



107 AÑOS
1913-2020

Defendiendo la Justicia
la Ética y la Libertad

Revista del

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

Tomo 80 N°1. Julio de 2020

REFLEXIONES

Nota de Director

Reflexiones acerca del delito de violación de cuarentena. Esbozo para una interpretación restrictiva del artículo 205 del Código Penal

Juan María del Sel

Principio de no confiscatoriedad en los impuestos

por Maximiliano Batista

La auditoría que falta

por Victoria Villarruel

¿Quién habla de lawfare? La importancia del dominio del lenguaje y la insuficiencia del Derecho

por Carlos Manfroni

La Corte Permanente de Arbitraje y su nueva sede en Buenos Aires: Una oportunidad para acercar el arbitraje moderno a la región

por Julián Bordaçahar y Juan Ignacio Massun

Los contratos frente al COVID-19

por Marcos J. Blanco y Valeria M. Celesti

Testeos de legitimidad para el Derecho penal en tiempos de Coronavirus

por Juan María Rodríguez Estévez

Ideología Penal y Desorden

por Carlos H. Franco

DECLARACIONES PÚBLICAS

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

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

TOMO 80 N°1

JULIO 2020

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:

Máximo Julio FONROUGE

Vicepresidente:

Santiago María NICHOLSON

Secretario:

Uriel F. O FARRELL

Tesorero:

Santiago R. FONTÁN BALESTRA

Directores Titulares:

P. Eugenio ARAMBURU

Rufino A. ARCE

Horacio Esteban BECCAR VARELA

María Inés BURS

Mónica N. CATANI

Carlos A.A DODDS

Francisco GUTIERREZ

Alberto D. Q. MOLINARIO

Santiago J. STURLA

Gustavo Javier TORASSA

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


BECCAR
VARELA

O'FARRELL
ABOGADOS DESDE 1883

FB&A
FONTÁN BALESTRA & ASOCIADOS



En la categoría Estudio Benefactor

CASSAGNE
ABOGADOS

E|M ESTUDIO MOLTEDO
ABOGADOS • DESDE 1925

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**

Julio 2020 TOMO 8o. Número 1

SUMARIO

1. Reflexiones
2. Reflexiones acerca del delito de violación de cuarentena. Esbozo para una interpretación restrictiva del artículo 205 del Código Penal, por Juan María del Sel
3. Principio de no confiscatoriedad en los impuestos, por Maximiliano Batista
4. La auditoría que falta, por Victoria Villarruel
5. ¿Quién habla de *lawfare*? La importancia del dominio del lenguaje y la insuficiencia del Derecho, por Carlos Manfroni
6. La Corte Permanente de Arbitraje y su nueva sede en Buenos Aires: Una oportunidad para acercar el arbitraje moderno a la región, por Julián Bordaçahar y Juan Ignacio Massun
7. Los contratos frente al COVID-19, por Marcos J. Blanco y Valeria M. Celesti
8. Testeos de legitimidad para el Derecho penal en tiempos de Coronavirus, por Juan María Rodríguez Estévez
9. Ideología Penal y Desorden, por Carlos H. Franco
10. Declaraciones Públicas

REFLEXIONES

En esta misma columna, en diciembre de 2019, expresaba mis esperanzas de que el nuevo gobierno surgido de las elecciones de octubre siguiera el sendero de moderación prometido por el Presidente electo durante la campaña electoral, y contribuyera al fortalecimiento de las instituciones republicanas.

Seis meses más tarde, la democracia y las libertades civiles están nuevamente en peligro.

Desafortunadamente, la situación creada por la pandemia del COVID 19 ha derivado en conductas políticamente oportunistas que han aprovechado la necesidad de establecer medidas para prevenir y combatir la enfermedad para debilitar nuestro sistema de división de poderes y la seguridad pública, favorecer la impunidad de la corrupción y restringir derechos constitucionales.

Las instituciones no están funcionando ni siquiera con las posibilidades que brinda la tecnología para el trabajo por vía remota. El mantenimiento de la feria judicial como regla general en la justicia federal pasados ya casi cuatro meses, no tiene justificación. Ello está impactando negativamente en la regular administración de justicia y en la postergación, a veces sin horizonte definido, de los juicios por los graves casos de corrupción que asolaron el país hace no mucho tiempo.

A ello se agregan las intervenciones de representantes del Poder Ejecutivo en favor de la liberación de incluso condenados en casos de corrupción, y del otorgamiento de beneficios de libertades y detenciones domiciliarias selectivas a ex funcionarios que no se extendieron a otros detenidos a pesar de su avanzada edad y frágil salud, y muchos años de proceso sin condena. Ello, sin mencionar la liberación con el pretexto de la pandemia, de más de un millar de detenidos por delitos violentos sin cumplir con las condiciones legales de dar intervención a sus víctimas. Solo las protestas de la ciudadanía vía “cacerolazos” dadas las restricciones impuestas por la cuarentena obligatoria, impidieron la continuidad de esas liberaciones.

El contexto de temor y angustia de la ciudadanía originada en la pandemia, muchas veces exacerbada por las autoridades, ha sido también aprovechada para intentar disimular otras corruptelas como las de reconocer cuantiosos haberes jubilatorios de privilegio a un ex vicepresidente con condena judicial en dos instancias, mientras se mantiene suspendido el pago de más de ochenta mil sentencias para reliquidación de haberes jubilatorios.

También se han aprovechado las limitaciones derivadas del Aislamiento Social Preventivo Obligatorio para aprobar resoluciones legislativas sin observar los trámites ni las mayorías reglamentarias. Tal el caso de la resolución del Senado para crear una comisión investigadora sobre las actividades de la empresa Vicentin, utilizando un mecanismo de reunión no presencial solo apto para proyectos con acuerdo que aseguren los votos para su aprobación (éste no lo era), y dando por aprobado el mismo a pesar de no reunir los 2/3 de los votos requeridos, con cortes de audio para impedir la participación de senadores de la oposición que intentaban objetar dichas ilicitudes.

El caso Vicentin constituye un antecedente grave para las instituciones. Por una parte, el Presidente de la Nación dictó un decreto disponiendo la intervención de la empresa no obstante la manifiesta inexistencia de facultades para proceder de esa manera, en flagrante violación de garantías constitucionales y la división de poderes. Es que la intervención ordenada por el Poder Ejecutivo no solo afectó el derecho de propiedad de la sociedad y sus accionistas, y los derechos de los directores estatutariamente designados, sino que implicó avanzar sobre un proceso judicial concursal absolutamente regular, interfiriendo así en la esfera del poder judicial.

Afortunadamente, el juez del concurso no cedió a las presiones políticas que públicamente se ejercieron sobre él, y limitó la intervención a una mera veeduría.

Igualmente lamentables fueron las presiones políticas posteriores amenazando con la expropiación si la justicia santafesina no convalidaba la intervención, como asimismo los intentos de recusar al juez, que no obstante fue ratificado por la Cámara de Apelaciones que no se ha dejado amedrentar por el contexto político. Lo acontecido prueba la importancia de una justicia independiente que asegure la supremacía de la Constitución y los derechos garantizados por ella.

La valiente y decidida oposición de la ciudadanía a través de manifestaciones masivas que comenzaron en las localidades donde tiene su sede y opera la empresa, y que se extendieron a más de ochenta ciudades del país el pasado 20 de junio en ocasión del Día de la Bandera, parece haber logrado, al menos momentáneamente, detener el proyecto de expropiación de dicha empresa que ciertamente no responde a razones de interés público, sino interferencias políticas interesadas en el mercado de cereales y las exportaciones, y a convertir a Vicentín en otra “caja” política y de empleo para familiares y allegados partidarios; todo ello a expensas de cargar sobre los contribuyentes el costo de la asunción por el Estado de más de mil millones de dólares de deuda de esa empresa.

La protesta ciudadana tuvo en este caso un valor institucional importante, pues tanto en el interior rural como en las ciudades, no se protestó contra una medida que tuviera un costo directo en el bolsillo de los ciudadanos como hubiera sido el caso de un impuesto, sino que la protesta estuvo dirigida en defensa del derecho de propiedad y la separación de poderes.

También resultan preocupantes las decenas de ataques a establecimientos agropecuarios en diferentes jurisdicciones para romper silobolsas, y en algunos casos incendiar campos ante la pasividad inexplicable de las autoridades.

A esta serie de situaciones, se agregan los reiterados ataques a periodistas con amenazas y escraches que a menudo reciben el apoyo de funcionarios públicos y la iniciación de causas judiciales por presunto espionaje con la pretensión de involucrar a conocidos periodistas a cargo de un juez que acaba de ser separado del caso por su parcialidad. También hemos asistido a la abierta incitación a la violencia contra la persona del último ex-presidente por parte de dirigentes sindicales y sociales cercanos al oficialismo sin que nadie del Gobierno condene estas inaceptables conductas.

El panorama adquiere a la luz de este conjunto de hechos un cariz amenazador para la democracia y las libertades civiles.

El cuadro resulta aún más preocupante en un contexto como el actual, en que la palabra del Presidente de la Nación es oscilante. Ello debilita la credibilidad de las promesas y seguridades acerca del rumbo que el Gobierno pretende darle al país y el destino de la República.

El Director

Reflexiones acerca del delito de violación de cuarentena.

Esbozo para una interpretación restrictiva del artículo 205 del Código Penal

Por Juan María del Sel¹

I. Introducción

Con motivo de la pandemia del virus Covid-19 y el régimen de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (A.S.P.O.), en la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados organizamos sendas jornadas para analizar los aspectos penales más relevantes del panorama que nos toca vivir. Me refiero a los encuentros “Cuarentena y el Derecho Penal” y “Cuarentena y Error de Prohibición” que se llevaron a cabo los días 4 y 28 de mayo respectivamente.²

Los temas tratados giraron en torno a los tipos penales previstos por los artículos 202, 203, 205 y 239 del Código Penal, en función a los sucesivos decretos presidenciales de necesidad y urgencia (D.N.U. 260/2020 y 297/2020, entre otros); y el efecto que podría tener el error de prohibición, sobre la existencia o alcance de los cientos de normas sanitarias dictadas durante la cuarentena, en la punición de aquellas conductas típicas y antijurídicas.

En ese ámbito surgieron -como era de esperar- numerosos problemas y cuestionamientos atinentes a cuestiones de *lege data* y otras de *legeferenda* respecto de la normativa penal vigente en nuestro país. En el marco de estas últimas, me surgió una inquietud que me he propuesto esbozar con este trabajo, planteando una interpretación legal parcialmente distinta a la que mayoritariamente se acepta en la actualidad respecto al delito de violación de las medidas sanitarias de la cuarentena, previsto en el artículo 205 del Código Penal.

Entre otras particularidades, se caracteriza a ese tipo penal como un delito de sujeto activo común y de peligro abstracto, lo que significa *inter alia* que cualquier persona (sana o enferma) puede cometer el referido delito de violación de cuarentena, y que su conducta será punible aunque no hubiese ocasionado ningún perjuicio o siquiera provocado un riesgo en particular. Esta forma tan amplia de interpretar el tipo penal trae aparejada que cualquier violación de la normativa sanitaria, por más nimia y sin efectos que ella fuese, incluso aquella cometida por una persona sana, es sancionada con pena de hasta dos años de prisión.

¹ Presidente de la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal del C.A.C.B.A. Socio del Estudio *Fontán Balestra & Asociados*.

² En la primera se trataron esencialmente las cuestiones legales y constitucionales de Derecho Penal relativas al A.S.P.O. y los delitos vinculados a la propagación de una pandemia, en tanto en la segunda jornada se planteó la problemática en torno al (des)conocimiento de las nuevas normas de Derecho Penal sobre el A.S.P.O. y sus consecuencias jurídico-penales.

Sin embargo, creo que hay sobradas razones de índole constitucional, legal, procesal y prácticas para que ese tipo penal sea interpretado de forma restrictiva, considerándolo un tipo penal de sujeto especial propio y de peligro concreto. De ese modo, su aplicación quedaría reducida a la conducta de personas contagiadas de la enfermedad epidémica, que violan las medidas sanitarias y con ello generan un riesgo concreto de contagio (introducción o propagación) de la enfermedad.

Así la punición penal se reservaría para los casos que exhiben mayor disvalor social, un contenido de injusto más contundente y un efecto más peligroso. Esta interpretación acotada del delito se ajustaría mejor a los principios constitucionales de reserva, legalidad, y del derecho penal como *ultima ratio*; permitiría palear los fenómenos de sobreutilización y administrativización del derecho penal; y coadyuvaría a una mejor distribución de la competencia entre los jueces penales y del reparto de tareas entre ellos, evitando la congestión de los Juzgados Federales con estas causas a la par de promover el uso de los recursos (subutilizados) de la Justicia Contravencional y de Faltas.

II. El delito de violación de cuarentena

El artículo 205 del Código Penal establece que: “*Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.*”

Se trata de un delito incluido en el Título VII “Delitos contra la seguridad pública” del Código Penal, dentro del Capítulo IV que ampara al bien jurídico “salud pública”. Por ende, su aplicación y requisitos deben analizarse bajo el prisma de dicho bien social protegido.

Como sabemos, el bien jurídico tutelado por el derecho penal constituye, por un lado, la razón de ser de política criminal que da pábulo a la intromisión del derecho represivo en la vida de los hombres.³

Por el otro lado, la noción del bien jurídico es un instrumento de interpretación de la norma para que su aplicación sea hecha en función a un entendimiento restrictivo y acotado.⁴ Y guía la interpretación del tipo penal de manera tal que no cualquier afectación dé lugar a la intervención estatal, sino únicamente

³ La política criminal expresa la estrategia de orden público para enfrentar situaciones de conflicto intenso que ponen en crisis la convivencia ordenada y pacífica. Su primer peldaño es la identificación y diferenciación de una disfunción social que pasa a formar parte de la agenda legislativa. YACOBUCCI, Guillermo. “*El Crimen Organizado*”, capítulo 1 “*Política criminal y delincuencia organizada*” página 33. Buenos Aires, Editorial Abaco.

⁴ Así lo impone el principio de legalidad del *nullum crimen nulla poena sine lege stricta, scripta y praevia* previsto en el artículo 18 C.N: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

determinadas acciones reprochables que, por sus efectos, justifican la determinación de prohibiciones (o de mandatos de acción) y la imposición de sanciones.⁵

Es que la noción de bien jurídico expresa en el derecho penal moderno “*la idea de un contenido esencial de ilicitud penal. En tanto el derecho penal se refiere - tutela, protege, etc.- a bienes jurídicos, estos son la única finalidad que justifica la intervención penal. Este concepto recibió además la función de operar como límite a la potestad penal del legislador. Es decir, solo pueden ser objeto de ley penal comportamientos que afecten bienes jurídicos*”.⁶

En ese marco, puede reputarse a la “salud pública” como un valor social comunitariamente aceptado, que consiste en el bienestar común de todas las personas en forma general e indeterminada. Es un interés colectivo, cuya relevancia está dada porque las conductas lesivas alcanzadas por este tipo penal no se refieren directamente a la salud de una persona en forma individual sino a conductas que puedan resultar lesivas “al estado sanitario de la población” en general.⁷ En línea con ello, los recientes decretos presidenciales de necesidad y urgencia se fundamentaron procurando salvaguardar dicho bien jurídico.⁸

La conducta consiste en violar las medidas adoptadas por la autoridad competente tendientes a evitar la introducción o propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa. Por ende, puede cometerse en forma activa u omisiva, es decir, realizando el acto prohibido o no ejecutando el acto mandado por la autoridad. Viola las medidas quien las incumple v.gr. saliendo de su residencia con fines no autorizados.⁹

⁵ En este caso me refiero al principio de reserva del artículo 19 C.N: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.*”

⁶ YACOBUCCI, obra citada, página 50.

⁷ CREUS, Carlos; BUOMPADRE, Jorge “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo II, páginas 76 y 96. Editorial Astrea.

⁸ Ver -por ejemplo- el D.N.U. nro. 297/2020 (B.O. 20/3/2020) que en su artículo 1ro. establece: “*A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio en los términos indicados en el presente decreto. (...) Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al Coronavirus - Covid 19.*”

⁹ Dice al respecto el citado D.N.U. 297/2020 en su artículo 2do. que: “*Durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus Covid-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1º, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.*”

Se trata de una ley penal en blanco que se complementa con medidas -mandatos o prohibiciones- emanadas de la autoridad.¹⁰ Como sabemos, una ley de estas características consta de una norma principal, que define el núcleo de ilicitud de la conducta y su pena, emitida por el Congreso Nacional; y normas complementarias que emanan de otros ámbitos (administrativo) que regulan situaciones sociales cuyos constantes cambios o urgencias no pueden esperar los tiempos legislativos.¹¹

En este caso, la norma penal en blanco se complementa con normas sanitarias específicamente destinadas a impedir la introducción o propagación de una epidemia.¹² Vale aclarar que las normas sanitarias violadas deben poseer carácter obligatorio, por lo que no complementan el tipo penal los protocolos, recomendaciones, consejos etc. emitidos por organismos estatales o asociaciones no gubernamentales.

Por su parte, las medidas incumplidas deben emanar de aquellas autoridades que tengan competencia (entendida como la aptitud legal para cumplir un acto) para el dictado de la normativa.¹³ Y las normas desobedecidas deben ser específicamente aquellas destinadas a evitar la introducción o propagación de la enfermedad endémica.¹⁴

Es un delito doloso, que exige la concurrencia de los elementos cognitivo y volitivo para su tipificación, en tanto requiere conocer los elementos del tipo objetivo y querer realizar la acción prohibida (o no hacer la acción mandada). En general, se considera que es una acción típica que admite la posibilidad de que su autor haya actuado incluso con dolo eventual, lo que implica la punibilidad de la conducta aún en aquellos casos en que el autor no tenga como fin primario o indirecto realizar la acción

¹⁰ Para verificar en qué consiste la acción de quebrantar las disposiciones impuestas, la norma que completa el tipo penal debe dar certeza y claridad a la prohibición o mandato, para cumplir -por supuesto- con el principio constitucional de legalidad.

¹¹ Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema v.gr. que: “*La existencia de las leyes penales en blanco halla justificación en la peculiar naturaleza de las materias que regulan; como es el caso de las infracciones a las leyes reglamentarias de la policía económica y de salubridad, las cuales, al vincularse a situaciones sociales fluctuantes, exigen una legislación de oportunidad, requisito que sólo está en condiciones de satisfacer una norma extrapenal*”. Cfr. Fallos: 323:3426.

¹² De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, epidemia es la difusión rápida en una población determinada de una enfermedad transmisible entre personas (o de animales/plantas a personas), afectando simultáneamente a un gran número de personas durante un periodo de tiempo concreto. Si un brote epidémico afecta a regiones geográficas extensas, como es el caso del Covid-19 que se propagó a todos los continentes, se lo cataloga como pandemia.

<https://www.msf.org.ar/actualidad/que-una-pandemiactual-la-diferencia-pandemia-y-epidemia>

¹³ La ley se refiere a las medidas adoptadas por las autoridades competentes y, en general, se entiende que quedan comprendidas en ellas las autoridades competentes nacional, provincial o municipal, facultadas para dictar normas generales o particulares tendientes a evitar la introducción o propagación de la epidemia. Cfr. FONTAN BALESTRA, Carlos; LEDESMA, Guillermo “*Tratado de Derecho Penal*”, Parte Especial, Tomo III, página 512, Editorial La Ley.

Queda abierto para otra oportunidad discutir si -efectivamente- normas provinciales o incluso municipales están en condiciones constitucionales de definir el mandato o prohibición que complementa una ley penal del Congreso de la Nación, y ser pues el sostén para que una persona sea condenada a prisión.

¹⁴ Por introducir se entiende la acción de ingresar la enfermedad contagiosa en un determinado territorio sometido al control estatal sanitario que pudiese acarrear el contagio a un número indeterminado de personas. Propagar la epidemia refiere a extenderla de modo tal que resulten afectadas un gran número de personas.

típica, pero asuma que es posible o probable que pudiera serlo, y ello le resulta indiferente.¹⁵

III. Delito de ¿peligro abstracto o concreto? ¿de sujeto especial propio o genérico?

Las características antedichas del tipo penal del artículo 205 C.P. son aceptadas sin mayor discusión. Por el contrario, hay otras que despiertan dudas y críticas; dos de ellas son las que dan sostén a estas reflexiones.

La primera cuestión discutible es determinar si se trata de un delito de lesión o de peligro.¹⁶ Dada la redacción elegida, no hay espacio para sostener que se requiera un resultado lesivo pues la conducta típica es simplemente la de violar la normativa sanitaria, sin que se incluya ninguna otra circunstancia tal como podría haber sido *v.gr.* “*el que violando las medidas contagiare a otro la enfermedad*”.

Establecido que se trata de un delito de peligro, resta decidir si se lo considera de peligro concreto o abstracto.¹⁷ En el primer caso, debería establecerse si con la violación de las medidas el autor puso en peligro actual y concreto a la salud pública, por ejemplo, habiendo estado en un lugar público, con muchas personas, a las que pudo haber contagiado (pero no lo hizo).¹⁸ En el segundo caso, alcanzaría con acreditar que la persona salió de su residencia sin autorización, aunque no se haya cruzado con ninguna persona en su trayecto (a la que hubiese podido contagiar); vale decir, se sanciona la conducta por su sola potencialidad abstracta de haber puesto en peligro el bien jurídico tutelado.¹⁹ La opinión doctrinaria mayoritaria se inclina por esta segunda alternativa.²⁰

¹⁵El sujeto debe conocer que con su conducta está transgrediendo una disposición obligatoria. En tal sentido, se sostiene que “*el dolo abarca el conocimiento de la existencia de una norma válida por la que se adoptan medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia y la voluntad de incumplirlas mediante acción u omisión*”. Cfr. FONTAN BALESTRA – LEDESMA, obra citada, página 512.

¹⁶ Dentro de los delitos de resultado (aquellos que no se configuran con la sola realización de la conducta descrita por el tipo penal, sino que exigen la producción de un resultado independiente a la acción), encontramos (i) los delitos de lesión, que exigen un resultado material sobre el objeto de la acción; y (ii) los delitos de peligro, que requieren una acción u omisión del autor que haya generado un peligro al bien jurídico protegido.

¹⁷ Son delitos de peligro concreto aquellos que hayan puesto efectivamente en peligro al bien jurídico. Por su parte, los de peligro abstracto constituyen la categoría de delitos de menor intensidad de afectación al bien jurídico en tanto se castiga meramente la conducta que, según la experiencia general, resulta peligrosa (sin que sea necesario siquiera probar la efectiva provocación de un resultado).

¹⁸ Podría ser el caso de quien ingresa a un supermercado a donde concurre no para abastecerse de alimentos sino para salir de paseo.

¹⁹ Podemos pensar en quien sale a caminar (sin autorización) tarde a la noche o en la madrugada, y no se cruzó por el camino con ninguna persona.

²⁰ Por ejemplo, en su reciente artículo sobre el derecho penal en tiempos del Coronavirus, Buompadre opina que se trata de un delito “*de peligro abstracto pues no es imprescindible que la persona se encuentre afectada de una enfermedad transmisible (peligrosa y contagiosa, que podría generar una situación real de peligro de contagio), es suficiente con que viole (quebrante) la prohibición, en el caso, el aislamiento obligatorio (...). Entendemos que podría ser calificado de delito de peligro concreto - como piensa alguna doctrina- si se tratara de un autor especial (...) Pero, la normativa en cuestión es*

Relacionado con estos casos versa también el otro requisito discutible del tipo objetivo: decidir si el tipo penal es de sujeto especial propio (*delicta propria*) o si cualquier persona puede ser su autor (*delicta comunia*).

Bajo el primer supuesto, se requiere que el violador de la normativa sanitaria haya contraído previamente la enfermedad epidémica. Por el contrario, si se considera que la acción típica del artículo 205 C.P. puede ser cometida por cualquier persona, sin importar si está enfermo o no, entonces la violación a las medidas de parte de cualquier persona da por cumplido el tipo penal.²¹ Este segundo supuesto es el mayoritariamente aceptado, sobre la base de que el tipo penal no hace ninguna diferenciación y, por ende, el intérprete tampoco debería hacerla.

IV. Propuesta de interpretación restrictiva

Dependiendo de cómo se diriman estas dos cuestiones, el espectro de conductas subsumibles bajo el artículo 205 C.P. varía enormemente porque, en un extremo, el tipo penal sólo reprime a las violaciones de las medidas sanitarias realizadas por un enfermo, que hubiera tenido la posibilidad de contagiar a otra persona con la que se haya cruzado en su paseo (pero no la contagió). En el extremo opuesto, la norma sanciona con prisión a cualquier persona frente a cualquier violación a la normativa, incluso *v.gr.* a la persona sana que salió de su casa a altas horas de la noche (buscando no ver a nadie) para dejarle unos libros a un pariente que vive cerca, y no se cruzó con persona alguna durante su raid.

Ambas definiciones (sujeto activo genérico o especial; delito de peligro concreto o abstracto) se vinculan indudablemente con la concepción que tenga su intérprete del derecho penal. Gira en torno a conocidas discusiones centrales vinculadas a si se busca que el derecho penal regule cualquier ámbito y tipo de conductas (debidamente individualizadas en una ley) o si se lo concibe como la última frontera, la herramienta que menos se desea usar y a la que se recurre en *ultima ratio*.

Aquellas definiciones también giran en rededor de cuánto espacio de libertad se le reconoce a la persona y hasta qué punto estamos dispuestos a entrometernos (y sancionar) conductas que no afectan a terceros. Es decir, si concebimos a la norma penal

menos exigente; basta para la consumación típica la violación de la medida antiepidémica: el mandato o prohibición de la autoridad". BUOMPADRE, Jorge Eduardo "Reflexiones de derecho penal en tiempo de Coronavirus. Violación de la cuarentena y otras medidas".

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48653-reflexiones-derecho-penal-tiempo-coronavirus-violacion-cuarentena-y-otras-medidas>

²¹ A título ilustrativo cabe agregar que en el citado artículo Buompadre señala -precisamente- que: "sujeto activo -desde la vigencia del Decreto 297- puede ser cualquier persona (sospechosa de enfermedad, enferma del virus o sana)".

como aquella destinada únicamente a reprimir conductas que han ocasionado una disrupción social (o que pudieran haberla ocasionado, en el caso de conductas típicas que quedan en grado de tentativa); o si buscamos darle una protección adicional al bien jurídico de que se trate y, mediante normas de flaqueo, aceptamos el adelantamiento de la punibilidad a conductas que, de otro modo, serían impunes (por no traspasar el ámbito de la preparación).²²

El artículo 205 C.P. es, como tantas otras, una norma de flaqueo que amplía el ámbito de conductas punibles sumando acciones que -por sí solas- no quedarían incluidas en los tipos de los artículos 202 y 203 C.P.²³ A la par que termina operando también *de facto* como una norma de aplicación subsidiaria a conductas que, por los especiales requisitos típicos de esos dos artículos (propagación dolosa o culposa), no quedan comprendidas en ellos.²⁴

En tanto se trata de un tipo penal instaurado por una ley del Congreso debidamente aprobada, el artículo 205 C.P. cumple con la manda constitucional de la ley previa al hecho del proceso (artículo 18 C.N.). Por su parte, refleja una conducta disvalorada en sí misma, previa o lateral a las acciones descritas en los artículos 202 y 203 C.P., por lo que su identificación propia refleja que se la consideraría por fuera del ámbito de reserva de las acciones privadas (artículo 19 C.N.)

No obstante, esta norma -como cualquier otra- está sometida a interpretación y ésta debe hacerse de forma restrictiva por imperio constitucional (principio de legalidad), sobre la base de concebir al derecho penal como un catálogo restringido de conductas cuya eventual ocurrencia autoriza al Estado -en forma excepcional- a desplegar su *imperium* y aplicar sanciones.

Esto nos lleva entonces a la disquisición de cuál de las interpretaciones posibles adoptar:

- (1) ¿Se adopta aquella que presupone un sujeto activo especial (contagiado), que reduce el ámbito de aplicación de la sanción penal? ¿O se interpreta que cualquier persona (sana o enferma) puede cometer el delito, sin contagiar a nadie y por el solo hecho de incumplir las medidas sanitarias?

²²Las llamadas normas de flaqueo surgen de la parcialización en la protección del bien jurídico, adoptando criterios de criminalización sobre cada una de las partes en que se lo ha dividido. Esas normas suponen “la construcción de bienes jurídicos que aparecen delante o en los flancos del bien jurídico que realmente se quiere atender” YACOBUCCI, obra citada, página 53.

²³ Dichos artículos establecen que:

“**Artículo 202.** Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

Artículo 203. Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de \$ 5.000 a \$100.000; si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de 6 meses a 5 años.”

²⁴ Me refiero a que los artículos 202 y 203 C.P. reprimen a quien contagie (propague) la enfermedad, dolosa o culposamente; pero de ningún modo abarcan la conducta de la persona, sana o enferma, que sale de su residencia sin autorización y no contagia a persona alguna (sea haya estado o no con otras personas).

- (2) ¿Se opta por catalogar al tipo penal de peligro concreto, minimizando la aplicación de la sanción al caso en que la persona pueda haber -efectivamente- introducido o propagado la enfermedad mediante el contagio a otra (sin que haya sucedido el contagio)? ¿O se expande su aplicación a la mera desobediencia de las normas sanitarias, aunque no haya habido ningún peligro concreto de contagio en la conducta desplegada?

En el primer caso, una interpretación literal de la norma permitiría afirmar que la figura no requiere un sujeto especial pues -simplemente- no lo especifica, y ello autorizaría a suponer que el legislador optó por no discriminar entre los posibles sujetos activos.

No obstante, desaliento esa opción porque tornaríamos el tipo penal en un mero delito de desobediencia mediante el cual se enviaría a prisión por hasta dos años a quien desobedezca una norma sanitaria, por pequeña que ella sea y por inocua que haya resultado la conducta.²⁵ Opto por el entendimiento de que el derecho penal le asigna relevancia únicamente a conductas con mayor potencialidad de daño pues -en mi opinión- no cualquier disvalor autoriza a descargar sobre el autor de la conducta una sanción de esa magnitud.

Entonces, dejando de lado la interpretación literal y tomando una contextual, el hecho de que la persona esté contagiada de la enfermedad epidémica le da sentido a la punición y contenido disvalioso a una conducta *per se* neutra (salir de la residencia) y que meramente incumple una norma sanitaria de orden.²⁶

De no entenderlo de este modo, debe responderse afirmativamente al interrogante de si nuestro sistema de justicia podría enviar hasta dos años a prisión a una persona (sana) por tan solo haber desobedecido una norma sanitaria (salir a correr solo), lo cual -en mi opinión- no sólo sería un despropósito sino también una grave alteración al principio de proporcionalidad de las penas.²⁷

²⁵ En este sentido, DONNA coincide en que “*en el fondo, se trata de una mera desobediencia a las órdenes de las autoridades competentes que, dado el interés social de evitar una epidemia, recibe un castigo penal especial.*” Y de la mano de ello, critica considerar este delito como de peligro abstracto pues si “*no es necesario el resultado ni el peligro real, y menos aún, que alguien se contagie, (se) convierte la desobediencia en una cuestión vacía en el caso de que se pruebe la absoluta falta de peligro al bien jurídico*”. DONNA, Edgardo. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-C, páginas 248 y 250. Editorial RubinzalCulzoni.

²⁶ Salvando las distancias, algo similar sucede frente al incumplimiento de normas de orden de tráfico, como puede ser el mandato de respetar las señales viales y la consecuente prohibición al automovilista de atravesar la bocacalle con el semáforo en rojo. En caso de que desobedezca la norma, en un supuesto de ausencia de peligro concreto (semáforo en rojo en una calle desierta del conurbano de Buenos Aires, en horas de la madrugada), hay consenso en que sólo corresponde aplicar la multa por el incumplimiento de la norma contravencional, y no una figura penal mayor sustentada (pretendidamente) en el peligro abstracto de la acción y la posibilidad consecuente de haber herido o matado a alguien.

²⁷ Frente a supuestos de incumplidores sanos, que ni siquiera tuvieron la posibilidad de contagiar a alguien, la aplicación de una sanción de esta entidad (dos años de prisión) acarrearía un enorme problema constitucional vinculado al principio de proporcionalidad de las penas en función a la lesividad de la conducta.

En el segundo caso, interpretar el tipo penal como un delito de peligro abstracto implica que, cualquiera haya sido la conducta desplegada, aún sin posibilidad alguna de contagio, conllevará enviar a prisión al violador de la norma por el sólo hecho de haberla incumplido.

La alternativa que auspicio (considerarlo de peligro concreto) le confiere nuevamente mayor disvalor a la conducta (presuntamente) perjudicial para la salud pública y -en consecuencia- mayor justificativo a la poderosa sanción pues enviaríamos a prisión a quien no ha contagiado a nadie pero que -al menos- pudo efectivamente haberlo hecho.²⁸

Esta posibilidad se me presenta como un adecuado punto intermedio entre los intereses en juego (salud pública vs. libertad) pues el artículo 205 seguiría siendo el fundamento para la ampliación de la punición a estadios previos -o a conductas colaterales- de los delitos de contagio de los artículos 202 y 203 C.P. Asimismo, se continuaría sin tener que acreditar una lesión efectiva a la salud pública, lo que le permitiría mantener su operatividad y el fin perseguido al sancionar conductas peligrosas.²⁹ Pero, como contrapartida razonable, su aplicación se vería restringida a conductas que exterioricen un mínimo de entidad dañosa en la forma de haber provocado un riesgo cierto.

Sin perjuicio de todo lo dicho, sostengo que interpretar al artículo 205 C.P. como un delito de sujeto especial propio y de peligro concreto, no sólo se acomoda más fácilmente a los principios constitucionales en juego sino que, además, conlleva otras ventajas de orden teórico y práctico. Veamos.

Adscribo a un entendimiento del derecho penal cuya senda me lleva siempre a la interpretación más restringida de entre las posibles, y rechazo la idea de concebirlo como la herramienta por medio de la cual sancionar la mayor cantidad de conductas que puedan encontrar adecuación típica en tren -por ejemplo- de obtener el acatamiento al régimen del A.S.P.O.

Las normas deben ser acatadas en principio voluntariamente, por convencimiento, persuasión, máxime cuando hablamos de normas sanitarias (como en este caso) destinadas directamente al bien de todas las personas. Encarcelar al mero infractor que no ocasionó ningún riesgo sería como golpear fuertemente a una persona para que deje de hacer una conducta que podría lesionarlo.³⁰ El derecho penal está

²⁸ En este mismo sentido, DONNA se aparta de la postura mayoritaria y opina que “*se trata de un delito de peligrosidad en concreto*(pese a que la doctrina), *afirma que se trata de un delito de peligro abstracto, de modo que no es necesario el resultado ni el peligro real, y menos aún, que alguien se contagie*”. En su opinión, “*se trata de acciones peligrosas concretas, de modo que probado que de ninguna manera la conducta afecta al bien jurídico, a nuestro juicio ésta sería atípica*”. DONNA, obra citada, páginas 249 y 250.

²⁹ Me refiero primordialmente al fin de prevención general, a la búsqueda del restablecimiento del orden (quebrado) y al no menor efecto comunicativo de reafirmar la existencia y vigencia de la norma.

³⁰ Tratándose de una situación calamitosa como la pandemia que nos golpea, que ya de por sí trae enormes problemas sanitarios y económicos ¿podría concebirse que se empeore la situación encarcelando

destinado a ser aplicado únicamente en casos extremos, únicos, donde el resto del derecho no alcanza.³¹

De cualquier forma, más allá de opiniones personales, frente a la posibilidad de dos interpretaciones posibles del tipo penal, tanto la regla de la interpretación restringida (principio de legalidad) como el principio *pro homine* nos llevan al mismo destino: el entendimiento más estrecho del tipo penal que conduzca a minimizar el espectro de conductas punibles.³²

Además, reducir el espectro de conductas punibles resulta -paradójicamente- saludable al derecho penal pues preserva su poder persuasivo, acrecienta el temor a la sanción que subyace en su función de prevención general y, en definitiva, evita que se lo bastardee. ¿Por qué?

Las decenas de miles de sumarios penales por artículo 205 C.P. que se han formado en estos interminables 100 días de cuarentena, si algún efecto social transmiten, es la falta de respeto y autoridad a la que se ve sometida el derecho penal.³³

Al inicio, las primeras causas penales (ampliamente publicitadas) pueden haber servido para transmitir el mensaje pretendido por el Poder Ejecutivo Nacional: haremos encarcelar a quien viole la cuarentena. Sin embargo, la ahora extendida idea de que “todos” violan la cuarentena, “todos” tienen un causa penal abierta -que evidentemente no pesa-; y que todas esas causas necesariamente tendrán una solución distinta a llevar

a gente por (tan sólo) no cumplir el régimen de aislamiento, que ni siquiera es universalmente obligatorio? Puede resultar fácil en teoría imponer una sanción al desobediente de la norma sanitaria, pero sin dudassería muy difícil -en el caso concreto- imponer *v.gr.* seis meses de prisión a la persona sana cuyo único pecado (*rectius* conducta contraria a la norma) fue haber salido con sus hijos a dar una vuelta a la manzana en un barrio de casas y jardines con una bajísima densidad de personas. Más allá de una aplicación lineal -e irreprochable al juez- de una norma penal, ¿qué catadura moral tendría semejante pena para ese caso?

³¹Buompadre es de la opinión también de que el cumplimiento de este tipo de normas no debe pretender imponerse con sanciones: “*es evidente que el derecho penal no es el instrumento más apropiado para solucionar los problemas del país; la experiencia de usar el derecho penal como sistema de control social primario ha sido siempre un fracaso. ¿Por qué? Porque simplemente no ha sido pensado para tales objetivos, sino para proteger bienes jurídicos e intereses sociales merecedores y necesitados de protección penal; no para imponer reglas de conducta a los ciudadanos. El éxito de las políticas sociales depende, en gran medida, del comportamiento de la sociedad, no del derecho penal*”.

³²El principio *pro homine* es el criterio que establece que los jueces llamados a resolver un caso deben aplicar la norma o la interpretación más favorable a la persona en aquellos casos que versen sobre la protección o limitación de Derechos Humanos. La interpretación jurídica debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, lo que se traduce en una interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y una interpretación restringida cuando -como en el caso que nos ocupa- se trata de establecer límites al ejercicio de los Derechos Humanos.

