

Revista_{del}

Colegio de Abogados

de la Ciudad de Buenos Aires



Tomo 78 N° 1

Agosto de 2018

105
AÑOS
1913-2018

Defendiendo
la Justicia
la Ética y
la Libertad

REFLEXIONES

Nota del Director

EL PROYECTO DE LEY SOBRE ABORTO Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL,
por José Manuel García Mansilla.

*NUEVA OPORTUNIDAD PARA TRANSFORMAR EL SISTEMA
JUDICIAL A PARTIR DE LOS RESULTADOS DE LA AUDITORÍA
A LA JUSTICIA PENAL FEDERAL,*
por Guillermo M. Lipera, Máximo Fonrouge y Fernando R. Frávega

*EL EFECTO NEGATIVO DEL PRINCIPIO COMPETENCE-COMPETENCE
EN EL ARBITRAJE COMERCIAL,*
por Julio Rivera (h)

*EL DELITO DE SOBORNO ENTRE PRIVADOS FINALMENTE
SE INCORPORA AL CÓDIGO PENAL,*
por Hernán Munilla Lacasa

¿MODIFICARÁ COLOMBIA EL ACUERDO DE PAZ CON LAS FARC?,
por Emilio Cárdenas

RENOVABLES: ARGENTINA Y EL CONTEXTO GLOBAL,
por Marcos J. Blanco

DECLARACIONES PÚBLICAS

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

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

T 78 N°1

AGOSTO 2018

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

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

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

Presidente:
Guillermo M. Lipera

Vicepresidente:
Roberto H. Crouzel

Secretario:
Ezequiel Cassagne

Tesorero:
Santiago R. Fontán Balestra

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

Directores Suplentes:
Santiago M. Nicholson
Santiago G. Williams

Director Ejecutivo:
Fernando R. Frávega

Prosecretario:
Gerardo R. Lo Prete

BENEFACTORES DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

En la categoría Estudio Patrocinante

ALLENDE & BREA
A B O G A D O S

BAKER & MCKENZIE

 **BULLÓ**
A B O G A D O S

ESTUDIO BECCAR VARELA
D E S D E 1 8 9 7


ESTUDIO
O'FARRELL
ABOGADOS DESDE 1883

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

M|M|B

M. & M. BOMCHIL ABOGADOS

MHR MARTINEZ
DE HOZ
& RUEDA

MARVAL
O'FARRELL
MAIRAL

N | Nicholson y Cano
C | ABOGADOS

PEREZ ALATI, GRONDONA, BENITES & ARNTSEN
ABOGADOS

ZANG
BERGEL
VIÑES
ABOGADOS

En la categoría Estudio Benefactor

CASSAGNE
ABOGADOS

En la categoría Socio Patrocinante

Alfredo Iribarren

En la categoría Socio Benefactor

Carlos Schwarzberg

Martín Zapiola Guerrico

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

Agosto 2018 TOMO 78. Número 1

SUMARIO

1. Reflexiones
2. El Proyecto de ley sobre aborto y la Constitución Nacional, por José Manuel García Mansilla.
3. Nueva oportunidad para transformar el sistema judicial a partir de los resultados de la auditoría a la justicia penal federal, por Guillermo Lipera, Máximo Fonrouge y Fernando R. Frávega
4. El efecto negativo del principio *Competence-Competence* en el arbitraje comercial, por Julio Rivera (h)
5. El delito de soborno entre privados finalmente se incorpora al Código Penal, por Hernán Munilla Lacasa
6. ¿Modificará Colombia el acuerdo de paz con las FARC?, por Emilio Cárdenas
7. Renovables: Argentina y el contexto global, por Marcos J. Blanco

Reflexiones

La cuestión jurídica institucional de mayor relevancia en el país desde la publicación del último número de nuestra revista, es sin dudas el proyecto de ley sobre legalización del aborto; mal llamado “despenalización” del aborto porque en realidad se trata de una legalización lista y llana y gratuita del aborto.

No es el propósito de esta columna discutir los argumentos vertidos en relación a este proyecto de ley ya que este número contiene una nota que efectúa ese análisis con detalle y altura, sino solo puntualizar algunos aspectos que estimamos de relevancia institucional.

En primer lugar, cualquiera sea la posición que se tenga sobre el tema, es indudable que la cuestión ha dividido en dos partes iguales a la sociedad civil y política. Desafortunadamente, pareciera que se ha creado una nueva “grieta”. Esto nunca es bueno, pero es aún peor en tiempos en los que se requiere especialmente la unión del país en pos de determinados objetivos como es el remontar la crisis de quiebre de institucionalidad, de enfrentamiento y el desquicio de la economía que dejaron las administraciones del matrimonio Kirchner. En este sentido, la promoción del debate sobre el aborto por la actual Administración luce a primera vista no solo como un desacierto, sino como una inconsistencia con las promesas de volver a unir el país.

La creación de esta nueva “grieta” es preocupante por varias razones. Por una parte, porque es transversal; es decir, alcanza a todos los partidos políticos y a casi todos los estamentos de la sociedad dividiéndolos en partes iguales. En segundo lugar, preocupa la profundidad de la división que pronostica dejar “heridos” en el camino.

En tercer lugar, el debate sobre la problemática del aborto, no obstante que los debates son en sí mismos positivos en tanto permiten intercambiar ideas, ha hecho aflorar nuevos brotes de intolerancia. Basta leer los medios para advertir la proliferación de opiniones y expresiones descalificantes vertidos en respuesta de quienes opinan en sentido contrario.

El debate trasciende ciertamente las opiniones o convicciones religiosas. El proyecto de ley tiene serias repercusiones constitucionales, pues más allá de la opinión que pudiera tenerse sobre la necesidad o conveniencia de una ley en tal sentido, de ser aprobada consagrará violaciones a nuestra Constitución Nacional.

Es que guste o no, nuestra Constitución se pronuncia sobre la cuestión por vía de la incorporación de dos convenciones internacionales a través de su artículo 75 inciso 22, como son la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención del Niño que protegen y garantizan la vida desde la concepción misma. Esto es particularmente patente en el caso de la segunda convención mencionada, en tanto al ser aprobada por el Congreso mediante la ley 23.849, incluyó una reserva expresa que define el concepto de “niño” cuyo “derecho intrínseco a la vida” y “máxima medida posible de supervivencia y desarrollo” los estados signatarios de la convención se comprometieron a respetar. Allí se define “niño” como todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años. Sea que dicha manifestación del Estado argentino se caracterice como “reserva” a los fines del derecho internacional o como declaración interpretativa, lo

cierto es que para el derecho argentino, el concepto de “niño” incluye una definición de persona desde la concepción misma.

La ley, de ser aprobada, también contradice 14 constituciones provinciales que defienden la vida desde la concepción.

Es esperable que las personas tengan opiniones diferentes sobre un tema que involucra muchas cuestiones sensibles, y es lícito que quienes tengan visiones coincidentes con el proyecto de ley, puedan peticionar un cambio en el régimen jurídico. Pero ese cambio legislativo solo podría ser constitucional a partir de una modificación de nuestra Constitución, ya que la actual Constitución que debe respetarse y hacerse cumplir mientras que está vigente, es irreconciliable con el derecho unilateral incausado de la mujer a poner fin al embarazo en forma discrecional hasta la 14ava semana de gestación.

Son igualmente inconstitucionales las normas del proyecto de ley que violan el derecho de objeción de conciencia de los profesionales de la medicina y de las clínicas y establecimientos de salud al ser sometidos a la coerción estatal bajo amenazas de sanciones administrativas y penales si no aceptan practicar abortos aún en contra de sus convicciones religiosas y el derecho de asociarse libremente con fines útiles. En particular, resulta ofensivo el artículo 15 del proyecto de ley en cuanto pretende crear un derecho de objeción de conciencia a partir de un registro, que viola derechos personalísimos al exigir que quienes intenten inscribirse allí como objetores de conciencia, proporcionen datos sensibles como revelar sus convicciones religiosas, filosóficas o morales, que quedarían al alcance de todos como información de acceso público. Si semejante registro fuera creado con cualquier otro fin, sería tildado con toda justicia como discriminatorio y potencialmente persecutorio pues cualquier gobierno (u otra organización) tendría a su alcance la información necesaria para eventualmente discriminar o perseguir a quienes considera detractores. Nada más contrario al libre pensamiento que dicen profesar los promotores del proyecto de ley.

El aborto presenta indiscutiblemente muchas cuestiones complejas. Su promoción responde en parte, desafortunadamente, a una enorme deuda del Estado de contar con adecuados programas de educación sexual, salud reproductiva y asistencia a madres adolescentes o solas, y en general a sectores más desprotegidos. Tampoco puede desconocerse la gravísima problemática resultante de las violaciones y otros abusos a la mujer.

Además de la implementación de programas para atender estas acuciantes realidades, deberán procurarse soluciones a situaciones especiales, pues no se trata de penalizar a la mujer embarazada que actúa bajo coacción de las circunstancias. Pero en nuestra opinión, el proyecto de ley legalizando el aborto en forma discrecional (basta la mera voluntad de la mujer gestante por cualquier motivación por trivial que pudiera ser), que en los hechos crea una especie de “sub categoría” de persona hasta la 14ava semana de gestación, no es la solución adecuada a las graves deficiencias y dificultades mencionadas, y desafortunadamente sumará nuevos problemas, además de crear una nueva y mayor división en la sociedad argentina.

El Director

EL PROYECTO DE LEY SOBRE ABORTO Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Por Manuel José García-Mansilla*

Introducción

El proyecto de ley denominado de “Interrupción Voluntaria del Embarazo”, aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación y enviado al Senado para su revisión el 13 de junio de 2018 (en adelante, el “Proyecto de Ley”), ha generado polémicas y discusiones, desde los ángulos más variados. El propósito de este trabajo no es analizar ese debate, sino examinar ciertos aspectos del Proyecto de Ley desde la perspectiva constitucional. Obviamente, estas observaciones no agotan todas las dimensiones del tema. Pero constituyen un punto de partida insoslayable.

Sin perjuicio de ello, creo necesario hacer un par de aclaraciones previas ya que se ha intentado instalar la idea de que aquellos que se oponen al Proyecto de Ley lo hacen a partir de una creencia irracional que se quiere imponer a quienes no la comparten. En efecto, se afirma que quienes critican el Proyecto de Ley lo hacen desde una postura inadmisible: pretender ejercer una suerte de imperialismo moral por medio de la imposición a terceros de estándares de conducta basados en convicciones religiosas o personales.¹ Si bien esta afirmación es falsa, en especial desde la perspectiva jurídica, creo que vale la pena hacer un breve ejercicio para refutarla.

Asumamos que no existe deidad o ser supremo alguno y que, por ende, no pueden hacerse observaciones basadas en un punto de vista religioso. ¿Quedan huérfanos de argumentos aquellos que alertan acerca de la necesidad de defender tanto el derecho a la vida de la madre como la del niño por nacer? La respuesta es contundente: No. ¿Por qué? Porque la defensa de la vida humana a partir de la concepción no depende de una creencia religiosa, sino que se basa en evidencia empírica y científica. En efecto, el comienzo de la vida humana no es una convención arbitraria, sino un dato objetivo de la realidad.² Si bien podría afirmarse que es una cuestión propia de la embriología, no hace

* Abogado, Universidad del Salvador (1996). Master of Laws (LL.M.), Georgetown University Law Center, Washington D.C. (2001). El autor ha publicado libros, capítulos de obras colectivas, y varios artículos sobre temas de Derecho Constitucional, tanto en el país como en Australia y los Estados Unidos. Miembro del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y miembro individual de la *International Association of Constitutional Law*.

¹ Ver, entre otros, Pinto, Mónica, “No hay obstáculos constitucionales para la despenalización del aborto”, *Infobae*, 12 de junio de 2018, <https://www.infobae.com/opinion/2018/06/12/no-hay-obstaculos-constitucionales-para-la-despenalizacion-del-aborto/> (última visita, 28/7/2018).

² Supongamos que exista un desacuerdo de buena fe acerca del comienzo de la vida: ¿podemos someter a la decisión de la mayoría quiénes pueden considerarse humanos? No. Trazar una línea, que va a ser siempre arbitraria, implica negar el concepto mismo de los derechos humanos. Esos derechos no dependen de una convención, es decir, de una decisión de una mayoría circunstancial que determine si los considera o no dignos de protección. Si esos derechos dejan de estar ligados al mero hecho de existir y dependen de una decisión del Congreso, se convertirían en una concesión graciosa de la mayoría. En realidad, estos derechos operan al revés y son un límite necesario a cualquier decisión que la mayoría

falta apelar a la ciencia para demostrarla. Basta con el sentido común: es evidente e indiscutible que, si permitimos que un embrión se desarrolle normalmente, el único resultado posible del proceso de gestación es el nacimiento de un ser humano, sea varón o mujer. El desarrollo de ese embrión no puede dar nunca como resultado una planta, un mosquito o un camello. Solamente un ser humano. Entonces, a menos que creamos que existe un momento mágico que convierte en humano a aquello que en un principio no lo era, es obvio que, a partir del primer momento de la existencia de ese embrión, comienza una vida humana. Esta afirmación no parte de la base de una creencia religiosa, sino de un razonamiento lógico basado estrictamente en la razón.

Lo mismo ocurre con la observación acerca de que “una semilla no es un árbol” o que “una bellota no es un roble”,³ que pretende demostrar que un embrión no es un ser humano. Pero esta comparación solo permite sostener que un embrión no es un adulto, una obviedad tan patente y trivial como afirmar que un niño no es un adolescente o que un joven no es un anciano.

En realidad, el sector abortista soslaya que se les podría endilgar, incluso con mayor énfasis, que son ellos los que enmascaran sus propias creencias con esa acusación de una pretendida imposición de dogmas religiosos. En efecto, muchos de los que defienden el aborto creen que no hay vida humana a partir de la concepción y que, a pesar de tener un cuerpo diferenciado y un código genético (ADN) distinto, único e irrepetible, el embrión es parte del cuerpo de la madre.⁴ Esta es una creencia respetable, por supuesto, pero que no se basa en evidencia empírica o científica, sino que expresa una preferencia moral, política o ideológica. Por ende, aun cuando pretendan exigir que el Estado sea neutro en la cuestión y que sea la mujer la que decida si termina o no con un embarazo, la posición que defienden está lejos de esa declamada neutralidad.⁵

Estas observaciones previas resultan pertinentes debido a que, en el campo del Derecho, se ha llegado a hacer una acusación similar y a tildar de “juristas confesionales” a

quiera tomar. Si aceptamos la idea contraria, los derechos humanos dejarían de existir como tales. Y ese no es, precisamente, nuestro sistema constitucional.

³ La afirmación surge de uno de los artículos más famosos en defensa del aborto desde la perspectiva filosófica: Thomson, Judith Jarvis, “In defense of abortion”, en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, No. 1, p. 47 (1971). Thomson propuso en este artículo el famoso ejemplo del violinista que es conectado a la fuerza a los riñones de una persona por una sociedad de amantes de la música y que fue citada por algunos expositores en el debate en el Congreso. Esos mismos expositores se olvidan de las numerosas refutaciones que se fueron publicando a lo largo de los años desde diversos enfoques y perspectivas (entre muchos otros, ver, Davis, Michael, “Foetuses, Famous Violinists, and the Right to Continued Aid”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 33, No. 132, p. 259 (1983); Strauss, David A., “Abortion, Toleration, and Moral Uncertainty”, *Supreme Court Review*, Vol. 1992, p. 1 (1992); Gordon, Doris, “Abortion and Thomson's Violinist: Unplugging a Bad Analogy. Comments on why the prenatal child has the right under individual liberty to be in the mother's womb” (1993), en <http://www.l4l.org/library/thomviol.html> (última visita, 28/7/2018).

⁴ Creencia que se expresa en el eslogan: “mi cuerpo, mi decisión” (ver, entre otros, <https://infosur.info/mi-cuerpo-mi-decision/>, última visita 28/7/2018).

⁵ Este punto fue advertido por Sandel en su magnífico libro sobre las diferentes concepciones de la Justicia (cfr. Sandel, Michael, J., *Justice. What's The Right Thing To Do?*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2009, pp. 251/252).

quienes afirman que el Proyecto de Ley es inconstitucional.⁶ Así, los planteos de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley también estarían influidos por creencias personales y, por ende, serían inadmisibles. La maniobra es burda: además de perder de vista que el aborto ha sido cuestionado, por ejemplo, desde una perspectiva atea y racional con argumentos contundentes,⁷ no hace falta mucho ingenio para advertir que estamos frente a una típica falacia lógica que apunta solamente a criticar al adversario y no la validez de sus argumentos.⁸ Sin embargo, observo que esta falacia parece haber sido tácitamente aceptada de una u otra forma por los defensores más notorios del aborto como Pinto, Kemelmajer de Carlucci o Gargarella.⁹

En mi caso, los argumentos que expondré a continuación son estrictamente jurídicos y no están basados en razones de índole moral, religiosa o política. Lo propio ocurre con los términos jurídicos: a partir de ahora, en este trabajo utilizaré la palabra “niño” y no “embrión” o “feto” por la sencilla razón de que es la designación correcta desde el punto de vista constitucional.¹⁰ La perspectiva con la que analizaré el Proyecto de Ley se limita estrictamente a contrastar su contenido con nuestro sistema constitucional. Guste o no, ese contraste arroja un resultado muy claro: el Proyecto de Ley no supera siquiera un test elemental de constitucionalidad. Por ende, no puede ser aprobado por el Senado. En la primera parte, expondré los alcances del derecho a la vida en nuestro derecho positivo vigente. En la segunda, mencionaré algunas confusiones relacionadas con el aborto y el Código Penal y explicaré la diferencia conceptual entre despenalización y legalización del aborto, así como la imposibilidad de derivar un “derecho” al aborto de una causal de no punibilidad de un delito. En la tercera, haré un

⁶ Puga, Mariela y Vaggione, Juan Marco, “Los juristas confesionales y el aborto”, *La Voz del Interior*, 12 de julio de 2018, <http://www.lavoz.com.ar/opinion/los-juristas-confesionales-y-el-aborto> (última visita, 28/7/2018). Ambos se presentan como investigadores del CONICET.

⁷ Ver, por ejemplo, Gordon, Doris, “A Wrong, Not a Right: An Atheist Libertarian Looks at Abortion”, en *Rampart Individualist*, Vol. 1, No. 4, p. 10 y sgtes. (1983). La prolífica obra de Gordon y sus seguidores es también fundamental para rebatir a aquellos que plantean que existe una incoherencia entre sostener ideas liberales y estar en contra del aborto. La obra de Gordon sugiere que es, precisamente, al revés.

⁸ Cfr. Schopenhauer, Arthur, *El arte de tener razón expuesto en 38 estratagemas. Dialéctica erística*, Edafe, Buenos Aires, 2011, p. 71.

⁹ En su presentación en la Cámara de Diputados, Gargarella afirmó que “la normativa que rige el aborto en la Argentina fue producto de un acuerdo celebrado en 1921 por varones acomodados y de religión católica en la mayoría de los casos” (<https://www.youtube.com/watch?v=vTMtyHVPZpg>, última visita, 28/7/2018). Este tipo de afirmaciones no solo pecan de un evidente anacronismo, sino que son objetables desde el punto de vista fáctico-histórico. Basta señalar, por ejemplo, que uno de los principales impulsores de esa normativa fue Enrique del Valle Iberlucea, el primer senador socialista de América. Del Valle Iberlucea era ateo y marxista, y fue el primer legislador que propuso un proyecto de ley de emancipación femenina, con la firma de más de 7.000 mujeres en 1919. Con esto no pretendo defender la reforma del Código Penal de 1921 impulsada por Del Valle Iberlucea. El objetivo central de esa reforma en materia de aborto -el perfeccionamiento de la raza- me parece ciertamente aberrante (ver “Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación”, en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Año 1920*, t. I, Buenos Aires, 1920, p. 958). Solamente observo hasta donde se fuerzan los argumentos para instalar la idea de un pretendido intento de imposición de tinte religioso y discriminatorio en esta cuestión.

¹⁰ Al respecto, ver Castro Videla, Santiago, “Ley de aborto: las palabras y el Derecho”, en *Infobae*, 24 de julio de 2018, en <https://www.infobae.com/opinion/2018/07/24/ley-de-aborto-las-palabras-y-el-derecho/> (última visita, 28/7/2018).

análisis del Proyecto de Ley a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, así como otros planteos constitucionales que podrían hacerse al Proyecto de Ley. Finalmente, daré mis conclusiones.

I. La protección del derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico

El derecho a la vida está protegido en numerosas normas que intentaré resumir en este apartado. Al respecto, cabe recordar que, antes de la reforma de 1994, algunos autores afirmaban que la Constitución de 1853/60 omitía reconocer el derecho a la vida y que, en este punto, podía tener una laguna axiológica.¹¹ Sin embargo, el derecho a la vida fue contemplado expresamente en el art. 29 de la Constitución desde 1853, y también en el art. 33 de la Constitución en 1860, que reconoció que los derechos no enumerados son los derechos naturales de las personas, incluyendo la clásica tríada “*vida, libertad y propiedad*”. Si uno lee, por ejemplo, el Informe Nro. 6 de *El Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal* podrá comprobar que el derecho a la vida es considerado como uno de esos derechos no enumerados a los que se refiere el art. 33: “*El poder absoluto arbitrario sobre las vidas, libertad y propiedad de los hombres, no existe en una república ni aun en las grandes mayorías*”.¹² No es ocioso resaltar la importancia que el constituyente dio a esos derechos naturales:

*“El objeto primordial de los gobiernos es asegurar y garantizar esos derechos naturales de los hombres y de los pueblos: y toda ley que los quebrantase, destruiría los fundamentos de la sociedad misma, porque iría contra el principio fundamental de la soberanía; porque iría contra la voluntad de los individuos y de los pueblos, aun cuando para ello se invocase la inmólación de los derechos individuales, como en algunas democracias de la antigüedad, el lucro de un gran bien público; porque los derechos individuales siempre deben ser salvados; porque tal es el fin primordial de toda sociedad”.*¹³

En similar sentido, nueve años después, Vélez Sarsfield reconoció en los arts. 63 y 70 del Código Civil de la Nación a las “*personas por nacer*” como sujetos de derecho desde el comienzo de su existencia, esto es, desde la concepción. El jurista cordobés, además, sostuvo que: “*Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar*”.¹⁴

Más de 100 años después, en el caso “Saguir y Dib”, la Corte reconoció que el derecho a la vida es el “*primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes*”.¹⁵

¹¹ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 95.

¹² *Reforma Constitucional de 1860, Textos y Documentos Fundamentales*, UNLP, La Plata, 1961, p. 394.

¹³ *Reforma...*, p. 114.

¹⁴ Ver nota al artículo 63 del Código Civil de la Nación.

¹⁵ CSJN, “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”, Fallos: 302:1284, Cons. 8º), p. 1298 (1980). Similar reconocimiento hizo en CSJN, “Amante, Leonor y otro c/ Asociación Mutual Transporte Automotor”, Fallos 312:1953, Cons. 9º), p. 1958 (1989).

En 1984, a través de la Ley 23.054, se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la “CADH”), cuyo art. 4.1. establece: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

En 1990, nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la “CDN”). A través de la Ley 23.849, que aprobó esta convención, el Congreso exigió una definición especial del término “niño”.¹⁶ Así, “debe interpretarse” que niño es “*todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*”. A su vez, el art. 6 de la CDN establece que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los estados parte deben garantizar “*en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*”.

De forma consistente con esta tradición jurídica, entre 1991 y 1997, el Congreso sancionó varias leyes para proteger el derecho a la vida desde la concepción, leyes que hoy se encuentran vigentes:

- (i) El art. 10, inc. b) de la Ley 24.004 que regula el ejercicio de la enfermería, dispone que: “*Son obligaciones de los profesionales o auxiliares de la enfermería: [...] b) **Respetar en las personas el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte***” (el destacado es propio);
- (ii) A su vez, el art. 11, inc. a) de la Ley 24.301 establece en sentido similar la obligación de los licenciados en nutrición de: “*Comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño profesional, respetando en todas sus acciones la dignidad de la persona humana, sin distinción de ninguna naturaleza, **el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte...***” (el destacado es propio);
- (iii) Adicionalmente, el art. 10, inc. a) de la Ley 24.317 establece que kinesiólogos y fisioterapeutas alcanzados por sus disposiciones tienen la obligación frente a toda persona de respetar “***el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte***” (el destacado es propio);
- (iv) Finalmente, la Ley 24.901, que dispone en su artículo 14 que “[l]a madre y el niño tendrán garantizados **desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social**” (el destacado es propio).

Incluso la protección del niño por nacer surge de la Ley 24.714, que establece el régimen de asignaciones familiares, cuyo art. 9 dispone que: “*La asignación prenatal consistirá en el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abonará **desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo**. Este estado debe ser acreditado entre el tercer y cuarto mes de embarazo, mediante certificado médico. Para el goce de esta asignación se requerirá una antigüedad mínima y continuada en el empleo de tres meses*” (el destacado es propio).

¹⁶ Analizaré tanto el art. 4.1. de la CADH como este punto en detalle más adelante.

En 2014, al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación, el Congreso incluyó los arts. 19 a 21 que ratifican (i) que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, (ii) que el plazo de duración del embarazo comienza con la concepción, y (iii) que el concebido puede adquirir derechos y obligaciones que quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida, cosa que se presume.

El derecho a la vida desde la concepción también fue reconocido de forma directa, entre 1986 y 2008, en 13 constituciones provinciales, es decir, en más de la mitad de las provincias que integran nuestro sistema federal. Me refiero a las constituciones de las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, Río Negro, Salta, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.¹⁷

Luego de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida desde la concepción se encuentra protegido en el art. 75, inciso 23 de la Constitución y tanto en la CADH como en la CDN, a las que se les otorgó jerarquía constitucional.¹⁸ Si bien es cierto que el art. 75, inciso 23 se refiere a la atribución del Congreso de “*Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*”, no lo es menos que para poder gozar de ese régimen de protección se requiere ineludiblemente que el niño esté vivo. Y también que la expresión “*desde el embarazo*” obliga a analizar cuál es el comienzo de ese plazo de protección que tiene un principio y que dura hasta la finalización del período de enseñanza elemental. Lógicamente, para respetar la letra del texto constitucional, el intérprete debería fijar el comienzo de ese plazo al inicio del embarazo, es decir, al momento de la concepción, tal como establece el art. 20 del Código Civil y Comercial de la Nación.¹⁹

Finalmente, la Corte Suprema ratificó tanto el derecho a la vida desde la concepción como el estatus jurídico de la persona por nacer luego de la reforma de 1994 en tres

¹⁷ Al respecto, ver la opinión del ex convencional constituyente García Lema, Alberto, “Cumplir la Constitución y proteger el derecho a la vida”, *La Nación*, 25 de julio de 2018, en <https://www.lanacion.com.ar/2156173-despenalizacion-aborto-ley-votacion-vida-constitucion-derecho> (última visita, 28/7/2018).

¹⁸ El art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional también reconoció jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales que protegen el derecho a la vida de todo ser humano (art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), de todo individuo (art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), y de toda persona humana como derecho inherente a esa condición (art. 6.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Posteriormente, en 2008, se elevó a jerarquía constitucional a través de la Ley 26.378 a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. El art. 10 de esta convención establece que: “*Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*”.

¹⁹ “Art. 20. Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento”.

fallos en 2001, 2002 y 2007: “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”,²⁰ “Portal de Belén”,²¹ y “Elvira Sánchez”.²²

De esta rápida descripción, surge de forma clara y contundente que el derecho a la vida desde la concepción está expresamente reconocido y protegido a nivel provincial y a nivel federal, tanto en leyes, tratados internacionales, constituciones provinciales, fallos de la Corte Suprema como en la Constitución Nacional. Algunas de esas normas tienen máxima jerarquía en nuestro país. El aborto, en cambio, es un delito, que tiene algunas causales de no punibilidad previstas en el art. 86 del Código Penal y ampliadas a todo caso de violación en el caso “F., A.L.”.²³ A pesar de ello, los arts. 5 y 6 del Proyecto de Ley pretenden garantizar el aborto como si hoy ya fuera un derecho. En efecto, el art. 5 del Proyecto de Ley dispone:

“Art. 5. Objeto. Esta ley tiene por objeto garantizar el derecho de las mujeres o personas gestantes a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con las disposiciones de la misma”.

A su vez, el art. 6 del Proyecto de Ley, en una fórmula pomposa y ciertamente inusual, establece que:

“Art. 6. Derechos protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial, los derechos a la dignidad, la vida, la autonomía, la salud, la integridad, la diversidad corporal, la intimidad, la igualdad real de oportunidades, la libertad de creencias y pensamiento y la no discriminación. En ejercicio de estos derechos, toda mujer o persona gestante tiene derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo de conformidad a lo establecido en la presente ley”.

²⁰ CSJN, “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Fallos 324:24 (2001).

²¹ CSJN, “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, Fallos 325:292 (2002).

²² CSJN, “Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - art. 6 Ley 24.411 (Resol. 409/01)”, Fallos 330:2304 (2007). La Corte sostuvo que “el art. 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art. 63 señala como especie del género “persona” a las “personas por nacer”, definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno” (Cons. 9º), p. 2317). Asimismo, afirmó que “tratándose en el caso del fallecimiento de una persona “por nacer”, vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión” (Cons. 11º), p. 2318).

