitarlos restando el aporte de importantes sectores profesionales.

EL Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires ha cuestionado judicialmente tanto la constitucionalidad de la ley 1181 como su ilegítima reglamentación dispuesta por la Asamblea de CASSABA. En este último sentido, y sin perjuicio del citado cuestionamiento a la constitucionalidad de la Caja, el Colegio hace pública su coincidencia con las consideraciones expuestas en el decreto 151/07 del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respecto de la autorreglamentación de la ley 1181 dispuesta por CASSABA.

Inaceptable presión sobre la Justicia

(21/03/07)

La reciente denuncia ante el Consejo de la Magistratura de la Nación a los jueces de Cámara de Casación Penal a quienes se atribuye el supuesto mal desempeño de sus funciones, con fundamento principal en la demora de la resolución en causas en las que se investigan violaciones a los derechos humanos, constituye una presión inaceptable sobre los magistrados que deben resolver una cuestión tan delicada y compleja.

Antes de ahora, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires ya ha señalado que el sistema procesal penal enfrenta severas dificultades operativas, circunstancia por otra parte de público conocimiento que preocupa tanto a magistrados como a abogados. Esta situación se ha visto agravada, entre otros, a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Casal" que, en sus efectos prácticos, ha impactado en el Tribunal de Casación, cuyos miembros ahora son cuestionados, provocando una verdadera congestión de causas pues ha ampliado su competencia, antes limitada a cuestiones de derecho, a la revisión general de todos los asuntos penales donde hay apelaciones. .

Resulta evidente que esta acusación, realizada por los mismos querellantes en las causas que investigan los jueces denunciados, es una presión sobre la Justicia en la línea de la realizada por el Poder Ejecutivo Nacional al manifestarse abiertamente partidario con la condena de muchos procesados, en lugar de adoptar conductas moderadas tendientes a preservar la independencia de los Jueces.

El notorio colapso de la justicia en distintos fueros, en el caso el de Casación Penal; la participación mayoritaria del oficialismo en el Consejo de la Magistratura de la Nación y la subliminal -cuando no efectiva- amenaza de juicio político sobre los magistrados, constituye un peligroso marco de referencia para el ejercicio de la magistratura judicial.

Ante la gravedad de esta situación, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires manifiesta que sin el debido respeto por la autonomía y estabilidad de los jueces, la calidad institucional de nuestro país se encuentra severamente comprometida, y junto con ella el respeto por los derechos y garantías de sus habitantes.

Héctor Huici
Secretario

Enrique del Carril
Presidente

**El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires
reitera su preocupación por la inusual gravedad de la
presión oficial ejercida sobre el Poder Judicial.**

(27/03/07)

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires considera su deber reiterar su preocupación por las repetidas y crecientes presiones a las que se viene sometiendo al Poder Judicial.

La semana anterior, expresamos similar preocupación ante los pedidos de juicio político a miembros de la Cámara de Casación por parte de organismos que impulsan causas penales contra integrantes de las Fuerzas Armadas por delitos cometidos en el contexto de la guerra contra el terrorismo en los años setenta. Nuestra preocupación estuvo centrada en que los pedidos de aceleración de esos juicios con amenazas de remoción eran respaldados por algunos integrantes del Consejo de la Magistratura designados por el poder político.

Se ha producido un nuevo hecho de inusual gravedad. En un discurso público el día 24 de marzo pasado, el Presidente de la Nación ha acusado a integrantes de la Cámara de Casación y ciertos fiscales de demorar el impulso de los juicios antes referidos, ha amenazado abiertamente con impulsar su remoción a través del Consejo de la Magistratura y ha reclamado "juicio y castigo" a los culpables lo cual implica, sin duda, presionar indebidamente a los jueces para que tomen una decisión acorde con la opinión del Poder Ejecutivo bajo la amenaza de destitución. A ello se agrega la insistencia del Ministro del Interior en pedir la renuncia del titular de la Cámara de Casación.

Estas nuevas intervenciones de seriedad extrema en sí mismas, se ven agravadas por la circunstancia de que el año pasado, mediante una reforma legislativa impulsada por el Poder Ejecutivo, se modificó el número e integración del Consejo de la Magistratura que es el organismo encargado de la designación y remoción de jueces, con el resultado

de incrementar muy significativamente la influencia del poder político en dicho Consejo. En este sentido, la declaración de la diputada Diana Conti, titular de la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo de la Magistratura, órgano al que accedió por el oficialismo en la Cámara de Diputados, sostiene que "si los jueces renuncian les ahorrarían trabajo", es un claro ejemplo de tal influencia.