³³ Ver por ejemplo la nota en el Diario Página12, de fecha 13 de mayo de 2020 que da cuenta que (de acuerdo al total de sumarios iniciados en las Fiscalías Federales de todo el país) “*desde que el Gobierno nacional decretó el aislamiento social obligatorio por la pandemia de coronavirus, la Justicia Federal inició más de 50 mil causas por violación a esa medida en todo el país.*”

<https://www.pagina12.com.ar/265589-se-abrieron-mas-de-50-mil-causas-por-romper-la-cuarentena>

adelante el proceso completo y dictar sentencias de prisión a decenas de miles de personas, desnaturalizan su esencia.³⁴

Lamentablemente, si algo puede extraerse de eso, es que son los típicos síntomas (indeseados) de haber bastardeado al derecho penal al punto de volver inoperante su principal objetivo disuasor (prevención general) y comunicativo (confianza en el cumplimiento comunitario de las normas).³⁵

Otra consecuencia beneficiosa de la interpretación propuesta, y la consecuente reducción de la cantidad de casos (y conductas punibles), es que colaborará para evitar el fenómeno de la administrativización del derecho penal, con la malhadada costumbre de los últimos decenios de pretender imponer el cumplimiento de cualquier régimen normativo de otras áreas del derecho con la amenaza de la sanción penal (¡y sólo con ella!).³⁶

Ello presupone creer que las restantes áreas del Derecho carecen de sus propios medios legales para obtener el acatamiento de sus normas o restaurar el orden incumplido. Grave error; valga mencionar -a modo de ejemplo- los reclamos de daños y perjuicios en el ámbito civil, las acciones de responsabilidad en el ámbito societario, la imposición de multas, prohibición de comercializar, quita de concesiones o privación de participación en el derecho administrativo; los daños punitivos en el derecho de la

³⁴ La percepción de que muchas de estas causas podrían “quedar en la nada” la aprecia cada persona por sus propias experiencias y también por la información que le va llegando. Por ejemplo, en una nota en el Diario Clarín del 16 de abril de 2020 titulada “El dilema de la Justicia frente a la pandemia” su autor hizo referencia (entre otras cosas) a que “una fuente judicial reveló a Clarín que si la cantidad de causas penales abiertas en los juzgados de instrucción llegaron a un juicio oralse colapsaría la Justicia Federal. Mientras que en las denuncias por violaciones leves directamente se archivaría la causa. Los fiscales federales de Comodoro Py esperarán que termine la cuarentena y se habiliten plenamente los juzgados antes de tomar estas decisiones de fondo; mientras tanto siguen recibiendo un promedio de 2 mil denuncias por semana.”

https://www.clarin.com/politica/mayoria-causas-violacion-cuarentena-podrian-resolverse-probation-multas_0_D8fF1fr26.html

³⁵ Por ejemplo, una nota del Diario La Nación del 5 de abril de 2020 refleja esta disminución de sus efectos al explicar “en lugar de bajar, el número de infracciones contra el aislamiento social, preventivo y obligatorio creció un 17% en la segunda semana de la cuarentena por el coronavirus decretada por el Gobierno. (...) En los primeros 15 días de la cuarentena se abrieron en todo el país 23.445 causas penales cuando las fuerzas de seguridad federales encontraron personas circulando sin autorización. Según los números oficiales del Ministerio de Seguridad, relevados para La Nación, entre el 28 de marzo y el 3 de abril hubo 3385 infracciones más que entre el 20 y el 27 de marzo. De acuerdo a los datos oficiales, en la primera semana de cuarentena, entre el 20 y el 27 de marzo, las fuerzas federales labraron infracciones a 9960 personas en todo el país. En la segunda semana hubo 13.345 personas infraccionadas.”

<https://www.lanacion.com.ar/politica/aumentaron-17-ciento-casos-violar-cuarentena-todo-nid2350840>

³⁶ En concordancia con ello, Sebastián Zanazzi critica -con cita a DANIEL RAFECAS- “la inclinación que tiene el legislador a procurar solucionar cuestiones administrativas con una herramienta tan sensible como la penal. Práctica ésta que ha llevado al ámbito penal a sus actuales desproporcionadas dimensiones, lejos de la idea de última ratio con la cual se lo diseñó teóricamente. Los artículos 205 y 206 son un claro ejemplo de ello, y forma parte de las numerosas disposiciones que conforman esta suerte de administrativización del derecho penal”. ZANAZZI, Sebastián “Violación de medidas contra epidemias”. Asociación Pensamiento Penal.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37843-art-205-violacion-medidas-contra-epidemias>

competencia; las medidas cautelares y la imposición de astreintes en el derecho procesal civil y comercial, y muchos etcéteras más.

Lo que sucede es que se descrea de la eficiencia de esos mecanismos, ya sea porque no se ejercitan, porque tardan demasiado, porque se sanciona poco, etc. Entonces, en lugar de corregirlos, se echa mano indebidamente al derecho penal para colocarlo como garante primario del cumplimiento de todo régimen normativo.³⁷ Sin ir más lejos, esta deformación se aprecia en la raíz misma del régimen del A.S.P.O. en tanto los propios D.N.U. 260/2020 y 297/2020 establecieron que su incumplimiento traerá apareado la aplicación de las sanciones del artículo 205 C.P.³⁸

Esa mención es obviamente innecesaria, pues en caso de darse la conducta prevista por el citado artículo, éste es de aplicación al caso con independencia de que el Decreto presidencial lo haya indicado o no. Pero esas inclusiones son sintomáticas del problema al que hago referencia: la sobreutilización del derecho penal al que se administrativiza utilizándolo como guillotina en lo alto lista a caer ante el incumplimiento del régimen, sin preverse ninguna alternativa menor o específica.

El entendimiento restringido de este delito también permitiría superar otros obstáculos como son las objeciones vinculadas a sancionar con prisión a conductas de desobediencia genérica a una norma. Adviértase que hay una diferencia sustancial con el delito de desobediencia del artículo 239 C.P. pues en éste el receptor específico de una orden de autoridad desobedece la exigencia puntual y personalizada de un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones; mientras que en el caso del artículo 205 C.P. se trataría de una desobediencia genérica, dirigida al conjunto de los residentes del país.³⁹

³⁷ Respecto a este fenómeno “*SILVA SANCHEZ encuentra que el derecho penal progresivamente se ha ido administrativizando, en tanto se ha modificado la estructura y contenido de los tipos penales, protegiendo contextos de tipo genérico donde no es necesaria la lesión de un bien jurídico. Por eso se ha incluido como objeto de protección la propia actividad administrativa o regulatoria del Estado, asumiendo ámbitos especialmente propensos a la creación de riesgos como campos de una intervención preventiva de fuerte anticipación*” YACOBUCCI, obra citada, página 61.

³⁸ El artículo 4to. del D.N.U. 297/2020 dispuso que: “*Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal. El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus*”.

El artículo 22 del D.N.U. 260/2020 (B.O. 12/3/2020) había dispuesto en forma similar que: “*La infracción a las medidas previstas en este Decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.*”

³⁹ El artículo 239 del Código Penal establece que “*Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal*”.

Es que si se considera al artículo 205 C.P. de sujeto activo común y de peligro abstracto, la conducta reprimida es la mera violación a una norma general extrapenal (administrativa) emitida por una autoridad sanitaria que, llegado el caso, podría ser incluso municipal.⁴⁰ Más allá de la innegable existencia de una norma (tipo penal abierto) que justificaría protocolarmente la imposición de la sanción, se enviaría a prisión a personas por ser tan sólo desobedientes a la voluntad del Estado expresada -en este caso- a través de una norma sanitaria general (y sin que su conducta hubiera siquiera creado una situación concreta de peligro de contagio).⁴¹

Un delito así entendido no debería superar el test de constitucionalidad del principio de reserva, por falta de exteriorización suficiente de la conducta que justifique la imposición de semejante sanción.⁴² El cumplimiento del principio de legalidad sólo cubre una porción del análisis de constitucionalidad. El tipo penal debe también contener una conducta que en sí misma atraviere el límite de las acciones privadas.⁴³ Si se vacía el contenido del injusto, estaríamos avalando la posibilidad de enviar a alguien a prisión (ni más ni menos) por una conducta (casi) neutra.⁴⁴

Por último, la propuesta de este trabajo acarrearía también otros beneficios, en este caso, de índole prácticos. Me explico. Las conductas que quedarían desincriminadas bajo el artículo 205 C.P. (personas sanas que violaron las medidas sanitarias creando únicamente un peligro abstracto) no quedan impunes, porque los

⁴⁰ De hecho, el propio D.N.U. 297/2020 dispuso esta delegación en su artículo 10: *“Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias.”*

⁴¹ Con cita a la obra de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR (“Derecho Penal, Parte General”, editorial Ediar, 2002, Bs. As. página 129) agrega Zanazzi que *“para que en la práctica el derecho penal no pierda su naturaleza de última ratio resulta indispensable que en el caso concreto, la violación a la norma conlleve un peligro concreto al bien que tutela la norma (salud pública), para satisfacer un derecho penal respetuoso del principio de lesividad (artículo 19 de la Constitución Nacional) por el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo; y la voluntad del estado no es un bien jurídico”*.

⁴² Yacobucci explica también que el test de proporcionalidad respecto del objetivo que se quiere alcanzar gira en torno al *“modo e intensidad de afectación y trascendencia de los comportamientos seleccionados penalmente (...) no cualquier afectación de terceros, el orden o la moral pública, habilita per se la intervención penal. Los derechos fundamentales son, en consecuencia, el otro polo esencial del juicio de proporcionalidad”*.

⁴³ En idéntica dirección se ha dicho que *“no es el concepto de bien jurídico en sí mismo el que posee la capacidad de restricción legislativo-penal sino la perspectiva personalista. Otro tanto sucede con el principio de lesividad; es este y no la noción de bien jurídico lo que adquiere eficacia limitadora, sobre todo en el orden de los delitos de peligro, peligro abstracto, tenencia, pura actividad o peligro presunto. En todos ellos pueden identificarse bienes jurídicos; por lo tanto, es la capacidad lesiva de la conducta lo esencial del concepto y no aquellos.”* YACOBUCCI, obra citada, página 51.

⁴⁴ Permitámonos imaginar que el Congreso Nacional incorporase una norma al Código Penal que reprima con prisión de hasta dos años a quien violase una norma emitida por la autoridad competente destinada al cuidado y administración del tránsito. La carencia de contenido de injusto innato a la conducta y la desproporción entre el disvalor de acción y resultado (mera desobediencia) con la pena conminada (sanción de hasta dos años de prisión) tomaría -en mi opinión- constitucionalmente inadmisibles dichas normas.

ámbitos locales (municipales-contravencionales) tienen normas que sí prevén y sancionan ese tipo de conductas de muy bajo contenido disvalioso.

Tomemos como ejemplo el Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires (Ley 451) que en su artículo 1.2.4 “*Prevención de enfermedades transmisibles*” reprime a quien: “(...) *omita el cumplimiento de las normas relacionadas con la prevención de las enfermedades transmisibles o no proceda a la desinfección y/o destrucción de agentes transmisores, es sancionado/a con multa de 500 a 3.700 unidades fijas y/o clausura y/o inhabilitación*”.

Esta norma del fuero contravencional (y sus similares en el ámbito de cada provincia o municipio) reprime suficientemente (con multa) a esa conducta con un mínimo disvalor social a la que reputamos casi neutra en términos de contenido de injusto. Bajo el escenario propuesto, no existiría superposición entre el citado artículo 1.2.4 de la Ley 451 y el artículo 205 C.P. pues serían de aplicación excluyente: el primero para esos casos (casi) neutros, y el segundo para los casos de enfermos que han creado una situación de peligro.

Además, esta armonización de los sistemas punitivos de distintos niveles colocaría al derecho penal en su adecuado lugar de *ultima ratio*.⁴⁵ Y evitaría los consabidos inconvenientes legales derivados del principio del *non bis in idem* que indudablemente surgirían en caso de aplicar ambos regímenes a la misma conducta (aun sabiendo que se tratan de normas de distinto rango y que la Corte Suprema ha aceptado históricamente esa dualidad).⁴⁶

Más aún, esta aplicación complementaria de las normas sancionatorias ayudaría en gran medida a evitar la congestión de los Juzgados Federales, que están destinados a ser tribunales de excepción que juzguen sólo ciertas conductas que, por su naturaleza y/o por sus protagonistas, deberían tener una relevancia superior a la media.

En términos numéricos, la aplicación del artículo 205 C.P. en su interpretación amplia ha producido el ingreso de decenas de miles de expedientes en cada Juzgado Federal, que abarrotan de trabajo a esos tribunales, mientras que los jueces ordinarios de instrucción y la justicia contravencional prácticamente no están tramitando este tipo de casos (que están siendo absorbidos por la Justicia Federal), quedando una enorme capacidad judicial en desuso.⁴⁷

⁴⁵ En concordancia, Zanazzi (obra citada) explica que “*para nosotros, una interpretación más estricta, conforme el principio de lesividad, lleva a la necesidad de que dicho peligro sea concreto y, de esa manera, diferenciar el delito de una mera infracción administrativa. Esto es, que se trate de un peligro próximo y objetivable para la salud pública.*”

⁴⁶ En este mismo sentido, afirma Juan María Rodríguez Estévez que “*en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el sistema de faltas cuenta con un tipo infraccional que puede abarcar los comportamientos de violación de las normas administrativas de control de la pandemia de manera más efectiva que el sistema penal y sin alterar el principio de proporcionalidad y última ratio de aquel*”. Ver RODRIGUEZ ESTEVEZ, Juan María “*Testeos de legitimidad para el Derecho Penal en tiempos del Coronavirus*”, en este mismo ejemplar de la Revista del CACBA.

⁴⁷ Para darse una idea del volumen de casos que ingresan, puede verse, por ejemplo:

Entonces, esta solución colaboraría también a una mejor distribución del trabajo pues muchas causas que ingresan a los Juzgados Federales por violaciones a la normativa sanitaria, cometidas por personas sanas en marcos fácticos de inexistencia de peligro concreto de contagio, podrían derivar sin inconvenientes a la Justicia contravencional que muestra sobrada capacidad latente para hacerse cargo en tiempo y forma de ellas.⁴⁸

Por último, pero no menos importante, esta deseable complementación de regímenes sancionatorios, que ya están vigentes y operativos, llevaría a aplicar sanciones proporcionalmente más adecuadas a cada caso:

- (i) Multa al desobediente sano que no creó una situación de peligro, y clausura / inhabilitación si el incumplimiento fue cometido por un comerciante que *v.gr.* atendió su comercio sin estar autorizado (artículo 1.2.4 de la Ley 451); evitando el dislate de aplicar fuertes penas de prisión por pequeños incumplimientos de la norma.⁴⁹
- (ii) Hasta 2 años de prisión al enfermo quien violó las normas sanitarias, salió de su lugar de aislamiento o internación, y creó una situación

<https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/nuevo-informe-sobre-la-actuacion-de-35-fiscalias-federales-en-casos-de-violacion-del-aislamiento-social-preventivo-y-obligatorio/>

A modo de ejemplo, se explicita en dicho informe que:

“La Fiscalía Federal n° 2 de Morón, a cargo de Mariela Labozetta, del 11 al 30 de abril registró una cifra aproximada a los 200 sumarios diarios y el secuestro de unos 400 automóviles por haber violado el aislamiento social preventivo y obligatorio.” (...)

“En Mar del Plata, el número total de actuaciones desde el decreto asciende a unas 12.900. La Fiscalía Federal N°2, interinamente a cargo del fiscal general Daniel Adler, intervino en los últimos días de marzo en 2800 casos, y en la primera semana de abril en otros 1100; mientras que la Fiscalía Federal N°1, que conduce Laura Mazzaferri, durante el mes de abril intervino en 9018 hechos.” (...)

“La Fiscalía Federal de Hurlingham, también encabezada por Marquevich, informó que del 11 al 30 de abril pasado, en su jurisdicción -que contempla los partidos de Merlo, Ituzaingó y Hurlingham-, se registraron 2300 actas en infracción y se secuestraron 187 vehículos”.

⁴⁸No soslayo que los miles de expedientes que empiezan a acumularse en los Juzgados Federales podrían terminar (como forma anormal de finalización del proceso) mediante el procedimiento de suspensión del proceso a prueba del artículo 76 bis C.P. Pero un análisis de *legeferenda* debe comparar las situaciones normales y dejar de lado las anomalías del sistema; caso contrario, cabría sugerir -simplemente- que todo siga su curso en el entendimiento *v.gr.* de que posiblemente estas causas no serán tramitadas y terminarán con sobreseimientos por prescripción de la acción penal.

Además, la (mal llamada) *probation* se podría utilizar en estos casos como una forma de eludir la imposición de penas draconianas (hasta 2 años de prisión por infracciones mínimas) y buscar que la “reparación del daño causado” (frente a situaciones que -por definición- no causan daño) se equipare *de facto* a una pequeña multa de carácter preventivo especial/retributivo. Ello sería un despropósito en sí mismo, por tergiversar esa herramienta (art. 76 bis C.P.), agravado por el hecho de que -precisamente- existe un fuero contravencional donde podrían tramitar esos expedientes y coincidir aquel resultado (multa que extingue la acción penal) con la forma natural de terminación del proceso.

⁴⁹Para visualizar lo dicho, antes de terminar, invito a imaginar la inverosímil situación que se generaría si, por ejemplo, hubiese que imponer condena de 1 año de prisión al peluquero sano que atendió a puertas cerradas en su local, a algunos de sus clientes habituales, con turnos preestablecidos, de a uno por vez, con uso de tapabocas y previo controlarles la temperatura corporal. Condena que -por cierto- también debería aplicársele a cada uno de los clientes sanos que pasó por su local...

Como es habitual, los casos extremos (aunque puedan insustanciales) son pruebas elocuentes del sinsentido que podría resultar en una situación de esas características.

concreta de riesgo de contagio, sin haber propagado dolosa o culposamente la enfermedad epidémica (art. 205 C.P.).⁵⁰

V. Conclusiones

La interpretación mayoritariamente aceptada del artículo 205 C.P. establece que es un tipo penal de sujeto activo común y de peligro abstracto. Ello provoca -como hemos visto- que una enorme cantidad de conductas queden subsumidas bajo sus previsiones, incluyendo acciones *per se* inocuas, realizadas por personas sanas que -por ende- no están en condiciones (ni siquiera potenciales) de introducir, contagiar o propagar la enfermedad endémica mediante la violación de las medidas sanitarias.

Una interpretación estricta del delito conduciría a catalogarlo como un delito de sujeto especial propio y de peligro concreto. Ello reduciría notablemente el espectro de conductas que encontrarían adecuación típica bajo sus previsiones, dejando fuera de su alcance acciones u omisiones que caerían -de cualquier manera- bajo la espera de punibilidad de los regímenes municipales contravencionales y de faltas, que pueden tomar bajo su ala, sin dificultades, el juzgamiento de esas causas.

Esta aspiración de restringir el tipo penal se condice plenamente con la interpretación restrictiva y *pro homine* que impone el principio de legalidad, con el principio de aplicación en última instancia del derecho penal, y con los límites que impone el principio de reserva para sancionar conductas que escapen de la esfera privada. A su vez, evita bastardear al derecho penal con su sobreutilización y procura reducir el fenómeno de su administrativización.

Desde el punto de vista práctico, se presenta como una gran opción para una mejor administración de competencias entre jueces penales de distintos fueros y niveles, que evitaría la inundación de causas por artículo 205 C.P. que están sufriendo los Juzgados Federales desde hace 100 días, a la par que solucionaría los problemas de doble enjuiciamiento en caso de que se aplique la normativa federal y contravencional a la misma conducta.

Frente a este escenario, no encuentro razones de peso para mantener el *statu quo* actual, por el contrario, creo que las razones dadas (y algunas otras que puedan añadirse) propenden a un mayor respeto a los principios constitucionales de la materia, a la par que mejorarían el servicio de administración de justicia y contribuirían a devolver al derecho penal al elevado peldaño del que nunca debió haber bajado. Ojalá así suceda.

⁵⁰Este esquema se completa, por supuesto, con: (iii) prisión de hasta 5 años a quien propagó culposamente la enfermedad, con resultado enfermedad o muerte (art. 203 C.P.); y (iv) prisión de hasta 15 años a quien propagó la enfermedad dolosamente (art. 202 C.P.).

PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD EN LOS IMPUESTOS

Por Maximiliano A. Batista

A. CONCEPTO

En el principio de no confiscatoriedad es ineludible el detallado análisis de Naveira de Casanova.⁵¹ Comienza su análisis definiendo el campo de estudio de este principio, al que denomina “efectos confiscatorios” y que distingue de la confiscación lisa y llana del derecho penal:

*“Para la construcción del concepto de “efectos confiscatorios” no debemos tomar en cuenta esa intención directa de producir una considerable merma en el patrimonio. Entonces, cualquiera sea la intención que la alimente, una medida tendrá efectos confiscatorios cuando sencillamente produzca esa merma sustantiva de tipo patrimonial sin tomar en consideración si fue directamente buscada, indirectamente buscada, o que ni siquiera se tuvo en mente la posibilidad de su acaecimiento.”*⁵²

Concluye Naveira que los “efectos confiscatorios” son

*“... el fenómeno que se produce cuando, aplicados a un contribuyente en particular, producen en su patrimonio o en sus rentas una situación similar a la que ocurriría si se le hubiera aplicado el instituto de la confiscación”.*⁵³

La primera mención que he encontrado a que un impuesto podría ser violatorio de la garantía de la propiedad consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional se halla en una sentencia de 1904 sobre el impuesto a la herencia de la Provincia de Santa Fe,⁵⁴ pero fue sólo un *obiterdictum* y la Corte Suprema no dio ninguna pauta sobre cómo podría acreditarse esa violación. Curiosamente, dos años después la Corte Suprema rechazó expresamente, en el caso de una contribución de mejoras, que un impuesto pudiera dar origen a una confiscación.⁵⁵ Recién en 1911 un impuesto fue declarado

⁵¹Naveira de Casanova, Gustavo, *El principio de no confiscatoriedad*, Madrid, McGraw Hill, 1997.

⁵²Naveira de Casanova, *op. cit.*, p. 77.

⁵³Naveira de Casanova, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁴CSJN, 2/8/1904, *Sala, Fidel (sus herederos) c/ Provincia de Santa Fe*, Fallos 100:51.

⁵⁵CSJN, 23/8/1906, *Faramiñán, Manuel c/ Municipalidad de La Plata*, Fallos 105:50.

inconstitucional por confiscatorio, lo que lo hacía violar el art. 17 de la Constitución Nacional.⁵⁶

Con los años el principio de no confiscatoriedad fue alcanzando un contorno propio y también una importancia esencial como valladar al poder tributario del Estado, tanto a nivel nacional como provincial y municipal. Esto es así al punto que la Corte Suprema decidió que el planteo de que un tributo es inconstitucional por afectar la garantía de no confiscatoriedad debe ser tratado expresamente por el tribunal de la causa y, de no hacerlo, la sentencia que lo omite debe ser dejada sin efecto y debe dictarse una nueva.⁵⁷

Para dar un panorama completo de las muchas caras de este tema, se analizará la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema, tanto de impuestos existentes como de impuestos derogados, por dos razones: (i) los principios que se definieron pueden tomarse para impuestos existentes y (ii) los impuestos tienen la tendencia a revivir con pequeñas diferencias y bajo otros nombres, pero la misma sustancia.

B. TRIBUTOS A LOS QUE SE APLICÓ

En este punto se analizará la forma en que se aplicó el principio de no confiscatoriedad a distintos tributos a lo largo de un siglo por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

1. Impuestos a la transmisión gratuita de bienes

En 1911 la Corte Suprema consideró en *Rosa Melo de Cané* que un impuesto sucesorio equivalente al 50% del activo transferido era confiscatorio.⁵⁸ En los fundamentos se cita el caso de 1904, al que se le da una contundencia de la que (en verdad) carecía.

Volviendo al caso *Rosa Melo de Cané*, se hace notar que se consideró confiscatorio un impuesto según un porcentaje calculado sobre el valor de un activo.

Varios años después, la Corte Suprema decidió algunas causas respecto al impuesto sucesorio y concluyó que no era confiscatorio cuando absorbía el 22%,⁵⁹ el 34,25%,⁶⁰ el

⁵⁶CSJN, 16/12/1911, *Melo de Cané, Rosa, su testamentaria*, Fallos 115:111.

⁵⁷CSJN, 21/8/2003, *Clínica Güemes S.A. (10247-I) c/ Dirección General Impositiva*, Fallos: 326:2874.

⁵⁸CSJN, 16/12/1911, *Melo de Cané, Rosa, su testamentaria*, Fallos 115:111.

21,91%⁶¹ o el 28%⁶² del acervo sucesorio. En cambio, resolvió que era confiscatorio e inconstitucional cuando absorbía el 36,60% o el 39% (según el modo de cálculo) del acervo sucesorio⁶³ y lo mismo cuando absorbía 94% del acervo sucesorio.⁶⁴ También resolvió que existía confiscatoriedad en un caso en que el impuesto más los intereses era el 155,82% del acervo sucesorio que le había dado origen;⁶⁵ en este caso no se aclaró cómo estaba compuesta la deuda fiscal (capital e intereses).

La tacha de confiscatoriedad, que fue aplicada originalmente al impuesto sucesorio, con los años se aplicó también a otros tributos.

2. Impuestos inmobiliarios o contribuciones territoriales

El principio de no confiscatoriedad para el impuesto inmobiliario fue analizado por primera vez por la Corte Suprema en 1928. Ésta consideró la cuestión de puro derecho y decidió que una contribución territorial que tenía como máximo el 0,8% del valor del inmueble no era confiscatoria.⁶⁶

En 1934 la Corte Suprema decidió que no era confiscatorio un impuesto del 1%, porque no superaba significativamente el común para otros predios del 0,6%.⁶⁷ La Corte Suprema no tuvo ante sí ni solicitó ninguna pericia.

A partir de 1941, la Corte Suprema aplicó el principio de no confiscatoriedad para declarar inconstitucionales algunas contribuciones territoriales. Esta jurisprudencia modificó el criterio anterior, porque no era ya la alícuota del impuesto, sino la renta de la tierra la medida para determinar si el impuesto era confiscatorio o no. La Corte Suprema declaró confiscatorio un tributo provincial que absorbía más del 50% de las

⁵⁹ CSJN, 26/10/1928, *Etchessahar de Lastra, Graciana*, Fallos 153:46.

⁶⁰ CSJN, 27/4/1931, *Gallino, Andrés (su sucesión)*, Fallos 160:247.

⁶¹ CSJN, 7/9/1942, *Soldati, Agustín y otra*, Fallos: 193:463.

⁶² CSJN, 14/12/1944, *Vernhet, Pablo s. sucesión*, Fallos 200:374.

⁶³ CSJN, 30/6/1941, *Gobierno de Italia (en la sucesión de Félix Lora) c/ Consejo Nacional de Educación s/ devolución de impuestos*, Fallos 190:159.

⁶⁴ CSJN, 7/9/1942, *Soldati, Agustín y otra*, Fallos: 193:463.

⁶⁵ CSJN, 18/11/1940, *Provincia de Santa Fe c/ Moure, Manuel V. (suc.)*, Fallos 188:286. La Corte Suprema estaba tan indignada por esta situación que habilitó el recurso extraordinario para un juicio de ejecución fiscal.

⁶⁶ CSJN, 20/6/1928, *Díaz Vélez, Eugenio c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 151:359.

⁶⁷ CSJN, 30/11/1934, *Morán, Gregorio c/ Provincia de Entre Ríos*, 171:390.

utilidades del predio gravado,⁶⁸ mientras que poco después consideró que no era confiscatorio otro tributo que absorbía el 27,75% de las utilidades del predio gravado.⁶⁹

En 1944 la Corte Suprema introdujo como nueva base de cálculo:

*“... el normal rendimiento medio de una correcta explotación del fundo afectado, sin tener en cuenta la disminución o supresión de las utilidades por circunstancias eventuales ni lo que proviene de la inapropiada administración del contribuyente.”*⁷⁰

Este concepto sería reiterado en varios fallos posteriores, con formas ligeramente distintas (explotación “correcta” o “razonable” o “eficiente”), pero la misma sustancia.⁷¹ No se trataba de la efectiva utilidad del inmueble tomada como base hasta ese momento, sino la utilidad que se habría obtenido si se lo hubiera administrado apropiadamente. Sería posteriormente condensado en el “índice de productividad” del inmueble, que era determinado por una pericia agronómica.⁷²

En este cálculo de la explotación correcta la Corte Suprema agregó que no debían computarse los años en que se hubieran producido pérdidas porque de hacerlo “ningún gravamen al capital escaparía en tales períodos a la imputación de confiscatoriedad”,⁷³ lo cual mereció la crítica de Naveira.⁷⁴

Fue en 1946 que la Corte Suprema fijó un porcentaje claro de confiscatoriedad al sostener que:

“... el derecho de propiedad que la Constitución garantiza es inconciliable, en circunstancias ordinarias, con el desapoderamiento a título de impuesto de más

⁶⁸CSJN, 21/7/1941, *Cobo de Macchi di Cellere, Dolores c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 190:231.

⁶⁹CSJN, 18/8/1941, *Méndez Lynch, Federico y Roberto c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 190:309.

⁷⁰CSJN, 23/10/1944, *Guerrero de Mihanovich, Felicitas c/ Provincia de Córdoba*, Fallos: 200:128; CSJN, 14/3/1945, *Uriburu, José E. c/ Provincia de Córdoba*, Fallos: 201:165.

⁷¹CSJN, 22/11/1946, *Curioni de Demarchi, Rosa*, Fallos: 204:376; CSJN, *Pereyra Iraola, Sara c/ Provincia de Córdoba*, 206:247; CSJN, 28/3/1947, *Pereyra Iraola, Martín c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 207:238; CSJN, 13/10/1947, *García, Jenaro c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 209:114; CSJN, 31/10/1947, *JardónPerissé, Rosa c/ Provincia de Córdoba s/ inconstitucionalidad contribución territorial*, Fallos 209:200.

⁷²CSJN, 13/10/1947, *García, Jenaro c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 209:114; CSJN, 31/10/1947, *JardónPerissé, Rosa c/ Provincia de Córdoba s/ inconstitucionalidad contribución territorial*, Fallos 209:200.

⁷³CSJN, 28/3/1947, *Pereyra Iraola, Martín c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 207:238; CSJN, 13/10/1947, *García, Jenaro c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 209:114.

⁷⁴Naveira de Casanova, *op. cit.*, p. 236.

de un 33% de la utilidad corriente de una correcta explotación de los inmuebles rurales”⁷⁵.

Habiendo fijado el 33% del valor imponible como límite, la Corte Suprema afirmó que la declaración de inconstitucionalidad sólo alcanzaba a la porción del monto que se consideraba excesiva y que correspondía al tribunal determinarla cuando podía hacerlo con precisión y objetividad; fuera de ese caso, incumbía al Fisco practicar la reliquidación con arreglo al criterio enunciado en la sentencia.⁷⁶

La introducción del índice de productividad como punto de comparación pronto planteó el caso de que el rendimiento real del inmueble fuera mayor que éste. La Corte Suprema afinó su jurisprudencia declarando que no se podía admitir menos que la renta reconocida por el contribuyente,⁷⁷ que *“la prueba de los rendimientos reales de los inmuebles gravados es necesaria en cuanto puede excluir la tacha de inconstitucionalidad”⁷⁸* y que la comparación debía hacerse tanto respecto del rendimiento real como del presunto y que el impuesto era confiscatorio cuando absorbía más del 33% de uno y de otro,⁷⁹ concluyendo que, independientemente del índice de productividad, cuando el impuesto absorbía menos del 33% de la renta real del inmueble no procedía declararlo confiscatorio.⁸⁰ En síntesis, la Corte Suprema estableció que el impuesto debía compararse con (i) la renta presunta del activo o (ii) la renta efectiva del activo, la que fuera mayor.

El límite del 33% fue dejado de lado por la Corte Suprema durante un corto período en que admitió un límite más alto. Sin embargo, el límite del 33% fue ratificado respecto del impuesto a la transmisión gratuita de bienes, cuando la Corte Suprema decidió que era confiscatorio dicho impuesto si era superior a la tercera parte del valor de los bienes transmitidos y redujo el monto del impuesto al límite máximo del 33% del valor de los

⁷⁵ CSJN, 22/11/1946, *Curioni de Demarchi, Rosa*, Fallos: 204:376. Hay otro *Pereyra Iraola, Sara c/ Provincia de Córdoba*, 206:247, que es sólo sumario. En igual sentido, se expidió la Corte en las causas *Jardón Perissé, Rosa c/ Provincia de Córdoba s/ inconstitucionalidad contribución territorial*, 31/10/1947, Fallos 209:200 y *Devoto y González, María Juana c/ Provincia de Córdoba*, 5/3/1948, Fallos 210:310.

⁷⁶ CSJN, 2/8/1948, *Pérez Guzmán de Viaña, María Laura y otra c/ provincia de Tucumán*, Fallos: 211:1033.

⁷⁷ CSJN, 28/3/1947, *Pereyra Iraola, Martín c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 207:238.

⁷⁸ CSJN, 13/10/1947, *García, Jenaro c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 209:114.

⁷⁹ CSJN, 5/3/1948, *Devoto y González, María Juana c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 210:310.

⁸⁰ CSJN, 27/2/1948, *Ciriaco Morea S.A. Ganadera e Industrial c/ Provincia de Córdoba*, Fallos: 210:172; CSJN, 4/9/1952, *Corbett Hnos. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 223:401.

bienes recibidos en herencia,⁸¹ en esta causa la Corte Suprema declaró que el principio de no confiscatoriedad aplicaba tanto a nacionales como a extranjeros, habitantes y no habitantes. Una sentencia de la misma Corte Suprema dictada seis meses después ratificó que el límite para que el impuesto sucesorio no fuera confiscatorio era el 33% de la base imponible (es decir, el acervo sucesorio).⁸² Poco después el límite del 33% fue también restaurado para la contribución territorial⁸³ y se mantuvo desde entonces.⁸⁴

3. Impuesto de inscripción de estatutos

La Corte Suprema resolvió que era confiscatorio el gravamen exigido con motivo de la inscripción de los estatutos de una sociedad constituida para negocios de clara licitud, y que reviste el carácter de una contribución necesaria para poder realizarlos en la provincia -no siendo un impuesto que por razones de orden económico social pueda elevarse a un tanto por ciento casi ilimitado-, porque absorbía el 48,75 % del capital.⁸⁵

4. Impuesto de sellos

En el caso del impuesto de sellos sobre la compraventa de un inmueble, la Corte Suprema declaró que solamente es confiscatorio si absorbe una parte sustancial del capital comprometido en la operación.⁸⁶

5. Ahorro obligatorio

En el caso del ahorro obligatorio, que era un empréstito forzoso sobre las bases imponibles de los impuestos a las ganancias, sobre los capitales y sobre el patrimonio neto de un período anterior a su entrada en vigencia, la Corte Suprema declaró que en verdad era un tributo, dado que los mecanismos de ajuste y tasa de interés detraían una parte importante de lo entregado por el contribuyente. Siendo un tributo, se trataba de

⁸¹ CSJN, 2/3/1956, *Ocampo, Carlos Vicente*, Fallos: 234:129.

⁸² CSJN, 21/9/1956, *Synge, Kathleen Frances Anne*, Fallos 235:883.

⁸³ CSJN, 30/10/1957, *Giménez Fauvety, Raúl*, y otros, Fallos: 239:157.

⁸⁴ CSJN, 21/08/1973, *Acuña Hnos. y Cía. S.R.L.*, Fallos 286:166; CSJN, 21/12/1999, *Gómez Alzaga, Martín Bosco c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ inconstitucionalidad*, Fallos: 322:3255.

⁸⁵ CSJN, 7/12/1950, *Lamport y Holt Line Ltd. c/ Provincia de Santa Fe*, Fallos: 218:694.

⁸⁶ CSJN, 14/6/1967, *Soficomar S.R.L. y Constitución Palace Hotel c/ Nación Argentina s/ repetición*, Fallos: 268:56.

una presunción de que la base imponible fijada seguía siendo la misma al momento de entrada en vigencia de las respectivas leyes.

La Corte Suprema también ratificó el tope del 33% calculado sobre la capacidad contributiva del contribuyente para determinar si un tributo es confiscatorio o no⁸⁷ y estableció que el contribuyente debía demostrar que “*lo ingresado en total en el período de que se trata en virtud de la obligación tributaria que se impugna, esto es, con la previa deducción de aquellos montos que el Fisco le hubiese reintegrado en aplicación de las pautas del citado art. 4° de la ley del llamado ahorro obligatorio, configura en su conjunto un exceso al tope del 33%*”.⁸⁸

6. Impuesto a las ganancias

En 1995 la Corte Suprema interpretó que un fallo de 1951⁸⁹ había establecido el 33% como límite para el impuesto a los réditos. Sin embargo, no fue ese el entendimiento generalizado. Por ejemplo, en 1972 el Tribunal Fiscal rehusó declarar la inconstitucionalidad por confiscatoriedad del impuesto a los réditos porque la Corte Suprema nunca lo había hecho.⁹⁰

La primera vez que se alegó la confiscatoriedad en el impuesto a las ganancias fue cuando el ajuste por inflación “estático”, introducido por la ley 21.894, fue reemplazado por el ajuste por inflación “dinámico” por la ley 23.260, pero no fue admitida en el caso concreto por la Corte Suprema.⁹¹

Más allá de estos casos puntuales, el impuesto a las ganancias no fue objeto de impugnaciones exitosas a su constitucionalidad por confiscatorio porque hasta el dictado de la ley 25.239 la alícuota máxima era 33%, de acuerdo con el límite fijado históricamente por la Corte Suprema.

⁸⁷ CSJN, 4/5/1995, *Horvath, Pablo c/ Dirección General Impositiva*, Fallos 318:676; CSJN, 4/5/1995, *Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ repetición*, Fallos 318:785.

⁸⁸ CSJN, 4/5/1995, *Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ repetición*, Fallos 318:785.

⁸⁹ CSJN, 4/7/1951, *Machado Doncel, Juvenal c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 220:699.

⁹⁰ TFN, sala C, 21/3/1972, *Chabot, James Vincent*.