²³ CSJN, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197 (2012). La Corte decidió que el art. 86 del Código Penal debe interpretarse en un sentido amplio y que “no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima” (Cons. 18º). A su vez, hizo dos exhortaciones a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como a sus Poderes Judiciales, relacionadas con esos abortos no punibles y la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. Critiqué este fallo en García-Mansilla, Manuel José, “Las arbitrariedades del caso «F., A.L.»”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XXXIX – 2012, Parte II, p. 347 (2013).

El Proyecto de Ley desconoce que ese supuesto derecho al aborto que pretende garantizar no está reconocido en ninguna de nuestras normas vigentes, y que tampoco se deriva de una interpretación razonable de ellas. Por el contrario, el derecho a la vida se encuentra protegido en varias normas desde la concepción. ¿Qué hace el Proyecto de Ley con estas normas? Nada. Ni siquiera las menciona para, eventualmente, derogarlas en aquellos casos en que la jerarquía normativa así lo permite. Al resto, que condicionan obviamente su campo de acción por ser de jerarquía superior, las ignora como si no existieran.

El Proyecto de Ley, además, ni siquiera intenta crear un nuevo derecho, sino que tiene la pretensión insólita de garantizar lo que no existe. Y lo hace sin ninguna explicación. Apenas se limita en el art. 6 a hacer una lista de otros derechos, algunos de fuente dudosa, esperando que el intérprete crea seriamente que el aborto surge de forma implícita de esa enumeración mágica o que esa enumeración tenga relación con el aborto. Esta observación no es meramente una cuestión de forma, que podría descartarse con el argumento de una derogación tácita de aquellas normas que se contraponen con el Proyecto de Ley. No solo es una cuestión de mala técnica legislativa, que olvida a las normas de jerarquía superior que no pueden derogarse por ley. Se somete también a nuestro ordenamiento jurídico a una situación esquizofrénica en el que, por un lado, se consagra expresamente el derecho a la vida desde la concepción en numerosas normas y fallos y, por el otro, se lo desconoce apelando a la existencia de un derecho tácito que no surge de ninguna. La inseguridad jurídica que introduce este tipo de práctica es manifiesta y sorprendente. O, mucho peor, tal vez sea el reflejo de una sociedad que valora muy poco al Derecho.

II. El aborto y el Código Penal: Despenalización vs. legalización

II.1. El derecho a la vida y las penas previstas en el Código Penal

La relación entre el derecho a la vida, el aborto y el Código Penal ha dado lugar a numerosos equívocos durante el debate acerca del Proyecto de Ley. A modo de ejemplo, se llegó a plantear que: *“la ley hace una ponderación gradual del valor de la vida humana. Por eso la pena por un aborto ilegal es distinta de la de un asesinato”*.²⁴ El argumento parece razonable. Pero esa razonabilidad es meramente superficial. Del reconocimiento de un derecho en la Constitución, no se deriva automáticamente que el mismo deba ser protegido a través del Código Penal. Tampoco que todos los ataques a ese derecho reciban la misma pena. Pensar en el valor de los derechos en función de las penas previstas en el Código Penal por su violación, esconde una premisa lineal: más pena, más valor; menos pena, menos valor. Y eso es falso. De hecho, si tomamos las penas previstas en el Código Penal con ese criterio deberíamos construir una jerarquía de derechos debido a la gran cantidad de penas distintas previstas en el Código. Y algunos resultados serían absurdos: si comparamos, por ejemplo, las penas por el delito de abigeato²⁵ con la de homicidio en riña,²⁶ una cabeza de ganado podría tener más valor que una vida humana.

²⁴ Esta afirmación fue hecha por la Dra. Mariana Romero, en “Aborto. Cuatro especialistas ante la gran pregunta: cuándo empiezan la vida y la persona humanas”, *La Nación*, 25 de marzo de 2018, <https://www.lanacion.com.ar/2119355-aborto-cuatro-especialistas-ante-la-gran-pregunta-cuando-empiezan-la-vida-y-la-persona-humanas>, última visita, 28/7/2018).

²⁵ Art. 167 ter del Código Penal.

²⁶ Art. 95 del Código Penal.

En realidad, la determinación de las penas es una cuestión de política criminal. Y hay muchos factores que integran la pena y no únicamente la importancia del bien jurídico protegido (y eso lo muestran diversos agravantes o atenuantes que se podrían buscar en el Código Penal, como así también algunas causales de justificación o excusas absolutorias).²⁷ Así, si alguien mata en defensa propia, no recibe pena.²⁸ Pero eso no significa que la vida humana de la persona muerta carezca de valor para el Derecho.

En el caso del aborto, la menor pena prevista podría tener una explicación histórica: sería, básicamente, el reflejo de una sociedad que, al momento de la sanción del Código Penal, daba gran importancia a ciertos valores como, por ejemplo, el honor.²⁹ Basta ver los delitos de infanticidio y duelo, de esa misma época, que también tenían penas muy bajas para delitos contra la vida por consideraciones vinculadas con esos valores.³⁰ La pena prevista para el aborto, entonces, no sería producto de una ponderación gradual de la vida humana, sino de una consideración anacrónica de las circunstancias en que se comete un delito. En efecto, según Carlos Tejedor, autor del primer proyecto de Código Penal, el punto de partida para fijar la pena fue considerar que la mujer embarazada como autora del delito de aborto podía tener como preocupación la de proteger su honra y, por eso, podía estar emocionalmente afectada. Y que esta situación condicionaba o limitaba su ámbito de actuación libre, y al ser menos culpable, debía recibir menos pena. Y también que tenía que vencer una menor repugnancia al no estar su hijo fuera del seno materno, sumado a la incertidumbre sobre su viabilidad conforme el estado de la medicina en el Siglo XIX. Por supuesto, se trata de un criterio arcaico, pero las normas viejas tienen los fundamentos que tienen. Así lo explicaba Tejedor en 1867:

“La mujer embarazada no es todavía madre. No está retenida por el amor de una criatura que no conoce, y es más excusable cuando se deja arrastrar por el sólo temor del deshonor. Su acción es menos atroz, porque tiene menos repugnancia que vencer. ¿Qué seguridad hay por otra parte de que este ser que destruye hubiese continuado viable? La criminalidad es menos grave, y los resultados

²⁷ Al respecto, ver el art. 41 del Código Penal, especialmente el inc. 2. Las circunstancias que los jueces deben tener en cuenta a la hora de determinar la pena, entre el mínimo y el máximo de la escala, exceden largamente al bien jurídico protegido. Si el argumento que critico fuera válido, las vidas de dos personas asesinadas deberían tener distinto valor, según qué pena se haya impuesto finalmente al homicida (pena que depende de factores tales como la miseria del homicida u otras que en nada pueden alterar el valor de la vida cercenada, aunque sí el monto de la pena).

²⁸ Cfr. Art. 34, inciso 6º del Código Penal.

²⁹ Al respecto, ver Villanueva, Ricardo, *Breve estudio sobre los delitos de aborto e infanticidio*, Prina y Cía., Buenos Aires, 1898.

³⁰ El art. 81, inc. 2º del Código Penal establecía que: “Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que para ocultar su deshonor matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito...”. A su vez, el art. 97 establecía que: “Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos: [...] Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario”.

*menos funestos. Estos dos motivos colocan necesariamente al aborto debajo del infanticidio”.*³¹

II.2. Despenalización vs. Legalización

Otra de las confusiones conceptuales generalizadas surge por no hacer una distinción precisa entre despenalización y legalización. Esa distinción es imprescindible para un buen análisis constitucional, máxime cuando el Proyecto de Ley muestra que no se propone la despenalización del aborto, sino su legalización en diversos casos. Al respecto, Bidart Campos observaba que *“se ha hecho bastante frecuente -por ej., cuando se trata el aborto- confundir la no penalización de una conducta con la legalización de esa conducta. Y no es lo mismo”*.³² Y a renglón seguido nos advertía acerca de la importancia de tener en cuenta esta distinción en materia de aborto para evitar inducir a equivocaciones e interpretaciones falsas en materia constitucional.

¿Es lo mismo despenalizar que legalizar? No. Despenalizar implica que una conducta que se considera delictiva deja de ser sancionada con una pena en determinadas circunstancias. El Congreso puede establecer esas circunstancias. Así, por ejemplo, pese a que el homicidio es un delito, si una persona responde proporcionalmente una agresión y mata a su agresor, lo más probable es que en nuestro país no reciba pena alguna ya que el Código Penal contempla una excusa absolutoria denominada “legítima defensa”. Pero sería absurdo que esa persona derive automáticamente de esa causal de no punibilidad un derecho para poder matar a su agresor y para exigirle al Estado que le provea los medios para ejercer ese derecho. Eso es exactamente lo que se pretende al legalizar el aborto: a diferencia de la despenalización, la legalización implica que esa conducta deja de ser delictiva y pase a ser aceptada como el ejercicio normal de un derecho.

La lectura del art. 7 del Proyecto de Ley demuestra que lo que se propone es una forma de legalizar el aborto. Y se lo hace de forma irrestricta hasta la semana 14 inclusive, y con algunos condicionamientos novedosos, en especial en lo referido a la causal de salud, hasta el momento mismo del nacimiento:

“Art. 7. Supuesto. Se garantiza el derecho a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo con el solo requerimiento de la mujer o persona gestante hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional.

Fuera del plazo dispuesto, se garantiza el derecho de la mujer o persona gestante a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en los siguientes casos:

- a) si el embarazo fuera producto de una violación, con el solo requerimiento y la declaración jurada de la mujer o persona gestante ante el/la profesional de la salud interviniente;*

³¹ Tejedor, Carlos, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional. Parte II*, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1867, pp. 263/264. Tejedor incluso previó una causal de atenuación en estos términos: *“Si fuese de buena fama, y cometiese el delito poseída por el temor de que se descubra su fragilidad, se le disminuirá la mitad del tiempo”* (ob. cit., pp. 264/265).

³² Bidart Campos, Germán J., “Otra vez el vocabulario: ¿“No penalizar” es igual a “Legalizar”?”, en *L.L.*, t. 2001-A, p. 1104.

- b) *si estuviera en peligro la vida o la salud de la mujer o persona gestante, considerada como derecho humano,*³³
- c) *si se diagnosticara la inviabilidad de vida extrauterina del feto*".

La causal de salud a que se refiere el inciso b) del art. 7 del Proyecto de Ley no solo introduce una modificación al adoptar un concepto amplísimo de salud, que incluye la salud física, síquica y el inasible concepto de salud "social", sino también al eliminar el requisito previsto hoy en el art. 86, inc. 1º del Código Penal, *in fine*: "*y si este peligro no puede ser evitado por otros medios*".

En definitiva, lejos de tratarse de un debate académico de tinte leguleyo, la distinción conceptual y jurídica entre despenalización y legalización tiene consecuencias prácticas concretas. Por un lado, la legalización propuesta por el Proyecto de Ley implicará que el aborto sea elevado a la categoría de derecho humano cuyo ejercicio debe ser garantizado por el Estado, esto es, solventado con fondos públicos derivados del pago de impuestos, aun de aquellos que están en contra del aborto. Por el otro, permitirá que un tercero pueda desarrollar una actividad con fines de lucro al poder ofrecer y publicitar, por ejemplo, un servicio para aquellas mujeres que quieran abortar en un establecimiento o clínica privada. Finalmente, el pretendido reconocimiento del aborto como un derecho humano servirá de excusa para poder contraponerlo contra el derecho a la vida del niño por nacer.

II.3. El caso "F., A. L." y el "derecho" al aborto en caso de violación

Parte de la confusión en esta materia es atribuible al voto mayoritario en el caso "F., A. L.", cuyo alcance se pretende generalizar debido a que es expresión de la "*máxima autoridad interpretativa*" en nuestro país.³⁴ Ese voto contiene numerosas referencias al

³³ El art. 18 del Proyecto de Ley dispone: "*Definiciones. A los efectos de la presente ley, interrupción voluntaria del embarazo y aborto son considerados términos equivalentes y salud se entiende conforme a la definición que establece la Organización Mundial de la Salud*". Según la OMS, "*la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*" y su origen es el siguiente: "*La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948*" (Cfr. <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>, última visita 28/7/2018).

³⁴ Ver, por ejemplo, Gargarella, Roberto, "El lugar de la Corte Suprema en el debate sobre el aborto", en *La Nación*, 16 de julio de 2018, en <https://www.lanacion.com.ar/2153453-el-lugar-de-la-corte-suprema-en-el-debate-sobre-el-aborto> (última visita, 28/7/2018). Sorprende la novedosa posición que adopta Gargarella, quien siempre fue un férreo opositor a la idea de otorgar a la Corte el rol de "intérprete final" de la Constitución. Llama la atención también su defensa del respeto de los precedentes olvidando (i) que el *stare decisis* no rige en nuestro país y (ii) la existencia de fallos como "T., S.", "Portal de Belén", y "Sánchez", que la Corte debió haber mencionado en "F., A. L." y no lo hizo. Sorprende, además, que, sin fundamento serio alguno, levante el dedo acusador y endilgue a otros juristas conductas indebidas como ésta: "*resulta llamativo (y descorazonador) que buena parte de los críticos del proyecto de legalización del aborto, pretendiendo "hablar" en nombre del derecho argentino, hayan ocultado bajo la alfombra datos esenciales sobre nuestra realidad jurídica porque no les convenía revelarlos*". Esos datos "esenciales" serían los fallos "F., A. L." y "Artavia Murillo", a los que se refirieron muchos de los expositores en el Congreso. Finalmente, resulta increíble que se afirme la existencia de "*un consenso*"

“aborto no punible” (Considerandos 2°, 4°, 6°, 8°, 9°, 11°, 14°, etc.). Sin embargo, a partir del Considerando 19°, la mayoría de la Corte se descuida y empieza, de forma progresiva y sorpresiva, a hablar del “*derecho a obtener la interrupción de un embarazo*” (Cons. 19°), del “*derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras*” (Ídem), del “*derecho que le asiste a la interrupción del mismo*” (Cons. 21°), del “*derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2°, del Código Penal*” (Cons. 23°), etc.

De esta forma, en un verdadero acto de prestidigitación constitucional, la mayoría de la Corte convierte a una “*causal de no punibilidad*” en un “*derecho expresamente reconocido por el legislador*” (ambas referencias en el Cons. 23°). Con este giro lingüístico completamente injustificado, de un causal de no punibilidad de un delito la mayoría de la Corte deriva la existencia de un derecho reconocido por el legislador. ¿De qué forma es que esa causal de no punibilidad se convierte en un derecho? La Corte nunca lo explica.

El acto de “magia”, además, tiene doble alcance. La mayoría de la Corte no afirma la existencia de ese “derecho” basándose en norma constitucional alguna, sino que sostiene que el mismo fue “otorgado” por el legislador (Cons. 24°). Nuevamente, la mayoría trata como idénticas a dos categorías distintas: asumiendo que el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal hubiera realmente otorgado efectivamente un derecho por vía legal, cosa que no hizo ni podría hacer ya que el Código Penal no otorga derechos, no es lo mismo un derecho legal que un derecho constitucional. La mayoría de la Corte no lo entiende así. Por el contrario, afirma que “*cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura*” (Cons. 25°). O sea que la excusa absolutoria, que solo impide la aplicación de la pena, se convierte en una prestación de carácter obligatoria y universal, indistinguible de un “derecho de jerarquía constitucional”, y, además, a cargo del Estado.

De esta forma, incurriendo en una confusión clarísima, la mayoría agrega que “***aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama***” (Cons. 25°, énfasis agregado). ¿En qué se apoya el voto mayoritario para sostener la sorprendente tesis de que un acto despenalizado se convierte en legal? ¿De qué forma es que un “derecho legal”, supuestamente otorgado por el legislador penal, se convierte en una “prestación” asimilable a un derecho constitucional? Y, si fuera el caso, ¿por qué tiene que ser subsidiado y garantizado por el Estado? La Corte no responde ninguno de estos interrogantes.³⁵

muy extendido en torno al aborto” para pretender, además, condicionar el accionar futuro de la Corte desde una perspectiva “política”. Por un lado, ese consenso no existe (cfr. <https://www.lanacion.com.ar/2156406-aborto-las-encuestas-difieren-sobre-el-apoyo-de-la-sociedad-a-la-legalizacion>, última visita, 28/7/2018). Por el otro, conforme lo previsto en los arts. 112 y 116 de la Constitución, la Corte debe fallar por consideraciones jurídicas y no para satisfacer los deseos y emociones de una mayoría eventual (que en este caso, insisto, ni siquiera existe).

³⁵ Para un análisis de características similares en el contexto del caso “Arriola”, en el que la Corte se cuidó de aclarar y subrayar que su decisión “*en modo alguno implica ‘legalizar la droga’*” (CSJN, “Arriola, Sebastián y otros”, Fallos 332:1963, p. 1980 (2009); subrayado en el original), sugiero leer el excelente

El error en el que incurre la mayoría de la Corte en “F., A. L.” es demasiado burdo y evidente y se puede probar por vía del absurdo, apelando a la distinción explicada entre despenalización y legalización. Siguiendo el razonamiento de la mayoría, de la legítima defensa, que también es una causal de no punibilidad de un delito, podríamos derivar el derecho a lesionar o matar a quien nos agrede y a exigir que el Estado garantice el acceso a las armas o condiciones seguras para ejercer ese derecho. O, en el caso de los menores, de la causal de no punibilidad prevista en el artículo 1° de la Ley 22.278, podríamos derivar, en las mismas condiciones, un derecho a delinquir de forma segura para los menores de 16 años.

En definitiva, aunque suene peyorativo, la mayoría de la Corte en “F., A. L.” intenta un truco de magia constitucional bastante pobre que tiene como resultado hacer “aparecer” el derecho al aborto en caso de violación, que no está expresamente contemplado en ninguna norma en nuestro país, y hacer “desaparecer” el derecho a la vida del niño por nacer que sí está expresa e implícitamente garantizado por nuestro sistema legal y constitucional. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el alcance del caso “F., A. L.” se limita al caso concreto, que se refería a definir el alcance del actual art. 86, inciso 2 del Código Penal, es decir, el caso de aborto como consecuencia de una violación.

Dado que no es lo mismo despenalizar que legalizar y que el Proyecto de Ley pretende legalizar el aborto yendo mucho más allá de los supuestos de despenalización previstos en el art. 86 del Código Penal, el análisis constitucional que corresponde hacer es determinar si existen obstáculos constitucionales para esa legalización. Y acá la respuesta es contundente: sí, existen esos obstáculos y el Proyecto de Ley está muy lejos de poder superarlos.

III. La inconstitucionalidad del Proyecto de Ley

III.1. Su incompatibilidad con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Una de las normas de jerarquía constitucional que impiden la legalización en la forma propuesta por el Proyecto de Ley es la letra de la CADH. Salvo que se incurra en la confusión conceptual de asimilar despenalización con legalización del aborto, la colisión normativa que se produce entre la primera parte del art. 7 del Proyecto de Ley y el texto del art. 4.1 de la CADH resulta evidente. Ese obstáculo constitucional no sólo aparece cuando el texto de la CADH se refiere a la protección de la vida a partir del momento de la concepción, sino también cuando impide privar arbitrariamente de la vida a una persona. Al respecto, cabe recordar que el art. 4.1. de la CADH dispone que:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El texto en cuestión establece una regla general (la protección a la vida a partir del momento de la concepción), pero que puede tener excepciones (esa protección es “en

trabajo de Grosman, Lucas S., “Autonomía y Drogas”, en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 9, No. 35, p. 65 (2012).

general”). Sin embargo, la legalización del aborto de forma irrestricta hasta la semana 14 inclusive del embarazo, tal como propone la primera parte del art. 7 del Proyecto de Ley, no es una excepción a la regla general, sino su destrucción lisa y llana. Así, la ley no protegería “en general” la vida a partir del momento de la concepción, sino que protegería el aborto de forma irrestricta durante los primeros 3 meses y medio del embarazo. Además, la letra de la CADH impide que una persona pueda ser privada de la vida de forma arbitraria. Es obvio, entonces, que el Congreso viola una norma de jerarquía superior al pretender garantizar un derecho irrestricto a terminar con la vida de un niño por nacer, sin expresión de causa, sujeta al libre arbitrio de quien toma la decisión de terminar el embarazo. En efecto, aceptar que el niño en gestación pueda ser privado de la vida, entre el momento de la concepción y la semana 14 inclusive, por la mera decisión sin causa de la madre es una forma evidente de arbitrariedad. La supervivencia y el desarrollo del niño dejan de estar protegidos por la ley y quedan sujetos a lo que disponga la madre, que no tiene necesidad de justificar la decisión de terminar con la vida de su hijo.

¿Qué protección le da el art. 7 del Proyecto de Ley al derecho a la vida del niño por nacer entre la concepción y la semana 14 inclusive frente a la decisión de la madre de terminar con el embarazo? Ninguna. La contradicción normativa, entonces, es evidente. Y para verificarla no se requiere considerar a la vida como un derecho absoluto, sino comprobar que se incumple claramente el texto del art. 4.1. de la CADH. De hecho, según el Proyecto de Ley, durante ese período, el derecho absoluto termina siendo el de la madre a abortar.

No alcanza para sortear esta objeción con afirmar que se debe dar una protección “gradual” a la vida y que hay que “balancear” o “ponderar” los derechos en conflicto.³⁶ Por un lado, no hay protección alguna dentro de ese primer período, lo que descarta de plano la idea de una supuesta gradualidad en la protección. En efecto, si una norma de jerarquía superior reconoce un derecho a la vida desde la concepción pero, a su vez, permitimos que se habilite a desconocerlo a través de una norma de jerarquía inferior que permite eliminar a ese sujeto de derechos, entre la concepción y la semana 15 del embarazo, ¿adónde queda esa protección “gradual” del derecho a la vida? ¿Cuál es la protección que se da en ese período si se permite que la sola decisión de la madre termine con la vida del niño por nacer? Por el otro, la idea de “balancear” derechos en este contexto para justificar el aborto también es conceptualmente peculiar: después de ese “balanceo”, uno de los sujetos de derecho, el más débil, queda eliminado del mundo físico y del jurídico. Y no porque esté en riesgo la vida del otro, sino por una mera decisión, sin expresión de causa, de aquel que decide. En este caso, el más fuerte.³⁷

Obsérvese la notable diferencia con el ejemplo de la real malicia que usó la Dra. Kemelmajer de Carlucci en su exposición en el Senado para justificar la validez del

³⁶ El principal exponente de esta teoría es Robert Alexy. Sobre los peculiares orígenes de esa teoría sugiero leer este excelente trabajo: Ramírez Calvo, Ricardo, “Positivism, Totalitarianism and Constitutionalism”, en Riberi, Pablo y Lachmayer, Konrad (editores), en *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Nomos/Facultas, Viena, 2014, p. 225.

³⁷ La posición de fuerza de la mujer frente al niño por nacer ha sido reconocida aun por autores que están a favor del aborto desde el punto de vista moral (ver, por ejemplo, Ely, John Hart, “The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade”, *The Yale Law Journal*, Vol. 82, pp. 934/935 (1973) (“Compared with men, women may constitute such a “minority”; compared with the unborn, they do not”).

Proyecto de Ley en este punto.³⁸ En el caso de la real malicia, después de conciliar el supuesto conflicto entre el derecho al honor del funcionario y el derecho a informar del periodista, ambos sujetos de derecho continúan existiendo. No ocurre lo mismo con el caso de aborto a demanda durante las primeras 14 semanas. En este caso de aborto, cuando el supuesto conflicto se resuelve en favor de la madre para abortar sin expresión de causa, no es el derecho a la vida del niño el que cede ante el derecho de la madre a decidir, sino que es el propio niño como sujeto de derechos el que deja de existir para poder dar lugar a ese supuesto derecho de la madre. Proponer resolver un conflicto suprimiendo a uno de los sujetos de derecho no solo es un grave error conceptual, sino que requiere justificaciones no arbitrarias que la teoría de la proporcionalidad no brinda.³⁹

Adicionalmente, recordemos que en el mismo considerando en el que la mayoría de la Corte en “F., A. L.” advierte acerca de “*las importantes cuestiones constitucionales*” a ser tratadas en el caso (Cons. 5º), se hace una referencia al célebre “Roe v. Wade”.⁴⁰ En esa sentencia, la Corte norteamericana sostuvo claramente que, bajo el derecho estadounidense, el feto o “no nacido” (*unborn*) no podía ser considerado una “persona”. Reconoció, además, que si ese carácter jurídico de persona pudiera ser establecido, la cuestión a resolver sería sencilla ya que las leyes que restringieran el aborto en defensa del derecho a la vida del feto serían, obviamente, constitucionales.⁴¹ A diferencia de los Estados Unidos, tanto el estatus de persona del niño por nacer como su derecho a la vida desde la concepción están específicamente reconocidos en numerosas normas en nuestro sistema constitucional. En consecuencia, siguiendo los parámetros de “Roe v. Wade” al que remite la mayoría de la Corte en “F., A. L.”, la legalización del aborto resulta imposible desde el punto de vista constitucional en nuestro país.

Volviendo a la CADH, queda claro que, si aceptamos la legalización en la forma propuesta, la colisión entre el Proyecto de Ley y el texto del art. 4.1. de la CADH es tal que pasaría a leerse así:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir de la semana 15 del proceso gestacional. A partir de esa semana 15 del proceso gestacional, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

³⁸ Cfr. Versión taquigráfica de la reunión plenaria de las comisiones de Salud, de Justicia y Asuntos Penales y de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, DGT, 11 de julio de 2018, pp. 92/93, en <http://www.senado.gov.ar/upload/26925.doc>, última visita, 28/7/2018).

³⁹ Se olvida, además, que el “balanceo” permitiría justificar una decisión exactamente al revés en materia de aborto tal como hizo el Tribunal Constitucional Alemán en un primer momento, antes de la integración con Alemania Oriental que obligó a modificar su jurisprudencia (al respecto, ver Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their limitations*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012, p. 434).

⁴⁰ 410 U.S. 113 (1973).

⁴¹ “*The appellee and certain amici argue that the fetus is a ‘person’ within the language and meaning of the Fourteenth Amendment. In support of this, they outline at length and in detail the well known facts of fetal development. If this suggestion of personhood is established, the appellant’s case, of course, collapses, for the fetus’ right to life would then be guaranteed specifically by the Amendment*” (410 U.S. 113, pp. 156 y 157, énfasis agregado).

La interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo en el caso “Artavia Murillo”,⁴² acerca del alcance de la expresión “en general”, no modifica este análisis. En primer lugar, “Artavia Murillo” no aplica a este caso. ¿Por qué? Porque “Artavia” se refiere a la fecundación in vitro y no al aborto: allí se discutió el estatus de persona de los embriones no implantados, no de los que ya están dentro de la “persona gestante”. En segundo lugar, se olvida que el art. 29.b) de la CADH establece que, si los Estados Parte protegen derechos por medio de otras normas, ninguna disposición de la CADH puede interpretarse en el sentido de limitar el goce y ejercicio de esos derechos. A fortiori, ninguna decisión de la Corte Interamericana podría tener ese efecto. Y, tal como expliqué en el punto II anterior, la extensión de la protección del derecho a la vida en nuestro sistema constitucional excede la prevista en la CADH. En tercer lugar, el fallo en cuestión fue dictado contra Costa Rica y no contra nuestro país. Quienes abogamos por el cumplimiento estricto de la CADH no planteamos que la Argentina incumpla los fallos de la Corte Interamericana, sino que la obligación de cumplirlos no puede ir más allá de lo previsto en la propia CADH. Lejos de ser “catastrófica”,⁴³ es una postura razonable, que respeta el compromiso asumido de cumplir aquellas sentencias dictadas en los casos en los que el país sea parte (art. 68.1 de la CADH). Obviamente, ese compromiso no incluye la obligación de cumplir sentencias dictadas contra otros países, en casos contenciosos en los que la Argentina no tuvo siquiera la oportunidad de participar y defenderse. Y, mucho menos, desconocer el texto expreso de la CADH o de otras normas que también protegen el derecho a la vida de las personas por nacer. En cuarto lugar, tal como explicó Pérez Hualde en el Senado, la parte de “Artavia” que se pretende aplicar en nuestro país fue firmada por apenas 3 de los 7 jueces de la Corte Interamericana.⁴⁴ Finalmente, aun si se lo considerara aplicable, arribaríamos a la misma conclusión. Y es que, tal como lo explica el voto en disidencia del Juez Eduardo Vio Grossi, esta obligación negativa (es decir, la prohibición de poder privar de la vida a una persona de forma arbitraria) no estuvo en discusión en “Artavia”.⁴⁵

⁴² CortelDH, “Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C-257.

⁴³ Así lo sostuvo la Dra. Kemelmajer de Carlucci en “Nuevamente, sobre la constitucionalidad de la legalización del aborto”, *Infobae*, 2 de julio de 2018, en <https://www.infobae.com/opinion/2018/07/02/nuevamente-sobre-la-constitucionalidad-de-la-legalizacion-del-aborto/> (última visita, 28/7/2018). Repliqué esa nota de la Dra. Kemelmajer en García-Mansilla, Manuel J., “La legalización del aborto es inconstitucional”, *Infobae*, 6 de julio de 2018, en <https://www.infobae.com/opinion/2018/07/06/la-legalizacion-del-aborto-es-inconstitucional/> (última visita, 28/7/2018).