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires quiere alertar a la ciudadanía sobre este episodio porque puede constituirse en el primer eslabón de un sistema tendiente a contar con un instrumento de amenazas a los Jueces que eliminen su necesaria independencia, como es el Consejo de la Magistratura de la Nación luego de la reforma. Se está utilizando el sensible tema de los derechos humanos para impulsar destituciones a jueces que no responden a los criterios impuestos desde el Poder Ejecutivo. Si prospera esta experiencia el mismo mecanismo se utilizará cada vez que moleste el necesario control judicial sobre los actos de los otros Poderes, cumpliéndose las advertencias realizadas por todas las instituciones de la abogacía cuando se opusieron a dicha reforma.

Ciertamente se comparte la preocupación del Poder Ejecutivo por la celeridad y eficiencia de los procedimientos judiciales. Sin embargo, nada justifica la presión a la justicia a través de someter a sus integrantes a reprimendas públicas y amenazas de remoción en caso de no actuar conforme a los designios oficiales. Con ello se corre el riesgo de eliminar el baluarte último de la democracia y las libertades civiles que es la independencia del Poder Judicial.

Héctor Huici
Secretario

Enrique del Carril
Presidente

Un nuevo ataque a la independencia de la justicia

(19/04/07)

Recientemente el Ministro del Interior ha radicado una denuncia ante el Consejo de la Magistratura contra el Juez que investigan presuntos hechos de corrupción en el denominado "caso Skanska" basada en que sería ilegal el traslado a dependencias policiales de un detenido que habría denunciado la presunta participación de funcionarios públicos en el hecho, amenazado en el penal donde estaba alojado.

Este hecho no puede pasar desapercibido a la ciudadanía pues, junto a las recientes denuncias y presiones al Tribunal de Casación Penal alegando demoras en casos vinculados con los Derechos Humanos, se inscribe en una acción continua tendiente a anular la independencia judicial cuyo primer eslabón fue la reforma del Consejo de la Magistratura, tal como lo advirtió este Colegio de Abogados junto con otras instituciones.

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires hace un llamado a todas las instituciones civiles y a aquellas personas que, con su opinión, inciden en el público en general, a unirse y explicar claramente el resultado final de estos actos que no es otro que afianzar el despotismo y el unicato como sistema de gobierno.

El ciudadano argentino tiene que comprender que estos hechos no le son ajenos. Que si continúan y se afianzan perderá la seguridad que implica poder recurrir a un Juez imparcial cuando sus derechos son afectados por particulares o el propio Estado. El avasallamiento de la Justicia no es solamente una cuestión política, afecta la vida privada de toda la sociedad porque su efecto inmediato es la desconfianza en los Jueces y la directa invitación a la corrupción y la justicia por mano propia.

Héctor Huici
Secretario

Enrique del Carril
Presidente

**Es imperioso que el Tribunal de Disciplina
del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal,
regularice su situación.**

(03/05/07)

El Colegio de Buenos Aires de la Ciudad de Buenos Aires reitera su preocupación por la prolongada falta de funcionamiento del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, como uno de los órganos con que ésta institución fue dotada por la ley de creación para cumplir una de sus funciones esenciales.

La inadmisibles inactividad del Tribunal de Disciplina importa riesgo cierto de perder lo que se logró en este campo disciplinario de la matrícula desde la creación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y, el hecho de tratarse de uno de los órganos de ley que rigen la entidad, amenaza incluso su regular funcionamiento.

Además, su extendida falta de operatividad constituye de por sí una circunstancia que debe repararse a la brevedad, toda vez que de cara a la sociedad y de manera principal nos corresponde a los abogados dar claras e indubitables muestras de nuestro apego y observancia con el respeto y cumplimiento de la ley.

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, manifiesta que resulta imperioso regularizar la situación. Más allá de las severas dificultades que complican sin duda la solución, la decisión y voluntad del señor Presidente y del Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, son cruciales para remover las causas que están trabando el funcionamiento del Tribunal.

Héctor M. Huici
Secretario

Damián F. Beccar Varela
Vicepresidente

La inseguridad jurídica como ataque al equilibrio de las relaciones laborales. Acerca de la derogación de la indemnización especial agravada por despido.

(09/05/07)

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires formula votos para que quienes dirigen los destinos del país, respeten las normas establecidas conforme la Constitución Nacional.

Se observa con manifiesta preocupación la incertidumbre que generan diversas expresiones provenientes de autoridades públicas que a través de los distintos medios de comunicación, intentan desoír lo dispuesto por una ley dictada por el Congreso de la Nación y promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional.