⁹¹ CSJN, 3/6/1997, *Cafés La Virginia S.A. c/ Dirección Gral. Impositiva*, Fallos Corte: 320:1166. Por los mismos fundamentos: CSJN, 4/11/1997, *IN-DE-CO H. Minoli Sociedad Anónima Comercial e Industrial c/ Dirección General Impositiva*, causa I.36 XXXI; CSJN, 4/11/1997, *Federal Mogul Distribuidora S.A.C. c/ D.G.I. s/ repetición*, causa F.320 XXIX.

En 1999 la ley 25.239 elevó la alícuota máxima a 35%, pero esto no fue impugnado por los contribuyentes.

Las impugnaciones llegarían poco después respecto de la prohibición del ajuste por inflación.

La Ley de Impuesto a las Ganancias todavía contiene las normas introducidas por la ley 21.894 y modificadas por la ley 23.260 que regulan cómo realizar el ajuste por inflación. Sin embargo, la ley 24.073 (B.O. 13/4/1992) dispuso lo siguiente:

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

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

Esta ley reflejaba la experiencia de casi un año del régimen de convertibilidad del peso, que había fijado una paridad inamovible entre el peso argentino y el dólar estadounidense ARS 1 = USD 1. Durante este año (abril de 1991 a abril de 1992), la inflación se había reducido sensiblemente. El Índice de Precios Internos al por Mayor (IPIM) durante este período había subido un 3,77%.⁹²

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

⁹² Fuente INDEC, Sistema de Índices de Precios Mayoristas (SIPM) 1956-1995.

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

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

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

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

Debido a que los aspectos que trató la jurisprudencia ante esta situación son numerosos se los expondrá por separado.

a) El caso Candy

La Corte Suprema dictó sentencia en el caso *Candy S.A. c/ AFIP y otros/acción de amparo*, del 3/7/2009.⁹³ En esta sentencia, que tiene una disidencia de Petracchi, la Corte Suprema hizo un análisis mucho más pormenorizado de la situación.

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

En *Candy*, el contribuyente tenía ganancia gravable tanto si aplicaba el ajuste por inflación como si no lo aplicaba. En este último caso, el impuesto a pagar era significativamente mayor. El análisis que hizo la Corte Suprema, basada en el peritaje

⁹³ CSJN, 3/7/2009, *Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ acción de amparo*, Fallos 332:1571.

contable, fue que el impuesto a pagar sin ajuste por inflación era más del 62% de la base imponible calculada con ajuste por inflación y que, por lo tanto, era confiscatorio.

En los años siguientes la Corte Suprema falló en favor del contribuyente remitiendo a los fundamentos de *Candy* en numerosas sentencias a lo largo de más de una década (actualmente hay 189 sentencias en los archivos de la Corte Suprema que hacen referencia a *Candy*, siendo la última del 27 de febrero de 2020)⁹⁴. En todas ellas hace referencia a que la documentación aportada y al peritaje contable producido habían demostrado que la falta de aplicación del ajuste por inflación resultaba en una afectación del principio de no confiscatoriedad.

La gran mayoría de las causas resueltas en base a la doctrina de *Candy* se referían al período fiscal 2002, en que el IPIM fue del 118%. Los años siguientes la inflación fue bastante menor, pero después volvió a subir apreciablemente. Hubo reclamos de aplicar el ajuste por inflación a los períodos 2009 y posteriores. Se menciona que en estos casos la legislación era exactamente la misma, pues continuaba en vigencia la prohibición de aplicar el ajuste por inflación establecida en 1992 y ratificada en 2002.

Los tribunales aplicaron la doctrina emanada de *Candy* a períodos posteriores sin hacer distinción alguna y varias de esas sentencias fueron confirmadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por lo tanto, se puede concluir que la doctrina de *Candy* excede el período fiscal 2002.

Salvo *Candy*, las sentencias de la Corte Suprema casi nunca indican cuál es el porcentaje entre el impuesto sin ajuste y la base imponible con ajuste, si bien es el elemento esencial para determinar la aplicación de la doctrina de *Candy*. Se limitan a confirmar o revocar (según el caso) la sentencia de la cámara de apelaciones a favor del contribuyente aplicando la doctrina de *Candy*. Por lo tanto, es necesario recurrir a las sentencias de los tribunales inferiores para analizar los porcentajes que fueron considerados confiscatorios.

Como se dijo, el cálculo es la comparación entre el impuesto sin aplicar el ajuste por inflación con la base imponible aplicando el ajuste. La Corte Suprema dejó en claro que la evaluación de si había habido confiscatoriedad o no debía hacerse sobre la ganancia

⁹⁴ CSJN, 27/2/2020, *Bodegas Esmeralda S.A. c/ Estado Nacional*, FCB 21830/2014/2/RH2.

del contribuyente y no sobre el patrimonio; cuando el cálculo se había hecho sobre el patrimonio, revocó la sentencia apelada y ordenó que se dictara una nueva.⁹⁵

En aquellos casos en que el porcentaje del impuesto sin ajustar sobre la renta ajustada es inferior al 62% del caso *Candy* se han considerado confiscatorios los porcentajes del 59,02%,⁹⁶ 53,29%,⁹⁷ 53,58%,⁹⁸ 50,40%,⁹⁹ 46,46%,¹⁰⁰ 45,67%,¹⁰¹ 45,03%,¹⁰² 44,35%¹⁰³ y 43,29%.¹⁰⁴

Si bien la Corte Suprema no estableció expresamente cuál era el porcentaje por encima del cual el impuesto era confiscatorio, los tribunales inferiores han decidido recientemente en tres ocasiones que cualquier cifra por encima del 35% es confiscatoria¹⁰⁵ y en dos de esas tres ocasiones el recurso de hecho interpuesto por la AFIP fue declarado inadmisibile por la Corte Suprema.

Por supuesto, si el contribuyente debía pagar impuesto sin aplicar el ajuste por inflación, pero el resultado era un quebranto si se lo aplicaba, la jurisprudencia también permitió la utilización del ajuste por inflación, basada en el principio de no confiscatoriedad.¹⁰⁶

b) El requisito del peritaje contable

Sin embargo, la aplicación de *Candy* no era automática. Al año siguiente de *Candy*, en el caso *Sol de Mayo S.A.*, del 19/5/2010,¹⁰⁷ la Corte Suprema dijo que:

⁹⁵ CSJN, 10/7/2018, *Gaetano de Maio S.A. el PEN (Ministerio de Economía) y otro si acción mere declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 341:770.

⁹⁶ CNACAF, sala I, 3/9/2019, *Central Puerto S.A. c/ Estado Nacional – AFIP -DGI*. Para 2008.

⁹⁷ CNACAF, sala I, 3/9/2019, *Central Puerto S.A. c/ Estado Nacional – AFIP -DGI*. Para 2009.

⁹⁸ CNACAF, sala I, 3/9/2019, *Central Puerto S.A. c/ Estado Nacional – AFIP -DGI*. Para 2010.

⁹⁹ CNACAF, sala II, 16/7/2015, *Central Piedra Buena S.A. c/ E.N. - A.F.I.P. - D.G.I. –resol 17/11*. Para 2002.

¹⁰⁰ CNACAF, sala I, 5/10/2017, *M. Royo SACHIF y F c/ EN - AFIP - Resol. 3/08 (REGN) s/ dirección general impositiva*. Para 2003.

¹⁰¹ CFedCórdoba, sala B, 13/8/2015, *Sanatorio Allende SA c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ contencioso administrativo*. Para 2011.

¹⁰² CNACAF, sala III, 24/4/2018, *Paolini Hnos. SA c/ EN-AFIP-DGI*. Para 2014.

¹⁰³ CFedMendoza, sala B, 9/4/2018, *OrbisMertig San Luis S.A. c/ AFIP-DGI s/ acción declarativa de certeza*. Para 2010.

¹⁰⁴ CFedMendoza, sala B, 9/4/2018, *OrbisMertig San Luis S.A. c/ AFIP-DGI s/ acción declarativa de certeza*. Para 2011.

¹⁰⁵ CNACAF, sala II, 16/7/2015, *Central Piedra Buena S.A. c/ E.N. - A.F.I.P. - D.G.I. –resol 17/11*; CFedCórdoba, sala B, 13/8/2015, *Sanatorio Allende SA c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ contencioso administrativo* (recurso denegado por la Corte Suprema 5/4/2016); CNACAF, sala III, 24/4/2018, *Paolini Hnos. SA c/ EN-AFIP-DGI* (recurso denegado por la Corte Suprema 21/5/2019).

¹⁰⁶ CNACAF, sala V, 19/2/2019, *Fritzche SAIC EA c. EN-AFIP-DGI*.

¹⁰⁷ CSJN, 19/5/2010, *Sol de Mayo S.A.*, S.260 XLIII. Revocó una sentencia de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia. En la misma fecha la Corte Suprema revocó o confirmó, según el caso, una cierta cantidad de sentencias de cámaras federales en el mismo sentido que *Sol de Mayo S.A.* y dio la razón al

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

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

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó el criterio establecido en *Sol de Mayo S.A.* en varias sentencias de ese día o posteriores, en que falló a favor del Fisco Nacional por no haberse producido un peritaje contable.¹⁰⁸

c) La insuficiencia del peritaje contable

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

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

“no permite tener por configurado un supuesto de confiscatoriedad ya que no surge de sus términos que el tributo —a causa de la no aplicación del referido ajuste— absorba una parte sustancial de la renta del accionante, máxime

Fisco Nacional por no haberse producido un peritaje contable. Revocación: CSJN, 19/5/2010, *Terragno, Susana*, T.537 XLII; *Allub Hnos. S.R.L.*, A.824.XLIV; *Juan Terebeiko S.A.*, J.29.XLIV; *Sidesur S.A. Inmobiliaria del Sur*, S.362.XLV; *Automotores Maipú S.A.*, A.724.XLV; *Los Eolios S.A.*, L.141.XLV. Confirmación: CSJN, 19/5/2010, *Broda, Jorge y Roberto Soc. de Hecho*, B.361 XLIII; *Forzani, Juan José y otros*, F.1261.XLII; *Lattanzi, Juan Carlos*, L.759.XLII; *Gribaudo, Ricardo Agustín*, G.1884.XLII; *Tecsa S.A.*, T.362.XLI; *Druetto, Jacinto Marcelino Luis*, D.497.XLII; *Forzani, Roberto Felipe*, F.1260.XLII; *Zanco, Ángel Diego*, Z.191.XLII; *Zurvera, Omar Amadeo*, Z.64.XLIII; *Pesce, Jorge Oscar*, P.1099.XLII; *Zurvera, Alcides Ítalo*, Z.173.XLII; *Parola, Nelzon Balter*, P.1098.XLII; *Milicic S.A.*, M.449.XLIII; *Rubinzal y Asociados S.A.*, R.1384.XLII; *Weiss Oliva, Miguel Ángel*, W.60.XLII; *Juan Carlos Prola y Cía. S.R.L.*, J.64.XLI.

¹⁰⁸ CSJN, 19/5/2010, *Bertoto, Bruera y Cía. S.A.C. y F.*, Fallos 333:631; 19/5/2010, *Ingratta S.A.*, I.27 XLIII; 19/5/2010, *Debortoli, Estanislao*, D.194 XLI; 19/5/2010, *Lartex S.R.L.*, L.425 XLV; 2/3/2011, *CDR Comunicaciones S.A.*, C.147 XLVI; 2/3/2011, *Compañía Protel S.A.*, C.1013 XLVI; 19/4/2011, *Barbuy Team S.A.*, B.732 XLVI; 17/5/2011, *Roberto Luis Pontoni y otros S.H.*, P.483 XLVI; 23/6/2011, *Homaq S.A.*, H.25 XLVII; 30/8/2011, *Humberto Batistella S.A.*, H.18 XLVI; 13/9/2011, *Frutos del Cuyo S.A.*, F.283 XLIII; 8/11/2011, *Germán Damilano S.A.*, G.530 XLVI; 23/4/2013, *Art Interacción S.A.*, A.1339 XLVIII, A. 1313 XLVIII.

*cuando es doctrina del Tribunal que “se debe requerir al actor una prueba concluyente a su cargo acerca de la evidencia de la confiscatoriedad alegada” (Fallos: 220:1082,1300; 239:157; 314:1293; 322:3255, entre otros), la que no se ha producido en el caso de autos”*¹⁰⁹.

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

*“además de su generalidad y dogmatismo, encuentran exclusivo sustento en una hoja de cálculo aportada por la demandante a fs. 1 (confr. fs. 89 vta.), cuyo contenido no fue contrastado por la profesional con documentación o registro alguno de la parte, por lo que no puede ser admitido como una prueba concluyente de la “evidencia de la confiscatoriedad alegada” (Fallos: 220:1082, 1300; 239:157; 314:1293; 322:3255, entre otros)”*¹¹⁰.

Otros tribunales también desestimaron la acción del contribuyente cuando el peritaje contable no incluía los elementos necesarios para que el tribunal pudiera tomar la decisión.¹¹¹

d) Reducción de quebrantos

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

En la causa *Estancias Argentinas El Hornero S.A.*, del 2/10/2012, por remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, la Corte Suprema rechazó la aplicación de *Candy S.A.* cuando no había impuesto a pagar en ninguno de los dos casos. Afirmó que *“la regulación de los quebrantos, dentro del sistema fiscal en general, y del impuesto a las ganancias en particular, importa una decisión discrecional del legislador que, salvo agravio de orden constitucional, queda al margen de la competencia de los demás poderes del Estado”* (subrayado en el original) y que la

¹⁰⁹ CSJN, 4/8/2011, *Peretti, Daniel Hugo*, P.502 XLV; CSJN, 18/10/2011, *Fornasari, Juan José*, F.380 XLVI; 8/11/2011, *Sucesores de Lorenzo Fornasari*, S.138 XLVII; 22/11/2011, *Fornasari, Alfredo*, F.308 XLVII.

¹¹⁰ CSJN, 2/7/2013, *Rosso, Pascual Venedetto*, R.738 XLVII.

¹¹¹ CNACAF, sala III, 26/12/2018, *IBM Argentina S.A. c. Estado Nacional-AFIP-DGI*.

suspensión del ajuste por inflación no es *per se* inconstitucional ante la reaparición de ese fenómeno económico, sino que se debe probar la confiscatoriedad del tributo. En este caso, sostuvo la Corte Suprema, no existe tal confiscatoriedad “por la sencilla razón de que no hay tributo a pagar que pueda ser cotejado con el capital o la renta gravados para verificar si hay una absorción inadmisible de éstos” (subrayado en el original).¹¹² Este criterio fue ratificado por la Corte Suprema en varias sentencias posteriores, en que revocó la aplicación del ajuste por inflación cuando el contribuyente había sufrido un quebranto aun sin aplicarlo.¹¹³ La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal siguió el criterio de la Corte Suprema.¹¹⁴

e) Utilización del quebranto ajustado en ejercicios futuros

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

La Corte Suprema, en el caso *Alubia S.A. c/AFIP-DGI*, del 4/11/2014, rechazó tal posibilidad, afirmando que la aplicación del ajuste por inflación puede arrojar un quebranto cuando su omisión pudiera generar una situación de confiscatoriedad, pero que “*no puede derivarse de ello el reconocimiento de un quebranto que pueda ser utilizado por el contribuyente en otro ejercicio fiscal*”, lo cual fue ratificado en varios fallos posteriores.¹¹⁵

¹¹² CSJN, 2/10/2012, *Estancias Argentinas El Hornero S.A. c. EN-AFIP-DGI s. proceso de conocimiento*, Fallos 335:1923.

¹¹³ CSJN, 4/11/2014, *Alubia S.A. c/ AFIP - Dirección General Impositiva s/ repetición*, CSJ 612/2013 (49-A)/CS1; id., 24/2/2015, *Natufarma S.A. c/ AFIP-DGI s/ demanda contenciosa*, CSJ 99/2014 (50-N)/CS1; id., 11/8/2015, *Consolidar ART SA c/ EN AFIP -D.G.I- resol. LGCN 140/08 s/ Dirección General Impositiva*, CSJ 885/2014 (50-C)/CS1; id., 5/7/2016, *M. Royo SACIIF y F c/ EN-AFIP-RESOL 3/08 (REGN)*, Fallos 339:897; id., 4/8/2016, *Fava Hnos. S.A. c/ AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMP 21057815/2003/CS1; id., 15/11/2016, *Favacard SA c/ AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMP 21057780/2003/CSI; id., 15/11/2016, *OrbisMertig San Luis SA c/ EN-AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMZ 61000985/2010/CSI; id., 14/8/2018, *Bayer S.A. y otro c/ AFIP s/ impugnación de acto Administrativo*, FSM 18038842/2009/CSI y FSM 18038842/2009/1/RHI.

¹¹⁴ CNACAF, sala IV, 27/03/2018, *IBM Argentina SRL c. EN - AFIP – DGI*.

¹¹⁵ CSJN, 4/11/2014, *Alubia S.A. c/ AFIP - Dirección General Impositiva s/ repetición*, CSJ 612/2013 (49-A)/CS1; id., 11/8/2015, *Consolidar ART SA c/ EN AFIP -D.G.I- resol. LGCN 140/08 s/ Dirección General Impositiva*, CSJ 885/2014 (50-C)/CS1; id., 4/8/2016, *Fava Hnos. S.A. c/ AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMP 21057815/2003/CS1; id., 15/11/2016, *Favacard SA c/ AFIP-DGI s/ inconstitucionalidad*, FMP 21057780/2003/CSI; id., 29/5/2018, *OrbisMertig San Luis S.A. c/ EN-AFIP-DGI s/ ordinario*, Fallos 341:581; id., 14/8/2018, *Bayer S.A. y otro c/ AFIP s/ impugnación de acto Administrativo*, FSM 18038842/2009/CSI y FSM 18038842/2009/1/RHI.

En forma coherente, se rechazó la aplicación del ajuste por inflación cuando el contribuyente sufría un quebranto en un período fiscal aun sin necesidad de aplicarlo,¹¹⁶ en este caso el contribuyente buscaba aumentar sus quebrantos para poder trasladarlos a los períodos fiscales siguientes, pero ese traslado no es aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

f) La admisión limitada del ajuste por inflación y los nuevos cuestionamientos a la confiscatoriedad

La Ley de Impuesto a las Ganancias fue modificada por la ley 27.430 para permitir el ajuste por inflación a partir de 2018, pero con limitaciones tan significativas que están generando una nueva serie de reclamos judiciales basados en la existencia de confiscatoriedad tal como fue entendida en *Candy*. Más aún, esas limitaciones se hicieron mayores por las modificaciones introducidas por las leyes 27.468 y 27.541. Para poner el contexto se transcriben las normas que se cuestionan.

La primera son los dos últimos párrafos del art. 95 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997), que corresponden a los del art. 106 de la misma ley (t.o. 2019):

“El procedimiento dispuesto en el presente artículo resultará aplicable en el ejercicio fiscal en el cual se verifique un porcentaje de variación del índice de precios a que se refiere el segundo párrafo del artículo 89, acumulado en los treinta y seis (36) meses anteriores al cierre del ejercicio que se liquida, superior al ciento por ciento (100%).

“Las disposiciones del párrafo precedente tendrán vigencia para los ejercicios que se inicien a partir del 1° de enero de 2018. Respecto del primer, segundo y tercer ejercicio a partir de su vigencia, ese procedimiento será aplicable en caso que la variación de ese índice, calculada desde el inicio y hasta el cierre de cada uno de esos ejercicios, supere un cincuenta y cinco por ciento (55%), un treinta por ciento (30%) y en un quince por ciento (15%) para el primer, segundo y tercer año de aplicación, respectivamente”.

La ley 27.468 (B.O. 4/12/2018) incorporó el segundo artículo a continuación del art. 118 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997), que dice lo siguiente:

¹¹⁶ CNACAF, sala III, 19/4/2012, *GTC Ribbon S.A. (T. F. 29833-I) c. D.G.I. s/ recurso de apelación*.

“Artículo...: El ajuste por inflación positivo o negativo, según sea el caso, a que se refiere el título VI de esta ley, correspondiente al primer, segundo y tercer ejercicio iniciados a partir del 1° de enero de 2018 que se deba calcular en virtud de verificarse los supuestos previstos en los dos (2) últimos párrafos del artículo 95, deberá imputarse un tercio (1/3) en ese período fiscal y los dos tercios (2/3) restantes, en partes iguales, en los dos (2) períodos fiscales inmediatos siguientes”.

Las normas de este artículo fueron modificadas por la ley 27.541 (B.O. 23/12/2019) que le dio el siguiente texto al equivalente art. 194 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 2019):

“Artículo 194: El ajuste por inflación positivo o negativo, según sea el caso, a que se refiere el Título VI de esta ley, correspondiente al primer y segundo ejercicio iniciado a partir del 1° de enero de 2019, que se deba calcular en virtud de verificarse los supuestos previstos en los dos (2) últimos párrafos del artículo 106, deberá imputarse un sexto (1/6) en ese período fiscal y los cinco sextos (5/6) restantes, en partes iguales, en los cinco (5) períodos fiscales inmediatos siguientes.

“Lo indicado en el párrafo anterior no obsta al cómputo de los tercios remanentes correspondientes a períodos anteriores, conforme a lo dispuesto en el artículo 194 de la ley de Impuesto a las Ganancias, texto según decreto 824 del 5 de diciembre de 2019”.

En resumen, el actual art. 106 de la Ley de Impuesto a las Ganancias establece mínimos bastante altos de inflación, según el Índice de Precios al Consumidor (IPC), para que el ajuste por inflación se aplique, mientras que el actual art. 194 establece que aun cuando se aplique por esa norma el ajuste por inflación, esa deducción solamente podrá hacerse en forma parcial a lo largo de varios períodos fiscales. Originalmente eran tres períodos fiscales para los períodos fiscales iniciados a partir del 1° de enero de 2018, pero fue aún más restringido después, cuando se dispuso que fuera a lo largo de seis períodos fiscales para los períodos fiscales iniciados a partir del 1° de enero de 2019.

La Cámara Federal de Córdoba confirmó recientemente una medida cautelar solicitada por un contribuyente para que pueda aplicar el ajuste por inflación sin el diferimiento

establecido por estas leyes, que le impide a la AFIP “*iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la diferencia de impuesto que a su criterio pueda resultar, trabar por sí o judicialmente medidas cautelares en resguardo del crédito, iniciar acciones bajo la ley Régimen Penal Tributario*”.¹¹⁷ Para así resolver, la cámara de apelaciones consideró que existía verosimilitud en el derecho por un informe de un contador público independiente en el cual se expresa que en este caso concreto “*se aplicaría una alícuota del Impuesto a las Ganancias, por el ejercicio fiscal 2019, que asciende al 60.25%, y el 45,74% de la utilidad contable ajustada por inflación, en lugar de la alícuota legalmente prevista del 30%*”.

En el mismo sentido se pronunció la Cámara Federal de Rosario, que confirmó otra medida cautelar dictada por el juez de primera instancia, aplicando para la verosimilitud del derecho la certificación contable aportada por la requirente, que demostraba que el impuesto calculado sin ajuste por inflación llegaba al 149% del resultado contable.¹¹⁸

7. Impuesto sobre los ingresos brutos

En el caso del impuesto sobre los ingresos brutos, la Corte Suprema afirmó que un impuesto que no admitiera la deducción del precio de compra del producto de la base imponible, aunque la diferencia entre las dos posibilidades fuera grande, no lo volvía confiscatorio, pues lo relevante era si absorbía una parte sustancial del capital o de la renta de la empresa.¹¹⁹

8. Impuestos específicos al consumo

Cuando se trató de un gravamen específico, la Corte Suprema consideró que no era confiscatorio el impuesto mendocino de \$ 0,50 el quintal métrico de uva, porque era menos del 5% del precio de la uva y porque el industrial lo recuperaba del consumidor elevando el precio del producto.¹²⁰ Retomando este último argumento, la Corte

¹¹⁷ CFedCórdoba, sala B, 14/2/2020, *Bodegas Esmeralda S.A. c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*.

¹¹⁸ CFedRosario, sala A, 17/4/2020, *Corven Motors Argentina S.A. c/ AFIP-DGI s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*.

¹¹⁹ CSJN, 20/12/2005, *Droguería del Sud S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos: 328:4542.

¹²⁰ CSJN, 19/7/1929, *Scaramella Hnos. c/ Provincia de Mendoza*, Fallos 155:78.

Suprema rechazó la aplicación del principio de no confiscatoriedad a los tributos en que es el consumidor y no el comerciante quien en última instancia los paga, porque se adiciona al precio del producto, como los impuestos internos a los encendedores.¹²¹

La Corte Suprema ratificó el concepto de la traslación del impuesto y decidió que no se admite en principio la confiscatoriedad en los impuestos al consumo, porque lo natural es que se sumen al costo y a la ganancia y se trasladen al comprador.¹²² Se debe probar, por lo tanto, que “*el encarecimiento representado por el monto del impuesto, al no ser absorbido por la capacidad adquisitiva de los compradores, recae sobre el costo y la ganancia con carácter de exacción, es decir absorbiéndolos sustancialmente*”.¹²³

En la misma línea, la Corte Suprema dijo que en un impuesto específico por litro de combustible la relación entre el impuesto debido y el capital de la empresa o entre aquél y el valor de la mercadería no era relevante, por ser un impuesto que no era soportado por el productor.¹²⁴

9. Tributos a los que no se aplica el principio de no confiscatoriedad

El principio de no confiscatoriedad no se aplica a todos los tributos. La Corte Suprema ha decidido que no se aplica a los tributos que gravan actividades que no son “honorable ni reconocidamente útiles” y que el Estado podría suprimir en ejercicio del poder de policía, como el préstamo usurario.¹²⁵

.

C. ACUMULACIÓN DE VARIOS TRIBUTOS SOBRE LA MISMA ACTIVIDAD

El caso de la afectación del principio de no confiscatoriedad no por un tributo, sino por un grupo de tributos de distintas jurisdicciones que individualmente no son inconstitucionales, pero que, en su conjunto causan la pérdida de la totalidad de las

¹²¹ CSJN, 23/2/1934, *Fisco Nacional c/ S.A. Robert Bosch*, Fallos 170:180.

¹²² CSJN, 11/9/1946, *Cía. Argentina de Construcciones Acevedo y Shaw S.A. c/ Municipalidad de Santa Fe*, Fallos: 205:562.

¹²³ CSJN, 11/9/1946, *Cía. Argentina de Construcciones Acevedo y Shaw S.A. c/ Municipalidad de Santa Fe*, Fallos: 205:562.

¹²⁴ CSJN, 30/7/1948, *Fisco Nacional c/ Compañía Ferrocarrilera de Petróleo*, Fallos: 211:877.

¹²⁵ CSJN, 17/3/1944, *Ramos Mas, Manuel E. c/ Fisco Nacional*, Fallos 198:111.

ganancias, fue planteado más de una vez ante la Corte Suprema; sin embargo, la acción nunca prosperó, por distintas razones.

Como comentario preliminar, la Corte Suprema ha sostenido desde hace décadas que la *“existencia de superposición impositiva no es de por sí causa de inconstitucionalidad”*.¹²⁶

En el primer pronunciamiento al respecto, la Corte Suprema dijo que *“los tribunales no están habilitados para fijar jerarquías o categorías preferenciales en el orden de la imposición fiscal”* y que no pueden determinar, en caso de varios tributos sobre la misma actividad, si uno es más justo que otro.¹²⁷ A continuación, la Corte Suprema la desechó porque la mera enumeración del conjunto de los impuestos a los que el concesionario debe hacer frente con su patrimonio no es prueba suficiente de su confiscatoriedad.¹²⁸

Poco después la Corte Suprema rechazó el análisis de superposición del impuesto territorial y el impuesto a los réditos sobre el canon locativo de la casa-habitación porque uno recaía sobre la cosa y el otro sobre los beneficios.¹²⁹ Esto fue retomado muchos años después por la jurisprudencia para sostener que *“para atender a la confiscatoriedad de gravámenes concurrentes, debe tenerse substancialmente en cuenta la coincidencia del hecho generador”*; esta regla de que los tributos deben coincidir en su hecho generador fue matizada por el mismo tribunal que la enunció en los siguientes términos:

“... salvo excepciones de manifiesta desproporción, no parece factible construir el concepto de confiscatoriedad apreciando la presión tributaria total que incide sólo sobre la renta, más allá de que todos los tributos se paguen con ella, al ser generalmente aceptado que ésta no es sino sólo una de las manifestaciones de la riqueza, tanto más si se trata de tributos que no la afectan de modo permanente”.

¹²⁶ CSJN, 3/3/1948, *Boffi, Leopoldo c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 210:276; CSJN, 2/4/1948, *Banco Río de la Plata S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires*, Fallos 210:500, entre muchos otros.

¹²⁷ CSJN, 13/9/1939, *Destilería, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda. c/ Provincia de San Juan*, Fallos 184:542 (impuesto al vino de \$0,04 por litro); CSJN, 6/10/1939, *Maschio, Francisco c/ Municipalidad de la Capital*, Fallos 185:12 (derecho de inspección e higiene de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires).

¹²⁸ CSJN, 7/10/1940, *Sociedad Argentina de Transportes e Industrias Anexas (S. A. T. I. A.) c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 188:27.

¹²⁹ CSJN, 28/8/1942, *Frederking, Gustavo A. y otros c/ Nación Argentina*, Fallos 193:266.

El tribunal reconoce que todos los tributos se pagan con la renta. Entonces una serie de impuestos podrían superponerse llevando una parte sustancial de la renta, siempre que no haya “manifiesta desproporción” o que no se trate de tributos que la afecten “de modo permanente”.

Unos años después la Corte Suprema volvió a rechazar la aplicación del principio de no confiscatoriedad porque la doble imposición sobre una renta que llega al 7% u 8% por impuestos nacional y provincial está por debajo de lo que la Corte Suprema ha admitido como confiscatorio¹³⁰ o por deficiencia probatoria.¹³¹

En una sintonía parecida, la Corte Suprema decidió que la acumulación de impuestos que se han pagado en el mismo acto, como el impuesto por transmisiones gratuitas distintas e independientes del mismo bien, no debe tomarse como base para determinar la confiscatoriedad.¹³²

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal afirmó que:

*“... no es posible plantear de modo genérico que el monto total de los tributos abonados por la actora resulta confiscatorio, incluyendo impuestos, tasas y contribuciones sin efectuar, a tales efectos, las necesarias distinciones entre los impuestos directos y los indirectos, y las prestaciones que se ingresan por efectiva prestación (o no) de servicios o en la medida del beneficio (o sin él) que se recibe de una obra pública o un servicio prestado por el estado”.*¹³³

Esta afirmación sugiere que la confiscatoriedad debe verse en forma separada para los impuestos, las tasas y las contribuciones y, en materia de impuestos, es relevante la distinción entre impuestos directos e indirectos.

D. BASE DE COMPARACIÓN PARA IMPUESTOS LOCALES

Cuando se trata de un gravamen local, se plantea la cuestión de si se debe comparar con la renta total del contribuyente o su renta dentro de esa jurisdicción; lo mismo sería

¹³⁰ CSJN, 4/7/1951, *Machado Doncel, Juvenal c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 220:699.

¹³¹ CSJN, 21/12/1999, *Gómez Alzaga, Martín Bosco c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ inconstitucionalidad*, Fallos: 322:3255.

¹³² CSJN, 7/9/1942, *Soldati, Agustín y otra*, Fallos: 193:463.

¹³³ CNACAF, sala II, 21/03/2000, *Callegari S.A. c. D.G.I. s. repetición D.G.I.*

válido para un impuesto a la transmisión gratuita de bienes, que también es de carácter local, cuando se lo compara con el capital.

La Corte Suprema no tiene un criterio único. Como se vio antes, para la contribución territorial ha tomado la renta presunta de cada inmueble. En cambio, para determinar el carácter confiscatorio del gravamen municipal cobrado a una empresa telefónica interprovincial, ha tomado en cuenta el total de los ingresos, gastos y gravámenes de ella (no solamente los vinculados al municipio en cuestión).¹³⁴

E. INTERESES Y MULTAS

Para resolver si un gravamen es o no confiscatorio la Corte Suprema ha decidido que no hay que considerar ni los intereses moratorios¹³⁵ ni las multas por mora en el pago de los impuestos.¹³⁶ Además, la Corte Suprema ha decidido que las multas impositivas de carácter penal “*no autorizan, por lo regular, la invocación de los principales admitidos por la jurisprudencia en materia de gravámenes confiscatorios*” porque se trata de “*sanciones intimidatorias indispensables para lograr el acatamiento de leyes, que de otra manera serían impunemente burladas y porque, además, se incurre voluntariamente en los hechos que traen aparejada su imposición*”.¹³⁷

La Corte Suprema también ratificó las multas por omisión de pago de aportes patronales a la seguridad social cuando no se había probado que “excedieran la capacidad económica o financiera” de la entidad,¹³⁸ lo cual parece establecer un límite, pero no queda claro cuál es.

Fuera del ámbito tributario, en el caso de una multa por comercialización de azúcares fuera de la cuota establecida por la autoridad, la Corte Suprema reafirmó esta doctrina

¹³⁴ CSJN, 6/3/1950, *Junta de Fomento de Villa San José c/ Cía. Entrerriana de Teléfonos S.A.*, Fallos: 216:123.

¹³⁵ CSJN, 31/7/1940, *Díaz de Vivar, Pedro*, Fallos 187:306; CSJN, 14/12/1944, *Vernhet, Pablo s. sucesión*, Fallos 200:374.

¹³⁶ CSJN, 7/9/1942, *Soldati, Agustín y otra*, Fallos: 193:463.

¹³⁷ CSJN, 11/10/1946, *Mancinelli, Albino*, Fallos 206:92.

¹³⁸ CSJN, 1/4/1960, *Compañía de Electricidad del Sud Argentino S.A. c/ Poder Ejecutivo*, Fallos: 246:145.

sosteniendo que “*en materia de sanciones patrimoniales, no cabe alegación de confiscatoriedad por causa de su monto*”.¹³⁹

F. LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

Las leyes tributarias se presumen constitucionales.¹⁴⁰ Para que la Corte Suprema declare respecto de un tributo “*su incompatibilidad por tal motivo con la garantía constitucional de la propiedad, no puede resultar sino de la prueba de la absorción por el Estado, de una parte substancial de la renta o del capital gravado*”.¹⁴¹ El carácter de confiscatorio debe probarse.¹⁴² No se admite la confiscatoriedad cuando hay discrepancias grandes entre la pericia del contador y la del ingeniero agrónomo en cuanto al normal rendimiento de la propiedad,¹⁴³ la pericia no puede basarse en datos ciertos por la forma de contabilidad del contribuyente, porque en caso de duda el tributo se presume constitucional¹⁴⁴ o cuando la pericia ingenieril resulta dogmática y la pericia contable no es idónea.¹⁴⁵ La falta de prueba sobre la comparación entre el impuesto debido y la ganancia proveniente de la actividad gravada con el impuesto impide que se lo declare confiscatorio,¹⁴⁶ lo mismo ocurre cuando no se calcula el índice de

¹³⁹ CSJN, 7/10/1975, S.A. Córdoba del Tucumán A.I.C. s/ infracción dec.-ley 17.163/67, Fallos 293:85.

¹⁴⁰ CSJN, 23/10/1944, Guerrero de Mihanovich, Felicitas c/ Provincia de Córdoba, Fallos: 200:128; CSJN, 21/12/1999, Gómez Alzaga, Martín Bosco c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ inconstitucionalidad, Fallos: 322:3255.

¹⁴¹ CSJN, 19/9/1938, Quiroga, Pascual (sus sucesores) c/ Bugnone, Guida y Cía. s/ repetición, Fallos 181:418 y 423; CSJN, 13/9/1939, Destilería, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda. c/ Provincia de San Juan, Fallos 184:542; CSJN, 6/10/1939, Maschio, Francisco c/ Municipalidad de la Capital, Fallos 185:12; CSJN, 29/11/1940, Pereyra Lucena, José c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos 188:401; CSJN, 31/7/1944, Molinos Río de la Plata c/ Municipalidad de Río Segundo, Fallos: 199:321; CSJN, 28/6/1946, La Esmeralda Capitalización S.A. c/ Provincia de Córdoba, Fallos: 205:131; CSJN, 11/11/1960, Medina, José c/ Municipalidad de Rosario, Fallos 248:285; CSJN, 20/12/2005, Droguería del Sud S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 328:4542.

¹⁴² CSJN, 7/10/1940, Sociedad Argentina de Transportes e Industrias Anexas (S. A. T. I. A.) c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos: 188:27; CSJN, 19/5/1948, La Franco Argentina Capitalización S.A. c/ Provincia de Córdoba, Fallos: 210:1129.

¹⁴³ CSJN, 23/10/1944, Guerrero de Mihanovich, Felicitas c/ Provincia de Córdoba, Fallos: 200:128.

¹⁴⁴ CSJN, 19/5/1948, La Franco Argentina Capitalización S.A. c/ Provincia de Córdoba, Fallos: 210:1129.

¹⁴⁵ CSJN, 21/12/1999, Gómez Alzaga, Martín Bosco c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ inconstitucionalidad, Fallos: 322:3255.

¹⁴⁶ CSJN, 9/6/1948, Pérez Taboada, Alfredo Carlos c/ Provincia de Santa Fe, Fallos: 211:227.

productividad de un inmueble, es decir lo que habría debido producir en caso de una explotación razonable.¹⁴⁷

En varias ocasiones la Corte Suprema rechazó la impugnación por confiscatoriedad por no haberse producido prueba; afirmó que la confiscatoriedad de un tributo se declara como “*consecuencia del análisis detenido de las circunstancias de hecho que condicionan su aplicación*”¹⁴⁸ y que la confiscatoriedad es una cuestión de hecho que debe ser “*objeto de concreta y circunstanciada prueba por parte de quien la alega*”.¹⁴⁹

La prueba debe comparar los elementos correctos. La Corte Suprema rechazó la demanda cuando el contribuyente comparó el impuesto inmobiliario adicional con la valuación fiscal del inmueble, pero no ofreció prueba ni sobre la valuación real del inmueble ni sobre la productividad de éste.¹⁵⁰ En el caso del ahorro obligatorio, como la Corte Suprema decidió que era un tributo que presumía que la base imponible a la fecha de entrada en vigencia era la misma que la de una fecha anterior, resolvió que el período de comparación era el de entrada en vigencia y no el fijado como base de cálculo por la ley y rechazó la demanda cuando la pericia había tomado este último.¹⁵¹

En la jurisprudencia reciente referida al ajuste por inflación, la Corte Suprema decidió que era ineludible la producción de un peritaje contable para acreditar la

¹⁴⁷ CSJN, 3/8/1951, *Lanz y Jorajuria, Pedro Ponciano y otros c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 220:1082.