⁴⁴ Cfr. Versión taquigráfica..., 11 de julio de 2018, p. 62. El constitucionalista mendocino explicó que: “De los siete miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno no participó, Ventura Robles, porque era costarricense; de los seis restantes, uno votó en disidencia, que es Eduardo Vio Grossi al cual muchas veces se lo cita en el fallo; de los cinco que quedan, dos de ellos, su presidente García-Sayán y la doctora Abreu Blondet se expresaron en voto aparte, votan aparte, porque dicen, cito textual, que el Estado ha basado buena parte de sus alegatos en cierta interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Corte ha procedido en esta sentencia a interpretar dicha norma para efectos de este caso. Nada más, para este caso. Por lo tanto, el holding que se pretende proyectar tiene tres votos de los siete, por lo cual creo que no corresponde tenerlo o, al menos, no amerita el uso que se está haciendo de él en este momento”.

⁴⁵ CortelDH, “Caso Artavia Murillo...”, punto B.2.d) del voto disidente (“la disposición en comento, al establecer que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, está implícitamente señalando que el derecho de “toda persona ...a que se respete su vida”, no es absoluto, pues admite una restricción,

La colisión entre el art. 7 del Proyecto de Ley y la letra del art. 4.1. de la CADH es evidente: en caso de ser aprobado el Proyecto de Ley, el derecho a la vida dejará de estar protegido desde la concepción por la ley y dependerá de una decisión arbitraria de la madre, que podrá privar de la vida a su hijo al decidir abortar sin expresión de causa, a su libre voluntad. El Congreso no puede sancionar una norma de rango inferior que viole de forma tan clara una norma de jerarquía superior. Para ello, debe instar previamente su reforma y lograr que una Convención Constituyente electa por el pueblo la convalide respetando el mecanismo que ordena el art. 30 de la Constitución Nacional.

III.2. La incompatibilidad con la Convención sobre los derechos del Niño

El art. 7 del Proyecto de Ley choca también frontalmente con la CDN. Al igual que ocurre con la CADH, la CDN tiene jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. Así lo dispone el art. 75, inciso 22 de nuestra Constitución.

Cabe recordar que, al momento de aprobar la CDN en 1990, el Congreso exigió una definición especial del término “niño”. Y lo hizo porque el Poder Ejecutivo advirtió al Senado en su mensaje de elevación de la CDN lo siguiente:

“Nuestro país hará una declaración interpretativa con relación al artículo 1º de la convención. Teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el Código Civil argentino, la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno, se entiende que niño es todo ser humano desde la concepción y hasta alcanzar los 18 años de edad. Esta declaración se hace necesaria ante la falta de precisión del texto de la convención con respecto a la protección de las personas por nacer”.⁴⁶

Es por esa razón concreta de proteger a las personas por nacer desde la concepción que el Congreso le ordenó al Poder Ejecutivo que, al ratificar la CDN, hiciera una declaración en el ámbito internacional que fijara el alcance del término “niño” para nuestro país. Y el criterio exigido de forma imperativa por el Congreso es que “debe interpretarse” que para la República Argentina “niño” es “*todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*”. Así surge del art. 2 de la Ley 23.849, que fue aprobada por unanimidad y sin debate en ambas Cámaras:

“Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.⁴⁷

siempre y cuando ella no sea arbitraria, es decir, de conformidad a lo que se entendía por arbitrariedad en la fecha de la Convención y a lo que se entiende aún ahora, es decir, que no sea un “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”. Como se colige del expediente, esta faceta más bien no ha estado en discusión en este proceso”, citas internas omitidas).

⁴⁶ Diarios sesiones. Cámara de Senadores de la Nación, 27ª reunión, 21ª sesión ordinaria, 26 y 27 de septiembre de 1990, p. 3873.

⁴⁷ El art. 1 de la CDN establece que: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

La importancia de esta declaración en materia de aborto surge cuando se la combina con el art. 6 de la CDN que dispone:

- “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.*
- 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.*

El sentido común indica que la legalización del aborto tendría aquí un obstáculo constitucional insalvable. En efecto, en nuestro país (i) “debe interpretarse” que “niño” es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años, (ii) todo “niño” tiene el derecho intrínseco a la vida y a que se le garantice la máxima medida posible de supervivencia y desarrollo, y (iii) la CDN tiene jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. Por ende, el Congreso no podría sancionar una ley que desconozca lo que establece la letra de una convención que tiene una “jerarquía constitucional”, obviamente, superior.

Sin embargo, existe un debate alrededor de dos cuestiones. La primera es si la declaración que el Congreso ordenó a través del art. 2 de la Ley 23.849 es o no una “reserva” bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La segunda es qué significa la expresión “en las condiciones de su vigencia” en el art. 75, inciso 22 de la Constitución.

Algún lector podrá considerar un tanto esotérica esta discusión. Y tal vez tenga razón. Pero creo que vale la pena aclarar ambos planteos, en especial debido a las recurrentes confusiones que genera la interpretación de la correcta relación del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno incluida la Constitución, en especial a la luz de las limitaciones que tenía la Convención Constituyente en 1994.⁴⁸

Hay algunos autores que afirman que la definición de “niño” ordenada por el Congreso en el art. 2 de la Ley 23.849 no es una “reserva” a la Convención, sino una mera “declaración interpretativa”. Se apoyan en lo que dijo el voto mayoritario en el fallo “F., A. L.” en 2012. ¿Qué dijo la mayoría de la Corte? Que como la Argentina utilizó el verbo “declara” al momento de modificar la definición de “niño” no hizo una reserva, sino que se limitó a plasmar una declaración interpretativa.⁴⁹ Sin embargo, esta corriente

⁴⁸ Cfr. arts. 1, 2, 3, 4, 6 y 7 de la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma. Analicé esa correcta relación en García-Mansilla, “Las arbitrariedades...”, pp. 356 a 374.

⁴⁹ La mayoría en “F., A. L.” afirmó que: “El artículo 2° de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1° de la Convención ‘debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción’, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, **como surge del texto mismo de la ley**, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, **respecto del artículo 1° se limitó a plasmar una declaración interpretativa**” (Cons. 13º), pp. 209/210, énfasis agregado). Ese voto pretende encontrar apoyatura en los puntos 1.2. y 1.3. de las Directrices aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) en 1999. Sin embargo, esos mismos puntos desmienten rotundamente a la mayoría de la Corte. Analicé la cuestión en detalle en García-Mansilla, “Las arbitrariedades...”, pp. 360/366).

doctrinaria tiene varios problemas. El primer problema es que las “declaraciones interpretativas” no existen en la letra de la Convención de Viena, que solo contempla las reservas. Y al definir “reservas”, el art. 2, inciso d) de la Convención de Viena aclara que no importa las palabras que elija un Estado, sino sus efectos jurídicos:

“Se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (énfasis agregado).

Desde esta perspectiva, propia del derecho internacional, resulta evidente que la declaración ordenada por el Congreso en el art. 2 de la Ley 23.849 es una “reserva”. De hecho, cumple con los requisitos exigidos por la Convención de Viena para ser considerada una reserva: se trata de una declaración unilateral de la Argentina que modifica los efectos jurídicos de la CDN. Obsérvese que, a través de esa declaración unilateral formulada por nuestro país, se modifica no sólo la interpretación del término “niño” conforme lo exigido por la Ley 23.849, sino que se extiende el derecho intrínseco a la vida hasta el momento mismo de la concepción. Esa extensión del derecho a la vida implica una clara modificación del alcance de los efectos jurídicos del art. 6 de la CDN. La modificación se torna aún más evidente cuando se la contrasta con las recomendaciones del comité de seguimiento de la CDN en materia de aborto. Obviamente, estas recomendaciones formuladas varios años después de que nuestro país ratificara la CDN contradicen frontalmente la forma en que la misma rige para la Argentina. Este análisis no fue siquiera intentado por la Corte en “F., A. L.”, que se limitó a hacer un argumento nominalista (como se usó el verbo declara, se hizo una declaración interpretativa), que queda rápidamente desmentido por la misma definición de reserva de la Convención de Viena.

El segundo problema es que esta declaración unilateral de Argentina, además, es válida desde la perspectiva del derecho internacional. No solo estaba permitido hacer reservas a la CDN,⁵⁰ sino que la declaración unilateral ordenada por el Congreso también cumple con los requisitos que exigen los arts. 20 y 31 de la Convención de Viena para la validez de las reservas. Por ende, estamos obligados a considerar esa definición especial de “niño” a la hora de interpretar la CDN,⁵¹ aun cuando contradiga las recomendaciones posteriores de su comité de seguimiento.

El tercer problema es que, aun si se determinara que la definición de “niño” es una declaración interpretativa, podría considerarse en caso de conflicto que la misma integra

⁵⁰ CDN, art. 51: “1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión. 2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención. 3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General”. La declaración unilateral formulada por Argentina no fue rechazada y figura en la página web del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU en la que se informa el estatus de la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos por parte de todos los países, incluida la CDN (<http://indicators.ohchr.org/>, última visita 28/2018).

⁵¹ Cfr. art. 31.2 de la Convención de Viena.

la CDN y tiene un valor similar al de una reserva para nuestro país. Si bien este último punto es debatible y requiere un análisis más exhaustivo, el precedente “Ambatielos” de la Corte Internacional de Justicia permite sostener que hay casos de derecho internacional en los que una declaración interpretativa fue considerada como parte vinculante de un tratado y se le asignó un valor similar al de una reserva.⁵² Llegado ese momento, los siguientes hechos podrían ser determinantes: las reservas a la CDN estaban permitidas, la definición de “niño” que hizo Argentina tenía un propósito declarado expresamente por el Poder Ejecutivo y el Congreso de proteger a las personas por nacer desde la concepción, esa definición no atenta contra el objeto y fin del tratado y, lejos de haber sido objetada, la misma está en vigencia desde hace 28 años.

En consecuencia, ninguno de los poderes del gobierno federal, sea el Congreso, el Poder Ejecutivo o la Corte Suprema, puede desconocer cuál fue de buena fe la intención y el modo en que la Argentina ratificó la CDN en sede internacional. De hecho, la fórmula de ratificación utilizada es imperativa: “debe interpretarse”. No puede ponerse en duda seriamente que esa declaración unilateral integra las condiciones de vigencia de la CDN para nuestro país. Tan es así que el propio Poder Ejecutivo lo reconoció al momento de declarar el día del niño por nacer a través del Decreto 1406/98.⁵³

Tampoco puede desconocerse que esa reserva fue elevada a jerarquía constitucional como parte de las condiciones de la vigencia de la CDN. Y acá aparecen nuevos problemas para aquellos que pretenden denigrar la importancia de la definición del término “niño” en la CDN. Aun si fuera solamente una declaración interpretativa, no se explica ni se analiza cuál es el valor que tiene desde el punto de vista constitucional, es decir, conforme el derecho interno. Sea reserva o no, esa declaración unilateral integra las condiciones de vigencia de la CDN para nuestro país. Y la misma fue elevada a jerarquía constitucional como parte de esas condiciones. De hecho, así lo reconoció el convencional Rodolfo Barra, miembro informante del actual art. 75, inciso 22 en el seno de la Convención Constituyente en la sesión del 2 de agosto de 1994, cuando explicó el despacho de mayoría finalmente aprobado: “*los tratados sobre derechos humanos que adquieren y adquieran en el futuro rango constitucional, lo hacen "en las condiciones de su vigencia", esto es, tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino*”.⁵⁴

Ese mismo convencional explicó que la manifestación internacional del consentimiento por medio del cual nuestro país asumió obligaciones en tratados como la CDN “*integra necesariamente el acto o tratado- con las reservas y declaraciones interpretativas, si las hubiese. Estas reservas y declaraciones interpretativas –repito- integran el tratado, a los efectos, tanto del derecho interno como del compromiso internacional que nuestro país asume*”.⁵⁵

⁵² CIJ, “Ambatielos Case (Greece v. U.K.)”, Judgment, Preliminary Objection, 1 de julio de 1952, General List No. 15, 1952 I.C.J. 28, 44 (1952).

⁵³ En los considerandos del decreto en cuestión, entre otras cosas, el Poder Ejecutivo afirma: “*Que la calidad de persona, como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, deviene de una prescripción constitucional y para nuestra Constitución y la Legislación Civil y Penal, la vida comienza en el momento de producirse la concepción*”.

⁵⁴ *Obra de la Convención Nacional Constituyente. 1994, t. V, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 5184.*

⁵⁵ *Obra de la Convención..., t. V, p. 5184.*

En definitiva, tal como señala Manili en su tesis doctoral, *“el constituyente tomó la precaución de contemplar estas posibles variantes a los tratados respecto de su texto originario, y en consecuencia los elevó a jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, es decir, tal como rigen respecto de Argentina, con las reservas aceptadas por los demás estados parte y con las declaraciones interpretativas formuladas”*.⁵⁶

En idéntico sentido, en un trabajo posterior elaborado junto con otros convencionales integrantes de la Comisión de Redacción de la Convención Constituyente de 1994, Barra explicó que los tratados a los que se refiere el art. 75, inciso 22 de la Constitución *“se incorporan ‘en las condiciones de su vigencia’, es decir, tal y como rigen -del modo como se encuentran vigentes- en nuestro Derecho. Se trata de una especificación de la máxima importancia ya que nuestro país, al momento de ratificar los instrumentos que aquí se constitucionalizan, ha formulado reservas y declaraciones interpretativas respecto de éstos, de suerte que tal vigencia de dichos tratados para con la Argentina ha de entenderse -de acuerdo con las prácticas del Derecho Internacional Público- de conformidad con el modo en que nuestro país ‘manifestó su consentimiento’ en obligarse por aquéllas, es decir, de conformidad con la declaración manifestada en el denominado ‘instrumento de ratificación’ y en el que se explicitan las reservas y declaraciones interpretativas en relación a cada uno de los tratados de que se trate”*.⁵⁷

Esta explicación acerca del significado y alcance de la expresión “en las condiciones de su vigencia” por parte del miembro informante de las reformas incorporadas al art. 75, inciso 22 de la Constitución sobre tratados internacionales en la Convención Constituyente de 1994 fue ratificada expresamente en el Senado por otros convencionales como Eduardo Menem y Alberto García Lema.

Este criterio también fue confirmado en relación directa con la CDN por el ex convencional Horacio Rosatti, uno de los miembros principales de la Comisión de Redacción de la Convención Constituyente de 1994. En un trabajo publicado en La Ley antes de su designación como juez de la Corte Suprema, al explicar el fundamento de la incorporación de la expresión “en las condiciones de su vigencia” a nuestro texto constitucional, Rosatti expone claramente lo siguiente: *“puedo afirmar, como convencional constituyente e integrante de la Comisión de Redacción de la Reforma de 1994, que el fundamento histórico de la incorporación de esta expresión en la Convención –más allá de que una vez inserta en el texto constitucional tal expresión cobra vigencia generalizada- no fue otro que reforzar (indirectamente) la posición de un sector de convencionales que aspiraba a consagrar constitucionalmente el criterio de que la vida humana comienza al momento de la concepción. Dado que este tema (el de la definición del inicio de la vida humana) no estaba habilitado por la ley de convocatoria, y habida cuenta de la resistencia de un importante sector de la Convención a debatirlo (no sólo por apelación a los términos de la ley 24.309 sino también por motivos*

⁵⁶ Manili, Pablo Luis, *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 183.

⁵⁷ Barra, Rodolfo, “Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales”, en *La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 180. Barra explica que, aunque se trata de actos jurídicos diversos, en el caso de las reservas y las declaraciones interpretativas, *“lo sustancial es que el Estado formula, al momento de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado, una inequívoca declaración respecto del alcance que otorga a un artículo o al tratado in genere, ya sea estableciendo una reserva o bien señalando la hermenéutica que ha de darse a aquellos”* (ob. cit., p. 182).

sustantivos o conceptuales), el grupo de convencionales que pugnaba por el tratamiento de la cuestión entendió que la incorporación de la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ –referida a los tratados individualizados por el art. 75, inc. 22) segundo párrafo- permitía ‘elevar’ a la jerarquía constitucional la reserva realizada por la República Argentina (entender ‘por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad’) a la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicho de otro modo: la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’, nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del derecho internacional, sino todo lo contrario’.⁵⁸

Sin embargo, en el ámbito internacional, la Convención de Viena permite retirar una reserva.⁵⁹ Aunque no está previsto expresamente, esa posibilidad debería incluir también el retiro de una declaración interpretativa. ¿Qué mecanismo se aplica en el derecho interno para decidir ese retiro? La cuestión es ciertamente polémica y depende de la interpretación que se haga de la expresión “en las condiciones de su vigencia” en el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

En un trabajo posterior a su paso por la Convención, Barra planteó que, dado que la reserva integra el tratado, su retiro exige el voto favorable de los dos tercios del total de miembros de cada Cámara. Y agregó que, a los efectos prácticos, el tratamiento que debe darse a las declaraciones interpretativas resulta semejante.⁶⁰ Así, se requeriría la misma mayoría especial para el retiro de una declaración interpretativa. No estoy de acuerdo con este argumento. El art. 75, inciso 22 de la Constitución exige una mayoría especial para la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos y para otorgar jerarquía constitucional a otros distintos de los enumerados en el propio texto constitucional. Sin embargo, no dice nada en relación con el retiro de una reserva. La Constitución tampoco contempla expresamente el retiro de una reserva de un tratado al que la propia Constitución le asignó jerarquía constitucional.⁶¹ Ahora bien, dado (i) que la Convención Constituyente no estaba autorizada a modificar los primeros 35 artículos de la Constitución; (ii) que nuestra Constitución es rígida y no flexible; y (iii) que es la propia Constitución la que otorgó jerarquía constitucional a la CDN “en las condiciones de su vigencia”, cualquier modificación del texto de la Constitución requiere el empleo del procedimiento de reforma previsto en el art. 30 de la Constitución.⁶²

⁵⁸ Rosatti, Horacio D., “El Llamado ‘Control de Convencionalidad’ y el ‘Control de Constitucionalidad’ en la Argentina”, en *La Ley*, Suplemento Constitucional, N° 1, 13 de febrero de 2012, p. 4. Rosatti concluye de modo categórico que “no es históricamente cierto que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ –en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos- haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a ‘con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes’” (ob. cit., p. 5).

⁵⁹ Cfr. Convención de Viena, art. 22, párrafo 1º.

⁶⁰ Barra, ob. cit., pp. 183/184.

⁶¹ Barra elaboró el punto con mayor detalle en su libro *La protección constitucional del derecho a la vida*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 28 y sgtes.

⁶² Cfr. Ramírez Calvo, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, en *L.L.*, t. 1995-B, p. 773.

Más allá de esta cuestión, en la medida en que la declaración unilateral efectuada a través del art. 2 de la Ley 23.849 no ha sido retirada, la misma tiene plenos efectos jurídicos. Y el Proyecto de Ley no la puede desconocer: mientras esté en vigencia, la misma tiene jerarquía constitucional y no puede ser obviada como si no existiera.

III.3. ¿Son obligatorias las recomendaciones de organismos de seguimiento de los tratados?

Varias de las exposiciones a favor del Proyecto de Ley en el Congreso hicieron hincapié en las recomendaciones sobre aborto del Comité de seguimiento de la CDN.⁶³ ¿Qué ocurre con esas recomendaciones? ¿Estamos obligados a cumplir con este tipo de recomendaciones de organismos internacionales de seguimiento de los tratados en los que el país es parte?⁶⁴ Quienes defienden la constitucionalidad del Proyecto de Ley plantean que sí, pero tienen varios problemas. El menos importante es que violentan el lenguaje: una recomendación, por definición, nunca es obligatoria. El más importante es que esta corriente doctrinaria pretende que nuestro país está obligado a interpretar la Constitución a la luz de esos pronunciamientos de organismos internacionales. Si esto fuera cierto, la Constitución habría dejado de ser rígida y mutaría con cada recomendación de esos organismos que aplicáramos de forma obligatoria. Así, estaríamos nuevamente frente a una interpretación que desconoce que el único mecanismo de reforma constitucional previsto es el del art. 30 de la Constitución.

En realidad, esos pronunciamientos, sean observaciones, recomendaciones, etc., no son jurídicamente obligatorios para la República Argentina. Así lo reconoce autorizada doctrina internacional en la materia: “*es claro que las observaciones finales per se no imponen obligaciones legales a los Estados Parte*”.⁶⁵ Su rol es simplemente recomendatorio y su naturaleza es no vinculante. De hecho, surgen de un proceso que es considerado como de diálogo y no contencioso. Ese carácter se hace más notorio cuando los órganos de seguimiento hacen recomendaciones generales acerca de estrategias para implementar de mejor forma un tratado o cuando hacen recomendaciones que no tienen relación directa con las obligaciones asumidas por los Estados Parte.⁶⁶

Si analizamos de buena fe el modo en que la Argentina se obligó a cumplir la CDN resulta imposible concluir que se obligó a legalizar el aborto. Más bien es al revés. Esa es otra de las razones que justifican que nuestro país no atienda esas recomendaciones del Comité de la CDN ya que, no solo carecen de efecto legal,⁶⁷ sino que contradicen

⁶³ Me refiero a las recomendaciones contenidas en los informes del 21 de junio de 2010 (CRC/C/ARG/CO/3-4) y del 1 de junio de 2018 (CRC/C/ARG/CO/5-6).

⁶⁴ Dejo a salvo el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos fallos son obligatorios en los términos del art. 68.1. de la CADH y los parámetros fijados en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe”, Fallos: 340:47 (2017).

⁶⁵ Cfr. O’Flaherty, Michael, “The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies”, en *Human Rights Law Review*, Vol. 6, p. 32 (2006). O’Flaherty fue miembro del Comité de Derechos Humanos de la ONU entre 2004 y 2012.

⁶⁶ O’Flaherty, “The Concluding Observations...”, p. 36.

⁶⁷ O’Flaherty, ob. cit., p. 51.

directamente el alcance de las obligaciones que nuestro país asumió en sede internacional al ratificar el tratado. Máxime cuando esas recomendaciones se presentan varios años después de ratificada la CDN por nuestro país y violentan normas de jerarquía constitucional. El conflicto en estos casos resulta inevitable.⁶⁸

Adicionalmente, no podemos perder de vista que estas recomendaciones surgen, y no lo digo peyorativamente, de una elite de burócratas, de diversos países como Togo, Marruecos, Egipto, Zambia, Bulgaria, etc., que se reúnen apenas algunas semanas al año, que no tienen origen democrático en relación con el pueblo argentino y que no tienen responsabilidad al no estar obligados a rendirnos cuenta de forma alguna a diferencia de cualquier funcionario público interno (sea a través de elecciones, mecanismos de control o de remoción). Es más, en algunos casos se presenta la paradoja de que los miembros de esos comités no pueden discutir sobre el aborto en sus países y, sin embargo, nos brindan recomendaciones que el sector abortista pretenden luego que sean obligatorias.⁶⁹

En el caso de la CDN, este panorama no se modifica luego de la sanción de la Ley 27.005. Contrariamente a lo expuesto por la Dra. Kemelmajer en el Senado,⁷⁰ la aprobación del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones de 2011 a través de esa ley no modifica esta situación. Por un lado, el art. 11 del Protocolo no establece una obligación de los Estados Parte de cumplir las recomendaciones del Comité de la CDN, sino que requiere darles “debida consideración”. Y, obviamente, no es lo mismo. Por el otro, Kemelmajer olvida que todas las recomendaciones que el Comité de la CDN nos hizo hasta la fecha en materia de aborto fueron en el marco de la CDN y no del Protocolo. Son parte de la evaluación periódica general y no informes de casos individuales a los que se refiere el Protocolo.

En definitiva, en las condiciones de su vigencia actual, la CDN impide la aprobación de la legalización del aborto en la forma propuesta por el Proyecto de Ley debido a que desconoce abiertamente el derecho intrínseco a la vida de los niños por nacer. Hasta tanto no se reforme la Constitución, la legalización del aborto tiene aquí también un obstáculo constitucional insalvable.

⁶⁸ Al respecto, ver Hakimi, Monica, “Secondary Human Rights Law”, en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 34, p. 596 (2009).

⁶⁹ Así pasa, por ejemplo, con Clarence Joseph Nelson, juez de la Corte Suprema de Samoa, que integra el Comité seguimiento de la CDN como uno de sus vicepresidentes. El Primer Ministro de Samoa obturó toda posibilidad de debate sobre el aborto en su país al afirmar que para su gobierno es una pérdida de tiempo la discusión ya que jamás va a aceptar su legalización porque, entre otras, cosas, es contraria a la cultura y costumbres del pueblo samoano (al respecto, ver “PM on abortion and same sex marriage”, *Samoa Planet*, 1º de septiembre de 2017, en <http://www.samoaplanet.com/pm-abortion-sex-marriage/>, última vista, 28/7/2018).

⁷⁰ Cfr. versión taquigráfica..., p. 90 (<http://www.senado.gov.ar/upload/26925.doc>, última visita, 28/7/2018). Después de magnificar la importancia de la Ley 27.005, Kemelmajer afirmó: “Pues bien ese Comité, como ya se ha dicho acá por parte de muchos expositores, nos ha recomendado más de una vez –la última vez este año, en junio, que debemos asegurar el acceso a los servicios del aborto seguro y atención posparto para niñas adolescentes. ¿Cómo sostener entonces, que el derecho del feto es absoluto? Si el órgano encargado de la interpretación y aplicación de la convención prioriza a la adolescente embarazada, persona ésta, sí, que tengo frente a mis ojos y que, indudablemente, está protegida por la convención”.

III.4. Otros problemas constitucionales

A pesar de los problemas constitucionales que expuse, el Proyecto de Ley pretende garantizar un inexistente derecho al aborto, que puede ser ejercido hasta el momento mismo del nacimiento, a ser efectivizado en un plazo perentorio e improrrogable de cinco (5) días, que pretende ser impuesto con el Código Penal para evitar cualquier obstáculo, sea válido o no, sin importar si ofende las convicciones más íntimas, aquellas que hacen a la esencia misma de quienes somos como seres humanos, de los profesionales y establecimientos de la salud a los que se los pretende forzar a terminar con el derecho a la vida de los “niños” cuando la madre así lo decida y requiera.⁷¹

No existe en nuestro ordenamiento jurídico vigente un derecho que tenga semejante alcance y protección, que se pueda imponer por la mera decisión o arbitrio de una persona, que pase por encima de otros derechos expresamente reconocidos en la letra de normas de jerarquía constitucional, que pueda ser impuesto a través del poder de coerción estatal, que deba ser solventado con fondos públicos y que se tenga que efectivizar en un plazo exiguo de cinco (5) días corridos, sin posibilidad de intervención judicial alguna.

Además, el Proyecto de Ley viola el derecho que la Constitución reconoce a todos los habitantes de la Nación en su art. 14 de asociarse con fines útiles y de profesar libremente su culto. Los arts. 13,⁷² 14⁷³ y 15⁷⁴ del Proyecto de Ley condicionan a través

⁷¹ Existen otros cuestionamientos que se podrían hacer al Proyecto de Ley en relación con el desconocimiento de los derechos de los padres, el tratamiento del consentimiento para el caso de menores de edad, la perspectiva del federalismo, etc. que por cuestiones de espacio no analizaré.

⁷² “Art. 13°- Responsabilidad de los establecimientos de salud. Las autoridades de cada establecimiento de salud deben garantizar la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos establecidos en la presente ley y con los alcances del artículo 40 de la Ley 17.132 y el artículo 21 de la Ley 26.529 y concordantes. La interrupción voluntaria del embarazo establecida en la presente ley se debe efectivizar sin ninguna autorización judicial previa. No pueden imponerse requisitos de ningún tipo que dificulten el acceso a las prestaciones vinculadas con la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo garantizarse a la mujer o persona gestante la utilización de la mejor práctica disponible según las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y una atención ágil e inmediata que respete su privacidad durante todo el proceso y garantice la reserva de la información aportada. En el caso excepcional de ser necesaria la derivación a otro establecimiento, la interrupción voluntaria del embarazo debe realizarse en el plazo establecido en el artículo 11º y las demás disposiciones de la presente ley, siendo responsable de la efectiva realización el establecimiento derivante”.

⁷³ “Art. 14°- Acceso. La interrupción voluntaria del embarazo debe ser realizada o supervisada por un/a profesional de la salud. El mismo día en el que la mujer o persona gestante solicite la interrupción voluntaria del embarazo, el/la profesional de la salud interviniente debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la prosecución de la práctica y los riesgos de su postergación. La información prevista debe ser clara, objetiva, comprensible y acorde a la capacidad de comprensión de la persona. En el caso de las personas con discapacidad, se debe proporcionar en formatos y medios accesibles y adecuados a sus necesidades. En ningún caso puede contener consideraciones personales, religiosas o axiológicas de los/as profesionales de la salud ni de terceros/as. Se deben establecer mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento del plazo y condiciones establecidas en la presente ley a las mujeres o personas gestantes privadas de su libertad. Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa derivada de su cumplimiento, sin perjuicio de los casos de imprudencia, negligencia e impericia en su profesión o arte de curar o inobservancia de los reglamentos y/o apartamiento de la normativa legal aplicable”.

del poder de coerción estatal, bajo amenaza de sanciones administrativas y penales, el accionar de los profesionales y establecimientos de salud.

En particular, el art. 15 del Proyecto de Ley pretende establecer un derecho a la objeción de conciencia que, en realidad, resulta discriminatorio en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, al crear un registro que viola los arts. 2 y 7 de la Ley 25.326 de Habeas Data: se obliga a los objetores de conciencia a proporcionar datos sensibles, es decir, datos que revelan en este caso convicciones religiosas, filosóficas o morales, que quedarán asentados en un registro a cargo de cada establecimiento de salud y que será informado a la autoridad de salud de cada jurisdicción.