La ley 25.972 dispuso la vigencia de la indemnización especial por despido hasta tanto la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo resultase inferior al diez por ciento.

Con fecha 28 de febrero de 2007, el INDEC dio a conocer el índice de desocupación correspondiente al cuarto trimestre de 2006. El mismo fue inferior al 10%, lo que provocó la inmediata caducidad del derecho a percibir dicha indemnización especial.

A partir de ese momento, funcionarios del Poder Ejecutivo y algunos diputados afines a éste realizaron declaraciones en los medios de comunicación que importan tergiversar la realidad para mantener vigente la indemnización agravada, atribuyendo facultades al primero para modificar, condicionar o soslayar la aplicación de la normativa legal vigente. Incurren dichos funcionarios en lo que se ha dado en llamar la anomia en general y la ilegalidad en particular, o sea, la tendencia recurrente de la sociedad argentina y, en especial de los factores de poder -incluidos los sucesivos gobiernos- a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales.

A lo antes expuesto se agrega la visible discordancia, dentro del propio oficialismo, acerca de la composición del índice o tasa de desempleo y la interesada desagregación de los beneficiarios de planes sociales, que desde algunos sectores del mismo se propone o sugiere.

A nuestro entender, se ha visto configurada la condición resolutoria a la que estaba vinculada la aplicación de la norma de emergencia, conclusión que se encuadra en el estricto cumplimiento de la ley a la cual nos encontramos sometidos como hombres de derecho por sobre todo otro interés.

La seguridad jurídica, como bien preciado de toda sociedad, es un valor superior por encima de cualquier interés sectorial y como tal debe ser respetado y tutelado por el Poder Ejecutivo y sus funcionarios.

Héctor Huici
Secretario

Damián F. Becar Varela
Vicepresidente

**Un nuevo ataque a la seguridad jurídica.
Acerca de la ilegal y arbitraria utilización de la
suspendida Ley de Abastecimiento.**

(06/07/07)

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires manifiesta su profunda preocupación por la utilización por parte del gobierno nacional de las facultades que surgen de la suspendida Ley de Abastecimiento, un instrumento legal que, además de carecer de vigencia, fomenta la arbitrariedad en el manejo de la cosa pública y potencia el clima de inseguridad jurídica.

La vigencia de la tristemente célebre Ley 20.680 fue suspendida mediante el Decreto 2284/91, de necesidad y urgencia, ratificado por la Ley 24.307. Este dispuso que el ejercicio de las facultades otorgadas por dicha ley solamente podría ser restablecido "previa declaración de emergencia de abastecimiento por el Honorable Congreso de la Nación". Asimismo, en reiteradas oportunidades la Procuración del Tesoro de la Nación, dictaminó que la emergencia pública declarada por la ley 25.561 "no sufre el requisito previsto en el Decreto N 2284/91", que "exige una declaración concreta en ese sentido" del Congreso Nacional. Por lo tanto, no basta una declaración genérica de emergencia para restablecer la vigencia de un instrumento concebido para el caso específico y grave de la emergencia de abastecimiento.

Por otra parte cabe señalar que, en ningún caso, el Poder Ejecutivo puede dictar decretos de necesidad y urgencia en materia penal (Constitución Nacional, art. 99, inciso 3); por lo que, a todo evento, el restablecimiento de la vigencia de las facultades suspendidas de la Ley de Abastecimiento no podría alcanzar a los aspectos penales —en sentido amplio— de dicha norma.

Este Colegio insiste en afirmar que, estas medidas además de haber probado largamente su fracaso en la historia económica argentina,

sirven a un propósito subalterno: aumentar el grado de discrecionalidad —e inevitable arbitrariedad— de los funcionarios de turno, lesionando gravemente la seguridad jurídica. Los desabastecimientos se originan, por lo general, en políticas económicas desacertadas, que no se asientan en fundamentos sostenibles en el tiempo. Este errado enfoque ya ha sido superado en el mundo desarrollado.

Si algo reclama con urgencia nuestro país es volver al cauce de la Constitución, con reglas claras y permanentes, que pongan a los ciudadanos al abrigo de persecuciones inspiradas en oscuros motivos. No habrá inversiones genuinas sin esa garantía fundamental.

Héctor Huici
Secretario

Enrique del Carril
Presidente

Impreso en Julio de 2007
en Agencia Periodística CID

Av. de Mayo 666 (C 1084AAo) . Bs.As.
Tel. 4331-5050/4343-0886 . Fax 342-4852
e-mail: besanson@overnet.com.ar