¹⁴⁸ CSJN, 13/9/1939, *Destilería, Bodegas y Viñedos El Globo Ltda. c/ Provincia de San Juan*, Fallos 184:542; CSJN, 6/10/1939, *Maschio, Francisco c/ Municipalidad de la Capital*, Fallos 185:12.

¹⁴⁹ CSJN, 4/5/1995, *Indo S.A. c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ repetición*, Fallos 318:785.

¹⁵⁰ CSJN, 15/10/1991, *López López, Luis y otro c/ Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 314:1293.

¹⁵¹ CSJN, 12/9/1996, *García, Jorge A. c/ Dirección General Impositiva s/ demanda de repetición*, Causa G. 305. XXIX; CSJN, 12/9/1996, *Goggi, José García y otro c/ Estado Nacional (D.G.I.) s/ demanda de repetición*, causa G. 306. XXIX.

confiscatoriedad¹⁵² y, en varias sentencias, falló a favor del Fisco Nacional por no haberse producido un peritaje contable.¹⁵³

G. CONCLUSIONES INTEGRADORAS

En 1948 la Corte Suprema sostuvo que para establecer si un gravamen es o no confiscatorio hay que referirse al capital o a la renta gravados,¹⁵⁴ con lo cual unificaba tácitamente las dos líneas jurisprudenciales sobre el principio de no confiscatoriedad. Sin embargo, la Corte Suprema aplicó la comparación con la renta real (más tarde con la presunta) o con el valor del activo en forma excluyente. Es decir, según el impuesto aplicó una u otra. La elección no era en mi opinión caprichosa, pero la Corte Suprema nunca explicitó el criterio para elegir uno u otro punto de comparación con el tributo. Aquí haré una tentativa de explicación integradora.

Los tributos que se comparan con un valor de capital son el impuesto sobre la transmisión gratuita de bienes (valor del activo transmitido), el impuesto de sellos sobre la compraventa de inmuebles (precio de venta del inmueble) y la tasa de inscripción de estatutos (monto del capital social).

¹⁵² CSJN, 19/5/2010, *Sol de Mayo S.A.*, S.260 XLIII. Revocó una sentencia de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia. En la misma fecha la Corte Suprema revocó o confirmó, según el caso, una cierta cantidad de sentencias de cámaras federales en el mismo sentido que *Sol de Mayo S.A.* y dio la razón al Fisco Nacional por no haberse producido un peritaje contable. Revocación: CSJN, 19/5/2010, *Terragno, Susana*, T.537 XLII; *Allub Hnos. S.R.L.*, A.824.XLIV; *Juan Terebeiko S.A.*, J.29.XLIV; *Sidesur S.A. Inmobiliaria del Sur*, S.362.XLV; *Automotores Maipú S.A.*, A.724.XLV; *Los Eolios S.A.*, L.141.XLV. Confirmación: CSJN, 19/5/2010, *Broda, Jorge y Roberto Soc. de Hecho*, B.361 XLIII; *Forzani, Juan José y otros*, F.1261.XLII; *Lattanzi, Juan Carlos*, L.759.XLII; *Gribaudo, Ricardo Agustín*, G.1884.XLII; *Tecsa S.A.*, T.362.XLI; *Druetto, Jacinto Marcelino Luis*, D.497.XLII; *Forzani, Roberto Felipe*, F.1260.XLII; *Zanco, Ángel Diego*, Z.191.XLII; *Zurvera, Omar Amadeo*, Z.64.XLIII; *Pesce, Jorge Oscar*, P.1099.XLII; *Zurvera, Alcides Ítalo*, Z.173.XLII; *Parola, Nelzon Balter*, P.1098.XLII; *Milicic S.A.*, M.449.XLIII; *Rubinzal y Asociados S.A.*, R.1384.XLII; *Weiss Oliva, Miguel Ángel*, W.60.XLII; *Juan Carlos Prola y Cía. S.R.L.*, J.64.XLI.

¹⁵³ CSJN, 19/5/2010, *Bertoto, Bruera y Cía. S.A.C. y F.*, Fallos 333:631; 19/5/2010, *Ingratta S.A.*, I.27 XLIII; 19/5/2010, *Debortoli, Estanislao*, D.194 XLI; 19/5/2010, *Lartex S.R.L.*, L.425 XLV; 2/3/2011, *CDR Comunicaciones S.A.*, C.147 XLVI; 2/3/2011, *Compañía Protel S.A.*, C.1013 XLVI; 19/4/2011, *BarbuyTeam S.A.*, B.732 XLVI; 17/5/2011, *Roberto Luis Pontoni y otros S.H.*, P.483 XLVI; 23/6/2011, *Homaq S.A.*, H.25 XLVII; 30/8/2011, *Humberto Batistella S.A.*, H.18 XLVI; 13/9/2011, *Frutos del Cuyo S.A.*, F.283 XLIII; 8/11/2011, *Germán Damilano S.A.*, G.530 XLVI; 23/4/2013, *Art Interacción S.A.*, A.1339 XLVIII, A. 1313 XLVIII.

¹⁵⁴ CSJN, 28/4/1948, *Petrus S.A. de Minas c/ Nación Argentina*, Fallos 210:855.

Los tributos que se comparan con un valor de renta son el impuesto a las ganancias (ganancia real) y el impuesto inmobiliario o contribución territorial (renta presunta proveniente de una explotación razonable).

La principal diferencia entre los dos tipos de tributos es que aquellos que se comparan con el capital recaen sobre un hecho imponible único, mientras que los que se comparan con la renta recaen sobre un hecho imponible recurrente. Todos los años se obtienen ganancias y se es propietario de inmuebles. En cambio, sólo de tanto en tanto se transmiten bienes gratuitamente, se venden inmuebles o se inscriben estatutos; se hace en forma irregular y pueden pasar largos períodos sin que eso ocurra.

De esta distinción resulta el razonamiento tácito de la doctrina de la Corte Suprema. Si se comparara con el capital los impuestos a las ganancias e inmobiliario, al cabo de muy pocos períodos el contribuyente habría perdido todo su capital, porque solamente tiene su renta como fuente renovable para hacer frente al tributo. En cambio, en el caso de los actos únicos, no puede usarse la renta, porque no implican, por su unicidad, un período fiscal determinado.

Esta afirmación es clara para los impuestos directos. Para los impuestos indirectos se exige una prueba adicional. Existen varios criterios de clasificación para distinguir entre los impuestos directos e indirectos, pero el más tradicional los divide según su posibilidad de traslación, siendo los directos los que no pueden trasladarse y los indirectos los que sí pueden trasladarse.¹⁵⁵ Si bien la doctrina ha criticado esta distinción,¹⁵⁶ no se ha llegado un consenso sobre una definición alternativa.

En el impuesto sobre los ingresos brutos y los impuestos específicos al consumo (habitualmente reconocidos como impuestos indirectos) la confiscatoriedad no puede alegarse si ha existido traslación, lo cual se presume. El contribuyente debe probar lo contrario, siendo tal prueba muy dificultosa.

Hay otros tributos a los que expresamente la Corte Suprema excluye del examen de la confiscatoriedad, que son aquellos que gravan actividades que, por el poder de policía, el Estado podría prohibir. En estos casos el Estado tiene el propósito de desalentar una determinada actividad.

¹⁵⁵Queralt, Juan Martín. Lozano Serrano, Carmelo. Poveda Blanco, Francisco. DERECHO TRIBUTARIO, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 33.

¹⁵⁶Vid. Jarach, Dino, FINANZAS PÚBLICAS Y DERECHO TRIBUTARIO, Ed. Cangallo, 1985, p. 260-264.

En cualquier caso, los intereses y multas no se toman en cuenta para determinar si un tributo es confiscatorio.

La superposición de tributos que pueden crear en su conjunto un resultado de confiscatoriedad fue tratada por la Corte Suprema, pero en ningún caso concreto prosperó. Hay varias razones para ello. La primera es cuando la acumulación de tributos proviene de distintos fiscos; no hay una regla satisfactoria para reducir la base imponible a un nivel que no sea confiscatorio. Podría ser *primum in tempore, potior in iure*, que daría preminencia a los tributos más antiguos sobre los más recientes. También podría ser mediante la proporcionalidad. El mismo contribuyente podría tener interés en dar preferencia a un tributo sobre otro.

Finalmente, queda muy claro que la confiscatoriedad no se presume, que debe ser probada en el caso concreto, que debe hacerse mediante un peritaje contable como mínimo y, en algunos casos, por otros también, y que el peritaje debe tener en cuenta los elementos correctos.

LA AUDITORÍA QUE FALTA

Por Victoria Villarruel

El pueblo argentino el próximo 10 de diciembre conmemorará 37 años de democracia desde la restauración del orden constitucional en 1983. A lo largo de estas casi cuatro décadas, hemos experimentado infinidad de cambios en lo que hace a las políticas estatales. Cada nueva gestión opta por discontinuar las medidas tomadas por la anterior o modificar las mismas para imprimirles una impronta que difumine lo realizado por quienes los precedieron.

Infinidad de temáticas han visto su total modificación en cada una de las gestiones presidenciales hasta la actualidad. En Defensa, Educación, Justicia, Salud, Relaciones Exteriores, todo ha sido susceptible de reforma para quienes creen que lo anterior siempre es malo y que lo nuevo siempre bueno, aunque luego los resultados desmientan a todos y a cada uno.

Sin embargo, existe un área que no ha sufrido mayores cambios y se mantiene pétreo aunque pasen gobiernos de opuesto signo político, y esa es el área de Derechos Humanos. Desde el '83 hasta la actualidad, todas las decisiones emanadas por todas las gestiones presidenciales en lo referente a Derechos Humanos y al ejercicio de los derechos a la Verdad, la Justicia y la Reparación han estado obligatoriamente encadenados al enfoque parcial y tendencioso que se instaló desde 1983 respecto del conflicto armado interno de los '70.

En efecto, y haciendo una simplificación, todas las políticas de reparación han buscado cubrir y beneficiar a un sector. Todos los denominados juicios de lesa humanidad han propiciado condenar solo a un sector, el ejercicio de la memoria que debiera ser mínimamente pródigo solo recuerda ciertos hechos, ocultando o directamente eliminando de la historia aquellos que no conviene recordar. Por supuesto, todos los que de alguna u otra forma son relevantes en este área del Estado, comparten una visión única sobre lo acontecido en la década del '70 en nuestro país. Nadie que cuestione los hechos como puerilmente se difunden al pueblo argentino alcanza una posición de relevancia en este entramado fuertemente anclado más en un relato que en los hechos históricos.

Y así los Derechos Humanos que debieran abarcar a la mayor cantidad de ciudadanos y ser integradores en su contenido, se terminan transformando en un arma con la cual se castiga o se premia según la ideología.

Pese a los intentos desde el poder por ocultar ciertas cuestiones relacionadas con la década del '70, lentamente la sociedad va tomando conciencia de los atroces crímenes cometidos por Montoneros y el ERP, el despilfarro de recursos y el costo de la corrupción relacionados con esta década tan dolorosa para todo el pueblo argentino.

Esta visión de cerradura respecto de los derechos humanos, se acrecentó y fortaleció sin ambages durante el kirchnerismo, al elegir la política de derechos humanos basada en el juicio y castigo de los agentes del Estado como eje central de su acción de gobierno, lo que les generó una eficiente pantalla que distrajo a la sociedad sobre el vaciamiento de los fondos públicos.

Ese festival de derechos humanos le costó al país cifras millonarias que han sido deliberadamente ocultadas a la opinión pública. Ninguna gestión, ni siquiera la de Cambiemos realizó una auditoría sobre este área que como un verdadero agujero negro absorbe recursos monetarios, edilicios, de personal, en una mega estructura más importante que cualquier otra por la prodigalidad de dinero que entrega así como por la vital importancia para servir de distracción ante lo que ocurre en otras áreas sensibles del Estado.

La denominada “política de Estado” respecto del juzgamiento de los agentes del Estado, que arrancó con el gesto grandilocuente y humillante a la vez de bajar un cuadro, permitió que los argentinos eviten posar su mirada sobre los costos y negocios relacionados con el tratamiento parcial de los 70. De esta manera, millonarias indemnizaciones, pensiones vitalicias, onerosos juicios de lesa humanidad, creación de oficinas estatales para atender cualquier aspecto por nimio que sea y el sostenimiento de cientos de personas en cárceles comunes, mantenido todo por el bolsillo de los sufridos ciudadanos, quedaron diluidas de la visión y permitieron que bajo consignas efectistas se perdiera el foco respecto de lo que se configura como “el curro de los derechos humanos”.

El aspecto más notorio pero no por ello conocido, es el relacionado con las indemnizaciones otorgadas por el Estado, principalmente a partir del gobierno de Carlos Menem. Allí miles se presentaron para ser reparados en los casos de desapariciones (Ley 24.411) y detenciones ilegales (Ley 24.043). Estas leyes luego se complementaron con una gran cantidad de normas que se detallarán con posterioridad donde podrá observarse la superposición de beneficios para los mismos ciudadanos. Dándose la situación de varios casos donde los beneficiarios son reparados más de una vez por la misma ley, supuesto que se da con la Ley 24.043 donde algunos presentantes perciben dos o tres indemnizaciones en su calidad de detenidos desaparecidos.¹⁵⁷

Es que este rubro, no está conteste con la profunda crisis económica que desde hace décadas soporta nuestro país, más bien uno asumiría que vivimos en un país del primer mundo, con un crecimiento económico sostenido al comprobar las cifras que se han otorgado en indemnizaciones a personas que en gran cantidad de casos, no fueron desaparecidos, sino que murieron en combate o armando bombas o tomándose la pastilla de cianuro que les ordenaba la comandancia de Montoneros. Y el mismo

¹⁵⁷ Ver en este mismo artículo El caso de las reparaciones de Labayrú, Gras y Gasparini.

parámetro encontramos con aquellos que son reparados por su detención, cuando en gran número de ejemplos son personas detenidas legalmente, juzgadas por jueces civiles, amnistiadas por Cámpora y que luego volvieron a la vía armada. En definitiva resulta reprochable que el Estado otorgue reparaciones a declarados miembros de organizaciones armadas que cometieron actos de terrorismo mientras sus víctimas no cuentan con el más mínimo reconocimiento moral o pecuniario por parte del Estado.

De hecho, uno de los remedios ante situaciones de post conflicto armado, es la de indemnizar a las víctimas ante la imposibilidad de llevar adelante procesos judiciales. Pero aquí en Argentina, no solo se otorgaron millonarias y abundantes indemnizaciones, sino que a más de 20 años de los hechos se realizaron juicios que han demandado un esfuerzo económico al Estado que ha puesto en jaque casi la misma estructura judicial.

Para desarrollar más estos aspectos, vamos a profundizar en las tres cuestiones sobre las que es vital realizar una auditoría seria respecto de los costos que le eroga al Estado argentino esta política:

- El valor total de las indemnizaciones otorgadas por el Estado argentino, principalmente por las 2 leyes troncales, la Ley 24.043 y la Ley 24.411.
- El costo de las prisiones en cárceles comunes y domiciliarias desde 1998 hasta la actualidad.
- El costo de los juicios de lesa humanidad, teniendo presente que existen 592 causas actualmente en juicio en distintas etapas procesales.

Comenzaremos con el costo de las reparaciones a quienes sufrieron abusos por parte del Estado, así como a ex-integrantes de las organizaciones armadas terroristas y a sus familiares, cuya erogación según las leyes promulgadas que se detallarán al final fue estimada en la *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Bs As*,¹⁵⁸ por el Dr. Emilio Cárdenas, quien refiere que el monto de indemnizaciones pagadas hasta el 2008, exclusivamente a las víctimas de las acciones de agentes estatales, asciende a U\$S 1.277.000.000¹⁵⁹ en función de la Ley 24.411, y de U\$S 648.000.000 en función de la Ley 24.043. Mencionemos que lo referido por el Dr. Cárdenas obra hasta el 2008, debiendo agregar que durante todo el gobierno de Cristina Fernández se otorgaron gran cantidad de indemnizaciones por ambas leyes, que deben ser incluidas en el número final.

El Estado no sólo ha reparado a los familiares y ex-integrantes de las organizaciones armadas sino que también decidió iniciar una persecución penal cuarenta años después de los hechos a pesar de los impedimentos legales para hacerlo. De alguna manera, las reparaciones al daño sufrido pueden ser contestes con la suspensión de una persecución penal, tal como afirmó el ministro Fayt en el considerando 48 de su voto en el caso

¹⁵⁸Tomo 68 N°1, de julio de 2008, página 26 nota al pie.

¹⁵⁹ Convertidos al valor del dólar en 2008.

“Mazzeo”, “las ...medidas que impliquen la imposibilidad del castigo penal no merecen objeciones si se acompañan con el respeto del derecho de las víctimas a una compensación y a la verdad”. Pero en la Argentina sobre una exorbitante política de reparaciones, se instauraron no sólo la voracidad del beneficio económico sino también los deseos de venganza. En cambio, las víctimas civiles inocentes que dejaron las organizaciones armadas terroristas cuyo número supera las 17.000 personas, nunca tuvieron acceso a las reparaciones, ni a los juicios de lesa humanidad que han reclamado judicialmente hasta el presente.¹⁶⁰

El curro de los derechos humanos, como definió el presidente Mauricio Macri en su momento a esta dilapidación de fondos públicos, costó al Estado (juicios nulos, encarcelamiento arbitrario y reparaciones asimétricas, sin contar pensiones vitalicias, exenciones impositivas, cargos públicos en el Estado, sostenimiento de memoriales y museos, así como del Predio de la ex ESMA, subsidios a ONGs, etc.) aproximadamente U\$S 2.500.000.000 de los cuales gastó más de U\$S 550.000.000 (sin los costos de detención) para acusar a 3000 personas y encarcelar a 1.000 gerontes.

Como contrapartida a lo obrado en Argentina, en el informe preparado por la *Comisión por la Verdad y la Reconciliación* firmado por el arzobispo Desmond Tutu de Sudáfrica, se consignan 83.631 casos de violaciones en los que se optó por aplicar políticas de perdón.

Entre otros fundamentos el Arzobispo explica en el punto 23 de su informe: “*Otra razón por la que Nuremberg no era una opción viable, era porque nuestro país no podía disponer de los recursos en tiempo, dinero y personal que habríamos tenido que invertir para este tipo de operación*”.

No fue la opción contemplada en nuestro país, por lo que la materialización de la decisión política de encarcelamiento de militares a una cápita mensual base en 2020 de \$50.000, teniendo siempre presente que se trata de una población carcelaria especial y por ende más onerosa, integrada por gerontes con alto consumo de medicamentos, que requieren alimentación especial, frecuentes traslados a centros hospitalarios, estudios médicos costosos, etc., demandan que el Estado haya erogado constantemente desde 1998 hasta el presente cifras altísimas para el sostenimiento de esta política estatal. Diferentes etapas se han configurado desde que ingresó el primer detenido por delitos de lesa humanidad que ha permanecido en prisión 22 años, hasta el presente donde se encuentran aproximadamente 220 detenidos en cárceles comunes, con picos como el del 2008 de 650 detenidos en distintos establecimientos penitenciarios del país.

Para ejemplificar en el 2008, la cápita por detenido era de \$ 18.000 por persona por mes, habiendo 650 presos detenidos en cárceles comunes, por lo que el costo era de \$ 11.700.000 mensuales. Esta cifra ascendía anualmente a \$140.400.000 (U\$S 17.550.000 a un cambio oficial de \$8 en 2008). Número que hay que multiplicarlo por

¹⁶⁰ Causa Larrabure actualmente en trámite desde el 2004.

la cantidad de personas detenidas desde 1998 hasta el 2020, con las variaciones de nuestra moneda y de cantidad de detenidos.

Es fundamental resaltar que este valor no incluye ni considera los costos del mantenimiento de las prisiones domiciliarias (pulseras, traslados, controles, etc.), las cuales incrementan aún más el monto de las detenciones ya mencionadas. Según el informe anual emitido el 23 de marzo de 2020 de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, actualmente hay 913 personas detenidas.

Un tercer aspecto de esta escandalosa trilogía, es el costo de los juicios realizados en distintos puntos del país, pero antes de ingresar en ese análisis es prudente revisar brevemente cómo funciona la mecánica de este tipo de juicios.

Tomaremos una megacausa como la del caso “ESMA”, que es por demás elocuente. A partir del momento que estos crímenes son declarados de lesa humanidad (2004/2005) en estos quince años, luego de cuatro juicios orales (“ESMA I” que llevó a juicio sólo a un imputado, “ESMA II o 1270”, “ESMA unificada” y ESMA IV) que insumieron más de 9 años, el Estado sólo logró llevar a juicio, primero a un único imputado, luego en un segundo juicio a 19, en el tercero a 64, y en el cuarto a 10 de los cuales 7 fallecieron durante el desarrollo del debate.

Los 19 acusados en el segundo juicio fueron también imputados en el tercer juicio, por casos diferentes pero pertenecientes a la misma plataforma fáctica, y ya se encuentra en preparación un quinto juicio “ESMA V”. Este mecanismo cíclico diseñado por el Estado, creó un círculo vicioso en el cual los justiciables y los testigos se repiten *sine die* en un estado de juicio permanente, cuya verdadera finalidad no sería otra que bloquear a la justicia federal para permitir la prescripción de las causas por narcotráfico y corrupción.

Un informe de la OEA, de marzo de 2013, señala que entre 2007 y 2010 prescribieron 63 causas penales por corrupción y hubo una sola sentencia firme, que fue absolutoria. Un juez federal dijo al Comité de la OEA, que esto sucedía porque el Poder Judicial está congestionado por las causas de derechos humanos.¹⁶¹

El costo estimado de los juicios de lesa humanidad celebrados en el país entre 2003 y 2020, es superior a los U\$S 550.000.000 sin haberse considerado costos adicionales tales como alquileres de teatros, insumos, comidas, traslados de funcionarios del Poder Judicial a Europa y EE.UU para recoger testimonios, traslados de testigos, pagos a éstos, ni el costo de la infraestructura de apoyo (psicólogos y otros profesionales que asistieron a los testigos durante los procesos) etc. sumado al alojamiento de los acusados en prisiones, brevemente detallado más arriba.

¹⁶¹ Manfroni, Carlos, Diario Clarín 29/9/13.

El cálculo de los juicios de lesa humanidad es aproximado, porque se toma un número base de empleados judiciales, se estipula una duración de 3 años en los juzgados federales y de 3 años en los tribunales orales, si bien en la mayoría de los juicios estos plazos se exceden. Esto se complementa con el trabajo de las fiscalías y defensorías y se reduce a la mitad, dado que no son los únicos juicios en los juzgados tomados como muestra, aunque en la mayoría de los casos son los que demandan mayor trabajo y esfuerzo procesal. Según lo informa la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, a cargo de la fiscal federal María Ángeles Ramos, al 16 de marzo de 2020 *“la cantidad de causas en trámite es de 592 causas, de las cuales el 45% están en etapa de instrucción (266), el 41% obtuvo sentencia (241), el 11% está elevada a juicio (65) y solo el 3% está actualmente en juicio oral (20)”*. En este sentido, con respecto a la temporalidad del proceso de juzgamiento, el documento muestra que para que una sentencia quede firme se necesita un promedio de 5,3 años desde su radicación ante un tribunal oral, la realización del juicio y el veredicto definitivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁶² Por lo que nuestro cálculo de 3 años para la etapa oral es por demás humilde.

“Tomando en consideración estos promedios y aun suponiendo que las 244 causas que hoy están en etapa de instrucción sean elevadas a juicio durante 2019 podría estimarse que continuarán en trámite hasta 2025”, señala la Procuración. Ese año se cumplirán casi 50 años desde el golpe militar.¹⁶³ Proyecciones menos optimistas hablan de juicios de lesa humanidad para los próximos 10 o 15 años.

El costo, la extensión de los juicios, el que los mismos se planteen en forma consecutiva sin posibilidades de finalización, al compararlos con juicios internacionales de similar contenido, se hace más patente la intencionalidad ideológica y económica de los mismos en Argentina. En ese sentido, juicios internacionales sustanciados a los máximos responsables de hechos de gran magnitud en comparación con lo ocurrido en los años '70 en nuestro país, dan una idea de la dimensión de estos procesos. En Camboya por ejemplo los juicios incoados por delitos cometidos por los máximos responsables del Khmer Rouge (Partido Comunista Camboyano) a quienes se los acusó por la muerte de 50.000¹⁶⁴ personas y más de un millón de víctimas en los años '70, se desarrollaron desde julio de 2007 hasta fines de 2013, con un costo total de U\$S 200 millones¹⁶⁵ (U\$S 33.333.333 por año).

En 2006 la revista de la Cruz Roja Internacional publicó un artículo de Pierre Hazan *“Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición”*, en el que da cuenta que: *“El Consejo de Seguridad de la ONU*

¹⁶² Informe de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, publicado el 23/3/20 en la página web www.fiscales.gob.ar.

¹⁶³ Tarricone, Manuel, 24 de marzo: Datos sobre el avance de los juicios por delitos de lesa humanidad. Chequeado, 24/3/19. La diferencia de cifras en los juicios en etapa de instrucción es porque este artículo es un año anterior al que precede.

¹⁶⁴ En un conflicto calificado como autogenocidio.

¹⁶⁵ “Justice and the killing fields”, The Economist, November 2nd 2013, pág. 47.

también creó los dos tribunales ad hoc de las Naciones Unidas, el de la ex Yugoslavia y el de Ruanda, cuyos gastos de funcionamiento representan más del 15% del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas. Desde su creación, en 1993-1994, sólo esos dos tribunales han costado a las Naciones Unidas más de 1.600 millones de dólares EE. UU.; juntos, su costo actual supera los 250 millones de dólares anuales”. Más adelante, en relación al tribunal internacional de Ruanda encargado de juzgar a los responsables del genocidio que dejó más de 800.000 víctimas agrega: “Sin duda, hubiera sido mejor invertir los 700 millones de dólares (US\$ 31.818.181 anuales) que costó el TPIR (Tribunal Penal Internacional para Ruanda) hasta ahora en reconstruir el sistema judicial y el Estado de derecho en Ruanda, y en morigerar la tendencia del Gobierno al autoritarismo”.

Un ejemplo del dispendio de medios en este tipo de procesos, lo configura el del ex ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires Jaime Smart, procesado en 12 causas por el mismo delito (el hombre de atrás del escritorio), en cada causa fue tramitado un incidente de prisión domiciliaria, (dada su avanzada edad), con lo cual el mismo trámite se reiteró en 12 oportunidades. El juez Pablo Vega en el dictamen del 31/8/17, del TOF 1 de La Plata¹⁶⁶ dijo: “... las causas por delitos de lesa humanidad, cuyo juzgamiento corresponde a esta jurisdicción, han ido hipertrofiando el volumen de expedientes que tramitan ante esta judicatura, lo cual se ha erigido en fuente de atraso para la resolución no solo de esta clase de asuntos sino también de las cuestiones federales de índole ordinaria. Basta con revelar la cantidad de causas cuya acción penal fue extinguida por haber transcurrido el plazo razonable de la duración del proceso, como para dar idea cabal de la coyuntura materializada en el período que corre desde el año 2009 hasta el 2015 con relación a aquella clase de cuestiones federales”.

¹⁶⁶ En autos “FLPP Nro 34000189/2009/TOF1 caratulados Ferreyro, Miguel Ángel y otros”.

Cuadro comparativo de juicios por crímenes de lesa humanidad

Estado	Víctimas directas	Costo de los juicios en dólares	Período valorizado	Costo anual aproximado en dólares
Camboya	Más de 1.000.000	200.000.000	2007-2013 (6 años)	33.000.000
Ruanda	Más de 800.000	700.000.000	1994-2006 (12 años)	58.333.333
Argentina	Aprox. 8.000 ¹⁶⁷	550.000.000 más costo de las prisiones en cárceles comunes y domicilios	2003-2020 (17 años)	34.827.941
Sudáfrica	83.631	Sin costo		Sin costo

El caso de las reparaciones de Labayru, Gras y Gasparini

Para que visualicemos el tema de las reparaciones desde lo práctico, creo importante detallar algunos de los miles de casos donde las reparaciones concedidas por el Estado adquieren tintes oscuros. El acceso a la información de las reparaciones sigue siendo un “secreto de Estado” no obstante se pudo obtener algo de información acerca de las indemnizaciones abonadas por el Estado, donde salieron a la luz casos de personas que cobraron más de una vez por la misma ley. Hechos que acontecieron con personas allegadas al ex montonero Martín Gras,¹⁶⁸ quien fue nombrado en la Secretaría de Derechos Humanos con el cargo de Subsecretario de Protección de Derechos Humanos, a partir del 14/01/08, por resolución del MJS y DH 1164/10 publicado en el BO 16/01/08 p3, conforme a la normativa 82/08. Dos años después, el 17 de mayo de 2010, fue puesto al frente del “Plan Nacional de Derechos Humanos”, como Secretario Ejecutivo, creado por Cristina Fernández de Kirchner por Decreto N° 696, dependiente de dicha Secretaría. Gras, como muchos ex-montoneros pusieron en práctica una máxima que solía repetir Galimberti “*estar fuera del Estado es vivir en el error*”.

Silvia Labayru, miembro de Montoneros, cobró las reparaciones previstas en la Ley 24.043, en tres oportunidades:

¹⁶⁷ Graciela Fernández Meijide, madre de un desaparecido e integrante de la CONADEP, reafirmó públicamente que el número de víctimas directas de los miembros de las organizaciones armadas es de 7954, y reconoció que la difusión del número 30.000 fue un ardid político para llamar la atención de ciertos países y organizaciones internacionales. (http://www.perfil.com/contenidos/2009/08/03/noticia_0020.html, consultada el 9 de enero 2014).

¹⁶⁸ Juan Bautista Yofre en su libro “Volvieron a matar” publicó una síntesis de las causas por las cuales Gras fue procesado y condenado durante su militancia en las FAR.

- El 24 de octubre de 1996, percibió peso-dólar 31.256, según expte. del Ministerio del Interior N° 384.813/95, liquidación N°11.450, operación N° 81.031, en bonos PRO2. (Importe liquidado a la fecha de emisión del bono: \$ 31.256).
- Después de su declaración en la causa ESMA 1270, en 2010, Labayru inició un nuevo expediente más pero con 2 subexpedientes, uno en 2011 y otro en 2012, cuyos pagos percibió en 2013 y en 2015.

Junto al primero inició también el trámite su hija Vera, quien nació en la ESMA y cobró en 2012. En efecto:

- Por el primer Expte. N° 70.669/11 tramitado quince años después del primero, ante el Ministerio de Justicia Sec. DDHH, Silvia Labayru el 13 de febrero de 2013, cobró \$443.723, operación N°574.781, liquidación N°14.898 en bonos PR 14 serie 7, cupón 12 (Importe liquidado a la fecha de emisión del bono: \$ 325.969,22).
- Por el segundo Expte N° 70669/11*, tramitado también ante el Ministerio de Justicia Sec. DDHH, el 22 septiembre de 2015 cobró \$ 3.113.467, en Bonos PR 14 serie 7, cupón 23) operación N°596.991. (Importe liquidado a la fecha de emisión del bono: \$ 417.985,12).
- Por su parte la hija de Labayru, Vera LennieLabayru, quien declaró por primera vez en la causa ESMA unificada, cobró el 21 de diciembre de 2012 por la misma Ley 24.043, el monto de \$483.491 en bonos PR 14 serie 7, cupón 12. (Importe liquidado a la fecha de emisión del bono: \$355.182,65) Expte. del Ministerio de Justicia Sec. DDHH N°3159/11.

Téngase presente que, la breve estadía de Vera en la ESMA fue consecuencia del estado de gravidez de su madre, quien sí estaba detenida.

Vera no estuvo más de dos semanas con su madre, pero debió haber reclamado por la Ley 25.914 promulgada en 2004 que reza: “*Establécense beneficios para las personas que hubieren nacido durante la privación de la libertad de sus madres, o que siendo menores hubiesen permanecido detenidos en relación a sus padres, siempre que cualquiera de éstos hubiese estado detenido y/o desaparecido por razones políticas, ya sea a disposición del Poder Ejecutivo nacional y/o tribunales militares y/o áreas militares, con independencia de su situación judicial, podrán acogerse a los beneficios instituidos en la presente ley*”. Es interesante destacar que el Estado por un lado asume que en los '70 los niños estaban privados de su libertad al estar compartiendo las instalaciones donde su madre era considerada ilegítimamente detenida, mientras que por otro lado la legislación actual prevé,¹⁶⁹ que en el caso de mujeres detenidas

¹⁶⁹ La ley 24.660 prevé:

embarazadas, es legítimo que el niño permanezca en prisión hasta los cuatro años. Es decir, el menor sufre las consecuencias de la situación jurídica que le impone tanto la madre por los actos de ésta, como el Estado que actúa ante el delito de la madre, sin tener en consideración que el niño termina pagando una condena a cuatro años por delitos que no cometió impuesto por un Estado democrático. Con el agravante que a los cuatro años lo dejan repentinamente sin madre, pues el menor pasa a vivir con otro miembro de la familia hasta que se cumpla la pena de la madre. Es decir, el niño sufre las consecuencias del estado jurídico de su madre.

Silvia Labayru comparte con Martín Gras, el privilegio de haber cobrado en tres oportunidades por la misma ley.

- El 14 de noviembre de 1997, Gras cobró por cuenta del Ministerio del Interior peso-dólar 34.650 en bonos PRO2 cupón 8. Expte 337484/92, liquidación 11.887. (Importe liquidado a la fecha de emisión del bono: \$31.179).
- El 21 de noviembre de 2011, cobró \$ 463.320 en bonos PR14 cupón 7, Expte. 337484/92**, liquidación 14.399 (Importe liquidado a la fecha de emisión del bono: \$ 391.600,75), por cuenta del Ministerio de Justicia.
- El 7 de enero de 2015 Gras cobró \$ 348.981 en bonos PR14 cupón 20, Expte 14664/12 (Importe liquidado a la fecha de emisión del bono: \$ 199.645,65), por cuenta del Ministerio de Justicia.

Otro caso digno de mención es el de Juan Gasparini o Gaspari, también miembro de la organización armada Montoneros. Resulta de particular interés toda vez que incorporó la documentación de la liquidación de su beneficio, a la causa 19/97, incoada por el juez Baltasar Garzón en Madrid.

Según la Resolución del Ministerio del Interior del 11 de julio de 1997, a Gasparini le correspondía percibir el importe por 934 días de “prisión efectiva”, conforme

ARTICULO 136. — Situaciones especiales. Las necesidades especiales de cualquier persona o grupo serán atendidas a fin de garantizar el pleno acceso a la educación, tal como establece la Ley de Educación Nacional 26.206. La mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo, el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la continuidad y la finalización de los estudios, tal como lo establece el artículo 58 de la Ley de Educación Nacional.(*Artículo sustituido por art. 1º de la [Ley N° 26.695](#) B.O. 29/08/2011*).

ARTICULO 192. — En los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se adoptarán las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad.

ARTICULO 193. — La interna embarazada quedará eximida de la obligación de trabajar y de toda otra modalidad de tratamiento incompatible con su estado, cuarenta y cinco días antes y después del parto. Con posterioridad a dicho período, su tratamiento no interferirá con el cuidado que deba dispensar a su hijo.

dictamen de la Secretaría de Derechos Humanos glosado en el expediente iniciado por éste.

El 16 de septiembre de 1996, Alicia Pierini, la ex teniente “Licha” de la organización Montoneros, y secretaria de derechos humanos, resolvió dar: “*por acreditados 934 días de prisión efectiva*” (glosada a fs. 145 del Expte. 345281/92). Consta, también en dicho Expte. una segunda notificación con fecha 14/08/97, por la cual Gasparini fue notificado que tenía a su disposición el monto de \$69.732,44, a un valor diario de 74,66 peso-dólar, empero el beneficiario no regresó a la Argentina para cobrar dicho beneficio, hasta después de haber obtenido un indulto individual otorgado por el presidente Menem.

Gasparini estuvo detenido en la ESMA, según sus dichos, entre el 10 de enero de 1977 y agosto de 1978,¹⁷⁰ de ello resulta que debería haber cobrado un total real de 598 días, es decir, cobró 336 días más, como si hubiese estado efectivamente detenido hasta el 1° de agosto de 1979.¹⁷¹

Gasparini, entonces cobró dos veces el beneficio de la Ley N° 24.043 en el año 1998 y en el 2005, por un monto de \$61.455 y \$118.740 respectivamente. Expte. 345281/92 (2 subexpedientes).

Entre los fundamentos de Pierini, para justificar el monto de la reparación a Gasparini, por los días de detención, se lee: “*Resulta evidente que la finalidad de la ley 24.043 conforme surge del propio debate parlamentario (sesiones del 20/10/91 y el 27/11/91 de las Cámaras de Senadores y Diputados respectivamente, fue la “REPARACIÓN HISTÓRICA” para aquellas personas que hayan sufrido detención durante el último gobierno militar (especialmente en el transcurso del estado de sitio impuesto entre el 6 de noviembre de 1974 y el 10 de diciembre de 1983). La voluntad del Poder Ejecutivo Nacional es “...dar una solución de equidad a situaciones en las cuales la estricta y objetiva aplicación de las normas jurídicas conducen a resultados no equitativos...” (conforme surge de los Considerandos del Decreto N° 70/91 del P.E.N) lo cual fue manifestado por el Estado Nacional a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (...)*

Así mismo es de destacar que las exigencias formales establecidas por vía reglamentaria, no pueden llegar al extremo de desvirtuar la finalidad de la ley, máxime cuando se trata de hechos producidos durante un lapso de ilegalidad y procedimientos de facto. Por ello es que si la ley prevé un beneficio para aquellas personas que siendo civiles haya sido

¹⁷⁰ Tal como afirmó Gasparini en la causa 1270, en su declaración del 8 de octubre de 2004 glosada a fs. 11944 de la causa ESMA 14217, y ante el juez Baltazar Garzón, el 26 de febrero de 1997, en autos de la causa 19/97 del registro del juzgado de Instrucción N°5 de Madrid, que corre por cuerda de autos principales de la causa 14.217, donde expresó: “*Que estuvo arrestado ilegalmente y privado de la libertad durante veinte meses en la Escuela Superior de Mecánica de la Armada de Buenos Aires, dado por desaparecido entre enero de 1977 y agosto de 1978*”.