El Proyecto de Ley obliga aun a los objetores de conciencia a realizar abortos en caso de peligro a la vida o la salud de la mujer y que requieran atención médica inmediata e impostergable. Tanto los conceptos “inmediato” e “impostergable” en el ámbito de la medicina como la definición de “salud” por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS), permitirían calificar como incumplimiento contractual y/o acto ilícito del profesional de la salud a toda omisión de intervenir por parte de los objetores de conciencia. En efecto, a partir de esa concepción amplia de “salud”, todo “embarazo no deseado” pondría en peligro la salud psíquica y social de la “persona gestante” y requeriría atención médica inmediata e impostergable, más aún, considerando que la práctica abortiva tiene que llevarse a cabo en un plazo máximo de cinco (5) días conforme lo exige el art. 11 del Proyecto de Ley.⁷⁵ Todo ello en un contexto de establecimientos de salud que se encuentran en su gran mayoría colapsados por sobrecarga de trabajo e insuficiencia de medios.

Además, dado que el Proyecto de Ley define el término “salud” incluyendo el inasible concepto de “salud social”, no quedará espacio para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y tampoco para el derecho a la vida de los “niños” por nacer que quedará librado, insisto, al arbitrio de un tercero en franca violación también del art. 19 de la Constitución.⁷⁶ Sobre este último punto, además, a pesar de haber sido advertidos expresamente de este riesgo durante el debate legislativo por el diputado Javier Campos, no se ha tomado en cuenta el impacto que tienen los adelantos de la ciencia en cuanto a

⁷⁴ “Art. 15°- Objeción de conciencia. El/la profesional de la salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción voluntaria del embarazo tiene la obligación de garantizar el acceso a la práctica y no puede negarse a su realización. El/la profesional mencionado/a en el párrafo anterior sólo puede eximirse de esta obligación cuando manifestare su objeción previamente, de manera individual y por escrito, y la comunicare a la máxima autoridad del establecimiento de salud al que pertenece. La objeción puede ser revocada en iguales términos, y debe mantenerse en todos los ámbitos, públicos o privados, en los que se desempeñe el/la profesional. El/la profesional no puede objetar la interrupción voluntaria del embarazo en caso de que la vida o la salud de la mujer o persona gestante estén en peligro y requieran atención médica inmediata e impostergable. Cada establecimiento de salud debe llevar un registro de los profesionales objetores, debiendo informar del mismo a la autoridad de salud de su jurisdicción. Queda prohibida la objeción de conciencia institucional y/o de ideario”.

⁷⁵ “Art. 11°. Plazo. La mujer o persona gestante tiene derecho a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en el sistema de salud en un plazo máximo de cinco (5) días corridos desde su requerimiento y en las condiciones que determina la presente ley, la Ley 26.529 y concordantes”.

⁷⁶ Quienes sostienen que el aborto podría tener una justificación desde el liberalismo político a través del art. 19 de la Constitución deberían contestar los cuestionamientos de Doris Gordon en “Abortion and Rights: Applying Libertarian Principles Correctly”, en *International Journal of Sociology and Social Policy*, Vol. 19, p. 96 (1993).

la información que proporcionan los estudios prenatales no invasivos. Así, sea o no su intención, el Proyecto de Ley permitirá que se aborten personas por nacer con Síndrome de Down, labio leporino, espina bífida o aun por razón de su sexo no solo durante las primeras 14 semanas del embarazo, sino también en cuanto el embarazo cause un peligro a la salud concebida en términos amplísimos. En definitiva, la causal de peligro para la salud “social” permitirá así que se pueda abortar por cualquier causa hasta el momento mismo del nacimiento.

Finalmente, el art. 15, *in fine*, del Proyecto de Ley prohíbe de forma arbitraria e inconstitucional la objeción de conciencia institucional y/o de ideario, contrariando el reconocimiento que el mismo Congreso hizo previamente en leyes como la Ley 25.673.⁷⁷ El Proyecto de Ley viola así no solo el art. 14 de la Constitución Nacional, sino también la limitación expresa prevista en el art. 28 de no alterar los derechos de libertad de asociación y de cultos so pretexto de pretender regularlos.

Hay un último punto que quiero destacar y tiene que ver con la falta de consideración del Proyecto de Ley acerca de la viabilidad de los niños fuera del seno materno. El art. 13 del Proyecto de Ley obliga a los profesionales y establecimientos de la salud intervinientes a terminar con la vida de todos los “niños” por nacer previo a la realización del aborto cuando tengan más de 20 semanas de gestación. En efecto, el art. 13 del Proyecto de Ley obliga a la utilización de lo que se denomina como “*la mejor práctica abortiva disponible según las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud*” (OMS). Al respecto, en el documento “*Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*”, la OMS recomienda lo siguiente:

“Cuando se utilizan métodos médicos de aborto después de las 20 semanas de gestación, debe considerarse la inducción de la muerte fetal antes del procedimiento. Los métodos médicos modernos, como la combinación de regímenes de mifepristona y misoprostol o misoprostol solo, no producen directamente la muerte del feto; la incidencia de sobrevida transitoria del feto después de la expulsión está relacionada con el aumento de la edad gestacional y la disminución del intervalo del aborto [...]. Entre los regímenes utilizados frecuentemente previo al procedimiento para inducir la muerte del feto se incluyen [...]:

- Inyección de cloruro de potasio (KCl) a través del cordón umbilical o en las cavidades cardíacas del feto, que es sumamente eficaz pero requiere experiencia para aplicar la inyección en forma segura y precisa y tiempo para observar la cesación cardíaca mediante ecografía.

- Inyección intraamniótica o intrafetal de digoxina. La digoxina tiene una tasa de fracaso más alto que el KCl para provocar la muerte fetal; no obstante, es técnicamente más fácil de usar, no requiere una ecografía si se administra por vía intraamniótica, y su seguridad ha sido demostrada (los niveles de suero maternos permanecen en los niveles terapéuticos o subterapéuticos de digoxina) [...]. La digoxina requiere tiempo para la absorción fetal; en consecuencia, suele

⁷⁷ Cfr. arts. 9 y 10 de la Ley 25.673.

*administrarse el día anterior a la inducción del aborto junto con el misoprostol*⁷⁸
(el destacado nos pertenece).

Esta obligación de procurar la muerte de los niños por nacer cuando ya son viables, es decir, cuando ya pueden vivir fuera del seno materno, es obviamente arbitraria e inconstitucional. Viola de forma flagrante el derecho constitucional a la vida reconocido en nuestro sistema constitucional, tanto a nivel federal, como a nivel provincial. Y demuestra de forma contundente la absoluta irracionalidad del Proyecto de Ley.

Conclusión

Guste o no, existen obstáculos constitucionales para la aprobación del Proyecto de Ley. Si nos tomamos el derecho constitucional en serio, la legalización del aborto no requiere el dictado de una simple ley, sino de una decisión soberana del pueblo en su máxima expresión, es decir, expresada a través del ejercicio del poder constituyente.⁷⁹

Aceptar estas limitaciones no implica considerar a la mujer como un mero instrumento de la reproducción ni de ser temerosos de una libertad mal entendida. Se trata simplemente de ser respetuosos del ordenamiento constitucional vigente y diseñar soluciones que consideren de forma adecuada los límites que impone a los poderes constituidos a la hora de tomar decisiones. Se trata de evitar, además, una suerte de “emotivismo constitucional” que eleve arbitrariamente las emociones a la categoría de “derechos”. No podemos desconocer que los “niños” o las “personas por nacer” tienen un estatus jurídico expresamente reconocido a nivel constitucional en nuestro país y que no son parte de la madre, ni cosas, sino seres humanos con derecho a la vida. Por eso, no pueden ser tratados utilitariamente y descartados a libre voluntad, aun cuando esa sea la firme creencia de aquellos que impulsan la legalización del aborto.

En definitiva, si la declamada intención del Proyecto de Ley es terminar con el aborto clandestino y sus nefastas consecuencias, los medios utilizados resultan inaceptables desde el punto de vista de nuestro ordenamiento positivo vigente. El fin, por más noble que sea, no justifica los medios. Es responsabilidad del Congreso de la Nación buscar una solución acorde con nuestro sistema constitucional, que considere alternativas superadoras que respeten todos los derechos en juego en el marco de los arts. 1, 14, 19, 27, 28, 33, 43, 75, incisos 22 y 23 y 121 de nuestra Constitución Nacional. El Proyecto de Ley no lo hace y, por ende, debe ser desechado totalmente conforme lo previsto en el art. 81 de la Constitución Nacional. Si, a pesar de los graves planteos constitucionales que formulo, una apretada mayoría de senadores decide aprobar este Proyecto de Ley no harán otra cosa que imponer por la fuerza una decisión arbitraria que marcará, no tengo dudas, un nuevo hito en la demolición de nuestro sistema constitucional.

⁷⁸ *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2da. ed., Organización Mundial de la Salud, Montevideo, 2012, p. 40.

⁷⁹ Eso fue lo que, ante una situación jurídica similar, se hizo en Irlanda en el mes de mayo de 2018.

NUEVA OPORTUNIDAD PARA TRANSFORMAR EL SISTEMA JUDICIAL A PARTIR DE LOS RESULTADOS DE LA AUDITORIA A LA JUSTICIA PENAL FEDERAL

Por *Guillermo M. Lipera, Máximo J. Fonrouge y Fernando R. Frávega*

Un acontecimiento significativo

El 31 de mayo no sólo concluyó un mes otoñal atípico. Resultó especial para el ámbito judicial.

La lluvia matinal había complicado los desplazamientos de aquel abogado, que como otros tantos colegas, se organizó para comenzar su actividad temprano y cumplir la agenda programada. Tenía la necesidad profesional de tomar nota de resoluciones judiciales cargadas; de informarse de las notificaciones recibidas; de cargar escritos y de realizar alguna gestión en el sistema frente a la inminencia de algún plazo perentorio que lo conminaba. Su computadora daba señales de estar en funcionamiento, sin embargo el Lex 100 no respondía. Emplear ese sistema operativo fue una tarea imposible. La pantalla se bloqueó y, súbitamente, ese abogado, como tantos otros a lo largo del país, se anotician de que el Sistema de Gestión Judicial se encuentra temporariamente fuera de servicio.⁸⁰

Este episodio puramente anecdótico, intempestivamente adquirió todos los condimentos para mutar su naturaleza de tal, para convertirse en un hecho relevante y significativo en términos institucionales.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Dirección de Gestión, emitió un comunicado por el cual expresó: *“Al comenzar la jornada de hoy se nos informó sobre fallas técnicas en el Data Center del Poder Judicial, dependiente del Consejo de la Magistratura de la Nación, lo que impidió el funcionamiento del Sistema de Gestión Judicial. El problema surge de la desinversión en la actualización de la infraestructura informática, por parte del Consejo de la Magistratura de la Nación, circunstancia que se ha comunicado reiteradamente a las autoridades del Consejo de la Magistratura, sin solución efectiva al día de la fecha”*.⁸¹

⁸⁰ LEX100 es la solución desarrollada por BASE 100 que incluye los conceptos más evolucionados para asegurar una informatización con éxito de las oficinas judiciales. Está concebido como una herramienta flexible y de uso general, utilizable en todas las dependencias judiciales vinculadas a la gestión de los expedientes, pudiendo adaptarse a cualquier fuero, instancia o dependencia <http://www.base100.com/es/soluciones/lex100.html>

⁸¹ <https://www.cij.gov.ar/nota-30440-Fallas-en-el-Data-Center-del-Poder-Judicial-aclaraci-n-de-la-Comisi-n-Nacional-de-Gesti-n-y-la-Direcci-n-de-Sistemas-de-la-Corte-Suprema.html>

Acto seguido, mediante, la resolución N° 1463/2018 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inhábil el 31 de mayo para todas las cámaras, tribunales orales y juzgados del Poder Judicial de la Nación, sin perjuicio de la validez de los de los actos procesales cumplidos.⁸²

Por su parte, el presidente del Consejo de la Magistratura de la Nación, en ocasión de la Audiencia Pública que, en esa misma fecha, ese órgano programara en la ciudad de La Plata para dar tratamiento al tema “Justicia y Sociedad”, afirmó: “...*Heredamos una parálisis de la anterior composición y provocó una crisis de notable gravedad institucional. Hubo una justicia de excepción que no respondía a los parámetros constitucionales. Tuvimos que gestionar esa parálisis....*”⁸³

La consecuencia operativa del incidente antes referido, se tradujo en que durante la mayor parte de aquel día 31 de mayo no funcionó el sistema de gestión judicial, ni tampoco el correo electrónico en las computadoras de la Justicia Federal de todo el país y de la nacional en la ciudad de Buenos Aires.⁸⁴

El apagón informático del sistema judicial se había producido. Por cierto, se trató de una crisis que pudo haber sido evitada y cuyos motivos desencadenantes están lejos de haber sido removidos.

Más allá del incordio que presupone para los operadores del derecho y, principalmente, para los justiciables, cabe precisar que como toda crisis de gestión, sobre todo cuando son persistentes, reiteradas y previsibles sus causas y consecuencias, son siempre el resultado del fracaso de una política de Estado. Cabe interrogarse entonces acerca de si las limitantes informáticas del sistema judicial responden acaso a un fenómeno novedoso o si su naturaleza los hace imprevisibles, lo que habremos de relacionar seguidamente con la realización de la auditoría sobre la justicia federal penal impulsada por el Colegio de Abogados de la Ciudad, con el acompañamiento de 32 organizaciones del sector civil.

⁸² <https://www.cij.gov.ar/nota-30449-Fallas-en-el-Data-Center-del-Poder-Judicial-la-Corte-Suprema-declar--d-a-inh-bil-este-jueves.html>

⁸³ http://www.senado-ba.gov.ar/Prensa_Noticia_Individual.aspx?IdNoticia=4633

⁸⁴ <https://www.infobae.com/sociedad/politicas/2018/06/01/la-falla-informatica-que-paralizo-la-justicia-puso-de-manifiesto-la-falta-de-inversion-del-consejo-de-la-magistratura/>
<http://www.ambito.com/923181-apagon-informatico-desato-interna-en-el-poder-judicial>
<https://www.lanacion.com.ar/2139910-la-caida-del-sistema-informatico-paralizo-la-justicia-de-todo-el-pais>
<https://www.pressreader.com/argentina/clarin/20180601/281741270101963>
<https://www.cronista.com/economiapolitica/Nuevo-round-judicial-la-Corte-acuso-a-Magistratura-de-desinversion-informatica-20180601-0014.html>

Punto de contacto con el resultado de la auditoría a la justicia federal penal

Si bien en la secuencia temporal la auditoría de la justicia federal es anterior al episodio informático señalado, resulta oportuno hacer una referencia a su resultado, pendiente aún de aprobación definitiva por parte del Plenario del Consejo de la Magistratura.

En este sentido, el resultado y la realización de esa labor adquiere especial relevancia por varios motivos. En primer término, por cuanto significó el inicio de un cambio cultural. Las razones y criterios sostenidos por el Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación en anteriores composiciones que llevaron a no aceptar su realización en los años 2007 y 2010, revisten ahora la categoría de un penoso aprendizaje para nuestra sociedad. Sin duda, el abandono de su postura contraria y su correlativa consecución significan un cambio de principios y reglas que debe ser valorado institucionalmente.

Es así que, en pos de una mejor administración de justicia, sus resultados provisorios representan un gran avance desde una perspectiva integral que posibilitará dar cumplimiento al mandato constitucional y legal de establecer mecanismos y procedimientos de evaluación de la gestión judicial. Veamos:

Se han auditado 147 sedes judiciales y la labor de 294 Jueces y Juezas federales. El trabajo abarcó un período de 20 años 1996/2016. Sobre un total de 9.476 causas informadas, la cantidad de 2.178 se encuentran en trámite y 7.298 culminadas.

A partir de las auditorías, se abre una puerta a la sociedad y se aporta una valiosa herramienta de análisis para las organizaciones del sector civil interesadas en el mejoramiento de la justicia. Por primera vez, asimismo, se habilita un nuevo recurso para el ejercicio de los derechos cívicos a fin de procurar un sistema judicial más eficaz.

Por lo pronto, la mencionada auditoría coadyuva a garantizar el cumplimiento del principio de acceso a la información pública, conforme los parámetros de la ley 27.275.

Sus resultados finales resultarán de gran importancia. No solo por su alto valor simbólico sino, sobre todo, por la significación de lo que exhibirán a la luz del día.

Permitirán analizar la eficiencia del sistema de Justicia frente a los procesos criminales relacionados con delitos contra la Administración Pública en los que se encuentren involucrados funcionarios públicos, y, además, posibilitarán verificar que se cumpla con la obligación del Estado Argentino de impartir justicia en “plazos razonables”.⁸⁵

⁸⁵ Conforme los criterios y sentencias de la CIDH y, a su vez, confrontar con el nuevo Código Procesal Penal (ley 27.063), que contempla un plazo de duración máxima del proceso penal de 3 años para delitos no complejos y de 6 años para delitos complejos.

Cabe destacar que el Consejo resolvió que la auditoría de la justicia penal federal se realizará todos los años. Dicho en otras palabras, será un proceso permanente y que brindará transparencia continua a la gestión de estos tribunales.

La auditoría, asimismo, tiene la valía de reflejar el contexto real en el que se desenvuelve el trámite de las causas en cada uno de los Juzgados y Tribunales involucrados, en un ámbito territorial que alcanza todo el país.

Aun cuando las autoridades del Consejo de la Magistratura de la Nación han realizado dos informes preliminares, los datos procesados -ordenados por la totalidad del país y por jurisdicción; Juzgado; Tribunal y Cámara y con el mayor grado de individualización del órgano emisor posible- han sido comprometidos para su informe final en un detallado cronograma que concluye el día 30 de Agosto del presente año.⁸⁶

Dos cuestiones sintetizan el objetivo de las auditorías: a) conocer el tiempo de duración de los procesos en la justicia federal penal; y, b) tomar conocimiento del grado de respuesta punitiva y eficacia de los procesos penales referidos a delitos vinculados a hechos de corrupción contra la administración pública nacional.

Sin duda, atendiendo a esa perspectiva, los dos informes de avance producidos en la materia por el Consejo de la Magistratura son muy valiosos porque permiten acceder a información pública sustantiva que, hasta el presente, no estaba a disposición de la ciudadanía.

Brindan certeza y datos objetivos a las presunciones empíricas preliminares. Sus datos más salientes acreditan que el **92%** de las causas tramitadas por presuntos delitos vinculados a la corrupción durante los últimos 20 años, no llegan a ser elevadas a juicio. Es decir, menos de **1** cada **10** causas llegaron a juicio oral. Desde otra perspectiva, un total de **9** de cada **10** causas penales que investigaban delitos de corrupción contra la administración pública e involucraban a algún funcionario público, concluyeron o todavía se encuentran en la etapa de instrucción.

La ciudadanía reclama que la lucha contra la impunidad sea efectiva. Exige un cambio de paradigma.

A partir del informe final de la auditoría a la justicia penal federal, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires producirá próximamente informes específicos y realizará las peticiones que en su caso estime pertinentes ante el Consejo de la Magistratura u otras instituciones según corresponda.

Así entonces, el propósito de las presentes reflexiones es el analizar la cuestión desde una perspectiva que incluya al sistema judicial en su conjunto, procurando contribuir al

⁸⁶ Incluyendo los nuevos datos logrados respecto del período analizado (1996/2016) y, asimismo, los resultados del período 2016/7.

aseguramiento de una “*eficaz prestación de los servicios de justicia*” conforme lo manda el artículo 114 de nuestra Constitución Nacional.

En este sentido, y con carácter general, se advierte primeramente que en la diversidad de jurisdicciones relevadas se evidenciaron problemáticas referidas a recursos humanos, infraestructura y de orden tecnológico.

La auditoría ha indicado que estas problemáticas conspiran contra el éxito de una gestión alineada con la eficacia de la tarea de administración de Justicia.

Además, los aspectos señalados tienen la particular valía de ser reportados por los propios magistrados. Sin pretender asignarles el carácter de inventario son, en todo caso, factores relevantes que cabe ponderar detenidamente y que conspiran contra un trámite ordenado y de mayor celeridad.

Ellos son:

- LA PROBLEMÁTICA SOBRE LOS ESPACIOS FÍSICOS INSUFICIENTES O EN SITUACIÓN CRÍTICA.

A modo de ejemplo se ha indicado la carencia de espacios para la guarda de expedientes y efectos en lugares seguros y adecuados, la que en muchos casos obliga a desplazar estos depósitos a lugares externos con las consiguientes dificultades y riesgos que ello implica, y que lógicamente repercute en la labor cotidiana por el traslado que debe realizarse a través de los propios empleados del Juzgado, y que detrae tiempo necesario para desarrollar sus tareas específicas.

- LA PROBLEMÁTICA SOBRE LOS RECURSOS HUMANOS DISPONIBLES.

Del relevamiento realizado, se hace notar que los tribunales auditados poseen los mismos recursos humanos que al momento de su creación, lo que no se compadece con el aumento exponencial de los expedientes ingresados anualmente.

Se sostiene que es necesario rediseñar la asignación y organización de personal en pos del mejor funcionamiento del servicio de justicia.

En relación a las jurisdicciones del interior del país -en mayor medida- y también respecto de los Juzgados con sede en la Capital Federal, surge del relevamiento realizado según fuera advertido por algunos de los Juzgados y Tribunales objeto de análisis, la carencia o insuficiencia de cuerpos periciales propios y adecuados (médicos; psicólogos; contadores, entre otros). Se manifiesta que ello dificulta el desarrollo de las causas, particularmente las complejas, por cuanto tal carencia los obliga a recurrir al Cuerpo de Peritos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o a las listas de oficio, con las consiguientes demoras e incidencia sobre el plazo razonable del trámite de los respectivos procesos.

- LA PROBLEMÁTICA EN RELACIÓN AL SISTEMA INFORMÁTICO Y RECURSOS TECNOLÓGICOS

Se señaló lo positivo que ha resultado el pasaje de sistemas manuales a sistemas de gestión informáticos.

Paralelamente se advierte sobre la necesidad del mejoramiento de la cantidad y calidad de recursos en relación al personal que se desempeña en cada una de las unidades jurisdiccionales, así como la estabilidad de la comunicación y el requerimiento de mayor cantidad de elementos complementarios absolutamente necesarios para el buen funcionamiento del sistema (scanner; fotocopadoras; impresoras y computadoras, entre otros). En cuanto a la problemática en materia de conectividad, arquitectura e infraestructura informática, se afirma que requiere de soluciones inmediatas y estructurales que posibiliten el entorno digital necesario y suficiente para producir una verdadera transformación de los resultados de gestión.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de la apertura del año judicial 2018, realizó una convocatoria pública a los poderes judiciales del país, a los poderes del estado y a la sociedad civil para participar en unas jornadas que organizó, para debatir los lineamientos de una política de Estado para la transformación del Poder Judicial.

A las reuniones en comisión fueron invitados, además de los representantes de los tribunales, asociaciones judiciales, gremios judiciales, colegios de abogados y facultades de derecho y ONGs dedicadas al análisis de la justicia.

En esa ocasión, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, presentó un documento que, entre numerosos aportes, formuló propuestas en dos campos que consideramos estructurales.⁸⁷

Resulta oportuno traer a colación que el antes referido “apagón informático” del Poder Judicial aconteció solo 3 meses después de que nuestra institución hubiera llamado la atención sobre la importancia estratégica de contar con un sistema y programación informática actualizada y eficaz.

Básicamente, se propugnó en aquella ocasión la necesidad de incorporar al sistema programas que evolucionen hacia la Inteligencia Artificial, implementando en la gestión del Workflow documental para resolver toda creación, validación y guarda de los documentos, cumpliendo con todas las normas de protocolización e interoperabilidad que fueran pertinentes a fin de darle celeridad y seguridad a los procesos. La sistematización postulada permitirá, además, colocar a disposición de la ciudadanía y de todos los operadores de la justicia, la totalidad de la información generada durante la gestión del expediente judicial. Tales herramientas constituyen el paso previo e ineludible hacia las tecnologías de analítica y posterior aplicación del modelo

⁸⁷ <http://www.colabogados.org.ar/archivos/csjn-NOTA-5-de-marzo-de-2018.pdf>

de machine learning e inteligencia artificial. Todo lo cual redundará, sin duda, en mayor previsibilidad y transparencia en la tramitación de los procesos.

La Analítica se aplica para extraer más valor a la información que se multiplica con la denominada *Big Data*, aplica algoritmos y cálculos matemáticos para ser capaz de sacar a relucir información que, de otra manera, encuentran correlaciones que de otro modo sería imposible de obtener.

Es también oportuno destacar que, en el discurso del presidente de la Corte Suprema pronunciado en la ocasión indicada precedentemente, al referirse al tema, expresó: “....*Hay un proyecto sobre la digitalización y el proceso basado en datos electrónicos, el proceso digital. Hay proyectos importantes en esta materia para mejorar el trabajo en la Justicia civil. Las demandas en esta materia son enormes a lo largo y a lo ancho del país. Debemos ser capaces de dar respuestas más rápidas. En esto hay algo central que atraviesa todos los fueros, y es la idea de que el ciudadano que va a un banco, maneja un celular, está en contacto con el siglo XXI, pero cuando va a un juzgado pasa al siglo XIX. Todavía ve expedientes cosiéndose con hilos. Entonces, ¿cómo puede ser que no seamos capaces de lograr expedientes digitales en todos los ámbitos? Hace 10 años que lo planteamos en la Corte Suprema, y todavía no se ha podido lograr. Los colegios de abogados nos han traído iniciativas importantísimas. Pero reitero, el problema es la implementación (...). Hay áreas del Estado que ya tienen desarrollos importantes en materia de tecnología, como es la AFIP o el ANSES. Ahí es sencillo hacer un expediente digital, los juicios de los jubilados serían muchísimo más rápidos. La pregunta es si nos interesa que sea más rápido. (...) el expediente digital es una urgencia, y debemos lograrlo en todas las jurisdicciones.(...) Las provincias han hecho muchos esfuerzos. Hay provincias que tienen desarrollos importantes en materia tecnológica. Entonces todos tenemos que lograr un parámetro más o menos consensuado en materia de tecnología porque, si nosotros tenemos gestión organizada en base a un software judicial y tenemos digitalización de los documentos, entonces la auditoría que se puede hacer sobre el trabajo que cada uno de nosotros hacemos es automática porque la información fluye. Y podemos trabajar en cualquier horario, como nos sucede, estamos con la computadora en cualquier tiempo y lugar. Y podemos lograr difusión de información, porque uno de los temas importantes es que se conozcan las sentencias, porque si se conocen las sentencias los ciudadanos pueden ajustar sus conductas y, si pueden ajustar sus conductas, disminuye la litigiosidad. Esto ocurre en muchísimos campos y tenemos una propuesta interesante referida a la difusión de información de los montos indemnizatorios. (...). Bueno, hoy hay tecnología para difundirlo y entonces las indemnizaciones pueden ir logrando un intermedio, un nivel estable que a su vez permite el aseguramiento, y el aseguramiento*

permite la previsibilidad económica. Pensemos de otra manera. No nos opongamos al progreso y hagamos que los que tienen que tomar medidas en esta área las tomen...”⁸⁸

En este contexto, es altamente ilustrativo complementar estas referencias con algunas evidencias que surgen de la auditoría a la Justicia Federal Penal por cuanto ha puesto de realce aspectos muy relevantes en relación a la cuestión tecnológica e informática.

Baste mencionar, por ejemplo que: *“...se advierte sobre la lentitud en las comunicaciones y demoras producidas en relación a los distintos organismos externos que tienen incidencia en el proceso penal y en particular en las causas denominadas de “corrupción” por su complejidad como pueden serlo las relaciones con las Fuerzas de Seguridad; el Servicio Penitenciario o bien los organismos que deben proveer los informes necesarios para la prosecución del proceso. En este sentido se acumula la propuesta realizada de facilitar a través del Servicio Penitenciario, la notificación electrónica a las personas detenidas o privadas de su libertad y asimismo el libramiento de oficios por este medio; lo que implica la adopción de medidas posibles que inciden de manera directa en el tiempo y recursos que se afectan en el traslado de estas personas y a dichos fines se dio intervención a la Dirección de Tecnología y se libró oficio al Servicio Penitenciario a los fines de la implementación de estas sugerencias de alto valor práctico. En este sentido, se consideró de alto valor la sugerencia realizada por algunos Juzgados o Tribunales de nuestro país, de llevar adelante una medida de política judicial y criminal que es la de implementar acabadamente el “Plan de Acceso Electrónico a la Información respecto de los diversos organismos públicos”, que permitirá una interacción virtuosa que acortará los plazos y logrará una unificación de información en tiempo y espacio adecuado para la adopción de medidas necesarias para el buen recorrido y resultado de los procesos penales...”*⁸⁹

A su vez, cabe tener presente que el ordenamiento jurídico ya ha dado el marco legal para revertir esta situación. Así, el artículo 1° de la ley 26.685 autoriza la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Resta, ni más ni menos, que su implementación. Existe, asimismo, un profuso marco regulatorio del tema⁹⁰

Volviendo ahora al resultado de las auditorías, estas han corroborado que el desenvolvimiento del sistema judicial evidencia un déficit respecto de la duración de los procesos que administra, situación deficitaria que se hace extensiva a su objetivo jurisdiccional específico (la baja tasa de esclarecimiento y, consecuente, punibilidad de los autores de los delitos que investiga).

⁸⁸ <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/077/429/000077429.373946001520359042>

⁸⁹ Consejo de la Magistratura de la Nación Informe Auditoría Abril de 2018

⁹⁰ las leyes 25.506, 26.685 y 26.856, y las acordadas: 31/2011, 36/2012, 8/2012, 29/2012, 14/2013, 15/2013, 24/2013, 35/2013, 36/2013, 38/2013, 43/2013, 2/2014, 6/2014, 3/2015, 16/2016, 38/2016 y 4/2017

Se ha confirmado, también, que su desempeño exterioriza severos déficits en materia de infraestructura y logística. Sea en materia edilicia; de recursos humanos o de procesos informáticos y sistemas.