¹⁷¹ La oficina Federal de Refugiados de Suiza confirmó que el 23 de junio de 1980 se le otorgó asilo en Suiza (Cfr. Fs. 11.198 sumario 19/97 del juzgado 5 de instrucción de Madrid). Oportunidad a partir de la cual no puede alegarse que Gasparini estaba bajo alguna forma de supuesto control ejercido por la ESMA en territorio extranjero.

privadas de su libertad por actos de Tribunales militares no puede serle negado el beneficio de aquellas otras que han sido secuestradas y mantenidas en condición de desaparecidas en centros clandestinos de detención. Ello es así porque lo que se persigue es otorgar una reparación en virtud de que las autoridades las detuvieron no tenían facultades legales para hacerlo, por ende la detención fue absolutamente ilegal.

Si se establece que el arresto a disposición de un Tribunal Militar estaba viciado de ilegalidad (siendo ese el fundamento del otorgamiento del beneficio), con mayor razón hay que atacar de ilegal la detención sufrida por el interesado. Además, resulta obvio destacar que las condiciones de detención de estos casos tanto en lo físico como en lo psicológico, y en lo personal como en lo familiar, resultaron objetivamente peores que las de los casos mencionados expresamente en la ley. Lo expresado se funda en la articulación armónica de los arts. 16 de la Constitución Nacional, y 15 y 16 del Código Civil que consagran la igualdad ante la ley y la aplicación de la ANALOGÍA para casos similares. (...).

IV) A los efectos de practicar el cómputo de efectivo (Art. 4to párrafo segundo de la ley ya citada) acaecido el 01/01/77 (fs. 79 y 105) y la del cese del arresto ocurrido con fecha 01/08/79 (fs. 7 y 136) con lo que se acreditan 934 días de detención. (cfr. folio 143 Expte N° 345281/92 del 16 de septiembre de 1996).

Brevemente listaremos las leyes reparatorias promulgadas por el Estado Argentino en los últimos 37 años de democracia, analizando las mismas por cada presidencia desde 1983 hasta el presente y luego tomando las de la Provincia de Buenos Aires, a modo de ejemplo.

GOBIERNO DE RAÚL ALFONSÍN **10 de diciembre 1983 al 8 de julio de 1989**

- 1- 10 de diciembre de 1986, Ley 23.466¹⁷² del y Decreto Reglamentario N° 1228/87: *Otorga una pensión no contributiva a las familias de personas desaparecidas (esposas, padres, hijos, hermanos), acaecida antes del 10 de diciembre de 1983.*
- 2- 27 de abril de 1988 Ley N° 23.552 extiende los beneficios de la Ley 23.446.

GOBIERNO DE CARLOS MENEM **8 de juliode 1989 al 10 de diciembre de 1999**

¹⁷² Modificatorias: N° 23.793 del 03/08/1990, y N° 26.267 del 03/07/2007. Complementaria: Ley 24.734 del 06/12/1996. Resoluciones N° 69 del 23/10/1995, de la Administración Nacional de la Seguridad Social: Pensiones no Contributivas, N° 445 del 27/11/1995 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social pensiones acordadas por leyes especiales.

- 3- 10 de agosto de 1989, Ley N° 23.690 extiende los beneficios de la Ley 23.446.
- 4- 3 de agosto de 1990 Ley N° 23.793 extiende los beneficios de la Ley 23.446.
- 5- 10 de enero de 1991, Decreto N° 70: *Indemnización para aquellas personas que hubieran sido puestas a disposición del PEN, antes del 10 de diciembre de 1983 y que, habiendo iniciado juicio por indemnización de daños y perjuicios por tal motivo antes del 10 de diciembre de 1985, no hubieran obtenido satisfacción por haberse hecho lugar a la prescripción mediante sentencia firme.*
- 6- 23 de diciembre de 1991, Ley 24.043¹⁷³ y Decreto 2722/91: *Indemnización a las personas que hubieran sido puestas a disposición del P.E.N antes del 10 de diciembre de 1983, durante la vigencia del estado de sitio, o siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares, haya habido o no sentencia condenatoria en este fuero. El pago del beneficio importa la renuncia a todo derecho por indemnización de daños y perjuicios en razón de la privación de libertad, arresto, puesta a disposición del Poder Ejecutivo, muerte o lesiones y será excluyente de todo otro beneficio o indemnización por el mismo concepto.*
- 7- 8 de junio de 1994, Ley 24.321 y Decreto N° 897/94 de promulgación: *Declaración de ausencia. Juez competente, procedimientos, efectos civiles. Ausencia con presunción de fallecimiento.*
- 8- 28 de diciembre de 1994, Ley 24.411,¹⁷⁴ Decreto N° 2368/94 de promulgación y Decreto de reglamentación N° 403/95: *indemnización, por medio de sus causahabientes, a aquellas personas que hubieran desaparecido y también a los que hubieren fallecido como consecuencia del accionar de las Fuerzas Armadas, de Seguridad o de grupos paramilitares.*
- 9- 4 de agosto de 1997, Decreto N° 726¹⁷⁵ del: *emisión de Valores de la Deuda Pública Nacional denominados Bonos de Consolidación de Moneda Nacional, segunda serie y Bonos de Consolidación en Dólares Estadounidenses, segunda serie, en las condiciones de la Ley 23982, a fin de atender las obligaciones emergentes de la Ley 24.411.*

¹⁷³ Modificatorias y complementarias: Leyes N° 24.436 del 11/01/1995, N° 24.906 del 16/12/1997, N° 25.497 del 19/11/2001, N° 25.814 del 28/11/2003, N° 25.985 del 05/01/2005, N° 26.178 del 18/12/2006 y N° 26.521 del 15/10/2009.

¹⁷⁴ Modificatorias y complementarias: Leyes N° 24.499 del 07/07/1995, N° 24.823 del 23/05/1997, N° 25.814 del 28/11/2003, N° 25.985 del 05/01/2005, N° 26.178 del 18/12/2006 y N° 26.521 del 15/10/2009.

¹⁷⁵ Complementaria: Resolución N° 389/97, Secretaría de Hacienda, emisión de bonos de consolidación en moneda nacional. segunda serie y en dólares estadounidenses segunda serie, de acuerdo con la opción ejercida por los beneficiarios de la Ley N° 24.411.

10- 10 de septiembre de 1997, Resolución N° 965 del Ministerio de Economía y Servicios Públicos: *Apruébense los Formularios de Requerimiento de Pago y Requerimiento global de Pago de la Ley N° 24.411, Decreto N° 726/97 y determina: 1) el monto de indemnización por persona de 224.000 dólares, y 2) un acta de conformidad que el beneficiario debe firmar con la cláusula:se cancela el 100% de la deuda, renunciando en forma total expresa y absoluta a toda acción judicial o extrajudicial por las obligaciones que se cancelan con los Bonos Serie II, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 24.411 y Decreto N° 726/97.*

GOBIERNO DE FERNANDO DE LA RÚA
10 de diciembre 1999 al 21 de diciembre 2000

11- 24 de noviembre de 2000, Ley 25.192¹⁷⁶ y Decreto N° 1239/2000 de reglamentación: *indemnización a los causahabientes de las personas que fallecieron entre el 9 y el 12 de junio de 1956, a consecuencia de la represión del levantamiento cívico militar de esas jornadas, tendrán derecho a percibir un beneficio extraordinario.*

GOBIERNO DE NÉSTOR KIRCHNER
25 de mayo 2003 al 10 de diciembre 2007

12- 25 de agosto de 2004, Ley N° 25.914 y Decreto N° 1096/2004 de promulgación: *beneficios para las personas que hubieren nacido durante la privación de la libertad de sus madres, o que siendo menores hubiesen permanecido detenidos en relación a sus padres. Alcances a víctimas de sustitución de identidad.*

13- 3 de julio de 2007, Ley 26.267 extiende los beneficios de la Ley 23.446.

CRISTINA FERNÁNDEZ
10 de diciembre 2007 al 10 de diciembre de 2015

14- 25 de noviembre de 2009, Ley N° 26.564, Decreto N° 2043/2009 de promulgación: *Inclúyase en los beneficios establecidos por las Leyes N° 24.043 y N° 24.411, sus ampliatorias y complementarias a aquellas personas que, entre el 16 de junio de 1955 y el 9 de diciembre de 1983, hayan estado detenidas, hayan*

¹⁷⁶ Complementarias: Leyes N° 23.982 del 22 agosto 1991, N° 25.152 del 15 septiembre 1999, y Ley N° 25.725 del 27/12/2002.

sido víctimas de desaparición forzada, o hayan sido muertas en alguna de las condiciones y circunstancias establecidas en las mismas.

15- 27 de noviembre de 2013, Ley N° 26.913, Decreto N° 2162/13 de promulgación y Decreto N° 1058/14 de reglamentación: *pensión graciable para aquellas personas que hasta el 10 de diciembre de 1983 que acrediten haber estado detenidas por causas políticas, gremiales y/o estudiantiles, entre otros, hasta el 10 diciembre de 1983.*

16- El 27 de mayo de 2015, Ley N° 27.143, que establece que la solicitud de los beneficios reparatorios consagrados por las Leyes N° 24.043, N° 24.411 y N° 26.564 no tienen plazo de caducidad. El Poder Ejecutivo debe proceder a incluir en el proyecto de ley de presupuesto general de la Administración Nacional para cada año el crédito necesario para atender al pago de los beneficios de las citadas leyes.

17- El 19 de agosto del 2016, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, registró la Resolución N° 670-E/2016 por la cual se dirimió que a quienes se presentaban a reclamar el beneficio de la Ley N° 24.043 alegando el exilio forzoso se les iba a reconocer previa prueba, el 25% de lo que se reconoce a quienes se encontraban privados de su libertad, esto a consecuencia de la inmensa cantidad de presentaciones realizadas ante este ministerio para ser reconocidos como beneficiarios.

REPARACIONES DE LAS PROVINCIAS

PROVINCIA DE BS AS

Las provincias también promulgaron leyes de reparación. En la provincia de Buenos Aires se aprobaron, entre otras, las siguientes leyes:

LEY N° 11.914

La Ley N° 11.914 otorga becas para estudiantes hijos de desaparecidos equivalentes a una pensión no contributiva, y cobertura asistencial de salud cuando no le fuera provista por su condición de estudiante.

LEY N° 12.545

Reconoce el cómputo de antigüedad y ajuste por cargo, para integrantes del Servicio Penitenciario o Policía de la Provincia declarados prescindibles en 1976.

LEY N° 13.026

Reconocimiento a los fines jubilatorios de la antigüedad de personas que hayan sufrido prisión, exilio o privación de la libertad que no fueren consecuencia de la comisión de delitos comunes, hayan sido exoneradas, cesanteadas o inducidas a renunciar a los cargos públicos que ejercían en cualesquiera de los Poderes del Estado Provincial, Entes Autárquicos, Municipios y el Banco de la Provincia de Buenos Aires, o en ejercicio de cargos electivos o desempeñándose en funciones con mandato fijo al 16/09/55, 5/06/62, 28/06/66 y 24/03/76. En el mismo sentido la provincia de Neuquén aprobó la Ley N° 2865 otorgando una indemnización de 30 salarios mínimo, vital y móvil a personas que fueron cesanteadas durante la última dictadura militar.

LEY N° 13.697

Establece la exención impositiva de inmuebles que fueron última vivienda de personas desaparecidas por el accionar de las fuerzas armadas, de seguridad o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10/12/83.

LEY N° 13.745

Otorga un subsidio mensual y vitalicio equivalente a la remuneración mensual que percibe un agente del Agrupamiento Jerárquico Categoría 24 con treinta (30) horas de labor semanal de la Administración Pública Provincial, para los progenitores de personas que hayan sido secuestradas y desaparecidas o muertas por causas de la represión ilegal en el período comprendido entre el 6 de noviembre de 1974 y el 10 de diciembre de 1983.

LEY N° 13.807

Otorga una pensión graciable equivalente al nivel de remuneración del Personal sin Estabilidad, categoría Director Provincial o General de la Ley N° 10.430, para personas que durante el período comprendido entre el 16 de septiembre de 1955 hasta el 12 de octubre de 1963, hubiesen sido detenidos, procesados, condenados y/o permanecido a disposición del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, de la Justicia Federal o Provincial, o detenidos y condenados por tribunales militares y/o consejos de guerra del "Plan CONINTES", por cuestiones políticas vinculadas a su participación en la denominada "Resistencia Peronista".

LEY N° 13.808

Otorga una pensión graciable equivalente a tres (3) sueldos básicos de la Categoría Ingresantes del Agrupamiento Administrativo -clase 4- o la que en el futuro la reemplace, de la escala salarial de la Ley N° 10.430, para participantes del "Operativo Cóndor".

Los beneficiarios de esta ley gozarán de las coberturas que otorga el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA).

LEY N° 13.940

Exención impositiva de inmuebles de ex-detenedos e hijos. (Ley N° 13.940) para titulares de dominio comprendidos en las Leyes Nacionales N° 24.043 (ex detenidos) y

Nº 25.914 (nacidos en cautiverio o que estuvieron detenidos con sus padres), que sean propietarios, poseedores o usufructuarios.

LEY Nº 14.042

Otorga una pensión graciable para ex presos políticos del período 76/83 que hayan sido condenados por un Consejo de Guerra, puestos a disposición del PEN y/o privados de su libertad como consecuencia del accionar de las Fuerzas Armadas, de Seguridad o de cualquier otro grupo, por causas políticas, gremiales o estudiantiles.

Luego de este sintético resumen, finalmente uno debe posar la mirada en todos aquellos ciudadanos civiles y no combatientes agredidos por las organizaciones armadas a las que pertenecían los mencionados anteriormente en el ejemplo de las indemnizaciones. Ninguna de las víctimas del terrorismo ha sido reconocida por el Estado en su derecho a la reparación. Ni siquiera se llegó a cumplimentar el decreto prometido por el ex-presidente Mauricio Macri de indemnizar a los soldados de Formosa (13 víctimas) que anunciara públicamente el 4 de octubre de 2019. El decreto fue finalmente firmado pero sin reglamentación el 9 de diciembre de 2019, un día antes de entregar la banda presidencial a Alberto Fernández.

Tampoco han prosperado los juicios abiertos reclamando se consideren de lesa humanidad los crímenes cometidos por el terrorismo en los '70. Causas como la del Comedor de la Policía Federal, Paiva, Castrofini, Ferrari, Colectivo de Rosario, fueron desestimadas o duermen un sueño eterno sin que el Poder Judicial les brinde Justicia y Verdad a estas víctimas. Por supuesto, no hay un solo terrorista detenido desde los indultos del gobierno de Menem, pero mientras esta inequidad ocurre, el Estado como si de otro país, otra época y otra población hablara, destina millones y millones de dólares para sostener una política de Estado que castiga a unos mientras garantiza la impunidad a otros.

¿Quién habla de *lawfare*?

La importancia del dominio del lenguaje y la insuficiencia del Derecho

Por Carlos Manfroni

Desde los sectores de pensamiento jurídico cercanos al ex juez de la Corte Suprema Eugenio Zaffaroni se comenzó a agitar, a partir de 2017 y con énfasis creciente, la expresión “*lawfare*” para referirse a lo que ellos califican de persecución jurídica a los dirigentes autodenominados “populares”, como Cristina Fernández de Kirchner, Dilma Rousseff o Luis Ignacio Lula Da Silva.

El origen bélico del concepto

El término -una contracción de *lawy warfare*- no es original. Según Orde F. Kittrie, en su libro “*Lawfare: Law as a Weapon of War*”,¹⁷⁷ la expresión *lawfare*, en un sentido que indica la utilización del Derecho como arma de guerra, fue un desarrollo del Mayor General Charles J. Dunlap Jr., juez adjunto y abogado general de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos. Hubo, sin embargo, una inclusión de esa voz en un artículo de John Carlson y Neville Yeomans, en 1975, pero sin elaboración ulterior.

En noviembre de 2001, en plena guerra contra Afganistán a causa del atentado de al-Qaeda contra las Torres Gemelas, Dunlap usó la palabra *lawfare* en su sentido propio e impulsó después su proyección en el Derecho Internacional.

Los talibanes normalmente construían sus unidades militares cerca de escuelas, lugares religiosos y hospitales, con la esperanza de detener los ataques de la OTAN. Si el ataque se producía, ellos acusaban a los Estados Unidos de masacrar víctimas inocentes. La consecuencia fue que Estados Unidos y sus aliados se impusieron a sí mismos protocolos de protección de civiles más estrictos que los que establecían las leyes internacionales. Fue entonces cuando Dunlap sostuvo que los talibanes no necesitaban emplazar defensas antiaéreas, porque utilizaban el Derecho de Guerra para operar desde un “santuario” en medio de civiles; en definitiva, como un arma más.

Una táctica similar a la de los talibanes empleó Irak en las dos guerras del Golfo: la de 1991 y la de 2003. Y también Estado Islámico instaló siete edificios de operaciones bélicas en el centro de la ciudad Raqa, en Siria. A pesar de que la inteligencia estadounidense había detectado esos edificios, ellos no fueron tocados durante los diez meses que duró la campaña militar. Mientras tanto, Estado Islámico masacraba a cientos de civiles que capturaban en las ciudades que sus militantes habían conquistado.

Ya retirado y al frente del Centro de Derecho, Ética y Seguridad Nacional de Duke, Dunlap desarrolló su tesis sobre el *lawfare*, al que había definido como la estrategia de “utilizar -o mal utilizar- la ley como un sustituto de los medios militares a fin de alcanzar un objetivo operacional”.

La obra de Kittrie expone muchos otros ejemplos.

¹⁷⁷ KITTRIE, Orde. *LAWFARE – Law as Weapon of War*; Oxford, Oxford University Press, 2016.

La utilización del *lawfare* en beneficio del terrorismo islámico

La mayor parte de las acciones consideradas *lawfare* son llevadas a cabo por Estados patrocinadores del terrorismo, ligas de esos Estados, organizaciones no gubernamentales que funcionan bajo la máscara de la defensa de los derechos humanos y entes cuasi-soberanos, como la Autoridad Palestina.

La Liga Árabe consiguió generar jurisprudencia en el Tribunal Penal Internacional que llega a considerar un crimen de guerra los asentamientos israelíes en las franjas en disputa.

La Autoridad Palestina también recurrió al Tribunal Penal Internacional para obtener la liberación de veintiocho prisioneros condenados por homicidios de civiles israelíes.

La organización BDS (*Boycotts, Divestment, and Sanction*), una entidad especialmente creada para sabotear las defensas de Israel, promovió en Gran Bretaña una investigación contra la compañía británica G4S, proveedora de tecnología de seguridad al gobierno israelí, argumentando que de ese modo estaba contribuyendo a los “crímenes de guerra” de Israel. Esas acciones lograron que G4S anunciara que dejaría de proveer en el futuro a las fuerzas israelíes.

Algunos Estados árabes llevaron a cabo una campaña exitosa en las Naciones Unidas para que se intimara a Israel a dismantelar las barreras que había levantado con el fin de proteger a sus ciudadanos de los atentados suicidas con explosivos. Llevado el reclamo a la Corte Penal Internacional, el tribunal concluyó en que Israel estaba obligado a destruir esas barreras.

Los iraquíes invocaron la jurisdicción universal frente a los tribunales de Bélgica para enjuiciar al entonces secretario de Defensa de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld, y al secretario de Estado, Colin Powell, por lo que ellos presentaron como crímenes de guerra. La persecución judicial cesó cuando Rumsfeld advirtió que podía hacer retirar a la OTAN de Bruselas, donde tiene su centro.

En Holanda, una ONG de Palestina inició una causa penal contra la compañía Riwal, de ese país, por haber alquilado a Israel, por dieciséis días, equipamiento para construir el muro que la separa de la franja de Cisjordania. La investigación representó tal hostigamiento contra la compañía, incluyendo allanamientos, que concluyó en el retiro de la empresa de cualquier negocio con Israel.

La periodista israelí Rachel Ehrenfeld, nacionalizada en los Estados Unidos, emprendió una maratónica campaña por diferentes estados de ese país para impulsar una ley que protegiera a los escritores, periodistas y editores de esa nacionalidad o que tuvieran allí su domicilio, contra demandas por difamación que impulsaban organizaciones islámicas en otras jurisdicciones. Cuando ella escribía sus libros y artículos sobre las acciones del terrorismo islámico, era querellada en Gran Bretaña por una ley anti-libelo.

Lo mismo que en todos los demás casos, el hecho de ser demandado o querellado provoca un perjuicio que es independiente del resultado de la acción y que consiste en la suma de sentimientos de incertidumbre, costos, estrés y pérdida de tiempo mientras dura el proceso.

Ehrenfeld consiguió primero una ley del Estado de Nueva York que protegiera a sus residentes contra las querellas y demandas entabladas en el exterior, norma a la que se conoce popularmente allí como “*Rachel’s Act*”. Siguió después por California, Tennessee, Utah, Florida, Illinois y otros estados, hasta que en 2010 obtuvo en el Congreso de los Estados Unidos

la “*SpeechAct*”, que protege a los periodistas y escritores estadounidenses frente a acciones legales en el exterior que invoquen difamación.¹⁷⁸

El caso “Maldonado”

En la Argentina hemos contemplado, durante casi ocho meses de 2017, un empleo irritante de *lawfare* con el “caso Maldonado”. Como la mayoría de los argentinos recordará, Santiago Maldonado era un joven que en determinado momento apoyó, en la provincia de Chubut, ciertas acciones del grupo terrorista *Resistencia Ancestral Mapuche (RAM)*, por el que tenía simpatía.

Durante los años anteriores, la *RAM* había ejecutado una cadena de atentados terroristas, en Chile y en la Argentina, con incendios de viviendas -en ocasiones, con sus ocupantes dentro-, quema de iglesias católicas y templos evangélicos, robos reiterados a los pobladores, usurpaciones de campos y casas, homicidios, destrozos en establecimientos, incineración de flotas de camiones y todo tipo de amedrentamiento a las poblaciones del sur. Lo venían haciendo por años, pero con el acceso de la Dra. Patricia Bullrich al Ministerio de Seguridad de la Nación, se encaró un plan conjunto de esa cartera con las tres provincias afectadas: Chubut, Río Negro y Neuquén, a fin de contrarrestar los ataques terroristas y llevar paz a los pueblos de la Patagonia.

A consecuencia de la mayor presencia y actividad de las fuerzas de seguridad en el sur, el líder de la *RAM*, Jones Huala, fue detenido en cumplimiento de un pedido de extradición de Chile. Su organización en Argentina salió en protesta por el encarcelamiento y cortó una ruta que unía Esquel y el resto de las localidades al sur de esa ciudad, con el resto del país. Maldonado había acompañado esa protesta, no se sabe si en el corte de ruta o dentro de un refugio mapuche en una estancia usurpada. La Gendarmería se movilizó para despejar la carretera, ante lo cual fue recibida con piedras de gran tamaño que los agresores tenían la habilidad de arrojar con fuerza letal a más de cien metros. Fueron perseguidos hasta el río Chubut para su detención y puesta a disposición de la justicia, pero cruzaron a la otra orilla, momento en el que cesó la persecución.

Un día y medio después, los mapuches activistas dijeron haber advertido que faltaba Santiago Maldonado, quien había intentado cruzar el río.

Un defensor oficial que a la vez era miembro de la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos presentó un *habeas corpus* y las organizaciones de derechos humanos impulsaron una causa penal por desaparición forzosa. Durante su desarrollo, se presentaron testigos falsos, se plantaron pruebas y se agitó a la prensa en contra de las autoridades, hasta que el cuerpo del desafortunado joven apareció enredado en ramas de sauce que cruzaban el río Chubut. Había muerto ahogado y los exámenes llevados a cabo por peritos de ambas partes, con la presencia de cincuenta y siete expertos, determinaron que nadie lo había forzado.

Los testigos en su mayor parte fueron procesados por sus falsas y contradictorias declaraciones; pero el armado de la causa le costó a la nación ocho meses de incertidumbre, desprestigio,

¹⁷⁸AMERICAN CENTER FOR DEMOCRACY. *The Fight Against Libel Tourism*; febrero 2018: <https://acdemocracy.org/free-speech-and-libel-tourism-articles/freespeechhome/>

dinero y escarnio a los miembros de sus fuerzas de seguridad, que eran insultados por diversos actores de la vida social, incluidos docentes de los colegios a los que asistían sus hijos.

El propósito había sido el desplazamiento de la ministra que había emprendido una acción coordinada con los gobernadores contra el terrorismo de ese grupo minoritario mapuche, que además contaba con apoyos del exterior.

Lo mismo que con las acciones de los talibanes, lo que más ayuda a caracterizar este caso como *lawfare*-si se quiere emplear este concepto- es el hecho de que la *RAM* no reconocía al Estado Argentino ni aceptaba su jurisdicción, pero sus miembros no tuvieron inconvenientes en acudir a la justicia argentina cuando supusieron que eso podía beneficiarlos. El propio manual operativo de la *RAM*, encontrado durante uno de los allanamientos, preveía expresamente el uso de este tipo de estrategias.

Así procedieron los talibanes, las organizaciones palestinas y otras entidades islámicas que no reconocen ni respetan el Derecho Internacional de Guerra ni el derecho humanitario, pero recurren a sus reglas como una forma de ataque a sus enemigos.

El desplazamiento íntegro de la Corte Suprema

La queja por una supuesta utilización del *lawfare* por parte de quienes precisamente hicieron de esa práctica su forma corriente de relacionarse con la justicia eriza la piel.

En la justicia, el *lawfare* comenzó por el desplazamiento íntegro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 2003, una acción que contó con el beneplácito de casi todo el arco político y organizaciones de la sociedad civil.

La oposición al gobierno que acababa de asumir cavó su propia fosa al prestar su apoyo a ese avance del Poder Ejecutivo sobre el Judicial.

Por cuestionada que estuviera la acción de algún miembro de aquella Corte, cualquier nación con tradición democrática debía comprender que una remoción en masa del órgano más alto de la justicia lleva consigo un claro riesgo de cercenamiento ulterior de las libertades civiles.

La propia acción de desplazamiento, con la amplitud y la facilidad con las que fue llevada a cabo y fundada mayoritariamente en el contenido de los fallos, representaba una amenaza muy visible para el resto de los jueces.

El temor se hizo notar inmediatamente en los resultados, tanto con sobreseimientos írritos a los miembros y amigos del poder como en procesamientos y encarcelamientos a quienes ellos señalaban como sus enemigos.

Si hubo quienes en la Argentina utilizaron a la Justicia como un arma de guerra fueron precisamente quienes hoy agitan sin pudor la acusación de *lawfare*.

El memorando con Irán

Un ejemplo claro de lo que llaman *lawfare* fue el memorando con Irán, por el cual se desplazaba parcialmente a la jurisdicción argentina de la investigación del atentado contra la AMIA y que buscaba como efecto secundario la caída de las alertas rojas que pesaban sobre los funcionarios iraníes en Interpol.

Por entonces, el gobierno tenía la clara intención de realizar fluidos intercambios comerciales y probablemente en materia de energía y seguridad con la República Islámica de Irán, que además es un país clave en el “eje bolivariano” que integran Venezuela, Nicaragua, Bolivia, Cuba y, en ese momento, también Ecuador y la Argentina.

Resultaría muy extensa y ajena a la materia de esta nota la descripción de los múltiples modos de penetración económica y militar de Irán en todos esos países. Pero está clara la utilización del mecanismo llamado *lawfare* para desarticular una investigación judicial contra un aliado, en una confrontación de características internacionales. Todo eso sin contar la todavía no esclarecida muerte del fiscal que investigaba la causa, algo que está mucho más allá del *lawfare*.

El caso “Gutheim”

El arma de neutralización a cualquier protesta popular contra el proyecto político-económico hegemónico que se estaba poniendo en marcha en 2003 en la Argentina fue la elección de un enemigo público que acaparara la atención de los sectores de izquierda más radicalizados y los distrajera de las maniobras que se llevaban a cabo a costa del patrimonio público.

Los procesos de “lesa humanidad” cumplieron ese papel, más allá de la discusión sobre la justicia material del castigo y los métodos aberrantes utilizados para el combate al terrorismo tras el golpe militar de 1976.

Lo cierto es que, paradójicamente, juristas que descartaban por completo al derecho natural como fuente no ya del Derecho Penal sino del sistema legal en su conjunto, utilizaron a la ley natural como fundamento de punición.

El principio de irretroactividad y de ley penal más benigna, que Zaffaroni claramente señala que “no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor” sino que también incluye “el menor tiempo de prescripción”,¹⁷⁹ fue dejada a un lado por el propio autor cuando actuó como juez de la Corte. Del mismo modo, ese magistrado -máximo exponente del denominado “minimalismo penal”- ignoró todo lo que había escrito sobre inconstitucionalidad de la prisión perpetua, sobre prisión preventiva y sobre *non bis in idem*. Hubo y hay detenidos con diez años de prisión preventiva, sin que todavía se haya determinado su inocencia o culpabilidad.

Nadie tenía derecho a sorprenderse. El propio Zaffaroni había escrito, si bien casi al pasar en un tratado de mil páginas, que “el sistema [penal] demanda una decisión política previa que le permita una construcción teleológica en base a una función manifiesta...”.¹⁸⁰

Como contrapartida, los miembros de organizaciones terroristas de los '70 no sólo no fueron imputados sino que pasaron a ocupar cargos públicos. Cualquiera fuera la opinión respecto de la prescripción o imprescriptibilidad de sus delitos, estaba claro que aun para quienes consideraban que sus crímenes estaban prescriptos, sus autores no podían moralmente recibir un premio del Estado al que habían atacado.

Un clarísimo ejemplo de *lawfare* fue el que el gobierno, a través del Poder Judicial, impulsó en el caso “Gutheim” contra José Alfredo Martínez de Hoz.

En una apretada síntesis, Federico y Miguel Gutheim eran dos empresarios textiles que habían realizado negocios con China, pero aparentemente no habrían cumplido con las entregas

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – Parte General*; Ediar, Buenos Aires, 2002, p.121

¹⁸⁰ ZAFFARONI...ibídem.; p.92

comprometidas. Hacia fines de 1976 fueron detenidos arbitrariamente y puestos a disposición del Poder Ejecutivo *de facto* con invocación del estado de sitio; aun cuando la materia no guardaba relación con un desorden público o cualquiera de las causales que podía entrar en esa categoría para la suspensión de garantías.

Una denuncia presentada en la justicia una vez restablecida la democracia suscitó la detención preventiva del ex ministro de Economía Martínez de Hoz, debido a que se vió la detención de los Gutheim como una reacción a un supuesto contraste de su incumplimiento con la política de intercambio que la cartera económica estaba promoviendo con China.

Apelada la medida por la defensa, la Cámara Federal Penal, integrada en su totalidad por jueces de la democracia nombrados por el gobierno del presidente Raúl Alfonsín, con acuerdo del Senado, determinó que Martínez de Hoz era completamente ajeno a los hechos de la causa y revocó la prisión preventiva.

Cuando el expediente bajó a primera instancia, desafortunadamente se dictó el decreto que disponía los indultos tanto a militares como a guerrilleros involucrados en los hechos criminales de los '70. La causa fue archivada.

En 2006, a casi veinte años de aquel episodio, el Poder Ejecutivo impulsó el desarchivo del expediente y, con total desentendimiento de lo que había resuelto la Cámara Federal Penal, la justicia ordenó y confirmó una nueva detención preventiva de Martínez de Hoz que, a pesar de su grave estado de salud, se extendió hasta su muerte, en 2013. Todo eso fue convalidado por la misma Cámara que había revocado la prisión preventiva -ya con otra composición- y por el juez Zaffaroni como miembro de la Corte Suprema.

Hoy, ese mismo juez, que ocupa una silla en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sigue haciendo múltiples declaraciones públicas sobre la política argentina. Está claro que, para esa corriente, la ley es sólo un instrumento político y la política un instrumento bélico.

¿De qué *lawfare* hablan hoy?

De regreso al presente ¿de qué se habla hoy cuando se habla de *lawfare*? Se está denominando *lawfare* a extensas causas con cientos de cuerpos colmados de pruebas que los tribunales orales deberán evaluar; pero que primariamente acreditaron sobornos en obra pública, lavado de dinero, alquiler de hoteles propiedad del matrimonio que alternadamente ejerció la presidencia por parte de quien fue beneficiario de una cantidad sorprendente de adjudicaciones de obra pública, bolsos con millones de dólares que se revolearon hacia un supuesto convento, cuadernos que detallan una agenda de corrupción, etc.

Como contrapartida, el periodismo mostró también un llamado *Operativo Puf*, que involucró a un misterioso personaje que apareció en el momento oportuno para motivar -“causalmente”- el procesamiento de un prestigioso periodista que investigaba la ruta del dinero de la corrupción de esa década y del fiscal que impulsaba la causa.

Todo esto parece ser ignorado por los que hoy hablan y escriben sobre *lawfare*.

¿Qué hacer con el *lawfare*?

Frente a este panorama, quienes adhieren a un verdadero concepto de justicia y al Estado de Derecho podrán preguntarse qué hacer en bien de la República cuando los que dañan las

instituciones democráticas no sólo distorsionan la ley sino que acusan a los demás de sus propias faltas.

Una primera reflexión general indicaría que hay que aprender.

Orde Kittrie, el autor del libro que describe con amplitud el desarrollo y la aplicación del término *Lawfare*, que es el título de su obra, sostiene que debería utilizarse legítima y eficazmente esa práctica en favor de Occidente.

Uno de los muchos ejemplos que expone sirve para ilustrar una acción inteligente y eficaz.

En junio de 2012, el carguero ruso MV *Alaed* transportaba helicópteros artillados destinados al régimen sirio de Bashar al-Asad. El Reino Unido quería detenerlo, pero estaba claro que la intercepción de un barco ruso podía implicar el desencadenamiento de un conflicto bélico de resultados impredecibles. Entonces, Gran Bretaña convenció a la compañía aseguradora, el Standard Club de Londres, de retirar su cobertura.

De acuerdo con una información del Financial Times, Femco era la compañía rusa propietaria del buque, que navegaba con bandera de Curaçao. Sus propietarios alegaron que la embarcación había sido rentada por terceros y ellos no podían saber lo que transportaba. No obstante, el ministro de Relaciones Exteriores ruso reconoció que llevaba helicópteros con destino a Siria. El navío debió regresar a Rusia sin entregar los helicópteros.¹⁸¹

El Reino Unido utilizó para presionar a la compañía aseguradora el embargo que pesaba sobre los armamentos destinados al régimen sirio.

Ciertamente se trató de una acción inteligente de empleo de un medio jurídico-político que, a la par que disminuyó la capacidad bélica del enemigo, evitó el agravamiento cruento de la confrontación o su escalamiento hasta niveles impredecibles. Y la lista de medidas como esta puede ser inacabable.

Pero también debe tomarse en cuenta que hoy existe un elemento en la política local e internacional que vuelve insuficiente al Derecho. No inútil, en modo alguno (jamás podría siquiera suponerse eso), pero sí insuficiente. Ese elemento es el cinismo.

A diferencia de la hipocresía en el lenguaje, el cinismo no trata de simular una falsa ética o un apego a la ley, sino que más bien está centrado en una absoluta indiferencia hacia la opinión ajena respecto de las propias acciones. Incluye, sí, una actitud de disimulo, pero no como un esfuerzo por parecer honesto, sino casi como una burla frente a quienes realmente lo son. Todo razonamiento que procure convencer a otros de la ilegalidad o inmoralidad de sus acciones resulta, simplemente, no escuchado y respondido con acusaciones que procuran mostrar que son los demás quienes están en falta.

Es necesario pensar en estos tiempos en la insuficiencia del Derecho, al menos tal como tradicionalmente lo conocemos, y comprender que el dominio del lenguaje juega en el mundo de hoy un papel fundamental.

Un ejemplo de acción eficaz es el mencionado sobre Donald Rumsfeld, cuando advirtió a Bélgica que podía hacer mudar a la OTAN a otro país si allí se insistía en utilizar la noción de justicia universal para juzgar a sus fuerzas por acusaciones de los partidarios de Saddam Hussein. Otro es el de Donald Trump, cuando recientemente retiró los aportes de los Estados Unidos a la

¹⁸¹ CLOVER, Charles. *Ship owner not aware of Syrian helicopters*, para Financial Times de Londres; 12 de julio de 2012.

Organización Mundial de la Salud ante lo que consideró un encubrimiento de la negligencia del gobierno chino respecto de la expansión del Covid-19.

Está claro que no todos los países pueden tener la misma fuerza disuasiva, pero el ejemplo sirve de todos modos para demostrar que cuando se presenta como Derecho lo que sólo es una farsa, no se puede dialogar como si creyéramos en la comedia.

Parece necesario, como mínimo, cambiar el enfoque con el que analizamos la realidad. No alcanza con discutir la juridicidad de ciertos actos (aunque eso resulta también imprescindible), porque quienes invocan el *lawfare* que ellos mismos practican, deslegitiman y menosprecian nuestro sistema jurídico. En una escala menor a la de los ejemplos expuestos sobre los talibanes y la RAM, lo aprovecharán cuando les resulte ventajoso y emplearán otras herramientas cuando deje de convenirles.

El dominio del lenguaje, las estrategias para su empleo y la difusión de los mensajes no es algo que pueda hoy manejarse improvisadamente. Quienes aprecien el Estado de Derecho deberían hoy hacer una inversión, en todos los sentidos, para potenciar una argumentación clara y eficaz. También, con el mismo fin, dejar a un lado diferencias secundarias y encontrar formas asociativas que, como bien lo señaló Alexis de Tocqueville,¹⁸² son fuentes de poder fundamentales en una nación democrática. El desafío es complejo, pero la situación que lo motiva es apremiante.

¹⁸² TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*; Fondo de Cultura Económica, México, 2000 (décima reimpresión). Primera edición en francés: 1835. Traducción de Luis R. Cuéllar.

La Corte Permanente de Arbitraje y su nueva sede en Buenos Aires: Una oportunidad para acercar el arbitraje moderno a la región

por Julian Bordaçar¹⁸³ y Juan Ignacio Massun¹⁸⁴

En octubre de 2019, la Corte Permanente de Arbitraje (la “CPA”), la institución arbitral más antigua del mundo, abrió una nueva oficina en Buenos Aires, Argentina. La oficina de Buenos Aires es la primera presencia de la CPA en América Latina, y la tercera afuera de su sede central en La Haya, Países Bajos. La nueva oficina servirá como base desde donde la CPA podrá administrar el creciente número de casos provenientes de la región. Gracias a esta nueva oficina, la CPA va a poder servir mejor y más estrechamente a los Estados y empresas en América Latina que acuden al arbitraje, como así también a la mediación y a la conciliación, para resolver sus disputas. A su vez, la presencia de la CPA en Argentina contribuirá a la reputación del país como potencial sede de arbitrajes domésticos e internacionales, así como al fortalecimiento del arbitraje en el país y en la región latinoamericana.

La Corte Permanente de Arbitraje

La CPA es una organización intergubernamental establecida por la Convención de La Haya de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales. La CPA tiene 122 Partes Contratantes. Con su sede central en el Palacio de la Paz en La Haya, Países Bajos, la CPA facilita el arbitraje, la conciliación, la indagación de hechos, y otros procedimientos de resolución de disputas entre varias combinaciones de Estados, entes Estatales, organizaciones intergubernamentales, e individuos y empresas.

Si bien tradicionalmente la CPA se encargó de administrar disputas entre Estados, con el tiempo su listado de casos se ha ido incrementando en cantidad y ampliando en diversidad. En sus comienzos, desde 1899 hasta el principio de la década de 1930, la CPA se encargó de administrar exclusivamente disputas inter-Estatales. Pero todo cambiaría a partir de 1934 cuando la CPA administró su primer arbitraje que involucró una parte no-Estatal: el caso *Radio Corporation of America c. República de China*.¹⁸⁵ La administración por la CPA de este caso marcó un avance significativo. Por un lado, demostró la viabilidad del arbitraje como una alternativa a la protección diplomática para disputas que involucraban intereses privados.¹⁸⁶ Por el otro, puso en evidencia la aptitud de la CPA para actuar como un foro apropiado para la resolución de este tipo de

¹⁸³ Consejero Legal y Representante de la CPA en Argentina.

¹⁸⁴ Consejero Legal y Representante Adjunto de la CPA en Argentina.

¹⁸⁵ Ver *Radio Corporation of America c. República de China*, Caso CPA No. 1934-01, Laudo (13 abril 1935), <https://pca-cpa.org/en/cases/16/>.

¹⁸⁶ En efecto, el caso *Radio Corporation of America c. República de China*, una disputa entre una empresa estadounidense y el gobierno de China, fue un precursor del sistema de resolución de disputas inversionista-Estado como lo conocemos hoy.

disputas. Aunque las disputas inter-Estatales continúan siendo una de las actividades más importantes de la CPA, los arbitrajes mixtos, que involucran a varias combinaciones de Estados, entidades controladas por Estados, organizaciones internacionales e individuos o empresas, se han expandido sustancialmente y en la actualidad representan una porción mayoritaria de los procesos en curso de la CPA.¹⁸⁷

En efecto, la Oficina Internacional de la CPA administra una serie de disputas de notable variada naturaleza, desde arbitrajes entre Estados, arbitrajes de inversión, arbitrajes comerciales, y otros tipos de casos. Así, actualmente administra 164 arbitrajes en curso, de los cuales tres son disputas inter-Estatales, 109 disputas inversionista-Estado, 49 casos iniciados bajo contratos suscriptos por un Estado u otra entidad Estatal, y otras tres disputas. Si bien, como puede apreciarse, la mayoría de los arbitrajes que administra la CPA son arbitrajes de inversión que surgen a raíz de tratados internacionales,¹⁸⁸ la institución ha visto en los últimos años un crecimiento exponencial en arbitrajes contractuales.

La adopción del Reglamento de Arbitraje CNUDMI y el particular rol que dicho Reglamento atribuye a la CPA

Por supuesto, al hablar del crecimiento exponencial que ha atravesado la CPA en décadas recientes uno no puede pasar por alto la inclusión de la CPA como autoridad designadora, o incluso como autoridad nominadora, en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la “CNUDMI”) creado en 1976.

Notablemente, deseosa de capitalizar el éxito que tuvo la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y con el fin de profundizar su tarea de armonización del derecho mercantil internacional, la CNUDMI se embarcó en la tarea de crear un reglamento arbitral *ad hoc* para procesos de arbitraje comercial internacional. Este esfuerzo, a su vez, respondía al creciente pedido, realizado por numerosos Estados en desarrollo, de contar con un reglamento arbitral que no dependiera de las instituciones arbitrales privadas de los Estados desarrollados.

Si bien dicho reglamento fue creado para que pudiese funcionar incluso ante la ausencia de una entidad que administre el arbitraje, lo cierto es que hay ciertos aspectos del proceso arbitral que no pueden aislarse enteramente de la intervención de una autoridad externa. Ello es particularmente cierto en asuntos relacionados con la constitución del tribunal y la recusación de árbitros. Para evitar posibles obstáculos en estos aspectos esenciales del proceso, los redactores de la CNUDMI confiaron el rol de autoridad

¹⁸⁷Brooks W. Daly, “The Permanent Court of Arbitration”, en C. Giorgetti (ed.), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, 40 (MartinusNijhoff 2012).

¹⁸⁸ Cabe destacar que la CPA ha administrado más de 210 casos de este tipo. Notablemente, solo en el año 2019, por ej., la CPA registró 27 arbitrajes de inversión nuevos.

designadora, o autoridad nominadora según corresponda, a la CPA. Con base en este antecedente, la CPA ha tramitado más de 800 solicitudes de este tipo. De hecho, las solicitudes para que la CPA actúe como autoridad designadora o autoridad nominadora constituyen una porción significativa del trabajo de la CPA.

El Reglamento CNUDMI ha sido adoptado ampliamente alrededor del mundo, por empresas, individuos y Estados. A pesar de haber sido pensado para su utilización en arbitrajes comerciales internacionales, el Reglamento CNUDMI se convirtió progresivamente desde fines de 1980 en adelante, como un método preferido de resolución de disputas inter-Estatales e inversionista-Estado con fundamento en distintos tratados internacionales. Así, en la actualidad, aproximadamente un tercio de los arbitrajes de inversión conocidos, o más de 350 casos, han sido comenzados bajo el Reglamento CNUDMI. De estos, aproximadamente dos tercios, o más de 210 arbitrajes, han sido administrados por la CPA.

Asimismo, el Reglamento CNUDMI ha sido frecuentemente utilizado en el contexto de contratos estatales, en los cuales dichos Estados pueden ser reticentes a someter la resolución de ciertas disputas sensibles bajo los auspicios de instituciones arbitrales privadas extranjeras. Este tipo de contratos pueden estar relacionados con una amplia variedad de industrias, pero son particularmente comunes en el contexto de proyectos de infraestructura y recursos naturales. Argentina, por ejemplo, ha elegido el Reglamento CNUDMI en una serie de contratos Estatales recientes, incluyendo aquellos relacionados con el Programa RenovAr para el aumento en el abastecimiento de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, y los Proyectos de Participación Público-Privada, entre otros.

Uno de los factores que ha contribuido a la adopción del Reglamento CNUDMI como uno de los principales reglamentos de arbitraje es su versatilidad. Esta versatilidad permite a las partes modificar cualquier cuestión del reglamento, siempre que se respete la igualdad entre las partes y su derecho de defensa. Entre las modificaciones posibles está la selección de la autoridad nominadora, que frecuentemente recae en una selección a favor del Secretario General de la CPA.

Estados como Argentina (en su licitación de exploración *offshore* de hidrocarburos), Brasil (en sus contratos modelos de exploración y producción de hidrocarburos, y de explotación de aeropuertos), y México (en sus contratos modelos de exploración y explotación de hidrocarburos), han confiado en el Secretario General de la CPA para que se desempeñe como autoridad nominadora respecto a cualquier disputa que surjan de dichos contratos. Más aún, Bolivia y Ecuador han incorporado al Secretario General de la CPA a sus legislaciones de inversión extranjera, para que actúe como autoridad nominadora ante la falta de acuerdo entre las partes en ciertos arbitrajes, o incluso como entidad administradora. En otras jurisdicciones, incluso ante la falta de acuerdo entre las partes respecto a la autoridad nominadora, bajo el Reglamento CNUDMI las partes de

todos modos pueden recurrir al Secretario General de la CPA para que éste designe a la autoridad nominadora.

En aquellos casos en los que el Secretario General de la CPA actúa como autoridad nominadora, incluso una vez constituido el tribunal, bajo el Reglamento CNUDMI el Secretario General de todos modos sigue involucrado en el arbitraje para decidir cualquier recusación contra un miembro del tribunal arbitral, o para realizar un contralor de los honorarios de los árbitros, garantizando que los costos del arbitraje sean razonables y guarden relación con las características del caso.

Además de su inclusión en el Programa Renovar y en los Proyectos de Participación Público-Privada, Argentina se ha apoyado en el Reglamento CNUDMI en una multiplicidad de otros acuerdos, como tratados bilaterales de inversión, y contratos de inversión energética para exploración *offshore* de hidrocarburos, entre otros.¹⁸⁹

Frecuentemente, casos que se desarrollan bajo el Reglamento CNUDMI son traídos por las partes bajo la administración de la CPA, a pesar de que el acuerdo arbitral no lo prevé. De este modo, la CPA provee apoyo logístico, secretarial y administrativo a tribunales arbitrales, reduciendo costos, aumentando la eficiencia y contribuyendo a la legitimidad del proceso de resolución de disputas. Al administrar casos bajo el Reglamento CNUDMI la CPA otorga un marco institucional a arbitrajes que de otra manera serían completamente *ad hoc*. Con un arbitraje administrado por la CPA y bajo el Reglamento CNUDMI, las partes usufructúan de la amplia experiencia de la CPA en la resolución de disputas sin dejar de lado la flexibilidad, versatilidad y agilidad que caracteriza al arbitraje.

La CPA y el arbitraje

Como la primera organización internacional creada para fomentar la resolución pacífica de disputas, entre los objetivos de la CPA se encuentra la difusión de las ventajas del arbitraje y de otros métodos alternativos de resolución de disputas, como la conciliación y la mediación. A través del arbitraje dos o más partes pueden elegir someter sus disputas a la decisión de un tribunal arbitral, por oposición al sometimiento a cortes judiciales.

El arbitraje se caracteriza por su flexibilidad y eficiencia, ya que las partes de la disputa tienen amplio control sobre cómo se desarrolla el procedimiento. De este modo, el arbitraje se adapta a las características de cada disputa en particular. Las partes son libres de elegir los miembros del tribunal arbitral, los plazos para la presentación de alegatos y la producción de la prueba, el modo y lugar en donde desarrollar la audiencia, entre otros. La diversidad de casos en los que interviene la CPA es un fiel reflejo de la

¹⁸⁹ Para un listado detallado de los instrumentos redactados por Argentina que prevén un rol para la CPA, por favor visitar: <https://pca-cpa.org/es/documents/instruments-referring-to-the-pca/>.

flexibilidad del arbitraje, ya que cada uno de estos casos procede conforme a las reglas explícitamente elegidas por las partes a esa controversia. La CPA apoya esta flexibilidad honrando las elecciones hechas por las partes, y adaptando los servicios que provee al tipo de disputa.

Además de la ventaja de la flexibilidad, en años recientes ha habido un resurgimiento de interés respecto al arbitraje para disputas con algún interés público, ya que los tribunales arbitrales –conformados por uno o más individuos que trabajan de manera independiente– pueden proveer a las partes garantías de neutralidad y *expertise*. La CPA, en su rol de autoridad designadora o nominadora o como entidad administradora del arbitraje, personifica dicha neutralidad, con sus orígenes multilaterales, la diversidad de sus funcionarios, y el alcance geográfico de sus operaciones, así como su experticia con sus más de 120 años de experiencia administrando disputas complejas.

En tiempos actuales, en los que la pandemia ha llevado a que numerosos Estados alrededor del mundo hayan impuesto restricciones a la circulación de personas y, por ende, a determinadas actividades, incluyendo notablemente la actividad judicial, estas ventajas del arbitraje se han vuelto más valiosas que nunca. En aquellos lugares donde las cortes judiciales ya operaban con atrasos y acumulaciones de casos, los efectos de la pandemia COVID-19, y las medidas que trajo aparejadas, auguran que probablemente será largo y difícil el camino para que la situación mejore y las disputas puedan resolverse de un modo ágil y eficiente. Mientras tanto, el arbitraje estará disponible para aquellos individuos y empresas que busquen soluciones prácticas y personalizadas a sus necesidades. La CPA acompaña este proceso, poniendo a disposición de las partes todos sus servicios de resolución de disputas.

En este sentido, desde hace varios años la CPA admite que las solicitudes para que su Secretario General actúe como autoridad designadora o nominadora se presenten solamente en formato digital, sin necesidad de enviar por mensajería documentación alguna.¹⁹⁰ Del mismo modo, la CPA posee la capacidad e infraestructura para administrar y llevar a cabo procedimientos arbitrales de modo completamente digital, sin que las partes deban imprimir y preparar copias físicas de los escritos, declaraciones testimoniales, evidencia, y otros documentos. Esto redundará en menores costos y mayor agilidad en el proceso, ya que permite a los abogados concentrarse en representar eficazmente a sus clientes y dejar de lado la gravosa tarea de enviar la documentación voluminosa por mensajería a los árbitros y la institución arbitral.

En línea con estas facilidades, la CPA pone a disposición de las partes en las disputas que administra toda su experiencia y conocimiento organizando audiencias por videoconferencia. Incluso previo al establecimiento de restricciones a la circulación en vista de la pandemia COVID-19, partes y tribunales en casos administrados por la CPA

¹⁹⁰ Para mayor información de los servicios de la CPA en este sentido, ver: <https://pca-cpa.org/es/services/appointing-authority/>.

celebraban con regularidad audiencias o reuniones procesales por video-conferencia por su eficacia y bajos costos. Naturalmente, a partir de los últimos acontecimientos, ha habido un resurgimiento en el interés por esta opción y la CPA ha rápidamente adaptado sus servicios para atender mejor a las nuevas necesidades de partes y tribunales. Ello permite a las partes avanzar con la resolución de sus disputas, sin importar las restricciones a la circulación que puedan estar en vigor en distintas partes del mundo.

El Reglamento de Arbitraje de la CPA de 2012

Siguiendo las modificaciones realizadas al Reglamento de Arbitraje CNUDMI en el 2010, la CPA estableció un grupo de expertos en materia de arbitraje en el año 2011 a fin de que elaborasen un nuevo conjunto de reglas de arbitraje. El objetivo fue tomar en consideración las lecciones aprendidas durante los 35 años de aplicación del Reglamento CNUDMI de 1976, contemplando también las modificaciones realizadas al reglamento en el 2010, y en particular, la experiencia de la CPA utilizando diferentes reglamentos de su elaboración basados en el Reglamento CNUDMI de 1976.¹⁹¹ Se buscó elaborar un conjunto de reglas que fuesen adaptables, ya que los casos de la CPA, tanto históricos como modernos, se han caracterizado por la heterogeneidad de partes involucradas, así como por su naturaleza diversa.

El Reglamento de Arbitraje de la CPA de 2012 (el “**Reglamento CPA**”) se encuentra disponible para su uso por toda la comunidad arbitral, para ser utilizado en la totalidad de los casos manejados por la CPA, ya sea que surjan de tratados, leyes, contratos u otros instrumentos, y que involucren a Estados, entidades Estatales, organizaciones intergubernamentales, o personas y entidades privadas.¹⁹²

El Reglamento CPA crea un mecanismo simplificado para la resolución de solicitudes de designación o recusación de árbitros, al permitir que el Secretario General de la CPA actúe directamente como autoridad nominadora, eliminando así el doble proceso establecido en el Reglamento CNUDMI de 2010.¹⁹³ Esta forma simplificada para la actuación de la autoridad nominadora permite a las partes beneficiarse de la experiencia de la CPA en designaciones de árbitros y resoluciones de recusaciones a árbitros.¹⁹⁴ El Reglamento CPA se beneficia aún más de la experiencia de la CPA al habilitar al

¹⁹¹ Brooks W. Daly, EvgeniyaGoriatcheva, Hugh A. Meighen, *Guía del Reglamento de Arbitraje de la CPA* (2017), párr. 1.12. El distinguido y geográficamente diverso grupo de expertos incluyó al Prof. JanPaulsson (Presidente), la Sra. Lise Bosman, el Sr. Brooks W. Daly, el Sr. Álvaro Galindo, el Prof. Alejandro Garro, el juez sir Christopher Greenwood, el Sr. Michael Hwang, la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, el Sr. SalimMoollan, el Prof. Dr. Michael Pryles AM, el juez SeyedJamalSeifi, y el Sr. JernejSekolec.

¹⁹² Para información acerca de las cláusulas modelo sugeridas por la CPA, ver: <https://pca-cpa.org/es/model-clauses-and-submission-agreements/>.

¹⁹³ Reglamento CPA de 2012, art. 6(1); Brooks W. Daly, EvgeniyaGoriatcheva, Hugh A. Meighen, *Guía del Reglamento de Arbitraje de la CPA* (2017), párr. 3.48.

¹⁹⁴ Brooks W. Daly, EvgeniyaGoriatcheva, Hugh A. Meighen, *Guía del Reglamento de Arbitraje de la CPA* (2017), párr. 3.47.

Secretario General de la CPA a extender o acortar ciertos plazos procesales,¹⁹⁵ y a establecer lineamientos razonables para los costos relativos a árbitros y a expertos del tribunal, ayudando así a mantener los costos del arbitraje dentro de las expectativas razonables de las partes.¹⁹⁶

A través del Acuerdo de Sede de la CPA con el Reino de los Países Bajos, y a través de su red de acuerdos de sede a lo largo de cuatro continentes, incluyendo con Argentina, los casos administrados por la CPA (aun aquellos bajo el Reglamento CPA), se benefician de ciertos privilegios e inmunidades. La CPA, así como sus funcionarios y los árbitros actuantes, gozan de los mismos privilegios e inmunidades en Argentina que aquellos acordados a las Naciones Unidas. Por ende, gozan de inmunidad respecto de procesos judiciales y de inviolabilidad respecto de sus escritos, dichos o actos realizados en cumplimiento de sus funciones. Asimismo, todos aquellos participantes de procedimientos CPA (*e.g.*, testigos, peritos, expertos, etc.) también gozan de ciertos privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio independiente de sus funciones.¹⁹⁷

Los procesos administrados por la CPA se encuentran facilitados aún más por razones de índole prácticas. Así, por ej., la posibilidad de utilizar de forma gratuita las instalaciones del Palacio de la Paz en La Haya y del Palacio San Martín en Buenos Aires, entre otros, para audiencias y reuniones. Igualmente, los costos del proceso, incluyendo los honorarios de los árbitros, en casos administrados por la CPA se encuentran exentos de impuestos en Argentina¹⁹⁸ y, similarmente, en otros Estados que han suscripto Acuerdos de Sede con la CPA, redundando en una ventaja comparativa frente a otro tipo de procesos que no ofrecen el mismo beneficio. Adicionalmente, los depósitos de anticipo de costas de los casos, así como la documentación y archivos del arbitraje gozan de inmunidad.

Más aún, los procesos administrados por la CPA cuentan con el apoyo de su Secretaría, la cual está compuesta por consejeros legales y personal administrativo provenientes de una multiplicidad de jurisdicciones con gran variedad lingüística, basados en La Haya, Buenos Aires, Mauricio y Singapur, y que se encuentran disponibles para asistir a tribunales y partes. Asimismo, por su particular status, la CPA tiene la facultad de facilitar la entrada y salida al país, tramitar visas de viaje, etc. para los participantes en procesos CPA. El último componente de flexibilidad que ofrece el Reglamento CPA permite a las partes modificarlo como lo consideren conveniente, pero de todas formas retener los beneficios de la administración bajo la CPA, convirtiendo al Reglamento

¹⁹⁵ Reglamento CPA de 2012, arts. 4(1), 8(2)(b), 9(3), 43(4); Nota Explicativa de la Oficina Internacional de la CPA Relativa a los Plazos Conforme al Reglamento CPA de 2012.

¹⁹⁶ Reglamento CPA de 2012, arts. 41(2), 41(3).

¹⁹⁷ Veral respecto artículos 6 y 7 del Acuerdo de Sede entre Argentina y la CPA, celebrado el 12 de mayo de 2009. Ratificado por Argentina mediante Ley 26.880.

¹⁹⁸ Conforme el artículo 6 del Acuerdo de Sede entre Argentina y la CPA.

CPA en un sistema verdaderamente guiado por las partes, apropiado para una nueva era en la resolución de controversias.¹⁹⁹

En el marco de la reciente inauguración de la oficina de la CPA en Buenos Aires, el potencial para la utilización del moderno Reglamento CPA del 2012 en Argentina, en particular, y en Latinoamérica en general, es enorme. La CPA confía, por tanto, que muy pronto más partes de la región se familiaricen con su reglamento y comiencen a utilizarlo en el marco de procesos administrados por la CPA desde su nueva oficina en Buenos Aires.

Conviene destacar, en este sentido, que el Consejo Administrativo de la CPA ha aprobado recientemente una propuesta del Profesor JanPaulsson para desarrollar unos mecanismos procesales optativos que pueden ser utilizados junto con el Reglamento CPA. Al igual que con el Reglamento CPA de 2012, el Profesor JanPaulsson fue designado presidente del grupo de expertos que integran el comité de redacción.

De acuerdo con su mandato, el comité se encargará de redactar protocolos para los siguientes cuatro mecanismos procesales:

1. Designación de árbitros de emergencia que puedan tomar decisiones previo a la constitución del tribunal arbitral;
2. Escrutinio institucional de laudos para asegurar su autosuficiencia previo a su dictado;
3. Desestimación temprana de reclamos con base en, por ejemplo, su manifiesta falta de mérito; y
4. Procedimientos abreviados para reducir el costo y duración de ciertos procedimientos arbitrales, en especial aquellos de menor cuantía.

Estos protocolos facilitarán la utilización de estos mecanismos para aquellas partes que deseen incluirlos en procesos bajo el Reglamento CPA. En línea con la flexibilidad del Reglamento CPA, dichos protocolos también demuestran los constantes esfuerzos de la CPA por proveer herramientas adicionales a la comunidad arbitral para que pueda adoptar los procesos que mejor satisfagan las necesidades particulares de cada disputa.

Argentina y la CPA

La rica historia de Argentina como miembro de la CPA data de hace más de un siglo atrás. Argentina es Parte Contratante de la Convención de La Haya de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, el instrumento fundacional de la CPA, desde el año 1907. Argentina, como toda Parte Contratante de las Convenciones fundacionales de la CPA, tiene derecho a nominar cuatro individuos en el panel de

¹⁹⁹ Reglamento CPA de 2012, art. 1(1); Brooks W. Daly, Evgeniya Goriatcheva, Hugh A. Meighen, *Guía del Reglamento de Arbitraje de la CPA* (2017), párr. 3.08.

árbitros independientes conocido como Miembros de la Corte. Si bien estos miembros figuran dentro de los juristas más destacados de cada país, ni el Secretario General de la CPA, en su rol como autoridad nominadora, ni las partes de la disputa se encuentran limitados a considerar individuos de dicho panel para servir como árbitros en disputas administradas por la CPA. Los actuales Miembros de la Corte nominados por Argentina son: la Sra. Susana Ruiz Cerutti, el Dr. Raúl E. Vinuesa, el Sr. Mario J. A. Oyarzábal, y el Prof. Diego P. Fernández Arroyo.

Desde sus inicios, Argentina confió en el arbitraje para resolver de un modo pacífico y efectivo sus disputas. Se destacan los arbitrajes con (i) Paraguay en 1876 por la frontera en la región del Chaco, la cual fue establecida sobre el Río Pilcomayo; (ii) Brasil en 1895 por la cuestión de Palmas, una región adyacente a la Provincia de Misiones que finalmente fue adjudicada al país vecino; y (iii) Chile en 1899 y 1902 por la frontera en la Puna de Atacama y la Cordillera de los Andes, respectivamente.

La resolución pacífica de esta última inspiró la construcción de la escultura del Cristo Redentor de los Andes en la frontera chileno-argentina, una réplica de la cual fue donada por Argentina a la CPA y que, más de 100 años después, se encuentra prominentemente exhibida en el Palacio de la Paz en La Haya. La leyenda inscrita al pie de la escultura (*“Se desplomarán primero estas montañas, antes que argentinos y chilenos rompan la paz jurada a los pies del Cristo Redentor”*) sirve de testimonio para exaltar las bondades del arbitraje como método pacífico de resolución de disputas, y la fortaleza de los laudos para cimentar la amistad entre los pueblos.

En años más recientes, Argentina ha recurrido al arbitraje bajo los auspicios de la CPA como método preferido para la resolución de disputas internacionales. Por ejemplo, la CPA prestó apoyo secretarial y administrativo en la resolución de la disputa inter-Estatal de Argentina con Ghana en relación con el embargo de la Fragata ARA Libertad, la cual fue concluida por acuerdo de Partes luego de que Ghana prosiguiera con la liberación de la fragata en 2013. Además, Argentina se ha apoyado en la CPA para administrar y asistir a tribunales en casos que involucran disputas de inversión, recursos naturales, y proyectos de infraestructura internacionales. En este sentido, Argentina ha elegido a la CPA como foro para resolver disputas inter-Estatales, así como disputas con inversores extranjeros en varios tratados bilaterales de inversión, incluyendo los tratados más recientes firmados con Qatar, los Emiratos Árabes Unidos y Japón.

Igualmente, también se ha previsto un rol para la CPA en contratos estatales. Por ejemplo, en los contratos relacionados con el Concurso Público Internacional para la adjudicación de permisos de exploración offshore para la búsqueda de hidrocarburos, se decidió que a falta de acuerdo respecto del presidente del tribunal arbitral, éste será designado por acuerdo de ambos árbitros de entre los árbitros que son Miembros de la CPA. Asimismo, también se le atribuyó un rol expreso al Secretario General de la CPA

para que ejerza ciertas funciones como autoridad nominadora bajo el Reglamento CNUDMI, aplicable a los arbitrajes en virtud de estos contratos.

En otros contratos estatales, en particular, aquellos relacionados con el Programa RenovAr y los Proyectos de Participación Público-Privada, Argentina nuevamente se inclinó por incluir el arbitraje bajo el Reglamento CNUDMI como método preferido de resolución de disputas. Por tanto, en estos casos también el Secretario General de la CPA ejercerá sus funciones como autoridad designadora o nominadora según corresponda. Asimismo, es notable el potencial para que la CPA eventualmente actúe como autoridad administradora de estos arbitrajes ya que, como suele frecuentemente ocurrir, las partes y los tribunales actuando bajo el Reglamento CNUDMI acuerdan acudir a la CPA luego de comenzada la disputa.²⁰⁰

Uno de los puntos salientes en la relación entre Argentina y la CPA fue el ya mencionado Acuerdo de Sede firmado entre ambos el 12 de mayo de 2009 y ratificado por Argentina mediante Ley Nro. 26.880. La conclusión del Acuerdo de Sede representa una importante expresión de confianza pública en el compromiso de Argentina con la resolución pacífica de disputas internacionales. Dicho acuerdo permite a la CPA desarrollar sus actividades en Argentina en condiciones similares a las que goza en los Países Bajos. De esta manera, la CPA cuenta con espacios y oficinas de reunión a su disposición gratuitamente, incluyendo notablemente las instalaciones del Palacio San Martín, para el desarrollo de potenciales audiencias de arbitrajes CPA o reuniones en el país.

La apertura de la oficina de la CPA en Buenos Aires es por lo tanto una profundización de la relación fructuosa entre la Argentina, la CPA, y el arbitraje que comenzó hace más de un siglo atrás.

Una nueva oficina en Buenos Aires

Consciente de su mandato de promover la resolución pacífica de disputas y encontrarse disponible y operativa en todo momento, conforme lo exigen sus convenciones fundadoras,²⁰¹ la CPA se ha embarcado en una política activa para aproximarse a sus partes contratantes en las distintas regiones del mundo. Sin perjuicio de que, desde sus inicios, la CPA se estableció en La Haya, donde aún mantiene el centro de sus operaciones, hace poco más de 10 años, decidió abrir su primera oficina fuera de La

²⁰⁰ Para mayor información sobre los servicios de resolución de disputas ofrecidos por la CPA, ver: <https://pca-cpa.org/es/services/>.

²⁰¹ El artículo 41 de la Convención de La Haya de 1907 así lo establece (“[C]on el objeto de facilitar el recurso inmediato al arbitraje para las diferencias internacionales que no se hayan resuelto por la vía diplomática, las Potencias contratantes, se comprometen a mantener, tal como fue establecida por la Primera Conferencia de la Paz, la Corte Permanente de Arbitraje, accesible en todo momento y funcionando, salvo estipulación contraria de las Partes, conforme al Reglamento de Procedimiento incluido en la presente Convención”).

Haya. Así, en septiembre del 2010 inauguró su oficina de Mauricio, en África. Luego de eso, en 2018, inauguraría su segunda oficina fuera de La Haya, en Singapur, Asia.

Considerando la creciente cantidad de casos relacionados con Latinoamérica que maneja la CPA, éste era naturalmente el próximo destino para inaugurar su tercera oficina fuera de La Haya. De esta manera, el 16 de octubre de 2019, ante la presencia del entonces Canciller, en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, y el Secretario General de la CPA se llevó a cabo la ceremonia de apertura de la nueva oficina permanente de la CPA en Buenos Aires.²⁰²

La apertura de la oficina de la CPA en Buenos Aires se realizó bajo el marco del Acuerdo de Sede. La oficina de la CPA en Buenos Aires tiene su sede en el Palacio San Martín. Este fue construido por el arquitecto Alejandro Christophersen por encargo de la familia Anchorena, entre 1905 y 1909 y en el estilo de *Beaux-Arts*. El Palacio San Martín es ahora la sede ceremonial de la Cancillería Argentina, donde se celebran recepciones y reuniones con líderes extranjeros, y funciona también como sede para varias organizaciones internacionales, incluyendo la CPA. En el Palacio San Martín, la CPA dispone de numerosos elegantes y espaciosos salones para la realización de audiencias, reuniones, y conferencias, que pueden ser utilizados de manera gratuita por las partes en los procesos administrados por la CPA.

Implicancias para la Argentina

En su discurso en la ceremonia de apertura, el Secretario General de la CPA, el Sr. Hugo Siblesz, expresó que *“la nueva oficina de la CPA en Buenos Aires es testimonio de la reputación de la Argentina como un actor establecido en asuntos internacionales”* y que *“la oficina de la CPA en Buenos Aires abre una puerta a nuevas e interesantes oportunidades para Buenos Aires, Argentina, y América Latina”*.

La presencia permanente en Argentina aumenta los servicios que la CPA ofrece en toda América Latina. La nueva oficina no solo permite a la CPA estar más cerca de la región sino que, al mantener un centro logístico y administrativo, además de instalaciones para celebrar audiencias, en América Latina, la CPA logra bajar los costos para aquellos casos con lazos estrechos con la región.

Del mismo modo, la presencia permanente de la CPA en Argentina sin duda mejorará la reputación internacional de Argentina como una sede de resolución de disputas internacionales y promoverá su participación en el desarrollo del derecho y el comercio internacional. Debido a su posición geográfica, y su gran dimensión y desarrollo, Buenos Aires se encuentra en una situación excelente para atender a la región

²⁰² Ver <https://cancilleria.gob.ar/es/destacados/apertura-de-la-oficina-regional-de-la-corte-permanente-de-arbitraje-en-la-argentina>.

latinoamericana, especialmente como centro regional para la academia, el derecho, los negocios, y el comercio internacional.

Actividades recientes de la CPA en Buenos Aires

En los pocos meses que han transcurrido desde que ha abierto sus puertas, la oficina de Buenos Aires ya ha tomado sus primeros pasos en la promoción del arbitraje en Argentina. Entre otras cosas, la oficina colaboró en la constitución de un tribunal en un arbitraje en virtud de un contrato de inversión energética ejecutado en Argentina, y actualmente administra esa misma disputa, apoyando logística y administrativamente al tribunal arbitral y a las partes en pos de lograr un procedimiento más eficaz y eficiente. La CPA también tuvo la oportunidad de organizar su primera audiencia en el Palacio San Martín.

A su vez, la oficina en Buenos Aires lanzó un programa de becas para los recién graduados o jóvenes profesionales del derecho de Argentina y la región. Este programa otorga a los candidatos elegidos la oportunidad de adquirir experiencia práctica en el campo del arbitraje internacional. En mayo, la oficina también dio la bienvenida a su primera pasante como parte de un programa organizado junto con la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania.

Al mismo tiempo, la oficina está trabajando para promover la cultura local del arbitraje en Argentina. La CPA organizó en Buenos Aires la primera pre-competencia para la principal competencia universitaria de arbitraje comercial, la *Willem C. Vis*. Dicha competencia se desarrolla todos los años en Viena, Austria, y participan de ella más de 400 universidades y 5.000 estudiantes de derecho de todas partes del mundo.

Durante la pre-competencia organizada en Argentina, la primera de su estilo, la CPA tuvo la oportunidad de abrirle las puertas de su oficina en el Palacio San Martín a estudiantes y profesores de la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad de Chile, y la Universidad de Montevideo. Dichos participantes, quienes se dieron cita con gran parte de los integrantes de la comunidad arbitral argentina y de la región, tuvieron la oportunidad de realizar simulacros de audiencias de arbitraje, y así adquirir experiencia, tanto para la competencia principal en Viena, como para su desarrollo profesional.

Así, este evento visto en retrospectiva, se convirtió en un antecedente inmejorable para la CPA de cara a la emblemática edición Nro. 30 de la competencia *Willem C. Vis* a desarrollarse en el año 2023. Ello porque, el pasado abril, los organizadores de la competencia han elegido utilizar el Reglamento CPA para dicha

edición,²⁰³ consolidando aún más el interés de la comunidad internacional en fomentar el uso de dicho reglamento para la resolución de disputas comerciales internacionales.

Reflexiones finales

Desde sus albores la CPA estuvo a disposición de la comunidad internacional para facilitar la resolución pacífica de disputas. A lo largo de sus más de 120 años de historia, la CPA ha sido testigo y partícipe de la divulgación y adopción del arbitraje, con una creciente diversidad en las industrias y las geografías representadas. Del mismo modo que el arbitraje ha avanzado, también la CPA se ha adaptado a cada paso para satisfacer las demandas de partes que recurren a los servicios de la CPA para que sus disputas sean resueltas de un modo eficaz y eficiente.

La historia de la CPA es un buen augurio para su futuro. La CPA aspira a seguir fomentando el arbitraje y promocionando sus bondades, acercando sus servicios a un creciente universo de Estados, entidades Estatales, empresas e individuos que encuentran en el arbitraje el mejor modo para resolver sus disputas.

En particular, siguiendo la reciente adopción por Argentina de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional Nro. 27.449, inspirada en la Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje Comercial, los autores confían en que la presencia de una institución arbitral moderna, sofisticada y de reconocida trayectoria internacional, pueda servir de punto de inflexión y contribuir a la tan ansiada expansión del arbitraje en Argentina.

²⁰³ Ver <https://vismoot.pace.edu/site/Sponsors/application-for-use-of-institutional-rules>.

LOS CONTRATOS FRENTE AL COVID-19

Por Marcos J. Blanco y Valeria M. Celesti

1. INTRODUCCIÓN

Como es de público conocimiento, el brote de la pandemia del Novel Coronavirus COVID-19 (la “**Pandemia**”) trajo aparejado el dictado de numerosas medidas a nivel nacional y provincial, dirigidas a mitigar sus impactos y controlar los contagios (las “**Medidas Gubernamentales**”), que implicaron severas restricciones en la circulación y las actividades a lo largo y ancho de todo el país.

Entre las Medidas Gubernamentales más relevantes, mediante el Decreto N° 297/20, publicado en el Boletín Oficial el 19 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo de la Nación (el “**PEN**”) impuso el llamado “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (el “**ASPO**”), que implica una severa restricción en la circulación y movilidad de los ciudadanos, y una correlativa paralización de la actividad productiva, industrial y de servicios a lo largo del país. El ASPO interfirió en las actividades económicas y afectó de manera inmediata las distintas relaciones contractuales en curso, profundizando la crisis de un contexto macroeconómico que se presentaba ya de por sí desfavorable antes de la Pandemia.

El presente trabajo pretende explorar un aspecto específico de la Pandemia y el ASPO: su impacto sobre las relaciones contractuales. Dicho análisis se concentrará en tres momentos distintos: (i) en primer lugar, se analiza la reacción inicial frente a la nueva coyuntura en el marco de los contratos y la previsible recurrencia a los distintos institutos que prevén remedios contractuales frente a situaciones excepcionales (a saber, fuerza mayor, imprevisión y frustración del fin del contrato), junto con sus características y requisitos; (ii) en segundo lugar, se analiza la situación actual de los contratos que no han sido terminados con motivo de la Pandemia, y aquellos que fueron celebrados luego de declarada la misma, ambos en un contexto en el que el elemento extraordinario aparece “estabilizado”; y (iii) en tercer lugar, como corolario, se plantean unas breves reflexiones de cara al futuro, en términos de cómo la Pandemia modificará la forma de pensar y negociar contratos.

2. LA PRIMERA PIEDRA: REMEDIOS CONTRACTUALES ANTE CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS

2.1. PUNTO DE PARTIDA

El principal golpe de la Pandemia a la economía se debió, no al contagio de la enfermedad, sino al impacto de las Medidas Gubernamentales (y principalmente el

ASPO) en la actividad comercial. Dicho impacto, considerado en el marco de un escenario económico de por sí desfavorable, obligó rápidamente a repensar esquemas de trabajo y costos en muchos sectores.

En el plano contractual, el brote de la Pandemia, y el consecuente dictado de las Medidas Gubernamentales (fundamentalmente, el ASPO) exigieron a las empresas realizar un inventario y análisis exhaustivo de sus contratos vigentes, con el fin de identificar potenciales riesgos, implementar protocolos para atender a la situación sin precedentes que atravesaba el país, e idear recursos para adaptar la realidad contractual a una nueva realidad coyuntural.