Es aquí, donde se vislumbra, entre otros temas, la naturaleza del déficit que proyecta la organización y funcionamiento del Poder Judicial.

El Consejo de la Magistratura de la Nación, un órgano compelido a reformarse

Si bien ha hecho su irrupción en el ordenamiento nacional hace ya prácticamente un cuarto de siglo, aún no ha sido posible sanear las inconsistencias de su régimen legal.

En lo sustancial, el régimen de la ley 26.855, fue declarado inconstitucional por la CSJN y el de la ley 26.080, declarado inconstitucional por la Cámara Contencioso Administrativo Federal, a instancias de la demanda interpuesta por nuestro Colegio de Abogados en el año 2006. Actualmente, por haber sido apelada la respectiva sentencia, la cuestión se encuentra a consideración de la CSJN.

Al respecto, en oportunidad de la convocatoria de la CSJN, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires reiteró la necesidad imperiosa de que la Nación cuente con una nueva ley que reglamente la integración del Consejo de la Magistratura de modo que su composición respete el equilibrio estamental previsto por el art. 114 de la Constitución Nacional. Tanto en la integración del Plenario de éste órgano, como en sus comisiones.

Se recomendó que el procedimiento de selección de magistrados debe ceñirse a una duración total que no debería exceder de noventa días hábiles contados a partir de la prueba de oposición y, asimismo, que se deberá potenciar su rol institucional para organizar y ejecutar una Escuela Judicial que capacite debidamente a los aspirantes a Jueces de Primera Instancia.

Y si bien es justo reconocer que la actual integración del Consejo de la Magistratura ha permitido ratificar el axioma de que a las instituciones las hacen los hombres que las integran, tal como lo acredita el notorio avance experimentado en materia de elevación de ternas como resultado de los procesos de selección de magistrados, en los cuales se ha logrado una destacable reducción de tiempos para la conclusión de los concursos, no puede dejar de considerarse que el adecuado funcionamiento de este órgano constitucional no puede reposar exclusivamente en el alea que significa contar en su composición circunstancial con dirigentes probos o con inalterable vocación democrática y republicana, sino, que su régimen jurídico debe estar ajustado a parámetros objetivos cuya arquitectura institucional proyecte en su funcionamiento y, a través suyo, del Poder Judicial de la Nación, un andamiaje identificado con soluciones eficaces en su gestión que, a su vez, resulten consistentes constitucionalmente.

El Consejo de la Magistratura de la Nación, que en sus orígenes reconoce los trazos propios del derecho continental europeo, ha sido diseñado con la materia prima de raigambre parlamentaria. Sin embargo, se le han asignado funciones de orden operativo, como lo es por ejemplo la administración del Poder Judicial de la Nación, que merecen desde la perspectiva financiera y de implementación una resolución instrumental acorde con las exigencias de gestión que demanda la sociedad y también los estándares de calidad y eficacia que las posibilidades contemporáneas admiten.

La digitalización del proceso judicial y la superación de limitantes en la gestión del sistema judicial

El ámbito de la justicia penal -en el caso referido, a la federal- es quizá el que concita mayor atención pública y, por cierto, en general, las referencias al sistema judicial se centran en gran parte en la visión que la sociedad tiene de ella por la trascendencia pública de su actuación, cuando se advierte como buena o mala.

Sin embargo, más allá de sus peculiaridades, la problemática apuntada precedentemente se reproduce casi inexorablemente en el resto de la administración judicial. Sin pretender agotar el tema, a modo de ejemplo, basten referir las frecuentes dificultades de conectividad de los fueros nacionales civil o comercial. El apagón informático de todo el Poder Judicial. Las dificultades edilicias o de duración de los procesos en el ámbito de la justicia nacional del trabajo, en la federal de la seguridad social o en lo contencioso administrativo.

Al considerar la situación crítica del sistema judicial algunas voces sostienen que el desenvolvimiento de la sociedad contemporánea ha ganado en complejidad. La actualidad nacional, entre otras realidades, permite apreciar que sus conflictos generan una judicialización creciente. Sin embargo, esta aproximación aborda sólo una parte de la cuestión.

De ahí la importancia de considerar el tema desde una perspectiva que pondere a la administración de justicia como parte de un sistema.

En primer término, cabe tener presente que gran parte de la legislación sustantiva sancionada en los últimos tiempos se ha diseñado bajo el prisma de una operatividad abierta que deja al criterio judicial la resolución de diferentes cuestiones y da, así, pábulo a una litigiosidad creciente que promueve una sobredemanda del sistema judicial.

La demanda de justicia se constituye, pues, en el reclamo constante de un bien cuya respuesta institucional no sólo es costosa de organizar sino también dificultosa de implementar. A contrario de lo que ocurrió hasta las conducciones precedentes que, por razones básicamente políticas vieron recortada la eficiencia de su acción en materia de selección de magistrados, la actual composición del Consejo de la Magistratura ha elevado ternas, en 200 concursos para

cubrir cargos en las prácticamente 350 vacantes que tenía la justicia nacional y federal. A pesar de la redoblada labor ejercida restan cubrir al menos 150 cargos.

Pero más allá de la complejidad de la creación legal de aquellas estructuras jurisdiccionales que busquen dar satisfacción a la demanda creciente de Justicia, ante todo, el sistema judicial requiere como prerrequisito la designación de jueces y, por cierto, que sean buenos en términos técnicos y también de gestión. Este último aspecto, tiene dos connotaciones. La que refiere a la aptitud y eficacia operativa del magistrado. Y aquella que se vincula con la valoración del desempeño desde el punto de vista de su probidad o disciplina. En estos aspectos vinculados a la selección y acusación de magistrados, así como en lo relativo a la gestión de la judicatura como a la administración del Poder Judicial, el rol del Consejo de la Magistratura es fundamental y, en mucho, el modo eficaz en que ejerza su competencia contribuirá o no al desempeño virtuoso del sistema judicial.

Complementariamente, y si bien su naturaleza es eminentemente técnica la digitalización del proceso judicial conlleva una relevancia estructural estratégica para el mejoramiento y la transparencia de la actuación de la justicia.

De cómo se defina el diseño e implementación de la digitalización del proceso judicial dependerá el modelo de gestión que caracterizará a nuestro sistema. Edificará la arquitectura entre lo que es y lo que queremos que sea el sistema judicial. Su desarrollo implica el desafío de determinar el modelo de organización de trabajo que tendrán los juzgados. También del uso de la información jurídica y estadística que se produzca, así como difundir el conocimiento de los criterios que utilizan los magistrados para resolver los casos que le son sometidos a su jurisdicción, habrá de coadyuvar a edificar la previsibilidad del sistema.

Por consiguiente, adquiere una importancia institucional trascendental.

Cabe enfatizar que la acertada determinación y coordinación operativa de todos estos elementos contribuirá a robustecer uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento constitucional democrático como lo es la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, en definitiva, responde a la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.

La seguridad jurídica se asienta sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos. Y, acaso, resulta el mayor incentivo para evitar la sobredemanda del servicio de justicia.

Conclusiones

La actualidad da cuenta cotidianamente del cambio que transita la sociedad mundial. La innovación informática y la tecnología aplicada adoptan a diario nuevas expresiones que modifican procesos y entornos a los sistemas que estamos habituados y permiten aprovechar mejor todos los recursos. La inteligencia artificial, “big data”; blockchain, son alguna de sus expresiones. Sus manifestaciones de progreso y evolución constante añaden multiplicidad de novedades que importan un factor de transformación de todos los servicios y actividades que, cada vez, con mayor injerencia son objeto de una digitalización creciente y más plena.

Esta realidad para el sistema judicial nacional ofrece diversidad de reflexiones. Escogimos solo dos para precisar en estos comentarios. La primera es que el proceso judicial vigente está estructurado sobre una matriz que consagra al expediente de papel como su epicentro, al cual, desde hace ya muchos años, insatisfactoriamente se le han pretendido injertar secuencias digitales a su entramado. El resultado ha sido no sólo la ineficacia, sino más bien acentuar las manifestaciones de su marcada obsolescencia operativa.

La segunda es que la conectividad, los sistemas y la tecnología informática han tomado una dinámica tal que, en el caso del Poder Judicial de la Nación, es insoslayable transformar la estructura de su proceso. La digitalización es una necesidad que, de no resolverse, hará cada vez más tangible la brecha informática entre la sociedad y el Poder Judicial. Migrar a un sistema de documentos y procesos digital es ya impostergable.

Las continuas fallas del sistema por falta de inversiones ponen en riesgo la administración de justicia y los intereses de los justiciables no sólo por la pérdida de tiempos que trae como consecuencia que los procesos se dilaten.

La cuestión de la digitalización de documentos del proceso judicial, sin duda, no es la única situación crítica pero su adecuada solución tendrá impacto directo sobre aspectos que no admiten postergación como lo son el desamparo de los tiempos y la burocracia excesiva que distancia al sistema judicial de las necesidades de las personas.

El efecto negativo del principio *Competence-Competence* en el arbitraje comercial

Por Julio C. Rivera (h) ♦

1.- Una primera aproximación al principio *Competence-Competence*

El principio *Competence-Competence* es considerado como uno de los pilares fundamentales del arbitraje internacional.⁹¹ La doctrina distingue entre un efecto positivo y un efecto negativo de este principio.⁹² En su faz positiva, el principio *Competence-Competence* establece que el tribunal arbitral tiene la atribución de pronunciarse acerca de su propia competencia si las partes cuestionan la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral. Esta atribución es reconocida en casi todas las leyes de arbitraje y constituye uno de los pocos principios transnacionales del arbitraje internacional.⁹³

La existencia de este efecto positivo se sustenta en que si el tribunal arbitral no pudiera ejercer su jurisdicción –cuando es cuestionada por una de las partes– sin la revisión previa de la validez de la cláusula arbitral por parte de un tribunal judicial,– las ventajas del arbitraje en términos de costos, rapidez y de evitar los tribunales locales se verían sustancialmente comprometidas.⁹⁴ En efecto, bastaría cualquier cuestionamiento a la jurisdicción del tribunal para entonces tener que aguardar una decisión judicial acerca de la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, antes de poder continuar con el procedimiento arbitral.⁹⁵ De esta manera, el arbitraje sería más costoso,

♦ Socio de *Rivera & Asociados*, profesor de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires) y Profesor Global Adjunto (New York University School of Law).

⁹¹ Mantilla Serrano, Fernando, “Los principios de autonomía y competencia-competencia en el nuevo Estatuto Arbitral colombiano”, en *Estatuto Arbitral Colombiano*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2013, p. 392.

⁹² Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2º ed., Wolters Kluwer, Países Bajos, 2014, Vol. I, p. 1069-1070.

⁹³ Cfr. Born, *International Commercial Arbitration*, cit., Vol. I, p. 1051; Kröll, Stefan, “Party Autonomy in relation to Competence-Competence”, en Ferrari, Franco (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, JurisNet, New York, 2016, p. 171.

⁹⁴ Bermann, George A., *International Arbitration and Private International Law*, Brill Nijhoff, Maubeuge (France), 2017, p. 94.

⁹⁵ Silva Romero, Eduardo, “Breves observaciones sobre el principio ‘Kompetenz-Kompetenz’”, en Silva Romero, Eduardo (Director Académico), *El Contrato de Arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005, p. 581.

más lento y más vulnerable frente a la interferencia de los tribunales judiciales.⁹⁶ Como señala González de Cossío, se llegaría a un resultado absurdo según el cual para resolver las disputas fuera de los tribunales judiciales habría que acudir primero a ellos.⁹⁷ Por eso, el reconocimiento del efecto positivo del principio *Competence-Competence* constituye un “mecanismo anti-sabotaje”.⁹⁸

Ahora bien, el principio *Competence-Competence* –en su faz positiva– no nos dice demasiado acerca del rol que juegan los tribunales estatales en la etapa inicial del arbitraje. En efecto, una cosa es que el tribunal arbitral se encuentre facultado para pronunciarse acerca de su propia competencia y otra muy diferente es que los tribunales judiciales se encuentren totalmente vedados de analizar la existencia, validez o alcance de la cláusula arbitral con anterioridad al tribunal arbitral. ¿Pueden los tribunales estatales declarar la inexistencia, invalidez o inaplicabilidad de la cláusula arbitral aun si el tribunal arbitral no se ha pronunciado al respecto? ¿Pueden hacerlo en cualquier circunstancia o solo en circunstancias excepcionales?

De esto se ocupa el principio *Competence-Competence* en su faz negativa, en la medida en que establece una regla de prioridad temporal según la cual el tribunal arbitral debe ser el primero (aunque no el único) en pronunciarse acerca de su propia competencia mientras que los tribunales judiciales deben aguardar a la etapa de anulación o ejecución del laudo.⁹⁹

A diferencia de lo que sucede con el efecto positivo del *Competence-Competence*, no existe consenso respecto de los alcances de su efecto negativo.¹⁰⁰ Las legislaciones arbitrales presentan soluciones diferentes respecto de la competencia de

⁹⁶ Bermann, *International Arbitration...*, cit., p. 95.

⁹⁷ González de Cossío, Francisco, “The Compétence-Compétence Principle, Revisited”, *Journal of International Arbitration*, vol. 24(3), p. 239 (2007).

⁹⁸ Park, William W., *Arbitration of International Business Disputes*, 2º ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 233.

⁹⁹ Gaillard, Emmanuel y Banifatemi, Yas, “Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators”, en Gaillard, Emmanuel y Di Petro, Domenico (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, Cameron May, 2008, pp. 259-260.

¹⁰⁰ Silva Romero, Eduardo, “Breves observaciones...”, cit., p. 585.

los tribunales judiciales para controlar la existencia, validez y alcance de la cláusula arbitral con anterioridad a la decisión del tribunal arbitral.¹⁰¹

El propósito de este artículo es analizar los principales enfoques regulatorios en esta materia y examinar, en particular, la regulación argentina.

2.- El efecto negativo del principio *Competence-Competence*: diversos enfoques

El art. II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958) establece que:

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Del texto de este artículo se desprende claramente tanto los tribunales estatales como el tribunal arbitral se encuentran facultados para resolver las cuestiones jurisdiccionales.¹⁰² Sin embargo, el art. II.3 de la Convención nada dice acerca de cuáles son los alcances del control judicial de la cláusula arbitral con anterioridad a la existencia del laudo.¹⁰³ ¿Consiste en un examen meramente superficial y sumario? ¿O por el contrario los tribunales ejercen un control amplio y sustantivo de la validez de la cláusula arbitral? La Convención no exige la aplicación específica de ninguno de estos estándares.¹⁰⁴ Se trata de una cuestión en la que los Estados contratantes se encuentran facultados para elegir el estándar de revisión que consideren más conveniente. Es más,

¹⁰¹ Cfr. Bermann, *International Arbitration...*, cit., p. 99; González de Cossío, Francisco, “La ironía de *Cométence-Compétence*”, *Lima Arbitration* N° 3, 2008/2009, pp. 205-207.

¹⁰² Born, *International Commercial Arbitration*, cit., Vol. I, p. 1053.

¹⁰³ Born, *International Commercial Arbitration*, cit., Vol. I, p. 1055, Rivera, Julio César, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, 2° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 469.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Canadá, 13/7/2007, “*Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs*”, § 71.

los Estados contratantes pueden incluso eliminar todo tipo de control judicial en esta etapa preliminar en función de lo dispuesto por el art. VII de la Convención.¹⁰⁵

La regulación del efecto negativo del principio *Competence-Competence* —es decir, la determinación de los alcances del control judicial de la existencia, validez y alcances de la cláusula arbitral con anterioridad a la existencia de un pronunciamiento del tribunal arbitral al respecto— implica, como observa el profesor de la Universidad de Columbia George Bermann, una tensión entre dos principios: eficacia y legitimidad.¹⁰⁶

Por un lado, si una parte es obligada a ser parte de un procedimiento arbitral a pesar de no haber prestado su consentimiento, la legitimidad de ese arbitraje y del laudo estaría comprometida.¹⁰⁷ Por el otro, la eficacia del arbitraje como método de resolución de controversias se puede ver afectada si antes de iniciar el procedimiento arbitral las partes pueden recurrir ante un tribunal judicial para que determine que el arbitraje no puede continuar, con los consiguientes costos y retrasos que ello implica.¹⁰⁸

Como se explica a continuación, existen diversos enfoques en la legislación comparada acerca de cómo reconciliar estos principios de eficacia y legitimidad, entre los que podemos destacar:

- inexistencia de competencia de los tribunales judiciales para examinar la validez del acuerdo arbitral de forma previa al tribunal arbitral (el enfoque colombiano);
- competencia limitada de los tribunales judiciales para examinar *prima facie* la validez del acuerdo arbitral con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral (el enfoque francés);
- competencia amplia de los tribunales judiciales para examinar la validez del acuerdo arbitral (el enfoque estadounidense).

¹⁰⁵ Mantilla Serrano, “Los principios de autonomía y competencia-competencia...”, cit., pp. 408-409.

¹⁰⁶ Bermann, George A., “The ‘Gateway’ Problem in International Commercial Arbitration”, 37 The Yale Law Journal of International Law 1, p. 3 (2012).

¹⁰⁷ Bermann, “The ‘Gateway’ Problem...”, cit., p. 3

¹⁰⁸ Bermann, “The ‘Gateway’ Problem...”, cit., p. 3

2.1.- Inexistencia de competencia de los tribunales judiciales para examinar la validez del acuerdo arbitral de forma previa al tribunal arbitral: el enfoque del Estatuto Arbitral Colombiano de 2012

El art. 70 del Estatuto Arbitral Colombiano establece que:

La autoridad judicial a la que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquier de ellas, a más tardar, en la oportunidad para la contestación de demanda.

No obstante haberse entablado ante la autoridad judicial la acción a que se refiere el inciso anterior, se podrán iniciar o proseguir la actuación arbitral y dictar un laudo aunque la cuestión esté pendiente ante la autoridad judicial.

En esta materia, el Estatuto colombiano se aparta de la solución del art. II.3 de la Convención de Nueva York que, como ya se explicó, establece que el juez debe remitir a las partes al arbitraje a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. En cambio, de acuerdo con el enfoque del Estatuto, el juez debe siempre remitir a las partes al arbitraje –sin siquiera poder realizar un examen *prima facie* de la validez del acuerdo arbitral– de forma tal que son los árbitros quienes “tendrán siempre y de manera prioritaria la competencia para decidir sobre su propia competencia”.¹⁰⁹

Mantilla Serrano critica la solución colombiana ya que entiende que puede tener “consecuencias nefastas”.¹¹⁰ Al respecto, señala que “si una parte cree legítimamente no estar vinculada por un convenio arbitral, no tiene otro remedio que presentar su causa ante los árbitros y “[t]endrá que incurrir en gastos considerablemente más elevados que ante los tribunales estatales y esperar que los árbitros se pronuncien en su favor”.¹¹¹

¹⁰⁹ Mantilla Serrano, “Los principios de autonomía y competencia-competencia...”, cit., p. 408.

¹¹⁰ Mantilla Serrano, “Los principios de autonomía y competencia-competencia...”, cit., p. 412.

¹¹¹ Mantilla Serrano, “Los principios de autonomía y competencia-competencia...”, cit., p. 412

2.2.- Competencia limitada de los tribunales judiciales para examinar *prima facie* la validez del acuerdo arbitral con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral: el enfoque francés

El art. 1448, inc. 1º, del Código Procesal Civil francés establece que cuando una controversia sujeta a un acuerdo de arbitraje se lleva ante los tribunales judiciales, estos deben declararse incompetentes a menos que el tribunal arbitral no haya sido todavía constituido y la cláusula arbitral sea manifiestamente nula o manifiestamente inaplicable. Como puede observarse, los alcances de la competencia para revisar la validez del tribunal dependen de si el tribunal arbitral se encuentra ya constituido o no. En el primer supuesto, la legislación francesa establece una prioridad absoluta en favor del tribunal arbitral.¹¹² El tribunal estatal es radicalmente incompetente y debe de forma automática remitir a las partes al arbitraje.¹¹³ En el segundo supuesto, la legislación francesa autoriza al tribunal estatal a revisar la validez o los alcances de la cláusula arbitral. Pero, como lo indica el adverbio “manifiestamente”, se trata de una revisión *prima facie*.¹¹⁴ Ello significa que la nulidad o la inaplicabilidad deben ser evidentes e incontestables y surgir de un mero examen sumario.¹¹⁵ En este sentido, la Corte de Casación ha afirmado que el juez estatal francés tiene prohibido “proceder a un examen sustancial y exhaustivo del acuerdo de arbitraje”.¹¹⁶

El enfoque francés en materia de efecto negativo del principio *Competence-Competence* ha sido justificado –principalmente– con el argumento de que así se neutralizan las eventuales tácticas dilatorias que pueden tratar de implementar las partes para evitar cumplir con sus obligaciones de resolver la controversia en los términos de la cláusula arbitral.¹¹⁷ En esa tensión entre eficacia y legitimidad inherente a toda regulación del efecto negativo del principio *Competence-Competence*, el enfoque francés reconoce mayor peso a la primera que a la segunda ya que presupone que el

¹¹² Racine, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, Press Universitaires de France, Paris, 2016, p. 267.

¹¹³ Racine, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 267.

¹¹⁴ Berheim - Van de Casteele, Laure, *Le principes fondamentaux de l'Arbitrage*, Bruylant, Bruselas, 2012, p. 367.

¹¹⁵ Racine, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 272.

¹¹⁶ Cass. civ. 1re, 7/6/2006, “Navire Tag Heure”.

¹¹⁷ Gaillard y Banifatemi, “Negative Effect of Competence-Competence...”, cit., p. 260; Racine, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 269.

riesgo de que las partes incurran en tácticas dilatorias es mayor que el riesgo de que el laudo resulte finalmente anulado por incompetencia del tribunal arbitral.¹¹⁸

Un enfoque similar al francés sigue la Ley Peruana de Arbitraje,¹¹⁹ con algunas modificaciones. En materia de arbitraje internacional, el art. 16 establece que “si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción [de convenio arbitral] cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo”. De acuerdo con el art. 33 de la Ley, el arbitraje se considera iniciado “en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje”. Hasta esta fecha, el tribunal judicial puede analizar *prima facie* la validez del acuerdo arbitral y rechazar la excepción si el convenio es manifiestamente nulo.¹²⁰ En cambio, “[s]i estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional”.

2.3.- Competencia amplia de los tribunales judiciales para examinar la validez del acuerdo arbitral: el enfoque estadounidense

La *Federal Arbitration Act* no establece regla alguna que obligue a los tribunales estatales a esperar el pronunciamiento del tribunal arbitral respecto de su propia competencia antes de emitir alguna decisión al respecto.¹²¹ Por el contrario, el art. 3º de la citada normativa establece que un tribunal estatal ante el que se inició una determinada acción judicial solo suspenderá el procedimiento si se considera satisfecho que las disputas involucradas en la demanda judicial son referibles al arbitraje de conformidad con el acuerdo arbitral.

Por lo tanto, los tribunales judiciales pueden en cualquier etapa del procedimiento arbitral resolver si una determinada disputa puede ser válidamente

¹¹⁸ Bermann., *International Arbitration...*, cit., p. 99.

¹¹⁹ Cfr. Rubio Guerrero, Roger, “El principio Competence-Competence en la nueva Ley peruana de Arbitraje”, en Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, N° 4, 2010-2011, p. 108.

¹²⁰ Rubio Guerrero, “El principio Competence-Competence...”, cit., , p. 108

¹²¹ Park, William W., “Arbitral Jurisdiction in the United States: Who Decides What?”, [2008] *International Arbitration Law Review* 33, 41.

sometida a arbitraje.¹²² Este control judicial no es meramente superficial o *prima facie* sino que es amplio y exhaustivo.¹²³

Los tribunales estadounidenses distinguen entre cuestiones respecto de las cuales las partes tienen derecho a una determinación judicial independiente (“gateway issues” o cuestiones de “arbitrabilidad sustantiva”) y cuestiones que se encuentran reservadas a la determinación inicial por parte del tribunal arbitral (“non-gateway issues” o cuestiones de “arbitrabilidad procesal”).¹²⁴ Lo que caracteriza a los “gateway issues” es que involucran cuestiones vinculadas a la existencia de consentimiento de las partes al arbitraje, tales como la existencia del acuerdo arbitral o la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias.¹²⁵ En cambio, en los “non-gateway issues”, existe un acuerdo arbitral válido por lo que no resulta problemático que dichos planteos sean resueltos de forma inicial por el tribunal arbitral. Ejemplos típicos son el cumplimiento de las condiciones exigidas para someter la disputa a arbitraje (como la obligación de negociar por un período de tiempo) o si existe cosa juzgada.¹²⁶

El fundamento del enfoque estadounidense es que el arbitraje es de fuente contractual de manera tal que “una parte no puede ser obligada a someter una disputa a arbitraje que no haya consentido someter”.¹²⁷ Sin embargo, por la misma razón, los tribunales estatales deben abstenerse de resolver los “gateway issues” si las partes así lo acordaron de forma “clara e inequívoca”.¹²⁸

3.- El enfoque argentino: los arts. 1654 y 1656 del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial argentino reconoce tanto el efecto positivo como el negativo del principio *Competence-Competence*. El artículo 1654 establece que “...el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia

¹²² Park, William W., “Arbitral Jurisdiction...”, cit., p. 41.

¹²³ Park, William W., “Arbitral Jurisdiction...”, cit., p. 40.

¹²⁴ Bermann., *International Arbitration...*, cit., p. 101-104. La distinción surge de forma clara en el fallo de la Corte Suprema en el caso “Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.” (537 U.S. 79, 83-85 (2002)). Para un mayor desarrollo acerca de esta distinción, véase Bermann, “The ‘Gateway’ Problem...”, cit.

¹²⁵ Bermann., *International Arbitration...*, cit., p. 102.

¹²⁶ Bermann., *International Arbitration...*, cit., p. 103.

¹²⁷ “Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.”, cit., p. 83.

¹²⁸ “Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.”, cit., p. 83.

competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. Este efecto positivo ya se encontraba reconocido en los arts. 8 y 18 del Acuerdo Mercosur y en el art. 21.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial al que remite el art. 3º de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional para aquellos supuestos en los que no existiese acuerdo expreso de las partes respecto de las reglas de procedimiento.¹²⁹

Por su parte, el art. 1656 consagra el efecto negativo al sostener que: “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aún conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable”. Como puede observarse, este art. 1656 se basa claramente en el enfoque francés. Si el tribunal arbitral no está conociendo de la controversia –es decir, no se encuentra constituido– los tribunales judiciales pueden revisar *prima facie* la validez de la cláusula arbitral y si esta no es manifiestamente nula o inaplicable deben remitir a las partes al arbitraje. En cambio, si el tribunal arbitral ya se encuentra constituido, el tribunal judicial carece de competencia para revisar la validez o el ámbito de aplicación de la cláusula arbitral en esta etapa del procedimiento.

En un fallo reciente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha confirmado esta interpretación. En “Francisco Ctibor S.A.C.I y F. c/ Wall-Mart Argentina S.R.L.”, la Cámara observó que el control judicial de la validez o ámbito de aplicación de la cláusula arbitral solo se encuentra habilitado “cuando el tribunal arbitral no haya sido constituido y por tanto no exista el órgano que pueda dirimir la contienda ni sede donde plantear los reparos”.¹³⁰ Asimismo, la Cámara subrayó que los alcances del control son limitados ya que “[s]olo si la nulidad o la inaplicabilidad de la cláusula compromisoria se presenta nítida (diría burdamente viciada o inaplicable) podría accederse a una vía claramente excepcional como la que predica el artículo 1656”.¹³¹

¹²⁹ El art. 3º de la Convención establece que: “A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”.

¹³⁰ CNCom., Sala D, 20/12/2016, “Francisco Ctibor S.A.C.I. y F. c/ Wall-Mart Argentina S.R.L. s/ ordinario”.

¹³¹ *Ibídem*.

4.- El proyecto de ley de arbitraje comercial internacional basado en la Ley Modelo de la CNUDMI

El Senado ha aprobado en 2017 un proyecto de ley de arbitraje comercial internacional basado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹³² De sancionarse finalmente esta ley, la regulación del Código Civil y Comercial en materia de arbitraje quedaría limitada al arbitraje doméstico, sin perjuicio de que algunas de sus disposiciones podrían también ser aplicables al arbitraje comercial internacional (por ej., en materia de arbitrabilidad que no se encuentra regulada en el proyecto aprobado por el Senado).

En materia de *Competence-Competence*, el art. 35 del proyecto –basado en el art. 16 de la Ley Modelo– dispone que “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”. Por su parte, el art. 19 del proyecto refleja el art. 8° de la Ley Modelo y establece que el tribunal judicial “al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

A los fines de interpretar esta norma resulta necesario, en primer lugar, estudiar cómo ha sido interpretada en otras jurisdicciones que han adoptado también la Ley Modelo CNUDMI.

4.1.- El principio *Competence-Competence* en la Ley Modelo CNUDMI

El esquema de la Ley Modelo permite el control judicial de la existencia o validez del acuerdo arbitral en dos etapas diferentes. Por un lado, con posterioridad al pronunciamiento del tribunal arbitral sobre su propia competencia, ya sea en el marco

¹³² Trámite parlamentario

<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/verExp/parla/PE-228.16-PL>
[Consulta: 22-may-2018].

del recurso de nulidad (art. 34)¹³³ o en el del recurso previsto en el art. 16(3).¹³⁴ Por otro lado, con anterioridad a cualquier decisión del tribunal arbitral al respecto, con un lenguaje idéntico al del Art. II.3 de la Convención de Nueva York (art. 8)¹³⁵.