En circunstancias extraordinarias como las que suele atravesar nuestro país, cobran especial relevancia los mecanismos de renegociación de contratos, rescisión anticipada, disminución de costos, indemnidades, suspensión de obligaciones, distribución de riesgos, entre otros. Si bien el abogado argentino tiene entrenamiento en cuanto a las herramientas jurídicas disponibles para paliar situaciones de exabruptos sociales, políticos y económicos, éstos siempre exigen un esfuerzo de adaptación a la medida de las nuevas circunstancias. El brote de la Pandemia no fue la excepción.

La primera preocupación que se planteó fue la posibilidad de invocar ciertos institutos legales que contempla nuestro ordenamiento jurídico, diseñados como remedios contractuales para afrontar situaciones extraordinarias e imprevisibles. Estas herramientas pretenden dar respuesta a situaciones que desvirtúan el equilibrio contractual y alteran sustancialmente las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes al momento de celebrar el contrato, ya sea porque su cumplimiento se ha vuelto imposible, o porque somete a una parte a una carga desmedida.²⁰⁴ Nos referiremos específicamente a (i) la fuerza mayor, (ii) la teoría de la imprevisión, y (iii) la doctrina de la frustración del fin del contrato.

Estos institutos legales han merecido un extenso tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia desde larga data. El punto novedoso consiste, entonces, no en los tomos de teoría acumulados respecto de ellos, sino en su aplicación práctica al impacto que han tenido la Pandemia y las Medidas Gubernamentales sobre las relaciones contractuales. Asimismo, debe tenerse presente el carácter dinámico de los requisitos exigidos para su aplicación, que no son “*atemporales o invariables*”, sino que deben ser merituados conforme la coyuntura en la que se insertan.²⁰⁵

Como punto de partida, la posibilidad de invocar cualquiera de los institutos legales descriptos a continuación debe analizarse caso por caso, según las circunstancias de cada situación puntual, y prestando especial atención a los términos de cada contrato.

Los institutos bajo análisis encuentran su regulación en dos fuentes principales: (i) la

²⁰⁴ Cfr. MEDINA, Graciela, “Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho comparado”, Thompson Reuters Online AR/DOC/934/2020.

²⁰⁵ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, “Requisitos, efectos y prueba del caso fortuito en el nuevo Código”, La Ley 2015-C, 933.

autonomía de la voluntad de las partes –es decir, los términos del contrato específico del que se trate–; y (ii) el Código Civil y Comercial de la Nación (el “CCC”), que no solamente regula estos institutos de forma general, sino que en algunas oportunidades contiene normas específicas para cierto tipo de contratos que deben ser analizadas con atención. Por ello, el primer paso antes de comenzar a analizar la aplicación de cualquiera de las herramientas jurídicas señaladas debe ser obligadamente identificar el tipo de contrato del que se trata, sus términos, sus características y el negocio que lo subyace.²⁰⁶

Una vez que se tiene una radiografía completa de la relación jurídica que vincula a las partes, pueden identificarse cuatro aspectos basales, que responden a cuatro preguntas que debería hacerse el intérprete jurídico confrontado con un caso en el que podría potencialmente aplicarse alguno de los institutos legales bajo análisis. Esto ayudará, no solamente a identificar la presencia de los requisitos que exige el marco normativo para la configuración de cada uno, sino a determinar cuál de ellos se ajusta mejor a los intereses de la parte afectada y a la situación que se presenta.

La primera pregunta es: ¿cuál es la situación fáctica que debe configurarse para dar lugar a la aplicación del instituto en cuestión? Este aspecto se refiere al supuesto de hecho que permite ingresar al estudio de esta temática, que puede tratarse de un hecho puntual o de un escenario en el cual confluyen diversas circunstancias y factores (el “**Supuesto de Hecho**”). Si bien la Pandemia parecería pertenecer al segundo grupo, es decir, una situación generalizada de disrupción en la vida económica del país, será importante identificar hechos y circunstancias puntuales que afectan a la relación jurídica concreta de la que se trate. En muchos casos, podría no ser suficiente con referirse al estado de hecho generalizado causado por la Pandemia, sino que deberá fundarse la aplicación de una u otra herramienta legal en medidas gubernamentales, obstáculos o condiciones específicas. También será necesario identificar qué características debe tener el Supuesto de Hecho; como se describe en el Apartado 2.2, esto es, lo que mayormente tienen en común los institutos bajo análisis.

La segunda pregunta es: ¿cuál es el efecto que debe tener el Supuesto de Hecho sobre la relación jurídica en cuestión? Este aspecto se refiere al impacto que tiene la situación de hecho sobre el contrato respectivo, el perjuicio concreto que genera y la concurrente alteración de ciertos elementos estructurales del contrato de forma no deseada por las partes (la “**Consecuencia Nociva**”). Como se explica en los Apartados 2.3 a 2.5, este es el punto en el que mayormente se distinguen los institutos, y que permitirán identificar cuál de ellos se ajusta mejor al caso bajo análisis.

La tercera pregunta es: ¿cómo se relacionan el Supuesto de Hecho con la Consecuencia Nociva? En otras palabras, debe indagarse en la relación causal que conecta la situación de hecho invocada, con el perjuicio que ha sufrido la relación jurídica respectiva y la consecuencia que se le pretende asignar en el ámbito contractual. Este aspecto reúne los

²⁰⁶ Cfr. RIVERA, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, Thompson Reuters Online AR/DOC/1102/2020.

dos anteriores, ya que un análisis pormenorizado de cada caso particular exige que sea perfectamente palpable la relación entre la circunstancia, medida gubernamental o hecho imprevisto que se invoca y la consecuencia que de éste se deriva.

Por último, un cuarto interrogante: ¿qué efecto tiene la aplicación del instituto respectivo en la relación jurídica? El análisis de este aspecto resulta fundamental de cara al interés que pueda tener la parte afectada, puesto que, si bien un instituto legal podría ajustarse al caso, podría no proveer la herramienta que mejor satisfaga sus intereses. No nos escapa el hecho de que en muchas ocasiones la invocación de uno u otro instituto jurídico podría constituir una herramienta útil a los efectos de inclinar a la contraparte a una renegociación de ciertos términos contractuales. Sin embargo, en caso de que las partes no puedan arribar a un acuerdo sobre cómo adaptar su relación jurídica a la nueva coyuntura, la parte afectada debe tener siempre presente qué puede esperar de la judicialización de un eventual conflicto y a qué resultado podría llegar de prosperar en su postura. Conforme será desarrollado en los Apartados 2.3 a 2.5, este es otro punto en el que difieren los distintos institutos legales bajo estudio.

2.2. ELEMENTOS COMUNES A LOS DISTINTOS INSTITUTOS

Los remedios contractuales de caso fortuito o fuerza mayor, imprevisión y frustración del fin del contrato que se analizan a continuación poseen notas comunes, si bien se diferencian en cuanto a ciertos requisitos aplicables a cada uno y sus efectos. El principal elemento en el que se distinguen claros rasgos comunes entre uno u otro instituto se ubican en el ámbito de la Situación de Hecho y sus características. Esto se debe a que todos ellos surgen como respuesta a una situación fáctica que no fue tomada en miras al momento de la celebración del contrato y que afectan sustancialmente la posibilidad o el interés de alguna de las partes en continuar obligada en los términos originales, diseñados para una situación de “normalidad”.

2.2.1. Evento extraordinario e imprevisible

En primer lugar, la Situación de Hecho debe ser extraordinaria e imprevisible, es decir, que haya sido imposible para las partes predecirla bajo estándares objetivos y razonables, según la experiencia, dadas las características del tipo de negocio en cuestión y conforme el curso ordinario de eventos.²⁰⁷

Se ha dicho que *“debe tratarse de un hecho que un hombre de mediana prudencia no tenga por qué suponer que ocurrirá [...] No se trata de un deber ilimitado de prever. En este mundo todo puede acontecer, pero lo que el individuo está obligado a prevenir es*

²⁰⁷ Cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, 9ª edición, actualizado por BORDA, Alejandro, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 117; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 293 (citados en ALTERINI, Jorge H. (Dir), *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético*, t. VIII, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, versión eBook). También debe tenerse presente que en el ámbito de la previsibilidad contractual, el CCC indica que *“En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”* (artículo 1728).

lo razonable.”²⁰⁸

En el caso concreto de la Pandemia y las Medidas Gubernamentales, existen elementos para argumentar que se trata de un hecho imprevisible. Independientemente de la existencia de epidemias y pandemias en la historia, la imprevisibilidad podría fundarse en la magnitud de su impacto a nivel doméstico e internacional, el nivel y rapidez del contagio, las restrictivas medidas gubernamentales implementadas para paliar sus efectos, el efecto generalizado que ha tenido en todos los sectores e industrias y su amplio espectro de afectación a nivel mundial, etc. Asimismo, numerosas declaraciones de funcionarios públicos y los considerandos de las distintas Medidas Gubernamentales hacen referencia al carácter sin precedentes de la situación generada a raíz de la Pandemia.²⁰⁹

A esta postura adscriben varios autores, en oportunidad de analizar la imprevisibilidad de los acontecimientos asociados con la Pandemia.²¹⁰ En palabras de MEDINA, “*en principio, la aparición del COVID-19 es un hecho imprevisible, salvo para los novelistas de ciencia ficción.*”²¹¹

2.2.2. Actual y sobreveniente

En segundo lugar, relacionado con el elemento de la imprevisibilidad, debe tenerse en cuenta un aspecto temporal: la Situación de Hecho debe ser actual (es decir, tener virtualidad al momento en que se invoca la aplicación del instituto determinado, y no

²⁰⁸ ALTERINI, Jorge H. (Dir), op.cit., con cita a: CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones 1*, 2ª edición, 1ª reimpresión aumentada y actualizada, Platense, La Plata - Buenos Aires, 1979, pp. 506/507; TRIGO REPRESAS, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, La Ley 1989-D, 457; *Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales*, t. II, p. 1091.

²⁰⁹ A modo de ejemplo, en los considerandos del Decreto N° 297/20 que dispuso el ASPO en todo el territorio nacional, el PEN afirmó: “*Que nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, y para ello es necesario tomar medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en las evidencias disponibles, a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario.*” Desde otro punto de vista, teniendo en cuenta una hipotética judicialización de una disputa contractual, cobrarían relevancia las diferentes acordadas emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (la “CSJN”), que dispusieron una feria judicial extraordinaria en el marco de la Pandemia, teniendo en cuenta la emergencia sanitaria imperante en el país (originalmente dispuesta por medio de la Acordada N° 6/2020, conforme fuera sucesivamente prorrogada). En el plano internacional, puede citarse las declaraciones efectuadas conjunta por la Organización Mundial de la Salud y la Cámara de Comercio Internacional el 16 de marzo de 2020, en las que expresaron: “*la pandemia de la COVID-19 es una emergencia sanitaria y social mundial que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas. Todas las empresas tienen un papel esencial que desempeñar minimizando la probabilidad de transmisión y el impacto en la sociedad*” (ver <https://www.who.int/es/news-room/detail/16-03-2020-icc-who-joint-statement-an-unprecedented-private-sector-call-to-action-to-tackle-covid-19>; último acceso: 6 de julio de 2020).

²¹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “El problema de la renuncia anticipada a los efectos del caso fortuito ante la pandemia”, Thompson Reuters Online AR/DOC/1524/2020; MARTINOTTI, Diego F., “Impacto de la pandemia del COVID-19 en los contratos. Algunas recomendaciones para Abogados Corporativos”, SupAbCorp 2020 (junio), 17/06/2020, 2; CALVO COSTA, Carlos A., “Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia”, RCyS2020-V, 3; RIVERA, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, Thompson Reuters Online AR/DOC/1102/2020; GARCÍA FUENTES, Mateo, “Soluciones contractuales en situaciones excepcionales”, Thompson Reuters Online AR/DOC/936/2020.

²¹¹ Cfr. MEDINA, Graciela, op.cit.

ser meramente hipotética o probable) y sobreviniente (es decir, no debe haber existido al momento en que se celebró el contrato respectivo). En palabras de ALTERINI, la Situación de Hecho debe ser “*no congénit[a] sino contemporáne[a] al momento en que se lo invoque*”.²¹² La Situación de Hecho debe haberse producido después de que la obligación respectiva haya sido contraída, y debe permanecer vigente al momento en que ésta deba ser cumplida.

Resulta ciertamente difícil identificar el momento preciso del acaecimiento de la Pandemia y las restantes circunstancias que la rodean. Si bien sus efectos arribaron a la Argentina de forma repentina, la reacción local y las Medidas Gubernamentales constituyen (aun en la actualidad) un proceso dinámico, progresivo y en constante cambio. Sin ir más lejos, a la fecha del presente no es posible conocer con certeza el alcance de las Medidas Gubernamentales a nivel temporal en todo el territorio nacional. Prueba de ello es que el ASPO, dictado inicialmente hasta el 20 de marzo de 2020, ha sido prorrogado sucesivamente en el ámbito del AMBA y permanece aún vigente.

Consecuentemente, para aquellas obligaciones contraídas en una época en la que la Pandemia ni se avizoraba en la Argentina, la Situación de Hecho sería ciertamente sobreviniente. En el caso de aquellas obligaciones contraídas una vez producidos ciertos efectos de la Pandemia o la adopción de ciertas Medidas Gubernamentales (en una especie de período temporal “gris”), será necesario analizar si la producción de la Situación de Hecho específica podría ser considerada sobreviniente, qué hitos específicos deberían ser tomados en cuenta para determinarlo y, en conexión con el requisito de la imprevisibilidad descripto en el Apartado 2.2.1, hasta qué punto la existencia de ciertas Medidas Gubernamentales o efectos de la Pandemia harían su posterior agravación previsible.

2.2.3. Ajeno a la parte afectada

En tercer lugar, en todos los institutos bajo análisis es necesario que la Situación de Hecho sea ajena a la parte que lo invoca, por fuera de su ámbito de control, no atribuible o imputable a la misma.²¹³

Un primer análisis del impacto de la Pandemia y las Medidas Gubernamentales permiten inferir *prima facie* que es probable que este elemento se encuentre presente, debido a que la Situación de Hecho consistiría eventualmente en prohibiciones legales, o circunstancias fácticas cuyo gran espectro de afectación claramente exceden el ámbito de control de los particulares.²¹⁴

Sin embargo, al momento de analizar la concurrencia de este elemento, será necesario sopesar si la parte afectada por la Situación de Hecho ha contribuido a la provocación del daño, o si no ha tomado las diligencias necesarias para prevenir o mitigar el

²¹² ALTERINI, Jorge H. (Dir.), op. cit.

²¹³ En igual sentido, “*el hecho debe ser extraño al deudor, vale decir, ha de producirse 'en el exterior de la esfera de acción por la cual el deudor debe responder*” (ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de obligaciones*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 358.)

²¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ, Leonardo F., op. cit.; MARTINOTTI, Diego F., op. cit.

mismo,²¹⁵ por ejemplo, debido a que ha omitido adoptar las medidas preventivas necesarias desde el inicio de la Pandemia.

2.2.4. Ajeno al riesgo asumido contractualmente

En cuarto lugar, la Situación de Hecho debe ser ajena al riesgo asumido contractualmente por la parte afectada.

Al respecto, debe tenerse presente que toda relación contractual conlleva de alguna forma una distribución de riesgos entre las partes, lo que también debe ponderarse dadas las características específicas del negocio, la industria en la que se desarrolla, el tipo de contrato del que se trate, entre otros. Por ello, para que la Situación de Hecho pueda dar lugar a la aplicación de alguno de los institutos bajo análisis, éste debe exceder el riesgo ordinario asociado al negocio jurídico involucrado (es decir, “*no ligados por una causalidad adecuada al manejo de ciertas cosas o ciertas actividades*”).²¹⁶

2.2.5. Nexos de causalidad

Por último, es importante ponderar en cada caso la relación causal existente entre la Situación de Hecho invocada y la Consecuencia Nociva, que se arguye como justificación del remedio contractual buscado por la parte afectada.²¹⁷

En este sentido, la fuerza mayor o caso fortuito implican una ruptura del nexo causal, por lo que “*para establecer la presencia del casus o desecharla, se debe efectuar un análisis causal, que concluya con la formulación de un juicio de adecuación*”.²¹⁸ Respecto de la responsabilidad civil y en el ámbito contractual general, el CCC adopta el criterio de la causalidad “adecuada”.²¹⁹

2.3. FUERZA MAYOR

El caso fortuito o fuerza mayor se encuentra regulado en el CCC como instituto aplicable en el ámbito de la responsabilidad civil (tanto contractual como aquiliana) y es definido como “*[e]l hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario*” (artículo 1730, CCC).

²¹⁵ Al respecto, ver artículo 1710, CCC: “*ARTICULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*”

²¹⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo, op. cit.

²¹⁷ Cfr. RUIZ, Vanesa, “La pandemia y sus efectos contractuales. Herramientas jurídicas”, SJA 29/04/2020, 37.

²¹⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo, op. cit.

²¹⁹ La causalidad adecuada se mide “*en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece, según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos. Para ello es necesario llevar a cabo un juicio de probabilidad, que se realiza ex post facto y en abstracto*” (PIZARRO, Ramón D., “La causalidad adecuada y factores extraños”, en *Derecho de daños. Primera parte*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 2569; citado en ALTERINI, Jorge H. (Dir.), op. cit.).

Las partes de un contrato pueden modificar, adaptar, ampliar o constreñir el concepto de fuerza mayor a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, e incluso renunciar a la posibilidad de invocarlo.²²⁰ Es práctica común que en contratos complejos las partes regulen de forma detallada y particular la aplicación del instituto a su relación contractual, teniendo en mira las características específicas del negocio, de la industria en la cual se inserta el mismo, distintos elementos de la coyuntura, etc.²²¹ Por ello, como fue explicado en el Apartado 2.1, el punto de partida fundamental para el análisis de cada caso en el cual se pretenda la aplicación del instituto de fuerza mayor es evaluar si éste se encuentra regulado en el contrato y de qué forma.

La Situación de Hecho que da lugar a la invocación de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor debe ser imprevisible y extraordinaria, actual y sobreviniente, ajena a la culpa de la parte que lo invoca, ajena al riesgo asumido contractualmente, y debe guardar un nexo de causalidad adecuado con la Consecuencia Nociva que se le atribuye (conforme lo desarrollado en el Apartado 2.2). Adicionalmente, la doctrina agrega el requisito de la “inevitabilidad” o “irresistibilidad”, como elemento fundamental y distintivo del caso fortuito o fuerza mayor, a tal punto que el elemento de la imprevisibilidad solamente cobraría relevancia en la medida en que el hecho se volviera inevitable o irresistible.²²² La Situación de Hecho será inevitable cuando “*conforme el curso normal y ordinario de las cosas, resulte insusceptible de ser contrarrestado por el sujeto*”;²²³ cuando la oposición de la parte a su acaecimiento no tenga virtualidad para impedirlo.²²⁴ En palabras de LÓPEZ MESA, “*inevitable es el hecho que, sin culpa del deudor y enclavado en la circunstancia que le sea propia, haya sido impotente para impedirlo.*”²²⁵

Esto se debe a que el rasgo fundamental del caso fortuito o fuerza mayor es que la Consecuencia Nociva que debe darse es la imposibilidad absoluta y objetiva de cumplir con la obligación asumida.

²²⁰ Ver artículo 1733, inciso (a) del CCC. No nos escapa el debate que se generó durante la vigencia del Código Civil de Vélez respecto del alcance de la renuncia a la invocación del caso fortuito o fuerza mayor cuando ésta se encuentra expresada de forma genérica. Sin embargo, dado que el CCC actualmente no distingue entre eventos de fuerza mayor “ordinarios” y “extraordinarios”, entendemos que debe darse un alcance amplio a la renuncia anticipada al derecho a invocar una causal de fuerza mayor en el caso de contratos paritarios. Para una reseña de dicha discusión, ver: FERNÁNDEZ, Leonardo F., op. cit.

²²¹ LÓPEZ MESA, Marcelo, op.cit.; CNCiv., Sala C, 20/10/78, “Carlés de Chiodo, Alicia c. Cotana Santamarina, Gabino”, ED, 81-152.

²²² ALTERINI, Jorge H. (Dir), op. cit., con cita a: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª edición ampliada y actualizada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997, p. 317; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, 9ª edición, actualizada por BORDA, Alejandro, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 117; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones* 1, 2ª edición, 1ª reimpresión aumentada y actualizada, Platense, La Plata - Buenos Aires, 1979, pp. 506/507; TRIGO REPRESAS, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, La Ley, 1989-D, 457; *Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales*, t. II, p. 1091.

²²³ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 294 (citado en ALTERINI, Jorge H. (Dir.), op. cit.).

²²⁴ Cfr. ALTERINI, Jorge H. (Dir.), op. cit.

²²⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo, op. cit.

“Imposibilidad” no es sinónimo de “dificultad”;²²⁶ para que exista caso fortuito o fuerza mayor debe ser material o jurídicamente imposible cumplir con la obligación asumida para la parte que lo invoca. La imposibilidad debe ser absoluta y objetiva²²⁷ (es decir, que afecte a cualquier sujeto en la misma posición, y no basada en las características personales de la parte afectada).²²⁸ Dicha imposibilidad podría ser tanto definitiva (cuando la obligación nunca podría ser cumplida) o temporaria (cuando la imposibilidad de cumplir proyecta sus efectos solamente durante un período determinado). A su vez, la imposibilidad de cumplir puede ser material (es decir, basada en un elemento fáctico), o bien jurídica (por ejemplo, en el caso de una prohibición legal o derivada del acto de alguna autoridad).²²⁹

La Situación de Hecho debe impedir a la parte afectada cumplir con obligaciones específicas, individualizadas y concretas.²³⁰ Parecería no ser *prima facie* suficiente invocar genéricamente la Pandemia o las Medidas Gubernamentales para excusar el cumplimiento de una obligación por fuerza mayor, sino que sería necesario fundamentar con precisión cómo la Situación de Hecho impide completamente cumplir con las obligaciones concretas que la parte ha asumido.²³¹

En esta línea, la posibilidad de exceptuar el cumplimiento de obligaciones de pago debido a una causal de fuerza mayor sería especialmente dificultosa (salvo que se alegara una imposibilidad de llevar a cabo la operatoria de pago en sí misma y, aun en estos casos, en general existen numerosas alternativas para poder perfeccionar el pago de una obligación dineraria).²³² Las dificultades para realizar pagos usualmente se encuentran mayormente vinculadas a la solvencia de las partes. También es práctica común que las partes de contratos complejos incluyan una cláusula por la cual renuncien a la posibilidad de invocar un hecho de fuerza mayor para excusar obligaciones de pago.

²²⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo, op. cit.

²²⁷ CNCiv, Sala D, “*Checa de Bonato, Pilar v. Riente S.A.*”, 01/11/1983, JA 1985-I-17; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones I*, 2ª edición, Platense, La Plata - Buenos Aires, 1979, p. 508; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª edición, actualizada por BORDA, Alejandro, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 118.

²²⁸ Cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª edición, actualizada por BORDA, Alejandro, La Ley, Buenos Aires, 2008, Tº I, p. 118 (citado en ALTERINI, Jorge H. (Dir), op. cit.).

²²⁹ Cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª edición, actualizada por BORDA, Alejandro, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 119. En la misma línea, CNACiv, Sala L, “*Italarg Sociedad de Hecho c. Viviendas Trabajadores de la Sanidad y Marina Mercante s/rescisión de contrato*”, 06/03/2013, Thompson Reuters Online AR/JUR/9143/2013.

²³⁰ Ver JCAcm de San Juan, “*Ibáñez Mariela y otros c/ Falabella Viajes y LatamAirlinesGroup s/ amparo*”, 12/03/2020, en el cual se hizo lugar a un planteo de fuerza mayor a raíz de la Pandemia en el marco de una acción de amparo.

²³¹ A modo ejemplificativo, podría argüirse la existencia de fuerza mayor si se tornara imposible cumplir con la obligación de proveer un determinado servicio que se viera prohibido por el ASPO. Por el contrario, sería dificultoso invocar la Pandemia para excusar una obligación que permanecería de posible cumplimiento (por ejemplo, actividades exceptuadas del ASPO).

²³² RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. 4, La Ley, 2015, p. 215. En esta línea, se afirma que: “*en el caso del coronavirus o de los hechos del príncipe dictados en razón de él, no podría alegarse la imposibilidad por desaparición del objeto si la obligación de entregar fuera en dinero*” (MEDINA, Graciela, op. cit.).

El artículo 1733 del CCC impide la invocación de una causal de fuerza mayor como eximente de responsabilidad en ciertos supuestos: “a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.”

En caso de que se verifiquen los extremos requeridos para la configuración de un supuesto de fuerza mayor, el mismo tendría los siguientes efectos principales: (i) funcionaría como un eximente de responsabilidad por cualquier incumplimiento en el que incurriera la parte afectada a causa del mismo;²³³ (ii) en caso de que la imposibilidad generada por el evento de fuerza mayor fuera temporaria, podría suspenderse el cumplimiento de la obligación respectiva durante la duración del evento de fuerza mayor, sin responsabilidad;²³⁴ (iii) en caso de que la imposibilidad de cumplir fuera definitiva (es decir, que no pudiera ser revertida de forma alguna), o bien siendo una imposibilidad temporaria “el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”, la obligación quedará extinguida (artículos 955, 956 y 1732, CCC); y (iv) la parte no afectada por la causal de fuerza mayor podría suspender su propio cumplimiento “si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia” (artículo 1032, CCC).

Por último, la aplicación e interpretación del caso fortuito es restrictiva y aplicable a casos excepcionales (artículo 792, CCC).

2.4. IMPREVISIÓN

La teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra actualmente receptada en el artículo 1091 del CCC,²³⁵ y aplica en aquellos casos en los que, tratándose de contratos bilaterales, onerosos y de ejecución diferida o continuada, debido a circunstancias extraordinarias y sobrevinientes, ajenas a las partes y que exceden el riesgo inherente al negocio del que se trate, las obligaciones de una de las partes se tornan excesivamente onerosas. Es generalmente aceptado que las partes de un

²³³ Ver artículos 1722 y 1730 del CCC.

²³⁴ Cfr. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. and LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de obligaciones*, t. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993, p. 360.

²³⁵ “ARTICULO 1091.- Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.”

contrato paritario pueden válidamente renunciar de forma anticipada a la invocación de la teoría de la imprevisión.²³⁶

La teoría de la imprevisión provee un remedio contractual para aquellos supuestos en los que el equilibrio económico de las prestaciones en un contrato se quiebra, generando una situación en la cual no sería justo que una de las partes debiera cumplir con sus obligaciones en los mismos términos en los que fueron originalmente acordadas, debido a que éstas se han tornado excesivamente onerosas en comparación con su valor al momento de la celebración del contrato.

La teoría de la imprevisión se diferencia del supuesto de fuerza mayor debido a que el cumplimiento de las obligaciones no se ve imposibilitado material o jurídicamente, sino que se convierte en excesivamente oneroso en una manera desproporcionada en comparación con las circunstancias imperantes al momento en que éstas fueron contraídas.²³⁷

La aplicación de la teoría de la imprevisión requiere, como parte de la Situación de Hecho, que exista una “*alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada*” (artículo 1091, CCC). Estos caracteres fueron descriptos en el Apartado 2.2. Como en el caso de un supuesto de fuerza mayor, la parte afectada debe identificar las circunstancias específicas que impactan en la relación contractual y cómo tienen significancia suficiente para alterar de forma sustancial el equilibrio económico de las prestaciones, de forma tal de tornar las obligaciones de la parte afectada en “excesivamente onerosas”.²³⁸

La Situación de Hecho debe exceder el riesgo asumido por la parte afectada; la teoría de la imprevisión no será aplicable en la medida en que la Situación de Hecho configure un riesgo comercial común en el tipo de operaciones del que se trate. Este requisito merece especial hincapié en el caso del instituto de la imprevisión, puesto que el concepto de excesiva onerosidad que lo subyace remite a consideraciones relativas al valor económico de las prestaciones en juego, lo que usualmente sufre fluctuaciones importantes en nuestro país y que comúnmente merece un tratamiento específico en los contratos y en el diseño del negocio jurídico. Por ello, es fundamental analizar si las circunstancias extraordinarias invocadas exceden el riesgo comercial razonablemente asumido por la parte afectada o inherentes al negocio del que se trata; teniendo en cuenta que todo contrato bilateral implica, en alguna medida, una distribución de

²³⁶ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. III, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 491; LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. VIII, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, p. 225; CNCom, Sala B, “Montefiore, Renato Sergio c. Montefiore, Jose y otros s/ Ejecutivo”, 18/12/2019, Thompson Reuters Online AR/JUR/50255/2019.

²³⁷ Cfr. PIZARRO, Ramón D., “La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 273, Thompson Reuters Online AR/DOC/388/2015.

²³⁸ Cfr. CNCiv., Sala D, “Belmonte de Carbone, María c. Chulivertt, José M. y otros”, 31/03/1981, La Ley, 1981-C, 477, AR/JUR/3644/1981.

riesgos.²³⁹ Esto implica ponderar con especial atención cómo han sido alocados los riesgos en el contrato específico del que se trate, y no analizar solamente las cláusulas relativas a fuerza mayor o imprevisión, sino estudiar el negocio globalmente, en base a las restantes cláusulas contractuales, con especial atención a, por ejemplo, si las partes han incluido mecanismos de ajustes de precios, indemnidades, garantías, eximentes de responsabilidad, obligaciones de “tomar o pagar” (“*take-or-pay*”) o “entregar o pagar” (“*deliver-or-pay*”), etc.

Como se adelantó, el elemento característico de un supuesto de imprevisión es que la Consecuencia Nociva consiste en que las obligaciones de la parte afectada se hayan tornado “excesivamente onerosas”. La excesiva onerosidad es un concepto jurídico indeterminado, difícil de definir, que requiere una ponderación esencialmente casuística y variable,²⁴⁰ y que se alimenta numerosos factores.

Existe cierta concordancia en que el concepto se refiere, en líneas generales, a una carga económica desmesurada, en comparación con lo que originalmente se previó en el contrato al momento de su celebración. El concepto se vincula, no solamente con la diferencia del valor de la prestación que es exigida a la parte afectada en contraposición con su valor original, sino también con la proporción guardan las distintas contraprestaciones que se deben las partes recíprocamente. La excesiva onerosidad toma como punto de partida la ecuación económico-financiera que las partes diseñaron al momento de celebrar el contrato, y captura una alteración de dicho equilibrio que, en palabras de ciertos autores, es “exorbitante”, “intolerable”, implica una completa distorsión o degradación del balance de las prestaciones.²⁴¹ En otras palabras, la carga o el sacrificio que debe soportar una de las partes debe tornarse excesivamente desproporcionado con relación al beneficio que recibirá la otra.²⁴²

Por ello, no cualquier alteración del equilibrio de las prestaciones de las partes amerita la aplicación del instituto de la imprevisión. De lo contrario, éste sería pasible de ser utilizado indiscriminadamente para cualquier circunstancia en la que las expectativas de una parte con relación al negocio de que se trata no fueran satisfechas. La Situación de Hecho debe haber alterado los elementos fundamentales de la obligación asumida de forma tal que, de haber existido al momento en que el contrato fue celebrado, hubiera modificado sustancialmente el diseño del negocio jurídico.²⁴³

Cabe detenerse adicionalmente sobre este punto para hacer una apreciación sobre la

²³⁹ Cfr. PIZARRO, Ramón D., op. cit.

²⁴⁰ Cfr. PIZARRO, Ramón D., op. cit.

²⁴¹ Cfr. PIZARRO, Ramón D., op. cit.

²⁴² Cfr. QUIRÓS, Pablo O., “La revisión del contrato por imprevisión: la cuestión en el derecho argentino”, LL. RCyS 2019 - Edición Especial, 85. Asimismo, se ha precisado que la excesiva onerosidad puede configurarse cuando el Supuesto de Hecho “*aumenta para una parte el valor del sacrificio, manteniéndose inalterable el de la ventaja; 2. permanece idéntico el valor del sacrificio, disminuyendo el de la ventaja; o 3. ambos valores sufren alteraciones en sentido inverso, desequilibrándose la economía interna del contrato, su equilibrio*” (HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (Dir.), op. cit., p. 491).

²⁴³ Cfr. BORETTO, Mauricio, “Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL. RCCyC 2019 (octubre), 3.

aplicación de la teoría de la imprevisión a la situación generada por la Pandemia y las Medidas Gubernamentales. Es sabido que estos eventos extraordinarios han tenido un fuerte impacto en los negocios de numerosas empresas y ha afectado en gran medida su solvencia y capacidad económica, lo que las coloca en severas dificultades para hacer frente a sus compromisos contractuales de forma general. Esto podría provocar la tentación casi instintiva de acudir al instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente. Sin embargo, una invocación exitosa de la teoría de la imprevisión como remedio contractual exige demostrar cómo la Pandemia y las Medidas Gubernamentales han tenido un impacto sustancial en el equilibrio económico del contrato específico del que se trate.²⁴⁴ En otras palabras, la excesiva onerosidad no se mide exclusivamente por la situación extenuante en la que pueda encontrarse una de las partes a nivel económico, sino en la ruptura del *sinallagma* contractual y el diseño económico de distribución de riesgos que subyace al contrato en particular.

En el pasado, la teoría de la imprevisión ha sido aplicada en situaciones de disrupciones económicas y financieras generalizadas en el país y graves procesos inflacionarios (que se vinculan, naturalmente, con la génesis histórica del instituto y su incorporación a nuestro ordenamiento, lo cual excede el marco de análisis del presente trabajo).²⁴⁵ Por ejemplo, la CSJN ha aplicado el instituto en el contexto de las crisis financieras y económicas imperantes en nuestro país que constituyeron un estado generalizado de emergencia con serios impactos económicos, sociales y políticos.²⁴⁶

También debe tenerse presente que los tribunales han aplicado la llamada doctrina del “esfuerzo compartido” en casos de circunstancias extraordinarias con un impacto generalizado en el país.²⁴⁷ Esta doctrina pretende la distribución equitativa de los perjuicios generados por las circunstancias extraordinarias generalizadas entre las partes de un contrato,²⁴⁸ y ha sido aplicada aun en casos en los que las partes habían renunciado anticipadamente a invocar la doctrina de imprevisión. A pesar de que esta doctrina fue aplicada principalmente para morigerar los efectos negativos de la crisis financiera de los años 2001-2002, su aplicación para contrarrestar los efectos negativos de la Pandemia y las Medidas Gubernamentales no debe ser *prima facie* descartada.

²⁴⁴ Explica RIVERA que: “No se debe tomar en cuenta solamente la situación patrimonial del afectado, puesto que se trata de examinar la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato y no una relación patrimonial que no entró en consideración en el programa convencional concreto. En definitiva, lo que cuenta no es la prestación en sí misma, sino en su relación de equivalencia con la prestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio” (en RIVERA, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, Thompson Reuters Online AR/DOC/1102/2020).

²⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit., p. 224.

²⁴⁶ Ver, por ejemplo, CSJN, “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria”, 15/03/2007, JA 2007-II-537, Thompson Reuters Online 35010314.

²⁴⁷ CNCom, Sala C, “Nivax S.R.L. c. Sociedad Desiembras S.R.L. s/ ordinario”, 27/05/2014; CNCiv, Sala B, “Aiani, María J. c. Kovacs o Kovacs y Bors, Alejandro R”, 23/06/2003; CNCiv, Sala E, “Arrúa, Mercedes c. Ruiz, María P”, 22/05/2003; CNCiv, Sala G, “Calen S.A. c. Aguilar, Raúl Ernesto y otro”, 09/03/2007.

²⁴⁸ Ver, por ejemplo, CSJN, “Fecred S.A. c. Mazzei, Osvaldo Daniel y otro”, 06/05/2008, Fallos 331:1040.

En caso de que se configuren los elementos expuestos anteriormente, la teoría de la imprevisión permite a la parte afectada a solicitar el ajuste equitativo de las prestaciones contractuales para reestablecer el equilibrio económico de las prestaciones recíprocas (ya sea judicial o extrajudicialmente), o a resolver el contrato. En el primer caso, no se requiere que el contrato sea devuelto a una situación de equilibrio perfecto o ideal, sino que los efectos la Situación de Hecho sean neutralizados.²⁴⁹ En otras palabras, el juez no puede convertir un mal negocio en uno bueno.

La teoría de la imprevisión debe ser interpretada de forma restrictiva y solo se aplica en casos extraordinarios,²⁵⁰ de forma tal de evitar que sea empleado como refugio por cualquier parte que no encuentre sus expectativas económicas satisfechas a raíz del contrato.²⁵¹ Este estándar también es especialmente estricto en aquellos casos en los que las partes intervinientes son profesionales de una industria dada, con gran experiencia en el tipo de negocios respectivo y que se encuentren familiarizados con los riesgos comerciales que éstos involucran.²⁵²

Finalmente, el principal rasgo para determinar si el caso bajo análisis podría dar lugar a la invocación de la imprevisión, y no de un supuesto de fuerza mayor, radica en la Consecuencia Nociva que se produce sobre la relación contractual a causa de la Pandemia y las Medidas Gubernamentales. Mientras que la fuerza mayor requiere la configuración de una imposibilidad absoluta y objetiva de cumplir con sus obligaciones, en el caso de la imprevisión la obligación es de posible cumplimiento, pero ha devenido en excesivamente onerosa para la parte afectada, conforme los estándares descriptos precedentemente.

2.5. FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO

El instituto de la frustración del fin del contrato se encuentra regulado en el artículo 1090 del CCC,²⁵³ y aplica cuando, debido a una alteración extraordinaria de las

²⁴⁹ Cfr. PIZARRO, Ramón D., “La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 273, Thompson Reuters Online AR/DOC/388/2015.

²⁵⁰ Cfr. ABATTI, Enrique L., DIBAR, Alberto, ROCCA, Ivan (h), “La imprevisión contractual”, Thompson Reuters Online AR/DOC/10568/2001; QUIRÓS, Pablo O., op.cit.