Ahora bien, ¿cuáles son los alcances del control judicial de la existencia y validez de la cláusula arbitral cuando es realizado con anterioridad a cualquier pronunciamiento del tribunal arbitral? ¿Se trata de una revisión *prima facie* o de un examen sustancial y exhaustivo de la cláusula arbitral?

El proceso de redacción de la Ley Modelo revela que se rechazó una propuesta similar a la del enfoque francés, según la cual los tribunales estatales habrían tenido la obligación de remitir a las partes al arbitraje a menos que el acuerdo arbitral fuese “*manifiestamente* nulo”. Según algunos autores, el rechazo de esta propuesta indica que el art 8 (1) de la Ley Modelo permite un escrutinio amplio –no meramente *prima facie*– de la existencia y validez del acuerdo arbitral.¹³⁶ Sin embargo, otros autores entienden que dicha conclusión es apresurada.¹³⁷ En tal sentido, se ha señalado que cuando la propuesta de incluir el término “manifiestamente” fue realizada, el proyecto contenía una norma que autorizaba a las partes en cualquier momento a solicitar a un tribunal estatal que determine si el tribunal arbitral tiene o no jurisdicción.¹³⁸ Sin embargo, dicha norma fue posteriormente eliminada con el argumento de que posibilitaba tácticas dilatorias y porque era incompatible con el Art. 16, según el cual es el tribunal arbitral

¹³³ El art. 34(2)(a)(i) de la Ley Modelo CNUDMI prescribe que el laudo arbitral podrá ser anulado si la parte que interpone el recurso prueba que el acuerdo de arbitraje no es válido.

¹³⁴ El art. 16(3) de la Ley Modelo CNUDMI establece que “cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión”.

¹³⁵ El art. 8º de La Ley Modelo de la CNUDMI dispone que:

“1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

¹³⁶ Cfr. Born, *International Commercial Arbitration*, cit., Vol. I, p. 1083.

¹³⁷ Bachand, Frédéric, “Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdictions?”, 22 *Arbitration International* 463, 472 (2006).

¹³⁸ Bachand, “Does Article 8 of the Model Law...”, cit., p. 472.

el que debe inicialmente pronunciarse acerca de su propia competencia, sujeto a un control judicial ulterior.¹³⁹ Ello implica que el sistema adoptado por la Ley Modelo está basado en la prioridad del tribunal arbitral y que ello a su vez conlleva que el art. 8(1) debe ser interpretado en el sentido de que permite solamente un control *prima facie* de la cláusula arbitral.¹⁴⁰

Esta falta de consenso acerca del estándar que surge del art. 8(1) también puede observarse en la jurisprudencia de los tribunales estatales pertenecientes a jurisdicciones que han adoptado la Ley Modelo.

Por ejemplo, en Alemania, el art. 1032 (1) del Código Procesal Civil –con un lenguaje similar al de la Ley Modelo– establece que un tribunal judicial al que se le somete una disputa sujeta a un acuerdo de arbitraje debe declarar la acción inadmisble a menos que el tribunal determine que dicho acuerdo es “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. Los tribunales alemanes realizan un examen amplio del acuerdo de arbitraje a los fines de determinar si la acción es admisible o no.¹⁴¹ Por otro lado, el art. 1032 (2) se aparta de la Ley Modelo al establecer una vía procesal adicional para cuestionar la existencia o validez de una cláusula arbitral.¹⁴² Al respecto, el art. 1032 (2) permite hasta el momento de la constitución del tribunal arbitral que una parte contra quien se ha iniciado un procedimiento arbitral inicie una acción declarativa a los fines de determinar la admisibilidad o inadmisibilidad del procedimiento arbitral. Como puede observarse, el enfoque alemán enfatiza la importancia de determinar lo antes posible la existencia o inexistencia de jurisdicción del tribunal arbitral, lo que revela que la principal preocupación es evitar que una parte quede sometida a un procedimiento arbitral basado en una cláusula de arbitraje nula, ineficaz o de ejecución imposible.¹⁴³

Por el contrario, la Corte de Apelaciones de Hong Kong ha adoptado un estándar de revisión *prima facie* al interpretar el art. 8 de la Ley Modelo CNUDMI, codificado en la ley de Arbitraje (“*Arbitration Ordinance*”). De acuerdo con este estándar, los tribunales estatales deben remitir a las partes al procedimiento arbitral si la parte que así

¹³⁹ Bachand, “Does Article 8 of the Model Law...”, cit., pp. 472-473.

¹⁴⁰ Bachand, “Does Article 8 of the Model Law...”, cit., p. 473.

¹⁴¹ Kröll, “Party Autonomy...”, cit., p. 180; Synková, Sandra, *Courts’ Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage*, Springer, Suiza, 2013, p. 210.

¹⁴² Kröll, “Party Autonomy...”, cit., p. 180.

¹⁴³ Synková, *Courts’ Inquiry into...*, cit., ps. 227-228.

lo requiere acredita *prima facie* que existe una cláusula arbitral aplicable a la disputa en cuestión.¹⁴⁴ En este sentido, la Corte de Apelaciones ha afirmado que los tribunales estatales “no deben usurpar la función de los tribunales arbitrales” y salvo que la cuestión sea “clara”, el proceso judicial no debe continuar.¹⁴⁵

Finalmente, en Canadá, los tribunales han adoptado un enfoque que tiene muchos matices. En “Dell Computer c/ Union de Consommateurs”, la Corte Suprema de Canadá sostuvo que la regla general es que todo planteo de falta de jurisdicción debe ser resuelto en primer lugar por el tribunal arbitral y que un tribunal judicial solo puede apartarse de esa regla cuando el planteo está basado exclusivamente en cuestiones de derecho.¹⁴⁶ En cambio, si el planteo requiere la producción de prueba y análisis fáctico de la evidencia, los tribunales estatales deben remitir a las partes al procedimiento arbitral.¹⁴⁷ Finalmente, si el planteo de falta de jurisdicción involucra cuestiones fácticas y de derecho, debe también remitirse la disputa al arbitraje salvo que las cuestiones fácticas exijan un análisis superficial de la prueba documental.¹⁴⁸ La Corte Suprema canadiense mantuvo esta doctrina pocos años más tarde en “Seidel c/ Tenus”.¹⁴⁹ Asimismo, otros tribunales canadienses han señalado que cuando se trata de determinar si una disputa concreta o si una parte se encuentra comprendida o no por dicho acuerdo, los tribunales estatales deben adoptar un enfoque deferente y remitir a las partes al arbitraje salvo que resulte “claro” que la disputa o una de las partes no se encuentra alcanzada por el acuerdo.¹⁵⁰ Si la cuestión es “discutible”, la decisión deberá ser tomada en primer lugar por el tribunal arbitral.¹⁵¹

4.2.- Conclusiones preliminares acerca del art. 19 del Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, Corte de Apelaciones (Hong Kong), 23/4/2003, “Pacific Crown Engineering Ltd. V. Hyundai Engineering & Construction Co Ltd”, § 12.

¹⁴⁵ Corte de Apelaciones (Hong Kong), 16/11/2006, “PCCW Global Ltd. V. Interactive Communications Service Ltd.”, § 60.

¹⁴⁶ “Dell Computer Corp.”, cit., § 84.

¹⁴⁷ “Dell Computer Corp.”, cit., § 85.

¹⁴⁸ “Dell Computer Corp.”, cit., § 85.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Canadá, 18/3/2011, “Seidel v. TELUS Communications Inc.”, § 29.

¹⁵⁰ Corte de Apelaciones (Ontario), 13/2/2009, “Dancap Productions Inc. v. Key Brand Entertainment Inc.”, § 32.

¹⁵¹ “Dancap Productions”, cit., § 32.

Resulta claro que el art. 19 –en cuanto refleja el art. 8(1) de la Ley Modelo CNUDMI– no puede ser interpretado como *exigiendo* la aplicación de un estándar de revisión *prima facie* tal como el que se establece en el art. 1656 del Código Civil y Comercial.¹⁵²

Sin embargo, si bien el art. 8(1) de la Ley Modelo *permite* un examen amplio de la cláusula arbitral ello no implica que necesariamente los tribunales estatales *deban* hacerlo en todas las circunstancias.¹⁵³ Del art. 8(1) no se desprende tampoco una obligación de realizar un examen amplio y sustantivo de la existencia o validez de la cláusula arbitral.

Por lo tanto, de aprobarse finalmente el proyecto, sería razonable tener en cuenta la interpretación de los tribunales canadienses en cuanto entienden que el estándar de revisión depende del tipo de planteo jurisdiccional que se presente.

5.- Conclusión

Como hemos visto, las legislaciones arbitrales presentan enfoques diferentes respecto de la competencia de los tribunales judiciales para controlar la existencia, validez y alcance de la cláusula arbitral con anterioridad a la decisión del tribunal arbitral.

El Código Civil y Comercial de la Nación sigue actualmente el enfoque francés, según el cual: (i) si el tribunal arbitral no está conociendo de la controversia, los tribunales judiciales pueden revisar *prima facie* la validez de la cláusula arbitral y si esta no es manifiestamente nula o inaplicable deben remitir a las partes al arbitraje; (ii) si el tribunal arbitral ya se encuentra constituido, el tribunal judicial carece de competencia para revisar la validez o el ámbito de aplicación de la cláusula arbitral en esta etapa del procedimiento.

El proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional –si bien constituiría un impulso enorme al arbitraje de ser aprobado– constituye un retroceso respecto de este punto en particular, en cuanto abandona –al menos respecto del arbitraje internacional– el enfoque francés, lo que va a generar –como sucede ya en las jurisdicciones de la Ley

¹⁵² Cfr. Rivera, *Arbitraje Comercial...*, cit., p. 480.

¹⁵³ Born, *International Commercial Arbitration*, cit., Vol. I, p. 1085.

Modelo – interpretaciones disímiles respecto de los alcances del art. 8(1) (art. 19 del Proyecto).

En jurisdicciones como la argentina en la que algunos tribunales judiciales han exhibido una tendencia a interferir de forma indebida en el procedimiento arbitral,¹⁵⁴ el enfoque francés se presenta como el más adecuado para evitar tácticas dilatorias.

¹⁵⁴ Véase, al respecto, Rivera, *Arbitraje Comercial...*, cit., pp. 661-679.

EL DELITO DE SOBORNO ENTRE PRIVADOS FINALMENTE SE INCORPORA AL CÓDIGO PENAL

Por Hernán Munilla Lacasa

I- Introducción:

Seis años atrás publiqué un artículo en la revista jurídica La Ley (del 22/10/12), en el cual postulaba la necesidad de incorporar a nuestra legislación interna el delito de soborno entre privados, para dar así cumplimiento al compromiso asumido por Argentina al sancionar la ley 26.097, mediante la cual se ratificó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Proponía incluso una redacción para los diferentes tipos penales que, estimaba, debían ser regulados en el Código Penal.

Pero además de acatar un demorado compromiso internacional, la consagración de la figura habría de contribuir, así lo entendí, a combatir prácticas corruptas que gozaban, y siguen gozando de buena salud. Si esas mismas prácticas estaban punidas en el sector público, ¿por qué no habrían de estarlo en el ámbito privado?

Finalmente, con la reforma integral del Código Penal a cargo de una distinguida Comisión de juristas, el tipo penal mencionado habrá de alumbrar en nuestra legislación represiva.

Si bien la redacción de estas figuras, que luego reseñaremos, podrían ser objeto de modificación en el debate parlamentario, parece oportuno anticipar algunos comentarios dogmáticos que aspiramos resulten de utilidad. Para ello, retomaré los argumentos brindados en el mencionado trabajo, que se iniciaba con la presentación de un caso hipotético, a partir del cual quedaba en claro el vacío legal que, con el atraso indicado, habrá de ser enhorabuena saldado.

II- El caso:

El Gerente de Compras de una empresa de transporte de colectivos debe renovar parcialmente el material rodante a través de la adquisición de cubiertas para la mitad de la flota vehicular. Al solicitar presupuesto a las tres principales importadoras del sector, éstas cotizan precios muy similares, con ligeras diferencias en cuanto a la financiación, que en definitiva se compensan con otras ventajas o facilidades. En suma, el ejecutivo de nuestro ejemplo podría optar indistintamente por cualquiera de las tres compañías, estando en condiciones de esgrimir buenas razones para defender la contratación que al cabo de su ponderación resuelva efectuar.

Mientras se sustancia el proceso de análisis de las ofertas, el Gerente de Ventas de una de las tres compañías interesadas le ofrece al primero, para asegurarse la concreción del negocio, obsequiarle un viaje turístico para dos personas a una paradisíaca isla del Caribe. Esta propuesta inclina la decisión del Gerente de Compras, quien termina contratando a la empresa que le prometió la dádiva.

¿Es configurativa de delito la conducta de ambos ejecutivos?

Hasta la fecha no lo es, porque no está tipificado el delito de soborno entre privados. Enseguida veremos, de todos modos, que el gerente de compras podría incurrir en otro delito.

El ejemplo propuesto, que podría perfectamente ser un caso real, es útil para entender a qué nos estamos refiriendo. A la vez, nos permitirá sugerir una solución, en el último capítulo, que posiblemente sea compatible con la redacción propuesta en el proyecto de reforma del Código Penal.

Ciertamente, el mismo problema habrá de presentarse si brindáramos cualquier otro ejemplo de similares características, cuya ocurrencia -y asiduidad- en la actividad empresarial no creemos pueda seriamente discutirse. Léase: regalos para agilizar el pago de una factura, o la entrega de una mercadería (“pagos de facilitación”);¹⁵⁵ comisiones para mantener, agregar o eliminar a un proveedor de la lista de proveedores; clientes o proveedores que ofrecen regalos para que sus productos aparezcan exhibidos en lugares preferenciales; pagos para

¹⁵⁵ Destinados a acelerar o garantizar la realización de una gestión de rutina.

obtener licencias o franquicias; sobornos para obtener contratos, subcontratos o la concesión de distribuidoras lucrativas; dádivas para incorporar, ascender o despedir a directivos o empleados, aún cuando fuesen idóneos. Y los ejemplos serían interminables.

A continuación analizaremos los comportamientos de ambos Gerentes a la luz de las normas del Código Penal aún vigente, antes de la modificación anunciada, para saber si se adecuan a alguno de sus tipos penales.

III- La conducta del Gerente de Compras que recibe el regalo:

Hemos dicho que las tres empresas interesadas en el negocio cotizaron precios similares, pudiendo el Gerente optar por cualquiera de ellas sin que su decisión, objetivamente considerada, pueda ser entendida como perjudicial a los intereses de la empresa que representa. En otras palabras, el encargado de compras terminará abonando el precio de mercado para adquirir los productos de una firma reconocida, la cual posee sobrados antecedentes en la materia. Nada hace presumir, por lo demás, que ésta pueda incumplir con la prestación a su cargo. Estas cualidades, ya dijimos, son aplicables a cualquiera de las compañías oferentes.

Si el ejecutivo de nuestro ejemplo no perjudica los intereses confiados ni obliga abusivamente a su titular, aún cuando pudiera haber violado los deberes atinentes a su mando, previstos en el Código de Ética interno o en el Programa de Integridad o *Compliance*, no cometerá delito de ninguna naturaleza. No, al menos, hasta que no se modifique el actual Código Penal.

Para que se configure el delito de administración fraudulenta, el más próximo a la conducta descrita, es imprescindible, por exigencia del tipo objetivo (art. 173 inc. 7º), que el autor provoque un perjuicio al patrimonio que cuide, maneje o administre, o que obligue abusivamente al titular de dicho patrimonio. Ya hemos visto que ninguna de dichas circunstancias concurre en el caso planteado. Los principios de legalidad y tipicidad, por su parte, nos impiden forzar la interpretación de esta u otras figuras que podrían tener una lejana afinidad. En suma, el Gerente de Compras no habrá cometido delito.

IV- La conducta del Gerente de Ventas que entrega el regalo:

Para examinar el comportamiento de este sujeto de acuerdo a las disposiciones del Código Penal vigente es necesario analizar distintas hipótesis posibles:

a) Que el Gerente de Ventas realice el regalo con fondos de la compañía, a espaldas de los accionistas:

En este caso se verificaría, a nuestro criterio, la presencia de los elementos del tipo objetivo acuñado en el art. 173 inc. 7º del Código Penal, de administración fraudulenta, al cual ya nos referimos en el punto anterior. En efecto, teniendo a su cargo, por un acto jurídico, el cuidado, manejo o administración de intereses pecuniarios ajenos, con el fin de procurar para sí un lucro indebido (v.gr: bono o premio por la suscripción del contrato), o para causar daño (apropiación de fondos ajenos), viola los deberes a su cargo, perjudicando así los intereses confiados. Descartamos que también concurre el tipo subjetivo.

b) Que realice el regalo con fondos propios, a espaldas de los accionistas:

No habría delito, porque no hay perjuicio al patrimonio administrado, aún cuando hubiera incumplido con sus deberes, en el entendimiento de que tal conducta está prohibida en el Programa de Integridad o *Compliance*. Este caso es similar al del Gerente de Compras, y por tanto se aplica el mismo criterio y solución.

c) Que realice el regalo con fondos de la compañía, pero siguiendo instrucciones expresas de los accionistas:

En este caso son los accionistas, en definitiva los dueños del patrimonio, quienes resuelven conceder el regalo. Sin duda les interesará llevar a cabo un negocio reductible, al tiempo que procurarán afianzar la relación comercial con el cliente, de modo que no les preocupa ni atemoriza abonar el regalo al Gerente, una timidez frente al lucrativo contrato que obtendrán a cambio. Siendo los dueños del dinero, los accionistas

resuelven su mejor destino sin tener que rendir cuentas a nadie, por cuanto el detrimento patrimonial que el acto examinado (el regalo) les podría ocasionar, lo asumen voluntariamente y en vistas de obtener un negocio que a la postre redundará a favor de todos ellos. En pocas palabras, no cometen delito.

Podría haber un ilícito, en cambio, si para ocultar o disimular el pago de los pasajes resuelven alterar la contabilidad, la memoria o el balance. En tal supuesto, podrán incurrir, según las circunstancias, en el delito previsto en el art. 300 inc. 2º del Código Penal,¹⁵⁶ el cual podrá ser adjudicado a los accionistas en carácter de partícipes primarios, por cuanto no figuran expresamente incluidos en la citada disposición. Sabido es que la intervención de los sujetos no calificados (*extraneus*) en los delitos especiales propios, se resuelve según las reglas de la participación criminal.¹⁵⁷

V- La conducta descripta frente al derecho internacional:

A excepción del caso a) tratado en el punto anterior, el cual sin dificultad se ajusta al art. 173 inc. 7º del Código Penal, los restantes supuestos, según vimos, no son configurativos de delito. Ello, por la sencilla razón de que no está previsto -aún- en nuestro digesto represivo el delito de soborno entre privados.

¹⁵⁶ Al respecto sostiene Carlos González Guerra que la falsedad en el balance es, sin lugar a dudas, una conducta habitual en el ámbito de las sociedades empresariales a la hora de cometer un delito. Y agrega: *“Imaginemos, por ejemplo, una administración fraudulenta o una defraudación tributaria: sería imposible la comisión de alguno de estos delitos sin la correspondiente falsedad en el balance de la sociedad afectada”, en “Balance falso e incompleto. La configuración material del tipo del art. 300 inc. 3º del Código Penal”, en “Derecho Penal Empresario”, dirigido por Guillermo J. Yacobucci, Edit. B de F, Buenos Aires, 2010, pág. 475.*

¹⁵⁷ Nos genera duda, sin embargo, la inclusión de los “fundadores” como posibles sujetos activos del tipo penal, pues de acuerdo con Farina, los *“fundadores son las personas que en el procedimiento de constitución por acto único concurren por sí o por representantes al otorgamiento de la escritura social suscribiendo acciones de la sociedad”*. Ergo, habría fundadores que revisten calidad de accionistas (Juan M. Farina, *“Compendio de Sociedades Comerciales”,* pág. 296, citado por Jorge M. Ilharrescondo, *“Delitos societarios”,* Edit. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 475). Otros delitos que podrían eventualmente concurrir son el de falsedad ideológica - art. 293 del C.P.-, o algún supuesto defraudatorio, para el caso de que el balance haya sido destinado a personas determinadas, y no a un número indeterminado de ellas. Tampoco podría descartarse alguna hipótesis de evasión tributaria.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en el ámbito internacional. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en New York el 31 de octubre de 2003,¹⁵⁸ y ratificada por la Argentina por ley 26.097,¹⁵⁹ recomienda a los Estados parte, a través de su artículo 21, la tipificación en sus ordenamientos internos del delito de soborno entre privados.

Lo establece de la siguiente manera (inciso a): *“La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”*.

A su vez, el inciso b) prevé: *“La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar”*.¹⁶⁰

La Argentina, pese a los años transcurridos desde entonces, no ha cumplido aún con esta precisa recomendación. De allí lo acertado y oportuno de su inclusión en el proyecto de reforma anunciado.

En igual sentido corresponde mencionar la *“Decisión Marco”* de la Unión Europea (UE), llevada a cabo el mismo año, 2003, que sugiere a los Estados miembro

¹⁵⁸ Firmada por 134 países.

¹⁵⁹ Sancionada el 10/05/06 y promulgada el 06/06/06. Antes se había dictado la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en 1996 por ley 24.759.

¹⁶⁰ En sintonía con dicha Convención, algunos meses antes había sido dictada en USA, en julio de 2002, la Ley Sarbanes Oxley Act (SOX), mediante la cual se requiere a los Directores Ejecutivos y Financieros un alto nivel de exigencia, compromiso y transparencia; informar honestamente y responder en forma responsable al mercado por el uso de los recursos que las empresas obtienen y por las informaciones financieras que publican, mediante informes y certificados trimestrales y anuales que deben presentar ante la Comisión de Valores (SEC).

tomar las medidas necesarias para asegurar que el soborno entre privados constituya una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales.

En idéntica dirección se enmarcaba el “*Convenio del Consejo de Europa*”, de 1999, en virtud del cual se recomendaba a sus miembros adoptar las medidas legislativas que consideraran apropiadas para constituir en ilícito penal todo comportamiento cometido en forma intencional, en el marco de una actividad comercial, consistente en prometer, ofrecer o conceder, directa o indirectamente, una ventaja indebida a toda persona que dirija o trabaje para una entidad del sector privado, en su propio provecho o en el de un tercero, con el fin de que cumpla o se abstenga de cumplir un comportamiento en violación de sus deberes.

En vistas a mencionar las principales convenciones internacionales dictadas sobre la materia, también corresponde mencionar la “*Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*”, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de 1997, conocida como la “*Convención contra el Soborno Internacional*” (en la que se requiere la intervención de un funcionario público extranjero). La OCDE expresa que el soborno consiste en ofrecer, prometer o dar un beneficio o ventaja económica o de otra naturaleza para realizar una acción o incurrir en una omisión con miras a la obtención o manutención, para sí o para un tercero, de cualquier negocio o ventaja indebidas.

Los mencionados antecedentes de los organismos internacionales han tenido repercusión en diversos países, entre ellos España. En la última gran reforma penal operada en ese país a través de la ley orgánica 5/2010, se introdujo el delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis). Establece la disposición:

“1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercaderías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 4 años, inhabilitación especial

para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de unos 6 años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja”.

“2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”.

“3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de las ventajas, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio”.

“4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”.

También Francia adaptó su legislación penal a los postulados de la Convención contra la Corrupción. Mediante Ley 2005-750, del 04/07/05, introdujo los artículos 445-1 y 445-2 en el Capítulo *“De la corrupción de personas que no ejerzan funciones públicas”*. A través del primero se castiga con 5 años de prisión y multa de euros 75.000, *“el hecho de proponer, en cualquier momento, directa o indirectamente, cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja con el fin de obtener la realización o el dejar de realizar un acto propio de su actividad o de su función o facilitado por su actividad o función, violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales, por parte de una persona que, sin ser depositaria de autoridad pública o estar encargada de una misión de servicios públicos, desarrolle, en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica o para cualquier organismo”*.

También castiga, con la misma pena, *“el hecho, respecto de alguna de las personas contempladas en el párrafo anterior, de acceder a su solicitud, realización en cualquier momento, directa o indirectamente, de cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja, por realizar o dejar de realizar uno de los actos contemplados en el citado párrafo, violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales”*.

Por el art. 445-2 incrimina, con la misma pena (5 años de prisión y multa de euros 75.000), *“el hecho cometido por una persona que, sin ser depositaria de autoridad pública, ni estar encargada de una misión de servicio público, desarrolle en el marco de una actividad profesional o social, una función de dirección o un trabajo para una persona física o jurídica o cualquier organismo, de solicitar o aceptar, en cualquier momento, directa o indirectamente, cualquier tipo de oferta, promesa, donación, presente o ventaja por realizar o abstenerse de realizar un acto propio de su actividad o de su función o facilitado por su actividad o función, violando sus obligaciones legales, contractuales o profesionales”*.

Hay otros ejemplos de la comunidad internacional dignos de ser destacados. Tal el caso de la ley contra el soborno del Reino Unido de 2010 (UK Bribery Act 2010), a través de la cual se penaliza el soborno en el sector privado y la falta en la prevención de soborno por parte de una organización comercial. En la Sección 7 de esta ley se crea una nueva forma de responsabilidad corporativa originada en la incapacidad de una organización comercial relevante (constituida en el Reino Unido) de evitar actividades de soborno, aún cuando ésta desarrolle sus negocios en el extranjero¹⁶¹.

En el mismo contexto, aunque anterior, no puede soslayarse la mención de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*“Foreign Corrupt Practice Act”* o FCPA), vigente en USA desde 1977, la cual se centra en el soborno en la actividad empresarial y se aplica a los ciudadanos y empresas estadounidenses, tanto si realizan sus actividades en los Estados Unidos como en el extranjero, y abarca a los nacionales y empresas extranjeras, siempre que los actos que promuevan una conducta indebida se hayan cometido dentro de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos.

¹⁶¹ También se aplica la ley si los actos prohibidos son cometidos en el Reino Unido, aún cuando la sociedad haya sido constituida en el extranjero.

El citado país ha dictado una norma, más cercana en el tiempo, que revela su preocupación por las buenas prácticas corporativas. Es la “*Dodd-Frank Act*”, suscripta en julio de 2010, a través de la cual se estableció un nuevo marco regulatorio para reducir el riesgo, aumentar la transparencia y promover la integridad del mercado dentro del sistema financiero. Entre otras medidas, la norma obliga a designar un *chief compliance officer*.

Otro país que procuró ajustar su legislación interna a las recomendaciones emanadas de los organismos internacionales es Chile.¹⁶² Por ley 19.829, del 8 de octubre de 2002, el Congreso del país vecino incorporó al Código Penal los artículos 250 bis A y 250 bis B. A través de la primera de estas normas se castiga al que ofreciere dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o manutención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de transacciones comerciales internacionales. También pune al que consintiera en dar el referido beneficio.

Por medio del artículo 250 bis B se explica que se considera funcionario extranjero a toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier otra persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

El Código alemán -posterior a la reforma de 1997- también exhibe un cambio en el mismo sentido. En la Sección Vigésimosexta (“*Hechos punibles contra la competencia*”), el art. 299 (“*Corrupción y soborno en el tráfico comercial*”), prevé, en el apartado 1, a quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, permita que le prometan o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

¹⁶² El país trasandino también fue pionero en establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción, lavado de activos y financiamiento de actividades terroristas, mediante el dictado de la ley 20.393, de 2009.

En el apartado 2 establece que de igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él o a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales. También contempla una agravante cuando el hecho se refiera a una ventaja de grandes dimensiones o el autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda o asociación ilícita.¹⁶³

Panamá también adaptó su Código Penal en función de las recomendaciones emanadas de la Convención de la ONU sobre corrupción. Por ley 14 del 18/05/07 se prevé en su artículo 247, dentro de los delitos financieros: *“quien, de manera directa o indirecta prometa, ofrezca, conceda, solicite o acepte a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ésta, un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que faltando al deber inherente a sus funciones actúe o se abstenga de actuar, será sancionado con pena de 2 a 4 años de prisión o su equivalente en días multa o trabajo comunitario”*.

Como se ve, son varios los países que ya han adaptado sus legislaciones internas a los postulados que dimanen de las distintas Convenciones celebradas sobre la materia.

VI- Análisis del bien jurídico y del tipo legal:

La Argentina, con indisimulable parsimonia, ha resuelto acatar las recomendaciones de la Convención que decidió suscribir mediante ley 26.097, y por lo tanto, como decimos, introducirá finalmente en el Código Penal un tipo específico para que conductas como la descripta en el ejemplo dado al inicio, hasta hoy atípicas, sean debidamente castigadas.

Esta decisión no solo es coherente con nuestra propia legislación positiva y con el derecho internacional, el cual, según hemos visto, ha marcado una tendencia

¹⁶³ Traducción de Claudia López García, de la Universidad Externado de Colombia, correspondiente a la versión publicada bajo el título *Strafgesetzbuch*, 32ª edición, Deustcher Taschenbuch Verlag, C.H. Beck, Munich, 1998.

irreversible, sino también con la reciente ley 27.401, a través de la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción.

Incluso esta pasividad tampoco era coherente con el propio Código Penal, el cual había ya introducido, mediante ley 26.733, nuevos delitos de naturaleza económica y financiera.

Así, el artículo 312 castiga con pena de prisión e inhabilitación a “*los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles*” (art. 312).¹⁶⁴

Sin embargo, como puede apreciarse, esta disposición se halla acotada a instituciones financieras y a aquellas que operan en el mercado de valores. Por lo tanto, no respeta íntegramente los lineamientos de la recomendación efectuada por las Naciones Unidas.

Yendo al tipo penal cuya tipificación nuestro país finalmente abordará y cuyos contornos se describirán a continuación en forma somera y sin ninguna pretensión de exhaustividad, conviene antes que nada preguntarse cuál es el bien jurídico que resulta vulnerado por el delito de soborno entre particulares.

La conducta que habrá de castigarse es la que tiene por finalidad corromper al directivo, administrador, empleado o colaborador de una persona jurídica de cualquier clase,¹⁶⁵ mediante el ofrecimiento de beneficios o ventajas indebidas (económicas, o

¹⁶⁴ A través de la misma ley se tipificaron como delito conductas hasta entonces reguladas y sancionadas administrativamente por la Comisión Nacional de Valores. Tal el caso del *insider trading* (art. 307), hacer subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros (art. 309), la intermediación financiera (art. 310) y el comportamiento previsto en el art. 311. Cabe recordar que en junio de 2011 se sancionó la ley 26.683, en virtud de la cual se modificó el delito de lavado de dinero, creándose el Título XIII del Código, denominado “*Delitos contra el orden económico y financiero*”.

¹⁶⁵ También quedarían comprendidas las entidades sin fines de lucro, pues al margen de sus objetivos concurren en el mercado adquiriendo bienes y servicios.

cualquier clase de activo, descuentos, regalos o favores, como ser nombramiento de familiares, o promociones), directamente o a través de un tercero, a fin de mejorar la posición del oferente frente a eventuales competidores en un negocio o contrato determinado. Por cierto, los beneficios ofrecidos deben ser potencialmente idóneos para colocar al oferente indebidamente en una posición de ventaja frente a otros competidores.

Ergo, estas prácticas, sin conocer aún la exposición de motivos que acompañará la iniciativa, afectan, a nuestro entender, la leal competencia. Y el Estado debe garantizar una competencia justa y honesta; debe velar por la observancia de las reglas de buen funcionamiento del mercado. Éste es, entendemos, el bien jurídico tutelado por la norma.¹⁶⁶ Sin embargo, reitero, se desconoce aún cuál es la ubicación que le han asignado los miembros de la Comisión reformadora. Tal vez no sea mismo que aquí se propone. Tal vez puedan convencernos de una mejor localización sistemática.

Está claro que no pueden quedar comprendidos los regalos de cortesía, promocionales u ocasionales, como los que corresponderían al aniversario de la compañía, invitaciones a almuerzos, a conferencias o a cursos de capacitación. Se entiende que dichos actos podrían estar enderezados a cuidar al cliente, y por tanto carecerían de aptitud corruptiva, en tanto difícilmente afecten la competencia, que en definitiva es lo que se busca proteger.

La acción típica consiste en ofrecer beneficios o ventajas indebidas, o cualquier clase de activos. ¿Cuándo y dónde consta que son indebidas, o quién lo determina? Fácilmente se comprende que ello no puede quedar librado a la voluntad de los particulares o

Más abajo quedarán delineados los sujetos activos y pasivos de los delitos analizados.

¹⁶⁶ Así lo establecen los Códigos Penales de Alemania y de España (*“competencia justa y honesta”* reza este último ordenamiento). Otras legislaciones protegen los deberes fiduciarios o de lealtad para con los accionistas o el propio empleador (caso de Francia), o variantes de este deber, como el principio de integridad de las relaciones laborales, o la integridad de los deberes en materia de negocios (confr. Antonio Argandoña, *“La corrupción en el sector privado”*, Documento de Investigación nº 531, diciembre 2003, IESE Business School, Universidad de Navarra -<http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0531.pdf>). La legislación italiana centra su atención en la óptica patrimonial, al crear la figura de la *“infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”* (art. 2635 del C:Civ., introducido en 2003), confr. Francisco Bañeres Santos y Adán Nieto Martín, *“Corrupción entre privados”*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, ISSN 021-4267, año 60, nº extra 2015, 2006, págs. 217 y ss.

corporaciones, quienes en aras de regular su actividad podrían decidir, según los casos, conformar estatutos o reglamentos rígidos, no tan rígidos, definitivamente flexibles o, más aún, resultar inexistentes. Por lo tanto, es tarea insustituible del Estado regular, en sintonía con las entidades o Cámaras de cada sector, una guía o lineamientos destinados a precisar qué debería permitirse y qué prohibirse, para lograr un mercado transparente y honesto.

En otro orden, no son las obligaciones de lealtad y rectitud frente a los empleadores las que deberían castigarse, pues en tal entendimiento quedaría impune aquel que ofrece pagar para favorecer a su compañía con un contrato ventajoso determinado. Si así fuera, sólo se sancionaría al que acepta o recibe.¹⁶⁷ Y esto no es posible. O, dicho de otro modo, no parece que la norma se refiera a ese tipo de obligaciones, amén de que quedaría desvirtuado el principio de intervención mínima del derecho penal.¹⁶⁸ Más bien se refiere al incumplimiento de una obligación legal, impuesta por las normas o reglamentos profesionales aplicables a la actividad sobre la cual verse el contrato o la operación que hubiera generado el ofrecimiento indebido.

Las obligaciones a que se refiere el tipo penal serían entonces aquellas que establecen las leyes de lealtad comercial y de defensa de la competencia, como asimismo los diferentes códigos de ética que regulan la prestación de servicios profesionales y sus disposiciones concordantes. Todo ello debe ser tenido en cuenta por la autoridad de aplicación. Por lo tanto, dichas obligaciones atañen y afectan al que ofrece y al que recibe, al que compra y al que vende.

Debe quedar claro, asimismo, que si el incumplimiento de los deberes u obligaciones a su cargo (léase oferente y ofrecido) produce un perjuicio o detrimento en el patrimonio de la compañía que representa, entonces el delito que habrá cometido el sujeto activo será el de administración infiel. En tal supuesto no haría falta realizar modificación alguna en el Código Penal, encontrándose la empresa suficientemente protegida por el mencionado ilícito.

¹⁶⁷ Incluso, no sería descabellado imaginar compañías que motiven a sus dependientes para que suscriban nuevos contratos, aún cuando ello obedezca, o derive, en la obtención de obsequios u otros beneficios personales. En definitiva, que busquen priorizar resultados, a costa de utilizar medios impropios.

¹⁶⁸ Los deberes de lealtad y rectitud están configurados y sancionados, para los casos de inobservancia, por disposiciones de naturaleza laboral.

La conducta que se busca incluir en el digesto penal, pues, no atacaría el binomio propiedad/patrimonio. El delito que pretende tipificarse es de pura actividad, y se consumaría a través del mero ofrecimiento indebido, o de la mera aceptación de dicha oferta. Dicho de otro modo, el ilícito se presenta cuando alguien, incumpliendo las obligaciones concernientes a sus funciones, procura obtener o conceder beneficios o ventajas indebidas. En ningún momento el tipo requiere la necesidad de que se produzca la lesión, aunque sí la puesta en peligro del bien jurídico, cual es, reiteramos, la competencia justa y honesta.

Por lo demás, el administrador, directivo, empleado o colaborador de la empresa que recibe o emite las propuestas captadas por la norma debería detentar un poder material en el ejercicio de sus funciones que le confiera un real margen o ámbito de discrecionalidad, en virtud del cual, y motivado por el beneficio o la ventaja que se le deriva, haga o deje de hacer algo relativo a su actividad. Se pune, en definitiva, a quien, incumpliendo los específicos deberes que le atañen, dentro de su ámbito de competencia, ofrece o recibe una ventaja o beneficio indebido, aún cuando la conducta no ocasione un costo mayor para la empresa, una menor calidad o un detrimento en el servicio prestado. En caso de que el que pague el beneficio lo haga con recursos de la compañía a la cual pertenece, entonces, como dijimos, el delito aplicable será el de administración fraudulenta.

Autor del delito de soborno activo, cuya redacción brindaremos en el capítulo siguiente, y que -aclaramos- puede no coincidir con la descripción prevista en el proyecto de reforma, que aún no conocemos, puede ser cualquier directivo, administrador, empleado o representante que, violando las obligaciones a su cargo, entregue u ofrezca una ventaja o beneficio indebido, para recibir una contraprestación que de otro modo, conforme las reglas de la justa competencia, no habría obtenido.

Autor del delito de soborno pasivo será, de igual manera, aquel directivo, administrador, empleado o representante que, en idéntica violación a sus deberes, solicite, reciba o acepte una ventaja o beneficio indebido, como contraprestación para favorecerlo en la relación comercial de que se trate.

El sujeto pasivo de esta figura son los competidores.

El tipo exige peligro concreto. Es necesario que la competencia sana y justa pueda verse realmente afectada en el marco de un contrato u operación determinada.

Finalmente, entendemos que también cabría castigar a la persona jurídica cuando, como consecuencia del delito, hubiera recibido o podido recibir un provecho o beneficio económico.

VII- Tipos legales cuyo incorporación sugerimos (que pueden diferir de los efectivamente propuestos en el proyecto de reforma):

El delito de soborno entre privados, como se ha dicho, atenta contra la sana y justa competencia. Por cuanto no existe en nuestro Código un Título cuya rúbrica responda a la descripción de este quehacer delictivo, se propone, siguiendo los lineamientos de la ley 26.733, incluir los delitos que a continuación se describirán dentro del Título XIII, de los *“Delitos contra el orden económico y financiero”*.¹⁶⁹

a) Soborno activo entre privados:

“El que en violación a las obligaciones a su cargo, por sí o por persona interpuesta, prometa u ofrezca beneficios o ventajas indebidas a un directivo, administrador, empleado o representante de una sociedad comercial, asociación o fundación para obtener un trato favorable para sí o para un tercero en un contrato u operación determinada, en detrimento de los competidores, será castigado con pena de prisión de seis meses a cuatro años, e inhabilitación de hasta cuatro años”.¹⁷⁰

b) Soborno pasivo entre privados:

¹⁶⁹ Ciertamente, de concretarse una reforma integral de nuestro Código Penal, los delitos cuya tipificación se sugiere bien podrían sistematizarse o agruparse en una rúbrica distinta.

¹⁷⁰ Teniendo en consideración que la pena prevista para el cohecho pasivo es de uno a seis años, se estima que la sanción para una conducta similar, pero en el ámbito privado, debe ser levemente inferior.

“En la misma pena que la disposición anterior incurrirá el directivo, administrador, empleado o representante de una sociedad comercial, asociación o fundación que, violando las obligaciones a su cargo, reciba, acepte o solicite, directa o indirectamente, beneficios o ventajas indebidas a fin de favorecer frente a competidores a quien le otorga, directa o indirectamente, dicho beneficio o ventaja en un contrato u operación determinada”.

c) Sanción a la persona jurídica:

“Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos anteriores hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención o en beneficio de una persona jurídica, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal”.

La redacción propuesta posiblemente tenga ligeras diferencias con aquella que en definitiva acompañe la iniciativa del Poder Ejecutivo, que se conocerá en poco tiempo.

Tal vez en lo tocante a los verbos típicos, a los sujetos involucrados o al monto o tipo de penalidad. También podría variar el bien jurídico que se busca tutelar. Pero de todos modos, como decíamos al comienzo, esperamos que estas breves reflexiones, frente a una importante figura que finalmente habrá de incorporarse al Código Penal, puedan resultar de utilidad para la dogmática penal. Nos comprometemos a ampliar estos comentarios cuando finalmente se sancione el texto que apruebe nuestro Congreso.

¿MODIFICARÁ COLOMBIA EL ACUERDO DE PAZ CON LAS FARC?

Por Emilio J. Cárdenas (*)

Un joven de 41 años y sonrisa compradora acaba de ser electo presidente de Colombia. Se trata de Iván Duque, que inmediatamente luego de conocidos los resultados del comicio confirmó su voluntad de proceder a “corregir” el acuerdo de paz firmado hace dos años con las FARC. Como respuesta, algunos dirigentes del movimiento guerrillero -hoy transformado en partido político- reiteraron su negativa a reconsiderar el acuerdo de paz de noviembre de 2016. Esto último no es inesperado, desde que los dirigentes de las FARC tienen en juego nada menos que la posibilidad de tener que purgar en la cárcel los delitos de lesa humanidad cometidos durante el medio siglo de conflicto armado interno que azotara a Colombia.

Iván Duque es un hombre de centro-derecha y obtuvo en la segunda vuelta, el 17 de junio pasado, el 53,98% de los votos de los colombianos.

Durante la campaña electoral Duque señaló, con razón, que la impunidad de los líderes de las FARC era una ofensa inaceptable a los derechos de las víctimas de sus crímenes aberrantes y que él trabajaría para procurar rectificar esa situación, porque así lo exigen los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

Las FARC, por lo demás, fueron expresamente repudiadas por los colombianos desde que su nuevo partido político no alcanzó los votos necesarios para justificar, en modo alguno, las diez bancas legislativas que le fueran caprichosamente asignadas –a dedo- en los acuerdos de paz. El pueblo colombiano los repudió entonces claramente.

Pero también es cierto que las cosas han cambiado en Colombia. Para bien. Ya no hay 250.000 personas desplazadas por la violencia, sino sólo 30.000. Y las víctimas de las minas antipersonales ya no son 700 por año, sino sólo 58.

Donde Colombia está –sin embargo- atrasada es en sus esfuerzos por reinsertar a la sociedad civil y a la normalidad nada menos que a 7.000 ex combatientes de las FARC que todavía viven acantonados en “espacios de reincorporación y formación”. Allí reciben un emolumento equivalente al 90% del salario mínimo de los colombianos y presuntamente se entrenan para trabajar en la normalidad, dejando atrás los combates en los que asesinaron, mutilaron y lastimaron a decenas de miles de connacionales que eran simplemente civiles inocentes.

Este atraso ha sido denunciado expresamente por el Jefe de la Misión de las Naciones Unidas en Colombia, el francés Jean Arnault, quien, alarmado por las demoras, señaló el riesgo de que los ex combatientes de las FARC conformaran grupos violentos clandestinos. Esto

último es factible en un país donde todavía la producción de cocaína, oro y maderas preciosas sufre permanentemente los embates de bandas criminales activas.

A todo lo que cabe agregar que en Colombia todavía sigue activa otra fuerza guerrillera de orientación marxista. El llamado ELN, muy cercano a los líderes de la dictadura cubana, que todavía tiene unos 2.000 combatientes que están alargando la pesadilla de la violencia en la que el ELN está también empeñado. Es cierto, hay conversaciones de paz entre el gobierno colombiano y el ELN. Pero ellas no avanzan. Algunos creen que los ex combatientes de las FARC podrían ser tentados ahora a incorporarse al ELN, continuando así su insana borrachera de violencia. Se estima que unos 1.000 ex combatientes de las FARC habrían ya abandonado el esfuerzo de reinserción social y regresado a la violencia guerrillera. No es poco.

Los acuerdos de paz con las FARC prevén que una justicia de paz especial habrá de juzgar a los responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por la guerrilla colombiana. La implementación de ese mecanismo está todavía en veremos y si esto no se corrige, el fracaso de los esfuerzos de paz podría ser la consecuencia.

Iván Duque no sólo ha expresado la necesidad de poner fin a la impunidad de los líderes guerrilleros de las FARC, sino que ha señalado que ellos deberían, por lo menos, purgar con un año de prisión los crímenes aberrantes que cometieron. A lo que agrega la necesidad de profundizar la lucha contra el narcotráfico que durante tantos años financió las actividades violentas de las FARC. Esto supone dejar de lado la amplia amnistía otorgada por los acuerdos de paz de noviembre de 2016 a los “delitos políticos y conexos” cometidos por los dirigentes de las FARC, aunque con algunas excepciones, como son precisamente los crímenes de lesa humanidad, los secuestros, los desplazamientos forzados y la violencia sexual.

En su esfuerzo por desterrar la impunidad de que gozan los líderes de las FARC, Iván Duque tendrá el apoyo del Congreso colombiano. Y deberá ocuparse de reparar los daños enormes sufridos por las víctimas de la guerrilla, aquellos que presuntamente debieron haber sido indemnizados por las propias FARC, con los fondos malhabidos de los que disponía, que hoy se sabe son insuficientes.

Si Iván Duque lograra modificar los acuerdos de paz vigentes, ello debiera ser convalidado por el Consejo Constitucional colombiano, con la salvedad que ese tribunal ya decidió, en el 2016, que debiera ser la propia justicia especial de paz prevista en los actuales acuerdos de paz la que determine quienes son responsables y quiénes merecen ser condenados por los delitos cometidos en el pasado.

Iván Duque sabe que, como ocurre también en la Argentina, en Colombia hay quienes han extraviado un capítulo esencial del Derecho Humanitario Internacional. Nada menos que el de las Convenciones de Ginebra de 1949, que ningún Estado puede dejar de cumplir. Precisamente la Cuarta de esas Convenciones es aplicable específicamente a los conflictos armados internos. En su artículo tercero, la Cuarta Convención de Ginebra de 1949 dispone, más allá de toda duda, que todas las partes en los conflictos armados internos deben proteger a

quienes no participen directamente en las hostilidades, los que en todas las circunstancias y sin excepciones de ninguna naturaleza deben ser tratados con humanidad.

Ocurre que esa Cuarta Convención prohíbe expresamente a todos por igual los atentados a la vida y a la integridad corporal, el homicidio, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura, las tomas de rehenes y los atentados contra la dignidad personal, así como los tratos humillantes de degradantes. Se trata de una protección legal que es inderogable. No hay norma alguna que, respecto de la guerra de guerrillas urbana o rural, permita sostener que en algún caso los civiles inocentes pierden la protección humanitaria de la que gozan desde 1949 en función de las Convenciones de Ginebra de 1949.

Toda la jurisprudencia emanada de los Tribunales Penales Internacionales, confirma inequívocamente que las Convenciones de Ginebra de 1949 son de aplicación, a todas las partes que se enfrentan en los conflictos armados internos. No sólo al Estado y sus agentes. A todos por igual. Nos referimos ciertamente a conflictos que van más allá de los disturbios esporádicos y que, por su intensidad, pertenecen a una categoría distinta.

En verdad, los conflictos armados internos fueron los primeros en los que históricamente intervino la Cruz Roja Internacional. Me refiero a la guerra Carlista española librada entre 1872 y 1876 y a la insurrección en Herzegovina contra los turcos ocurrida en 1874.

¿Qué es un conflicto armado interno? Para el derecho internacional humanitario eso es claro. Son conflictos en los que las partes que se enfrentan tienen una mínima organización y donde el nivel de violencia alcanza alguna intensidad. En el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia ya no se exige ni control de territorio, ni un mínimo de tiempo.

Iván Duque tiene, entonces, toda la razón en procurar que los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos por la guerrilla colombiana a lo largo del último medio siglo sean finalmente juzgados y, dependiendo de las circunstancias, sus responsables sean condenados a un mínimo de prisión. Eso es no sólo lo que exige el derecho, sino lo que imponen razones inequívocas de justicia y equidad.

(*) Ex Embajador de la República Argentina ante las Naciones Unidas.

Para un análisis más extenso de la cuestión tratada precedentemente, ver: “Emilio J. Cárdenas. Delitos de Lesa Humanidad: el “rincón de impunidad” argentino, en: El Derecho N° 12.718, Año XLIX, 29 de marzo 2011”.

1. Introducción

El 2017 fue un año muy especial para el sector energético argentino, ya que vio consolidada la apuesta del Gobierno al desarrollo de la explotación de fuentes renovables de energía. La intención de este artículo es describir la posición del sector de energías renovables argentino, tanto en términos absolutos como a escala global y regional.

Para ello, introduciremos al lector a los distintos tipos de aprovechamientos energéticos disponibles, ofreceremos un panorama contextual de la industria a nivel global, y explicaremos el reciente desarrollo del sector en la Argentina, y sus objetivos y resultados a la fecha.

2. Energías Renovables

Las energías renovables son una subespecie de las denominadas *energías alternativas*, dentro del género de las *energías primarias*. Las *energías primarias* son aquellas que provienen *directamente* de una fuente natural, sin modificaciones, a diferencia de las *energías secundarias* que se generan a partir de ellas.

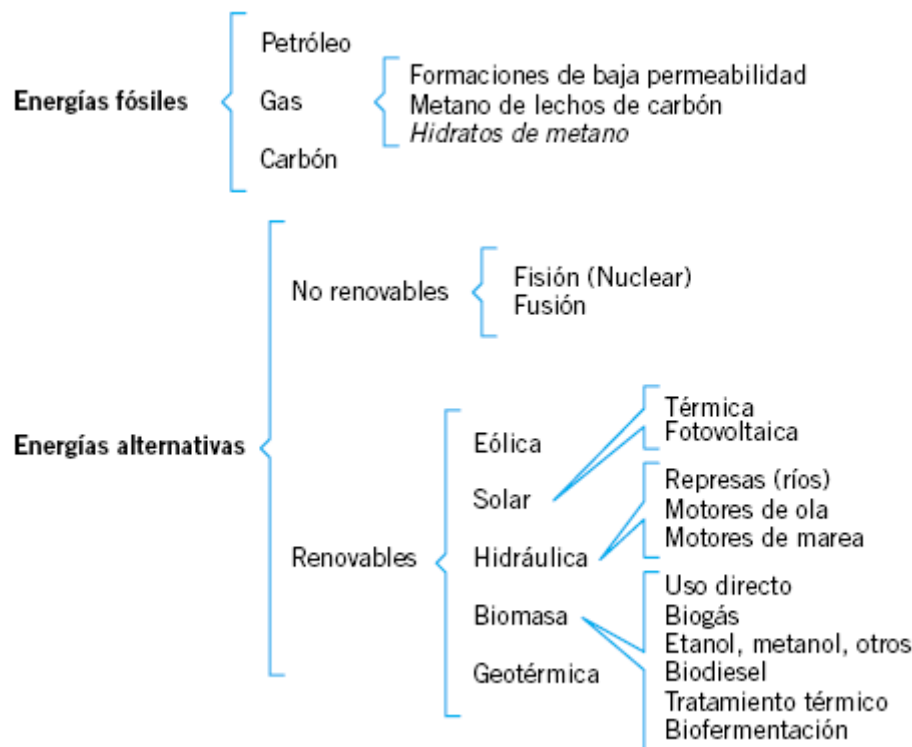
Las *energías primarias* pueden dividirse en dos grandes familias: las *energías fósiles* (el petróleo, el gas y el carbón), y las *energías alternativas* a las fósiles. Éstas últimas pueden diferenciarse, a su vez, en *renovables* y en *no renovables* –ejemplo de éstas últimas son la energía nuclear de fisión (que utiliza uranio o plutonio para los reactores nucleares), y de fusión (que está en desarrollo).

Uno de los aspectos más críticos de la generación convencional, compartido por la generación nuclear, es que ambas utilizan recursos que tarde o temprano se agotarán: petróleo, gas, carbón, uranio. Son materiales que se encuentran en la naturaleza y que no tienen posibilidades de renovarse.

Así, la investigación y desarrollo tecnológico han procurado la búsqueda dentro de los medios naturales a aquellos elementos que se renuevan continua o cíclicamente. Y a eso se agrega un factor muy importante, que es la gratuidad con que se obtiene la mayoría de ellos (en el sentido que no se paga un canon o regalía por ellas), así como su abundancia.

El siguiente gráfico es bien ilustrativo de lo recién explicado:

¹⁷¹ Fuentes: Frankfurt School-UNEP Centre/BNEF. 2018. Global Trends in Renewable Energy Investment 2018, <http://www.fs-unep-centre.org> (Frankfurt am Main); Bloomberg New Energy Finance; Barreiro, Rubén A. *Derecho de la Energía Eléctrica*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002; Barreiro, Eduardo. 2009. "La complejidad del negocio de energías alternativas en la Argentina". *Revista Petrotecnia* L (4):25.



En línea con los estándares internacionales, la Ley 26.190 define las “fuentes de energía renovables” como “[L]as fuentes renovables de energía no fósiles idóneas para ser aprovechadas de forma sustentable en el corto, mediano y largo plazo: energía eólica, solar térmica, solar fotovoltaica, geotérmica, mareomotriz, undimotriz, de las corrientes marinas, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración, biogás y biocombustibles, con excepción de los usos previstos en la ley 26.093.”

Respecto a las centrales hidroeléctricas, la ley promocionó la generación proveniente de las llamadas “minicentrales”, definidas como aquellas que no superen los 30 MW de potencia. Este tope varía de país en país. Por ejemplo, en Chile y Alemania, el límite es de 10 MW.

Los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, junto con la energía solar (térmica y fotovoltaica) y eólica, biomasa, biogás y biocombustibles representan el grueso de la inversión a nivel mundial –y, entre ellas, la energía eólica y solar fotovoltaica lidera por un amplio margen. Ello se debe a que las demás energías consideradas renovables se encuentran en un estadio tecnológico que no permite su explotación comercial rentable.

3. El contexto global

El 2017 significó un año superador para la industria de las energías renovables en el mundo, evidenciando una transición paulatina hacia las energías limpias y una baja acelerada de costos (particularmente para energía solar y eólica).

El desarrollo de proyectos solar fotovoltaicos ha sido el más favorecido, perfilándose poco a poco como el motor de la industria. La principal razón del nuevo auge de esta tecnología en particular se debe a la caída en los costes medios de generación eléctrica

de referencia (*levelized costs of electricity* o LCOE), que registraron un bajo histórico de 86 USD/MW en 2017 –15% menor al 2016, y 72% menos desde 2009. El sector eólico en tierra, por su parte, consiguió una reducción del 27% desde 2009, mientras que los proyectos eólicos marítimos se han beneficiado de una reducción del 44% desde 2012, cuando alcanzó su máximo histórico.

Si bien la caída en los LCOE ha variado de país en país, en muchos de ellos ha logrado equiparar (o, por lo menos, acercar sustancialmente) el costo de invertir en desarrollos eólicos o solares con aquel asociado a la instalación de plantas de generación tradicionales, en base a combustibles fósiles. Muchos países (entre ellos, la Argentina) han aprovechado la baja de los LCOE para apostar a mecanismos competitivos tales como licitaciones públicas, con el fin de reducir los costos de desarrollar la industria dentro de sus fronteras.

Asimismo, más de 170 países han fijado distintos objetivos de integración de tecnologías de aprovechamiento renovable a su matriz interna, de los cuales 150 han establecido porcentajes específicos de consumo proveniente de dichas fuentes, brindando cierto velo de seguridad jurídica a los programas de incentivo instrumentados para cumplir dichos compromisos. En particular, los 48 miembros del Foro de Vulnerabilidad Climática (*Climate Vulnerable Forum* o CVF) se han comprometido a la generación del 100% de su energía a partir de fuentes renovables, mientras que la Unión Europea ha puesto un objetivo del 27% para 2030, y Canadá, México y Estados Unidos acordaron un objetivo amplio y conjunto del 50% para 2025.¹⁷² China, por su parte, ha establecido un plan quinquenal con el objetivo de alcanzar los 680 GW de potencia instalada en 2020, representativa del 27% de su generación total, así como un objetivo especial de desarrollo e instalación de 50 MW de energía mareomotriz, undimotriz y del gradiente térmico del mar.

En 2017, se registró la instalación de 157 GW de nueva potencia para el aprovechamiento de fuentes renovables alrededor del mundo, muy por encima de los 70 GW de nueva potencia para la generación térmica en base a combustibles fósiles, y superando los 143 GW instalados en el 2016. Las instalaciones de energía solar fotovoltaica (98 GW), en particular, significaron el 38% del total de potencia instalada en el mundo en 2017. En total, la generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables creció de 11% en 2016 a 12,1% en 2017. El porcentaje de potencia instalada, sin embargo, es del 19%, lo cual demuestra la intermitencia de la que aún sufren las energías renovables, y la enorme necesidad de desarrollar posibilidades de almacenamiento eléctrico.

La inversión global total en proyectos de energías renovables se elevó a US\$ 279.800 millones, más del 45% de los cuales corresponden a China (US\$ 126.600 millones) que, en un ejemplar desarrollo del sector solar, sumó unos 53 GW de potencia correspondiente a dicha tecnología, que por sí sola acumuló una inversión de US\$ 86.500 millones, un 58% más que el año anterior. Se trata del octavo año consecutivo con inversiones por encima de los US\$ 240.000 millones, incluyendo el récord histórico de US\$ 323.000 millones alcanzado en 2015. Sin embargo, como veremos, el crecimiento de la inversión en el sector se ha producido *a pesar* de la caída de la

¹⁷² Éste último incluye energías renovables, energía nuclear, y el desarrollo e implementación de tecnologías de captura de carbono y almacenamiento de energía.

inversión en Europa y Estados Unidos, y empujado principalmente por los ambiciosos objetivos de países en desarrollo, con China a la cabeza.

La incertidumbre en políticas pro-ambientales ocasionada por el cambio de gobierno en los Estados Unidos, que entre otras cosas trajo aparejada la denuncia del Acuerdo de París dentro de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, ocasionó una caída del 6% respecto a las inversiones realizadas en la industria en 2016, que en total acumularon unos US\$ 40.500 millones, muy por debajo de los niveles de inversión alcanzados en China.

Europa, por su parte, vio una caída precipitosa (del 36%) en sus inversiones en la industria renovable, que en total acumularon unos US\$ 40.900 millones en todo el continente. Las principales razones de tal declive deben buscarse en Alemania y el Reino Unido. Alemania recibió una inversión de US\$ 10.400 millones en el sector (un 35% menos que el año anterior), se vio influenciada por la reducción en los costos de desarrollo de proyectos eólicos marítimos y, particularmente, por la incertidumbre que ha significado el traspaso de un sistema tarifas de alimentación a la red (*feed-in tariffs*) a un sistema competitivo a través de licitaciones. En el Reino Unido, por su parte, el sector se vio impactado por el retiro subsidios a proyectos eólicos en tierra, proyectos de biomasa y proyectos solares de escala, y se vio impactado por una extensión de tiempo entre licitaciones de proyectos eólicos marinos.

En el Pacífico, por su lado, Australia registró un aumento de 127% en sus inversiones, gracias la suba de precios de la energía, y a la publicación de su plan de objetivos de generación a partir de fuentes renovables a gran escala (*Large-Scale Renewable Energy Target*); mientras que Japón sufrió una caída del 28%, debido a incertidumbres relacionadas a la capacidad de transporte disponible, y un traspaso similar al de Alemania, de un sistema tarifas de alimentación a la red (*feed-in tariffs*) a un sistema competitivo a través de licitaciones. En su primera licitación, Japón recibió ofertas apenas por encima de los 140 MW, de los 500 MW licitados.

El 2017 fue el segundo año en que las economías en desarrollo comprometieron inversiones superiores a las economías desarrolladas –la anterior ocasión fue en el año 2015. En este caso, sin embargo, se trató de una diferencia enfáticamente superior, con inversiones de US\$ 177.000 millones en países en desarrollo (20% por encima del 2016) contra US\$ 103.000 millones en países desarrollados (18% por debajo del año anterior), la inversión más baja registrada en estos últimos desde 2006. No debe dejar de considerarse, sin embargo, que estas cifras ocultan, en parte, las importantes reducciones en LCOE, mencionadas anteriormente.

Los países en desarrollo se encuentran encabezados por los “tres grandes” (*the ‘big three’*): China, India y Brasil. Si bien la India sufrió una reducción inesperada del 20% respecto a las inversiones del año anterior, fue el cuarto país que más inversiones realizó en el 2017 (US\$ 10.900 millones). Su sector solar se vio particularmente golpeado por la reducción en las importaciones de módulos chinos, motivada por la imposición de una tasa de del 7,5% a la importación de módulos, y un impuesto interno sobre los paneles, y por una reducción en la cantidad de MW licitados con respecto a años anteriores. Sin embargo, es probable que estos números cambien en los próximos años, gracias al objetivo autoimpuesto del gobierno indio de alcanzar los 100 GW de potencia instalada para 2022.

Brasil, por su parte, recibió una inversión de US\$ 6.000 millones, repartidos entre proyectos eólicos y solares. Éstos últimos vieron un incremento del 240%, gracias al financiamiento de proyectos adjudicados en 2016. Sin embargo, a nivel total, la industria renovable brasilera sufrió una caída del 8%, motivada en la inestabilidad político-económica generada por el *Lava Jato*, que llevó incluso a la cancelación de una ronda de licitación de potencia solar programada para diciembre de 2016, y en las tarifas impuestas por los Estados Unidos a la importación de biocombustibles, sumado a una disminución sensible en la demanda interna de éstos últimos.

México, por su parte, ha alcanzado precios de adjudicación históricamente bajos en sus procesos licitatorios, resultando en precios promedio de 20,80 USD/MWh para proyectos solares y 18,60 USD/MWh para proyectos eólicos en tierra. México ha exhibido además el mayor crecimiento comparativo del año, habiendo experimentado un incremento en sus inversiones en un 810% hasta la suma de US\$ 6.000 millones, dando la nota en América Latina.

Uruguay, por el contrario, ha debido poner un alto a las inversiones en renovables, dado que ha saturado su mercado en los recientes años. En Chile, en cambio, las inversiones continuaron fluyendo, en un 55% por encima del 2016, en US\$ 1.500 millones.

El principal desafío que enfrenta el sector a nivel global se encuentra en la quita de subsidios al precio de la energía generada por este tipo de proyectos, y el paso paulatino hacia acuerdos de abastecimiento de energía entre privados, o incluso al mercado spot. Por otra parte, la suba en las tasas de interés a nivel global en el último año también puede traer problemas a una industria cuyos costos se han visto reducidos gracias a tasas históricamente bajas en la última década, un factor no menor considerando que la mayor parte de la inversión asociada a este tipo de proyectos es en activos fijos al inicio, dado que el insumo de que se nutren es gratuito para las dos principales tecnologías (sol y viento), y los costos de operación y mantenimiento de las centrales son relativamente bajos.

4. El contexto argentino

Argentina resultó ser una gran sorpresa en el mercado regional, si bien los US\$ 1.800 millones invertidos en el 2017 son aún muy modestos en la comparativa global. Inversamente a la tendencia internacional, la inversión en energía eólica (US\$ 1.200 millones) casi triplicó la inversión en generación solar (US\$ 456 millones). Para entender este crecimiento repentino, es importante comprender el contexto local.

En la Argentina rige actualmente el “Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía Destinadas a la Producción de Energía Eléctrica” (el “Régimen de Fomento”), creado inicialmente en diciembre de 2006, cuando el Congreso Nacional dictó la Ley 26.190. Dicha ley estableció por primera vez el objetivo de alcanzar el 8% de consumo de energía eléctrica nacional de fuente renovable para el año 2017.

Sin embargo, pasaría aún una década hasta que dicha iniciativa fuera reavivada, con el objetivo de materializar aquella política en medidas más atractivas a la inversión, tomando la experiencia de diversos países que desarrollaron el sector de energías renovables en la última década. Así, en diciembre de 2015 fue sancionada la Ley 27.191, complementaria de la 26.190, que fue reglamentada el 31 de marzo de 2016 por el Decreto 531/2016.

La nueva ley y su decreto reglamentario relanzaron el sector de las energías renovables en la Argentina, estableciendo mecanismos que fortalecieron el Régimen de Fomento. Entre ellos:

- Establecimiento de un objetivo de consumo renovable a nivel país y de una obligación de compra de energía renovable a cargo de los Grandes Consumidores.
- Beneficios impositivos.
- Acceso a financiamiento y a garantías de parte del Estado Nacional.
- Sistema de licitaciones para la adjudicación de contratos de suministro de energía eléctrica ("PPAs", por sus siglas en inglés: *Power Purchase Agreements*).
- Despacho prioritario de la energía eléctrica proveniente de recursos renovables intermitentes.

En relación al objetivo de consumo renovable a nivel país, se estableció el mismo en un 8% de la suma de todos los puntos de demanda de energía eléctrica proveniente de fuentes renovables para 2017, y complementado por objetivos paulatinos hasta alcanzar el 20% para el año 2025 (el "Target"). Sin embargo, en los hechos, son los Grandes Consumidores los verdaderos y únicos obligados por dichos objetivos, ya que su incumplimiento individual y efectivo resulta ser el único que deriva en la aplicación de una multa considerable.

A los fines de cumplir con los objetivos de consumo, los Grandes Consumidores pueden proveerse de energía renovable por medio de tres mecanismos alternativos:

- la contratación individual con un generador renovable;
- la autogeneración o cogeneración; o
- las licitaciones organizadas por CAMMESA (mecanismo de "Compra Conjunta").

Ahora bien, a fin de instrumentar el Régimen de Fomento y abastecer a los Grandes Consumidores a través del mecanismo de Compra Conjunta, el MINEM lanzó el denominado "Programa RenovAr", consistente en una convocatoria abierta nacional e internacional para el abastecimiento de energía eléctrica a partir de fuentes renovables a través de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. ("CAMMESA") actuando en representación de los Grandes Consumidores. En tal contexto, CAMMESA ha convocado a licitaciones públicas con el objeto de celebrar los contratos de abastecimiento de energía eléctrica proveniente de fuentes renovables necesarios para abastecer a la demanda de los Grandes Consumidores.

Si bien los Grandes Consumidores que contraten su suministro a través de CAMMESA deberán pagar ciertos cargos adicionales, correrán a su vez con la ventaja de que no serán penalizados por no alcanzar las cuotas de energía renovable.

El Programa RenovAR ha tenido ya dos rondas, con dos fases de adjudicación cada una. Asimismo, el gobierno ha admitido la novación de PPAs firmados por generadores bajo regímenes de promoción anteriores, ofreciendo a estos la firma de un PPA similar al utilizado en el marco del Programa RenovAR. En total, se han adjudicado a la fecha 157 contratos para el abastecimiento bajo el mecanismo de Compras Conjuntas, que comprenden una potencia total acumulada de 4966 MW. El número resulta más impresionante si se tiene en cuenta que, previo al lanzamiento del Programa RenovAR, la Argentina contaba con 187,4 MW de potencia instalada para el aprovechamiento de fuentes renovables.

La generación proveniente de energías renovables cubre actualmente el 1,8% de la demanda total del MEM. Sin embargo, las proyecciones publicadas por CAMMESA sugieren que, en caso de desarrollarse la totalidad de los proyectos adjudicados, y considerando los compromisos de entrada en operación comercial de cada uno de ellos, la energía generada por estos alcanzará para cubrir un 7% de la demanda del MEM a partir del año 2020.

5. Conclusiones

Si bien la Argentina se encuentra aún muy lejos de poder ser considerada un país líder en materia de energías renovables a nivel global, la saturación del sector en Chile y Uruguay, la inestabilidad política que aún hoy genera incertidumbre en Brasil, y la falta de desarrollo de los demás países de la región, ofrecen una oportunidad de posicionamiento a nivel regional, en particular mediante la atracción de capitales que en años anteriores centraron la mirada en los países mencionados.

La Argentina cuenta con un potencial eólico y solar y condiciones climáticas de tal idoneidad para el aprovechamiento de energías renovables que pocos países en el mundo pueden jactarse de igualar. Sin embargo, la inestabilidad política y económica de la última década sentenció al fracaso todos los esfuerzos previos para aprovechar dicho potencial. El rotundo éxito de las recientes convocatorias –en que las ofertas recibidas llegaron hasta a sextuplicar la cantidad de MW ofertados– demuestran un nuevo voto de confianza en el actual gobierno, o por lo menos la adecuación de las políticas por éste instrumentadas a los intereses del mundo inversor.

Sin embargo, esta “primavera renovable” aún no ha puesto a prueba la solidez de sus compromisos, dado que ninguno de los proyectos adjudicados ha comenzado a operar. El mantenimiento de la estabilidad en el sector en los próximos años y, particularmente, a partir del primer cambio de gobierno, será una prueba fundamental a este respecto, en tanto la viabilidad del sector será el único incentivo real para el desarrollo de un mercado privado, que logre desarrollarse con total independencia de programas gubernamentales.

Por otra parte, es probable que el sector enfrente en adelante otro tipo de inconvenientes, dada la particular sensibilidad que ha demostrado la economía argentina ante los recientes incrementos en las tasas de financiamiento internacionales, y considerando particularmente que es precisamente el financiamiento de proyectos el que ha demostrado ser el cuello de botella en el desarrollo de estos proyectos. Por el momento, los financiamientos en curso no parecen haberse conmovido. Serán los proyectos adjudicados en la última licitación los que posiblemente enfrenten estas consecuencias.

Nuevamente, la Argentina ha llamado, y el mundo ha acudido. Ha prometido, y el mundo parece haberle tomado la palabra. Ahora, deberá demostrar que está a la altura de sus compromisos.

DECLARACIONES PÚBLICAS DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

19 de diciembre de 2017

1-GRAVES DISTURBIOS QUE CONSTITUYEN UN ATAQUE A LAS INSTITUCIONES

22 de enero de 2018

2-INADMISIBLES DECLARACIONES DEL JUEZ DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EUGENIO ZAFFARONI

23 de febrero de 2018

3-EL PRINCIPIO DE LEY PENAL MÁS BENIGNA EN LAS CAUSAS POR EVASIÓN FISCAL Y CONTRABANDO

21 de marzo de 2018

4-LA FRUSTRACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL

2 de abril de 2018

5-CORRESPONDE AL CONGRESO LA TAREA DE REESTRUCTURAR Y MANTENER ACTUALIZADA LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES

7 de junio de 2018

6-LOS PROYECTOS DE LEY QUE PERMITEN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO NO SUPERAN EL TEST CONSTITUCIONAL

24 de julio de 2018

7-EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PREEXISTENCIA ÉTNICA Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS NO LOS CONVIERTE EN PUEBLOS SOBERANOS

19 de diciembre de 2017

GRAVES DISTURBIOS QUE CONSTITUYEN UN ATAQUE A LAS INSTITUCIONES

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

En rigor de verdad, injustificadamente, han alterado la paz social, la normalidad del desarrollo de las instituciones y, bajo pretexto de cuestionar el proyecto de ley referido a la reforma previsional, se ha intentado impedir el funcionamiento de la Cámara de Diputados de la Nación con el propósito subalterno de dar sustento a una situación de crisis institucional.

Sólo a los representantes y autoridades creadas por la Constitución les cabe la responsabilidad y el derecho de representar al pueblo y de ejercer el gobierno para el que legalmente fueron designados. Aquellas personas que se atribuyan los derechos del pueblo o actúen armándose, no sólo cometen delito, sino que ocasionan una severa afectación a la vigencia del Estado de Derecho, que debe ser rechazada enfáticamente y sometida a la acción de la justicia.

En la hora, el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES reitera que la observancia de las instituciones de la República resulta trascendente como recurso excluyente para gestionar el conflicto y atender al bien común de los argentinos como factor de cohesión y progreso de nuestra Nación en contraposición a toda expresión de prepotencia e intolerancia.

El Directorio

22 de enero de 2018

INADMISIBLES DECLARACIONES DEL JUEZ DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EUGENIO ZAFFARONI

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires repudia las recientes declaraciones efectuadas por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ex-integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las cuales no sólo se identifica como opositor al actual gobierno, sino que desea su pronta finalización, considerando que en la Argentina “peligra el estado de derecho”.

Sus declaraciones, que se suman a otras similares realizadas hace solo pocas semanas, así como su participación pública en casos que se encuentran o pueden llegar a encontrarse ante el tribunal que él integra, exceden el ámbito de la libertad de expresión y opinión, para transformarse en mensajes contrarios a la democracia y a los principios y valores republicanos.

Pero si de por sí manifestaciones de este tenor ya son repudiables, el hecho de que provengan de quien tiene a su cargo juzgar las violaciones estatales de derechos humanos en las Américas reviste particular gravedad. La conducta del Dr. Zaffaroni se encuentra en franca contradicción con las cualidades de independencia e imparcialidad que el sistema interamericano de derechos humanos exige a los miembros de la Corte Interamericana. Recordemos que la Convención Interamericana establece que el cargo de juez del tribunal deberá ser ocupado por “personas de la más alta autoridad moral”.

Lamentablemente, no es la primera vez que el Colegio se ve obligado a salir a denunciar las posturas asumidas por el Dr. Zaffaroni. En el año 2003, el Colegio impugnó su candidatura a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y el año pasado, en ocasión de sus declaraciones sobre el caso Nisman, señaló que ellas no hacían sino demostrar “una concepción del pensamiento reñida con la pluralidad de ideas y con la forma republicana representativa y federal del gobierno”. Sus últimas declaraciones reafirman que no estábamos errados, y evidencian que el Dr. Zaffaroni carece de las calidades requeridas para ser juez interamericano.

Es por ello, que este Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires requiere la inmediata renuncia del Dr. Zaffaroni a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De no hacerlo así, la propia Corte Interamericana deberá tomar los recaudos necesarios para su remoción, o arriesgarse a quedar manchada con la indignidad de uno de sus integrantes.

El Directorio

23 de febrero de 2018

EL PRINCIPIO DE LEY PENAL MÁS BENIGNA EN LAS CAUSAS POR EVASIÓN FISCAL Y CONTRABANDO

A raíz del dictado de la Resolución 18/18 por parte de la Procuración General de la Nación, por medio de la cual se instruye a los fiscales a que se opongan a la aplicación retroactiva de la ley 27.430 en cuanto dispuso aumentos en las sumas de dinero que establecen un límite a la punibilidad de los delitos tributarios y de contrabando, el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES expresa lo siguiente:

- 1) El criterio establecido por la Procuración General de la Nación es contrario a tratados internacionales que gozan de rango constitucional y a disposiciones del Código Penal de la República Argentina que, en su artículo 2º, establece de manera expresa el llamado principio de ley penal más benigna.
- 2) En oportunidad de una anterior reforma al régimen penal tributario que también había elevado los montos de las condiciones objetivas de punibilidad de los delitos tributarios, la Procuración General de la Nación emitió similar instrucción que luego tuvo que dejar de lado a raíz del abrumador rechazo de los tribunales penales a la interpretación propugnada.
- 3) Así, volver sobre una instrucción ya desechada en el pasado producto de la uniforme jurisprudencia que consideró de aplicación el principio de la ley penal más benigna a la elevación de los montos, implica propiciar la revisión de un criterio ampliamente receptado por los tribunales penales y por la Corte Suprema de Justicia, con el consiguiente dispendio jurisdiccional en relación a causas existentes y la probable promoción de nuevas denuncias en relación a hechos que bajo la nueva ley no serían punibles, con perjuicio a las personas involucradas.
- 4) En razón de lo anterior, el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES propone que la Procuración General de la Nación deje inmediatamente sin efecto la Resolución 18/18.

El Directorio

LA FRUSTRACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL

El COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES expresa su preocupación por los fundamentos brindados por la mayoría de la Sala I de la Cámara Federal para modificar la calificación legal en la causa “LÓPEZ CRISTOBAL, Y OTROS s/PROCESAMIENTO c/ PRISIÓN PREVENTIVA”.

Cuanto menos resulta sugestivo que, frente a la reciente decisión en contrario dispuesta por la Cámara de Casación, que asignó la competencia de la causa a la justicia federal, el fallo referido opere como un dique de contención que cercena la posibilidad de indagar la existencia de un complejo entramado de sociedades que se vieron beneficiadas por la utilización de recursos del fisco, a partir de la decisión ilegal del funcionario cuya misión, precisamente, consistía en velar por la tempestiva y correcta recaudación de tales tributos, pertenecientes al erario público.

Recortar los hechos investigados a una cuestión de neto corte impositivo constituye una inadmisibile desatención de lo resuelto por el tribunal de alzada, pues nada obstaba a que la Cámara dispusiera la investigación conjunta del ilícito tributario y del fraude al Estado, conforme las reglas del concurso de delitos.

Los tributos que como agente de percepción omitió ingresar “Oil combustibles” fueron destinados a la financiación de numerosas empresas del grupo Indalo, que buscó así expandir sus negocios a expensas del erario público. Ello fue posible merced a los beneficios que indebidamente le concedió el titular de la AFIP, consistentes en el otorgamiento de planes, especiales y generales, los cuales fueron sistemáticamente prorrogados, de modo que en la práctica se dejó sin efecto la obligación del contribuyente de ingresar el impuesto al ITC.

El fallo en cuestión, en definitiva, tiende a asegurar la frustración de la persecución penal, habida cuenta que el delito tributario al cual ha sido reducida la causa, prevé un régimen de liberación de la acción penal por pago, amén de la posibilidad de acogimiento a la ley de moratoria y blanqueo fiscal.

Contrariamente a las expectativas de lucha contra la corrupción que la sociedad tiene cifradas en la delicada tarea del Poder Judicial, el fallo comentado va direccionado a atomizar la investigación y promover la impunidad del titular de la AFIP, quien implementó un sistema destinado a favorecer a un grupo empresario que poseía una marcada y ostensible identificación con la anterior administración, de quien dependía, a la sazón, aquel mismo funcionario.

El COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES hace votos para que la Cámara Federal de Casación corrija los desvíos de la sentencia reseñada y permita una cabal investigación de la maniobra integral orquestada por los empresarios, en consuno con el ex titular del organismo recaudador.

El Directorio

2 de abril de 2018

CORRESPONDE AL CONGRESO LA TAREA DE REESTRUCTURAR Y MANTENER ACTUALIZADA LA ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES

El COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES expresa su preocupación por lo decidido en Acordada 4/18 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, por mayoría (voto de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, con las disidencias de los jueces Highton y Rosenkrantz), rechazó la solicitud de “habilitación” del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 9, creado por transformación del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 10 de la Capital Federal en virtud de lo dispuesto por la ley 27.307 de “Fortalecimiento de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal y de los Tribunales Orales en lo Penal Económico”.

La Acordada en cuestión, contradice no solo la práctica constitucional y jurisprudencia consolidada de la propia Corte desde hace décadas, sino inclusive una decisión unánime del Tribunal en un caso prácticamente idéntico resuelto hace menos de un año.

El fundamento de la decisión mayoritaria distingue equivocadamente -a los fines del traslado- entre “jueces federales” y “jueces nacionales”, sin advertir que ambos pertenecen al Poder Judicial de la Nación y están sujetos al mismo régimen de nombramiento y remoción, difiriendo solamente en su competencia específica por la materia.

Dicho en otros términos, ambos son “jueces de la Nación”, con la sola diferencia de que unos aplican el derecho federal y los otros el derecho común.

No tiene sentido alguno entonces que, para llevar a cabo un simple traslado de un tribunal a otro de igual jerarquía, dentro del mismo Poder Judicial de la Nación, se exija un nuevo nombramiento a quien ya es juez y fue designado con todos los requisitos que la Constitución impone.

Por ello, tal como sostuvo la Corte hace más de un siglo, y recuerda el voto disidente de los Dres. Highton y Rosenkrantz: “El Congreso puede investir a los tribunales ordinarios de la Capital de la jurisdicción necesaria para entender en algunos de los casos del artículo 100 de la Constitución” (hoy artículo 116)[1]. Esta jurisprudencia ha sido ratificada en numerosas oportunidades desde entonces.

El voto de la mayoría no explica en qué varía lo resuelto por la Acordada 4/18 con aquello que el tribunal había sostenido en el año 1990 en el caso Del Castillo[2], en dónde los hechos discutidos resultaban sustancialmente análogos al que motivara la Acordada aquí criticada (en aquel caso se trataba de un traslado de la justicia criminal federal a la justicia criminal de la Capital).

Pero lo que resulta más grave, es que la decisión de la Corte contradice expresamente, sin razones, lo resuelto unánimemente por el Tribunal el 11 de julio pasado en la Acordada 20/17, por la cual la Corte Suprema habilitó la transformación del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal N° 6 en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 7, dato señalado también por la disidencia.

Si bien la jurisprudencia de ningún tribunal es inmutable, preocupa que la Corte modifique sus criterios con total olvido de sus precedentes recientes y sin dar razón alguna del cambio, afectando con ello la previsibilidad de sus decisiones, fuente esencial de la seguridad jurídica.

Como sostiene la disidencia, resulta innegable que la función de “reformular o transformar tribunales lleva aneja, inexorablemente, la de -dentro de ciertos límites- traspasar jueces”, exigiéndose solamente para su validez, conforme consolidada jurisprudencia y doctrina, el consentimiento del juez y que el cargo sea de similar jerarquía. El voto de los Dres. Highton y Rosenkrantz se preocupa en señalar, con argumentos que este Colegio comparte, el absurdo al que puede llegar la interpretación de la decisión de la mayoría.

Considerando que el criterio establecido en la Acordada 4/18 se aplicará seguramente a casos similares, resulta preocupante, tal como lo señala el voto disidente, que la tarea del Congreso de reestructurar y mantener actualizada la organización de los tribunales, se ve seriamente obstaculizada en un momento en que ésta es esencial, considerando la situación de crisis por la que atraviesa el Poder Judicial de la Nación.

El Directorio

LOS PROYECTOS DE LEY QUE PERMITEN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO NO SUPERAN EL TEST CONSTITUCIONAL

Siendo inminente el tratamiento parlamentario de varios proyectos de ley que permiten la interrupción voluntaria del embarazo, este Colegio se ve en la necesidad de aclarar las implicancias constitucionales que tendrá la eventual aprobación de una ley en tal sentido.

Nadie puede desconocer, que el derecho argentino, en disposiciones con jerarquía constitucional, determina la existencia de persona humana desde el momento mismo de la concepción. La legislación vigente no deja duda al respecto.

Así lo establece el artículo 1º de la Convención sobre Derechos del Niño, con la declaración interpretativa formulada por nuestro país al ratificar el tratado conforme la exigencia establecida en el artículo 2 de la ley 23.849, el cual dispone que: “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”.

De allí que a la persona humana, desde la concepción misma, le resulten aplicables la totalidad de las normas que, tanto en nuestro derecho interno como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, protegen la vida. Debemos en particular recordar que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos poseen jerarquía constitucional conforme lo dispone el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución.

En línea con lo expuesto, el artículo 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, impone al Congreso la obligación de legislar “en protección del niño ... desde el embarazo”.

Podrá distinguirse, entonces, entre personas ya nacidas y personas por nacer, pero ese dato biológico es irrelevante desde el punto de vista jurídico, pues conforme nuestro ordenamiento jurídico supremo, y también conforme lo dispone el nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 19, ambas son personas humanas y, como tales, tienen derecho a la vida.

Esta breve reseña de las normas constitucionales y legales vigentes, no puede omitir un dato cronológico esencial para este análisis. Tanto los tratados internacionales arriba mencionados, como la propia Constitución Nacional y, más aún, el Código Civil y Comercial, son normas de última generación. No estamos haciendo referencia, por cierto, a antiguos y arcaicos textos legales originados en épocas pretéritas que, sin perjuicio de su vigencia formal, podrían contradecir las nuevas concepciones políticas y sociales.

Por el contrario, los textos constitucionales y legales citados, son recientes y han sido incorporados en plena vigencia de nuestras instituciones democráticas.

Más allá de la opinión personal de cada uno sobre el tema en debate, que tiene dividida a la opinión pública, y aprendiendo de los errores pasados de nuestra historia, debemos advertir la importancia de respetar los procedimientos legales necesarios para modificar las disposiciones de raíz constitucional, de modo de evitar precedentes que puedan ser utilizados en futuro para debilitar el sistema democrático y republicano fijado en nuestra Constitución.

El Directorio

24 de julio de 2018

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PREEXISTENCIA ÉTNICA Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS NO LOS CONVIERTE EN PUEBLOS SOBERANOS

La reforma constitucional de 1994 estableció en el artículo 75, inc. 17 que “Corresponde al Congreso ... reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”

Esa misma norma aclara que tal reconocimiento implica “garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten...”.

Habiendo transcurrido ya casi un cuarto de siglo de esta reforma, que procuró otorgar una reparación histórica a los pueblos indígenas que, junto con los criollos, los inmigrantes y los descendientes de todos ellos, conforman el “pueblo argentino”, parecería que algunos pretendidos integrantes de las comunidades mapuches han interpretado erróneamente su significado.

Hechos recientes dan a entender que tales grupos no están dispuestos a reconocer sobre las tierras que dicen pertenecerles, otra autoridad, ni otra legislación, que las de sus propias comunidades.

El error es absoluto y se está convirtiendo, paulatinamente, en el semillero de un conflicto, político, social y económico de proporciones cada vez más graves, el cual está inmerso, además, en una preocupante espiral de violencia creciente.

Parecería que tales grupos (que creemos son minoritarios y no comprenden necesariamente a los indígenas originarios) entienden que son titulares de una suerte de “soberanía” estatal, conformando un “estado dentro del Estado”, sin sujeción a las autoridades que crea la Constitución, ni a la legislación que emana de ella, ni a la Constitución misma. Parecería, en síntesis, que no se reconocen como parte integrante del pueblo argentino. Cabe señalar que iguales o más violentas conductas se han registrado en el sur de Chile y que la “porosidad” de la frontera posibilita que los prófugos de las autoridades chilenas vengan a nuestro territorio a reiterar su accionar delictivo.

No hace falta recordar, a esta altura, que la “soberanía”, como tal, es un atributo que sólo pertenece al Estado Nacional, que no se comparte pues es indivisible y cuyo ejercicio ninguna otra persona o grupo de personas puede arrogarse, bajo pena de incurrir en el delito que tipifica el artículo 29 de la Constitución.

Frente a ello, este Colegio no puede permanecer en silencio. Los recientes hechos ocurridos en las provincias de Chubut y Río Negro, en donde estos grupos impidieron o condicionaron el acceso de las autoridades judiciales a las tierras que ocupan, en el marco de la investigación de diversos delitos, demuestran que tal conducta de tono belicoso ya se torna sediciosa, circunstancia que no puede ser soslayada por nuestra institución, cuyo deber es trabajar por el progreso de la administración de justicia, de la legislación y del ejercicio de la abogacía.

Tales objetivos no pueden cumplirse sino mediante un fuerte compromiso con las instituciones que crea y tutela la Constitución Nacional, las que están seriamente amenazadas cuando cualquier grupo (armado o no) pretende suplantar a las autoridades constituidas y erigirse en una suerte de poder constituyente, para regirse por leyes propias, con absoluto desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente, que rige por igual para todos los habitantes del suelo argentino.

Por ello, este Colegio recuerda que el reconocimiento efectuado a los pueblos aborígenes argentinos por el artículo 75, inc. 19 de la Constitución Nacional, y los derechos que emanan del él, no tienen, ni podrían haber tenido, cabida fuera del texto constitucional, ni pueden, tampoco, alterar o violentar el Estado de Derecho.

Las comunidades indígenas, forman parte de la Nación argentina y deben, por lo tanto (al igual que sus restantes integrantes), el pleno respeto a los derechos y obligaciones que emanan de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, único medio de “asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

El Directorior