²⁵¹ CNCom, Sala B, “*Turimar, S. A. c. Banco Río de la Plata*”, 28/08/1985, La Ley 1986-A, 13, DJ 1986-1, 367, Thompson Reuters Online AR/JUR/2067/1985; CNCom, Sala C, “*Pirillo, Víctor c. Bernasconi, Edmundo F. y otros*”, 02/04/1985, La Ley 1985-C, 361, Thompson Reuters Online AR/JUR/747/1985; CNCiv, Sala C, “*Serevski, Rodolfo c. Goldman, Luis A.*”, 17/03/1986, La Ley 1987-E, 462, Thompson Reuters Online AR/JUR/178/1986; PIZARRO, Ramón D., op. cit.

²⁵² CNCom, Sala B, “*Quetzal Eléctrica, Soc. en Com. por Accs. c. I. B. M. Argentina, S.A.*”, 24/05/1984, La Ley 1984-C, 178; CNCiv, Sala B, “*Poczter, Débora Adriana y Otro c. Garmendia Demoronta, María Raquel s/ consignación de alquileres*”, 10/09/2018, Thompson Reuters Online AR/JUR/47080/2018; CNCom, Sala D, “*BWA S.A. c/Autopistas del Sol S.A. s/ ordinario, registro n° 94.045/2002*”, 10/11/2015, Thompson Reuters Online AR/JUR/55363/2015; entre muchos otros.

²⁵³ “ARTICULO 1090.- *Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a*

circunstancias existentes al momento de la celebración de un contrato de ejecución diferida, su causa-fin se ve frustrada. En otras palabras, cuando la causa-fin tenida en cuenta para la celebración del contrato no puede ser satisfecha, debido a circunstancias ajenas a las partes y sobrevinientes. Como en el caso de los institutos reseñados anteriormente, las partes de un contrato podrían incluir una renuncia a la posibilidad de invocar la frustración del fin del contrato.

La aplicación de la frustración del fin del contrato requiere como Situación de Hecho una alteración sobreviniente de las circunstancias imperantes al momento de su celebración de carácter extraordinaria e imprevisible, ajena a las partes y al riesgo asumido por la parte afectada (conforme fue descripto en el Apartado 2.2).

La diferencia que presenta este instituto con el de fuerza mayor y la teoría de la imprevisión reside en la Consecuencia Nociva: en el caso de la frustración del fin del contrato, el cumplimiento de las obligaciones involucradas no ha devenido imposible (material o jurídicamente) ni excesivamente oneroso, sino que el fin por el cual fue celebrado el contrato ya no puede realizarse, por lo que ya no representa el interés económico tenido en cuenta al momento de asumir sus obligaciones para la parte afectada.

La “causa-fin”²⁵⁴ (tanto objetiva como la subjetiva, en la medida en que ésta última sea común a las partes), el fin propuesto por las partes como motivación para celebrar el contrato, cuya obtención se ve privada, debe haber sido conocido o cognoscible por ambas partes.²⁵⁵ Es decir, el fin del contrato debe haber sido exteriorizado de alguna forma o emanar de la naturaleza del contrato. Éste puede encontrarse expresado en su texto, en sus considerandos, o bien puede surgir de las circunstancias que rodearon su celebración, las negociaciones de las partes, de la práctica que se presenta en una determinada industria o un tipo de negocios específico, etc. Asimismo, la causa-fin del contrato que se ve frustrado debe ser suficientemente relevante, es decir, constituir el interés medular por el cual fue celebrado.

En otras palabras, el motivo, causa-fin, fin contractual, el efecto práctico buscado por las partes, debe haberse extinguido, por lo que no debe subsistir motivos para continuar con el cumplimiento de las obligaciones;²⁵⁶ que se haya “*malogrado el proyecto-fin que las partes se habían propuesto desarrollar hasta agotarlo por cumplimiento*”.²⁵⁷ El interés en el cumplimiento del contrato debe haber desaparecido para una de las

resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.”

²⁵⁴ En este sentido, el artículo 281 del CCC dispone: “*La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.*”

²⁵⁵ Cfr. HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (Dir.), op. cit., p. 488.

²⁵⁶ Cfr. MOSSETITURRASPE, Jorge, “*Interpretación económica de los contratos*”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994, p. 283.

²⁵⁷ Cfr. HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (Dir.), op. cit., p. 488.

partes,²⁵⁸ debido a que el fin buscado con la celebración del contrato ya no puede ser satisfecho.²⁵⁹

En el caso concreto de la Pandemia y las Medidas Gubernamentales, la parte que invoca la frustración del fin del contrato debe probar qué medidas o circunstancias específicas han afectado la causa-fin del contrato y de qué manera. Este instituto podría ser aplicado para aquellos casos en los que, si bien la Pandemia y las Medidas Gubernamentales no impiden directamente el cumplimiento del contrato, éste se encuentra afectado a actividades o servicios que se encuentran prohibidos o restringidos a causa de dichos eventos extraordinarios, o aquellos casos en los que, a causa de la Pandemia y las Medidas Gubernamentales, las prestaciones no podrán cumplirse dentro de un plazo que resulta esencial a los fines del contrato.

La configuración de un supuesto de frustración del fin del contrato habilita a cualquiera de las partes a resolverlo mismo sin responsabilidad (sin perjuicio de las contraprestaciones que sean debidas por las prestaciones firmes y cualquier crédito devengado que permanezca impago),²⁶⁰ mediante notificación fehaciente a la contraparte, en la medida en que: (i) la frustración del fin sea definitiva (es decir, no pueda ser revertida, el fin buscado nunca pueda ser cumplido); o (ii) si la frustración del fin es temporaria, *“sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”* (artículo 1090, CCC). En este sentido, resulta esencial ponderar en cada caso si la Pandemia ha generado una frustración definitiva de la finalidad del contrato, o si la misma puede ser cumplida, aunque con cierta postergación temporal.

Por último, de forma similar que en el caso del instituto de fuerza mayor e imprevisión, la aplicación de la frustración del fin del contrato es restrictiva y excepcional, y el estándar para su aplicación es generalmente estricto.

2.6. CONSIDERACIONES FINALES DE CARÁCTER PRÁCTICO

Por último, se incluyen algunas consideraciones prácticas aplicables a todos los institutos bajo reseña.

En primer lugar, la invocación de cualquiera de ellos debe ser de buena fe y sin incurrir en un ejercicio abusivo de derechos.²⁶¹ Esto implica, entre otras cosas, que la parte afectada en cada caso debe notificar oportunamente el acaecimiento de la Situación de Hecho y la Consecuencia Nociva a su contraparte. A pesar de que el CCC no fija un plazo específico para ello, la parte afectada debería notificar a la otra de forma fehaciente en un plazo razonable y acorde a las circunstancias extraordinarias imperantes.²⁶² En este aspecto, resultará fundamental identificar si el contrato del que se trate incluye un plazo específico dentro del cual debe ejercerse el derecho en cuestión.

²⁵⁸ Cfr. BAROCELLI, Sergio Sebastián, “La frustración del fin del contrato”, DJ2004-2, 861.

²⁵⁹ CNCiv., Sala F, “*Turay c/Nahuel*”, 25/04/1996.

²⁶⁰ Cfr. HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (Dir.), op. cit., p. 490.

²⁶¹ Ver artículos 9 y 10, CCC.

²⁶² MARTINOTTI, Diego F., op. cit.

En segundo lugar, como regla general, la parte afectada que pretenda valerse de alguno de los institutos bajo análisis deberá probar los extremos invocados. Si bien ciertos hechos relativos a la Pandemia y las Medidas Gubernamentales resultan de público y notorio conocimiento, la clave para una invocación exitosa de las doctrinas reseñadas radica en probar la Situación de Hecho específica (es decir, una medida gubernamental específica, un obstáculo concreto, etc.) y cómo ha afectado concretamente la relación contractual respectiva.²⁶³ Somos de la opinión de que, en la medida en que sea posible, cuánto más concreta es la invocación del instituto en cuestión con mayor referencia a hechos específicos, mayor será la fortaleza del argumento, ya sea durante la negociación inicial con la contraparte a los efectos de resolver la situación planteada, como eventualmente ante un tribunal que deba decidir una contienda entre las partes.

En tercer lugar, es útil que toda negociación o intercambio de las partes respete las formalidades específicas que pueda establecer el contrato para ello, y asegurarse de tener constancias suficientes de los extremos que posteriormente puedan ser relevantes en caso de que la situación se judicialice.

Por último, dado el impacto generalizado de la Pandemia y las Medidas Gubernamentales, debe tenerse en cuenta que la invocación de cualquiera de los institutos analizados limitará sensiblemente la posibilidad de la parte de resistir un reclamo de su contraparte basado en argumentos análogos.

3. EL OJO DEL HURACÁN: CONVIVIENDO CON LA PANDEMIA

Una vez transitada la vorágine de la primera reacción frente a la nueva coyuntura, en la que se puede haber recurrido a los distintos institutos jurídicos reseñados en el Apartado 2, resta un grupo de contratos que deberá convivir con los efectos de la Pandemia. Nos referimos, entre otros, a aquellos contratos que no hubieran enfrentado una causal de terminación, aquellos en los que las partes hubieran excluido la posibilidad de invocar las herramientas jurídicas descritas en el Apartado 2, o respecto de los cuales las prestaciones asumidas no se hubieran visto afectadas al punto de obstar a la continuidad del contrato, y aquellos en los que las partes hubieran arribado a un acuerdo respecto a las condiciones necesarias para su continuidad. Además de este grupo de contratos sobrevivientes, existe otro tipo de contratos que se encuentran transitando la Pandemia: aquellos que fueron celebrados a partir de su estallido.

3.1. CONTRATOS VIGENTES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Para todo contrato vigente en tiempos de Pandemia, la comunicación entre las partes resulta fundamental. El cliché de esta apreciación no le quita valor de verdad, especialmente en el contexto actual. Tanto los vaivenes de las Medidas Gubernamentales, como los efectos propios de la Pandemia, implican que las partes deberán mantener una relación particularmente dinámica si desean maximizar el

²⁶³MARTINOTTI, Diego F., op. cit.

resultado de las contraprestaciones pactadas.

En tal sentido, es importante recordar a las partes contratantes otra obviedad: que celebraron el contrato con un objetivo común, y por sobre todo, con la intención de obtener un beneficio mutuo. Es por eso que el dinamismo que requerirá la maximización de ese resultado mutuamente beneficioso sólo podrá apalancarse en un nivel de comprensión particularmente flexible de parte de cada una de ellas; comprensión que deberá encontrar asidero en la buena fe y sinceridad para con la contraparte y, por sobre todo, en la reciprocidad.

Es esperable que las partes que no han podido salirse de un contrato celebrado antes del inicio de la Pandemia, y aún aquellas que han contratado en medio de la misma, enfrenten dificultades en el cumplimiento de sus compromisos. El instinto habitual ante estas situaciones es recurrir al asesoramiento de abogados en relación con sus derechos y las posibles maneras de limitar el “espacio de maniobra” de la contraparte, con la intención de, entre otras cosas, evitar la modificación *de facto* del contrato como consecuencia de la tolerancia de actitudes que no serían aceptables en circunstancias normales.

Si bien consultar con un abogado es fundamental, la comunicación directa entre las partes del contrato es lo que preservará las relaciones comerciales. Es allí donde la diligencia y la sinceridad cumplen un rol fundamental, en tanto la primera “avivada” o demostración de una falta de compromiso con los intereses de la contraparte empujará a aquella adoptar una posición confrontativa, que difícilmente ayude a atravesar la inflexibilidad del contexto en el que se inscribe la relación contractual sin resultar en pérdidas para ambas partes, particularmente en el caso de industrias afectadas por el decreciente nivel de actividad y el consecuente cierre de proveedores.

Una comunicación abierta podría incluso facilitar a las partes el entendimiento necesario sobre las posibilidades reales de su contraparte y del segmento del mercado en que aquella se desenvuelve, de tal manera que puedan acordar modificaciones a los términos contractuales que ayuden a eficientizar las dinámicas del contrato. Esto también contribuiría a disminuir en muchos casos los costos de la Pandemia para ambas partes, mediante la consideración de medios alternativos de cumplimiento, o la adopción de medidas proactivas que permitan subsanar o incluso anticiparse a los efectos de un nuevo brote –tales como disminuciones temporales en la rentabilidad– que permitan no asfixiar a su contraparte, permitiéndole desarrollar su negocio de manera ventajosa para ambos, la revisión de programas de producción y cronogramas de desarrollo que permitan mantener vivos los emprendimientos, el ofrecimiento de programas de pagos, etc.

Estos acuerdos pueden ser, desde luego, temporales, y estar atados al cumplimiento de condiciones que permitan identificar con suficiente confianza la “vuelta” a la “normalidad”. El enfoque propuesto pretende preservar la relación comercial de las partes, permitirles reanudar las operaciones normales una vez transitada la Pandemia, y cosechar todos los beneficios de su contrato una vez que la crisis haya pasado.

Desde luego, no perdemos de vista que las partes de contratos comerciales son, precisamente, comerciantes, con un propio interés lucrativo como motor de su actividad volitiva. En tal sentido, ninguna actitud concesiva tendrá sentido económico sin un análisis previo de las posibles consecuencias de un incumplimiento y/o retraso en el cumplimiento, tanto propio como de su contraparte.

Este examen resulta particularmente desafiante para empresas que nucleen actividades que importan un complejo entramado contractual. Estas han debido revisar un sinnúmero de contratos que se encontraban en ejecución al inicio de la Pandemia, con cada uno de los contratistas y proveedores que las asisten en llevar adelante su actividad comercial. Ello implica analizar la multiplicidad de sus relaciones de manera coordinada, a fin de identificar cuál es la posición en la que se encuentra cada parte en cada uno de los contratos, y medir el impacto global que el necesario dinamismo entre dichas relaciones puede tener en su actividad.

En tal sentido, deben identificarse prioridades fundamentales y compartidas que motiven el accionar colectivo de aquellas empresas que tienen autorización para operar en estos tiempos de Pandemia. Una de tales prioridades, en línea con lo expresado en el presente apartado, es la de garantizar la continuidad de las operaciones, en gran parte para cumplir con las obligaciones contractuales existentes, y evaluar si sus contrapartes también están tomando medidas para preservar la vigencia del contrato. En otras palabras, la aceptación de la necesidad de “mantener el negocio andando” (tanto el propio como del de la contraparte) será un gran catalizador para la adopción de medidas de prevención y mitigación de cualquier perjuicio operativo.

Es importante considerar que, a pesar de que la Pandemia es un hecho de público y notorio conocimiento, las partes no necesariamente conocen las implicancias que ésta tiene sobre el negocio de la otra y sobre su capacidad para cumplir los compromisos asumidos, o los ajustes que podrían facilitarle dicho cumplimiento. De la misma manera, la parte afectada no necesariamente conoce la flexibilidad que puede ofrecer su contraparte.

Lo hasta aquí descripto tiene su corolario legal, *inter alia*, en el deber de toda persona de evitar causar un daño no justificado,²⁶⁴ y de adoptar medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, de buena fe y de acuerdo con las circunstancias específicas que rodean la relación jurídica respectiva.²⁶⁵

Además, esta perspectiva resulta de particular importancia en aquellas relaciones en las que, pudiendo invocar, por ejemplo, fuerza mayor, las partes no lo han hecho, por el mayor daño que les hubiera producido poner fin al contrato. Un incorrecto panorama de la situación en la que se encuentra la contraparte podría forzar a aquella a invocar la disposición exonerativa que inicialmente había evitado, y declarar por terminada una relación que de otro modo podría haber resultado provechosa, ya fuera durante la

²⁶⁴ Artículo 1710, inciso (a), CCC.

²⁶⁵ Artículo 1710, inciso (b), CCC.

Pandemia, o una vez superada la misma.

Finalmente, se ha dicho que, en estos tiempos de Pandemia, las partes tienen un deber de renegociar el contrato, invocando como prioritaria la recomposición del *sinallagma* alterado por la Pandemia y por las resoluciones dictadas en relación con la misma.²⁶⁶ En tal sentido, las partes debieran “*activar —en un plazo razonable— un comportamiento tendiente a lograr la recomposición extrajudicial*”.²⁶⁷ Así, se ha dicho que el deber de cooperación para adaptar el contrato importa para las partes los consecuentes deberes de, entre otras cosas: respetar las otras disposiciones del contrato; procurar un esfuerzo real para alcanzar el acuerdo; buscar las soluciones de reajuste más razonables y apropiadas; hacer concretas y razonables sugerencias para el reajuste, en vez de escuetas declaraciones generales de voluntad; obtener ayuda experta en difíciles y complejos procesos de acuerdo; responder oportunamente las ofertas de reajuste hechas por la contraparte; evitar cualquier ventaja injusta o detrimento para la contraparte (la regla *no profit, no loss*); evitar cualquier retraso innecesario en el proceso de consenso; etc.²⁶⁸

3.2. CONTRATOS CELEBRADOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Es evidente que la pronunciada baja en la actividad comercial no implica su cierre absoluto; y, como todos sabemos, donde hay negocios, hay contratos. En tal sentido, hemos señalado que entre los contratos que se encuentran vigentes en tiempos de Pandemia, se cuentan aquellos que han sido celebrados luego de su propagación.

Es válido, entonces, preguntarse: ¿qué sucede si se celebra un contrato después de que se haya producido el evento en cuestión?

Como en gran parte de las cuestiones atinentes a un contrato, la clave está en la redacción. Aunque puede parecer lógico que, si una parte celebra un nuevo acuerdo a pesar de ser consciente de las circunstancias imperantes, debería considerarse que ha aceptado el mayor riesgo asociado a un potencial impedimento en el cumplimiento de sus obligaciones, no existe una regla absoluta a este efecto.

En tal sentido, los contratos que se están celebrando ahora, y que corren el riesgo de verse afectados por la Pandemia, deben enfocarse especialmente en cómo abordar los retrasos, obstáculos, mayor onerosidad y otros problemas causados por esta.

Algunos aspectos a tener en cuenta incluyen, *inter alia*:

- Establecer con precisión cuándo se considerará que existe fuerza mayor o

²⁶⁶ Cfr. RIVERA, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, La Ley 2020-D, 74, Thompson Reuters Online AR/DOC/1155/2020.

²⁶⁷ TOBIAS, José W. y DE LORENZO, Miguel Federico, “Complejo de negocios unidos por un nexo”, La Ley 1996-D, 1196.

²⁶⁸ Cfr. CHAMIE, José F., ‘*La adaptación del contrato: el problema de la incompatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*’, tesis de Doctorado en Jurisprudencia, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, 2010, pp. 275-276, en RIVERA, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, La Ley 2020-D, 74, Thompson Reuters Online AR/DOC/1155/2020.

- excesiva onerosidad sobreviniente;
- Proponer soluciones específicas a problemas previsibles;
- Incluir disposiciones claras en materia de distribución de riesgos;
- Determinar qué medios de comunicación serán válidos a los efectos del intercambio epistolar entre las partes, favoreciendo medios electrónicos que permitan evitar el traslado físico de documentos;
- Establecer eventos que permitirán indudablemente la terminación inculpable del contrato, y eventos que no la permitirán.

Estas indicaciones revisten importancia, entre otros, para los proveedores que pueden ver dificultado el cumplimiento de sus prestaciones, y para los clientes que pueden tener que cancelar proyectos como resultado de las circunstancias.

Las partes contratantes deben ser especialmente conscientes, a la hora de su redacción, del riesgo que revisten las cláusulas de fuerza mayor y similares en los contratos que se celebren durante la Pandemia. En tal sentido, una cláusula que no sea lo suficientemente clara en cuanto a qué constituye o no fuerza mayor, podrá dar pie a que un tribunal considere que los riesgos de la Pandemia han sido tenidos en cuenta en la negociación, y que han sido asumidos por la parte perjudicada,²⁶⁹ declarando que este tipo de cláusulas no aplicarán a aquellas situaciones para las cuales resulten ambiguas.

Ello se debe a que, como fue descripto en el Apartado 2, dos de los requisitos fundamentales establecidos por el CCC para considerar que existe fuerza mayor son justamente la imprevisibilidad e inevitabilidad del evento en cuestión,²⁷⁰ conceptos que resultan *a priori* irreconciliables cuando el acto del que nace la obligación es contemporáneo de la Pandemia.

4. COROLARIO: LA NUEVA NORMALIDAD Y NEGOCIACIONES DEL DÍA DESPUÉS DE MAÑANA

Es razonable concluir que, aún después de que se levante el ASPO y se haya superado por completo la Pandemia, las repercusiones de la misma seguirán con nosotros. Tendremos que adaptarnos a una “nueva normalidad”, que requerirá la implementación de estrategias de inteligencia legal por parte de los abogados. Esto incluirá la aplicación de nuevas medidas de análisis e identificación de riesgos en los contratos comerciales.

Las cláusulas de fuerza mayor, en particular, serán miradas bajo lupa en los años que sigan a la Pandemia. Es probable que, en contratos en que se incluyan cláusulas que definan el concepto de fuerza mayor, más de una de ellas incluya o excluya expresamente a las pandemias, epidemias, y crisis similares (y sus efectos y medidas consecuentes) como constitutivos de fuerza mayor, o para limitar sus efectos al acaecimiento de determinadas consecuencias específicas de las mismas.

²⁶⁹ Ver, por ejemplo, CNCiv., Sala B, “*Spada de Makintach, Susana c. Tonelli, Carlos*”, 07/04/1987, Thomson Reuters Online AR/JUR/1146/1987.

²⁷⁰ Artículo 1730, CCC.

En términos más generales, será esperable que se acelere el proceso de digitalización de contratos para incorporar, entre otras, cláusulas novedosas en materia de terminación, resolución de conflictos, requisitos de notificación, requisitos de seguros, pagos, rendición de cuentas, etc. Los llamados *smartcontracts*²⁷¹ resultan particularmente prometedores en tal sentido, en tanto permiten automatizar procesos cada vez más complejos, potenciados por tecnologías de inteligencia artificial, siendo esperable que permitan, en el corto a mediano plazo, incorporar cláusulas de ajuste que actualicen las prestaciones de las partes de manera automática en situaciones como la que hoy estamos atravesando.

Paradójicamente, entre todas sus bondades, los *smartcontracts* cuentan con la particularidad de no poder incorporar cláusulas ambiguas, como debe serlo necesariamente las cláusulas de fuerza mayor, imprevisión o frustración del fin del contrato. Ello se debe a que este tipo de programas se encuentran escritos en términos de lógica binaria, y requieren que la información pueda ser clasificada como verdadera o falsa para poder computarla en operaciones. En tal sentido, aún ante la vorágine digital, este tipo de cláusulas deberá ser negociada “analógicamente” entre abogados.

²⁷¹ Los “*smartcontracts*” consisten muy básicamente en programas informáticos escritos en código que contienen transacciones digitales que ejecutan las prestaciones de las partes de manera automática, mediante la aplicación de mecanismos criptográficos descentralizados. Ver WERBACH, Kevin y CORNELL, Nicolas, *Contracts Ex Machina*, 67 Duke Law Journal 313 (2017).

I. Introducción

El Derecho penal siempre nos interpela. Es un termómetro que permite medir el grado de libertad de una sociedad determinada en un momento dado. Esto no es casualidad; es la propia esencia del Derecho penal. En este sentido, se ha sostenido que la tensión existente entre seguridad y libertad; entre prevención y garantía; entre bien común político y dignidad; entre política criminal y legalidad; es algo connatural al sistema penal.²⁷⁴

Esta dinámica permanente ha dado lugar a caracterizar al Derecho Penal como el Derecho Constitucional aplicado. Los pilares que permiten sostener aquel postulado los encontramos en el sistema axiológico que surge de la Constitución Nacional (CN) que podemos enmarcar dentro de cuatro estándares fundacionales del sistema punitivo del Estado, a saber: a) el principio de legalidad contenido en el artículo 18,²⁷⁵ b) el sistema de garantías judiciales que surge de ese mismo precepto,²⁷⁶ c) el principio de autonomía de la persona que encontramos en el artículo 19,²⁷⁷ y d) la exigencia constitucional de inalterabilidad de

²⁷² El texto refleja mis reflexiones con motivo de la Jornada “Cuarentena y Derecho penal” del 4-V-2020 en el ámbito de la Comisión de Derecho penal y procesal penal del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Agradezco a sus integrantes el interesante intercambio de ideas, sus comentarios y observaciones, los cuales han enriquecido el trabajo.

²⁷³ Master en Derecho Penal (Universidad Pompeu Fabra y Barcelona). Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Procesal Penal (Universidad Austral). Titular del Estudio JMRE, Derecho Penal.

²⁷⁴ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, 13. Sobre los alcances de los principios de bien común político y dignidad de la persona puede verse Guillermo YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001. Para una interpretación dinámica de los principios, también puede consultarse Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

²⁷⁵ Nadie puede ser penado sin una ley anterior al hecho del proceso.

²⁷⁶ Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

²⁷⁷ Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

derechos, garantías y principios al momento de su reglamentación, tal como lo dispone el artículo 28.²⁷⁸

Este marco axiológico viene a regular la esfera de autogobierno de la propia vida y es el cimiento fundamental de un Derecho penal liberal que delimita el ámbito de intimidad donde el ciudadano queda a solas con su proyecto social de vida. De allí que la intervención del *iuspuniendi* quede condicionada a la afectación de intereses de terceros, y hasta propios, que ofendan la moral y el orden público. Ahora bien, los proyectos individuales se ponen necesariamente en funcionamiento en una sociedad organizada, motivo por el cual cuando la organización del proyecto personal restringe, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos, entra en escena el Derecho penal.²⁷⁹

En esta inteligencia, este trabajo tiene por objeto analizar tres de los principales problemas de legitimación que -en mi modo de ver las cosas-, plantea para el sistema penal la situación de emergencia sanitaria que atraviesa nuestro país con motivo de la pandemia ocasionada por la irrupción del virus Covid-19. Ciertamente los problemas que ha despertado el coronavirus para el Derecho en general y de modo particular para el Derecho penal son de lo más variados, motivo por el cual aquí -con cierta arbitrariedad-, se han agrupado aquellos que estimo son los más relevantes desde la perspectiva de legitimidad del poder penal del Estado y con incidencia práctica en el testeo de los niveles de libertad ciudadana.

El primero de ellos viene dado por el análisis del marco normativo de la emergencia y la necesidad de establecer si el mismo supera el *test* de constitucionalidad. Básicamente, si los distintos Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), en cuanto imponen el aislamiento social y obligatorio de la población, resultan compatibles con la axiología liberal de nuestro sistema constitucional.

En segundo lugar, se trata de establecer si los tipos penales convocados para ser implementados en dicho contexto de emergencia sanitaria -de modo especial el artículo 205 del Código penal- resultan constitucionalmente aceptables y, en caso afirmativo, cuál debería

²⁷⁸ Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

²⁷⁹ Cfr. Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, *El derecho penal en la actividad económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, 138, nota al pie N° 100. De allí el concepto de alteridad como fundamento de una convivencia pacífica y ordenada en sociedad. En este sentido, se ha sostenido que la fórmula clásica que define el derecho de privacidad como el “derecho a ser dejado a solas”, significa que la persona goza del derecho a ser dejado a solas por el Estado para asegurar la determinación autónoma de su conciencia en cuanto toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas la dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión eterna y más aún si es coactiva. Sólo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual (cfr. voto del juez Petracchi, CSJN, 29-VIII-1986, “Bazterrica”).

ser el alcance de su implementación e interpretación para considerarse constitucionalmente válidos a la luz del principio de proporcionalidad y *última ratio* del Derecho penal.

Finalmente, cabe preguntarnos desde la perspectiva constitucional de tutela de los derechos fundamentales de la persona, si resultan válidas determinadas prácticas procesales dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria vinculadas con las nuevas modalidades de recepción de la declaración del imputado. Extremo éste que nos reconduce al debate sobre el grado de disponibilidad de determinadas garantías judiciales, siempre y cuando esto resulte constitucionalmente viable.

Como podrá apreciarse, se trata de tres grupos de casos que nos enfrentan con cuestiones que exceden la mera legalidad y nos instalan en discusiones de fondo que hacen al ámbito de legitimidad material del sistema.

II. Marco normativo de la emergencia

El 19-III-2020 el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) emitió el DNU 297/2020 por el cual, en lo que aquí interesa, se impuso una obligación de hacer y dos prohibiciones. Con relación a la primera, se estableció el deber de los habitantes del país de permanecer en el lugar de su residencia habitual o donde los encuentre las 00 horas del 20-III-2020. Mientras que las dos prohibiciones versaban sobre abstenerse de concurrir al lugar de trabajo y la prohibición de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. La normativa contenía algunas excepciones que con el devenir de los días se fueron ampliando para ir facilitando una salida ordenada de la cuarentena.

En aquello que hace a la operatividad del instrumento penal como medio de control social, se ordenó a las fuerzas de seguridad (...) *“hacer cesar la conducta infractora”* y *“dar actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal”*.

En cuanto a la validez del DNU, el artículo 99, inc. 3° de la CN establece tres primeros filtros para su viabilidad: a) que se den circunstancias excepcionales; b) que no se pueda seguir el trámite de las leyes; y c) que no se trate de, en lo que aquí interesa, materia penal. Superada estos primeros parámetros, se impone otro estándar de contenido material para la normativa de excepción. Esto es, el deber constitucional que obliga al PEN a fundamentar racionalmente la relación de proporcionalidad entre el fin buscado por la disposición de emergencia y los medios dispuestos para alcanzarlo. Sobre estos cuatro aspectos se enmarca el control judicial

suficiente sobre la legitimidad de aquellos actos -materialmente legislativos- emanados del Ejecutivo.

Dos días después de emitida tal disposición, se registró un primer pronunciamiento judicial que analizó el estándar constitucional de la medida y afirmó su legitimidad con fundamento en tres consideraciones principales: a) de momento no hay vacuna para enfrentar al Covid-19; b) el Decreto contempla actividades y/o situaciones exceptuadas del aislamiento social y obligatorio; c) éste es un medio idóneo para, en lo inmediato, asegurar que el sistema de salud no se vea colapsado; d) no existe un supuesto de amenaza a la libertad ambulatoria porque el Decreto en forma específica dispone que la fuerza policial, en caso de detectar un incumplimiento a la norma, dará noticia a la justicia penal para que evalúe la pertinencia de iniciar acciones en función de la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205 y 239 del Código penal (CP), lo cual descarta un caso de privación de la libertad sin orden de autoridad competente.²⁸⁰

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe destacar dos precedentes de la Cámara Penal y Contravencional mediante los cual se legitimó la constitucionalidad de la medida dispuesta por el PEN. En el primer caso se trataba de una pareja que pretendía volver a su hogar luego de regresar del exterior y haber sido alojada en un hotel de la Ciudad para cumplir allí con la medida de aislamiento,²⁸¹ mientras que el segundo pronunciamiento se trataba de una mujer que había viajado al país para asistir a su madre de 89 años de edad y se convalidó el aislamiento preventivo de la primera a la par que se dio intervención al Programa de Adultos Mayores para asistir a la madre en razón del impedimento dispuesto para la libre circulación de su hija.²⁸²

En ambos supuestos se legitimó la medida en la razonabilidad de las diligencias que restringían derechos y su relación de proporcionalidad con la finalidad buscada por la norma. Se mencionó con relación a aquello que aquí interesa, que la única medida cuya eficacia ha quedado demostrada para reducir el impacto de la pandemia es el aislamiento preventivo, que en distintos países se ha implementado tardíamente con las consecuencias que se conocen. La anticipación de esta restricción hace suponer, y así es de desear, que el número de personas afectadas se reduzca o, cuanto menos, se ralentice de forma tal de evitar un colapso del

²⁸⁰ Cfr. C.Nac.Crim.Correc., Sala Integrada de habeas corpus, 21-III-2020, “Kingston, Patricio s/ habeas corpus”.

²⁸¹ Cfr. Secretaria General en lo Penal, Contravencional y de Faltas s/ habeas corpus, registro CAU 8054/2020-0 CUIJ: CAU J-01-00018335-7/2020-0 Actuación Nro: 14539640/2020, 31-III-2020, <https://www.eldial.com/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?id=51854&base=14>, disponible el 9-V-2020.

²⁸² Cfr. Secretaria General en lo Penal, Contravencional y de Faltas s/ habeas corpus, CAU 8035/2020-0 CUIJ: CAU J-01-00018118-4/2020-0 Actuación Nro: 14536784/2020, 28-III-2020, <https://www.eldial.com/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?id=51853&base=14>, disponible el 9-V-2020.

sistema sanitario y así poder salvar mayor cantidad de enfermos que requieran de asistencia crítica.

Me permito agregar que el DNU bajo estudio no tipificó -de manera directa- ningún tipo penal autónomo para enfrentar la epidemia, sino que remitió a tipos penales ya existentes en nuestro sistema penal. Menciono expresamente de manera directa dado que, al tratarse el artículo 205 del CP de un tipo penal en blanco (como luego se analizará) necesariamente el DNU en estudio ha venido a integrarlo, lo cual genera todo un debate en torno a la exigencia de legalidad penal.

En el ámbito internacional puede mencionarse que el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en Sentencia del 7-IV-2020, tuvo ocasión de validar medidas de restricción de derechos de reunión en lugares públicos y afirmó la obligación constitucional del Estado de proteger la vida y la salud de las personas como dos valores fundamentales que legitiman la limitación temporaria de derechos, toda vez que en lugares públicos se aumentaba el riesgo de infectados y muerte.²⁸³

Como podrá apreciarse, se detecta como denominador común en el contralor constitucional judicial, la afirmación de la prevalencia o supremacía de la salud pública por sobre la libertad personal. Con otras palabras, una preponderancia del bien común sobre el interés individual.

Para arribar a este tipo de decisiones existe un interesante método hermenéutico en casos de contienda, colisión o conflicto de principios. Me refiero al bien común político por un lado, y a la dignidad o libertad de la persona por el otro. Cuando dos principios entran en colisión, uno de los dos tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa.²⁸⁴ En definitiva, se trata de una cuestión de peso: prima el principio con más peso en

²⁸³ Cfr. Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sección I, ordenanza 7-IV-2020, 1 BvR 755/20. Para mayores detalles https://translate.googleusercontent.com/translate_c?depth=1&hl=es&prev=search&rurl=translate.google.com&sl=it&sp=nmt4&u=https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200407_1bvr075520.html&usg=ALkJrhjZwCNRaCQuRiQBB3qH51DiYP_IVA, disponible el 9-V-2020. Al respecto, cabe mencionar que entre los fundamentos del DNU analizado en este apartado se mencionó expresamente el objetivo de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado Nacional.

²⁸⁴ Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 89.

el caso concreto.²⁸⁵ Distinto es el sistema de las reglas, las cuales pueden presentar excepciones.²⁸⁶

Este panorama permite concluir que las normativas de emergencia dispuestas por el PEN legitiman -de momento y dadas las circunstancias tenidas en cuenta al momento de su dictado-, la validez del contexto que dieron lugar a su razón de ser. Sin embargo, es importante tener presente que el análisis constitucional es esencialmente dinámico. Esto significa que determinado contexto que legitimó la validez de una normativa puede devenir inconstitucional en otro contexto. Dicho de manera más directa: operado el cierre de fronteras y organizado el sistema de salud para evitar su colapso, la limitación *sine die* de la libertad ambulatoria deviene inconstitucional por irracional.²⁸⁷

III. El delito de desobediencia convocado para enfrentar la emergencia sanitaria

Los delitos contra la salud pública que han acaparado la atención con motivo de la pandemia del Covid-19 plantean todos los problemas clásicos de legitimidad propios del debate penal. En efecto, aquellos nos introducen a pleno en el debate sobre la tutela penal de bienes jurídicos supraindividuales -salud pública-, tipos penales de peligro abstracto,²⁸⁸ delitos agravados por el resultado²⁸⁹ y leyes penales en blanco donde resulta, cuanto menos problemático -en términos de lesividad- identificar el bien jurídico protegido.

Centraré mi análisis en el tipo penal previsto en el artículo 205 del CP que ha venido demandando una mayor implementación práctica y que genera, en el contexto de emergencia sanitaria, mayores problemas de legitimidad constitucional. Para ello, me enfocaré, en los problemas de legitimidad constitucional de tipos penales respecto de los cuales se corre el riesgo de quedar reducidos -mediante una interpretación rigurosamente literal- a injustos de

²⁸⁵ Cfr. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978, 26.

²⁸⁶ Un ejemplo es la regla que impone el artículo 224 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto exige la existencia de una orden escrita de autoridad judicial para proceder al registro de un domicilio; mientras que en el artículo 227 se regulan de manera expresa excepciones a aquella.

²⁸⁷ Al momento de escribir estas líneas, el PEN ha prorrogado la obligación del aislamiento social, preventivo y obligatorio y el tiempo ha superado los dos meses de duración. Sobre modelos más abiertos para enfrentar la pandemia puede verse Thomas L. Friedman, “*El modelo sueco, centro de debate para adaptarse a la pandemia*”, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/el-modelo-sueco-centro-debate-adaptarse-pandemia-nid2359760>, disponible el 9-V-2020.

²⁸⁸ El artículo 202 del CP establece que será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

²⁸⁹ El delito del artículo 203 del CP prevé la figura culpable al establecer que cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$) 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$) 100.000); y agrava la pena de SEIS (6) meses a CINCO (5) años si tuviere como resultado la enfermedad o muerte.

mera desobediencia; como también a la problemática constitucional que presentan las leyes penales en blanco con el devenir del paso del tiempo. De modo particular, me haré cargo del debate que genera la discusión acerca de si las mismas pueden ser abarcadas por los beneficios de una mutación de la normativa extrapenal más benigna que termine dejando inoperante el objetivo de política criminal trazado al regularlas.

El artículo 205 del CP establece que “(...) *será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia*”.

Antes de ingresar en los problemas concretos que plantea entre nosotros esta disposición, me parece ilustrativo comentar la experiencia italiana con motivo de la crisis producida por el Covid-19. Los italianos han regulado un esquema normativo de emergencia y en tal contexto se ha tipificado un delito *ad hoc* para sancionar penalmente el incumplimiento de las medidas de contención del Covid-19, con expresa remisión a la pena de arresto de hasta 3 meses prevista para la contravención regulada en el artículo 650 del CP.

En efecto, las inobservancias de las medidas de contención fijadas por la autoridad pública para enfrentar la pandemia fueron tipificadas como delito autónomo en el artículo 3, inciso 4, del Decreto-Ley del 23-II-2020.²⁹⁰ Se trataba de un injusto autónomo cuyo reenvío al texto del código penal italiano lo era al solo efecto de la individualización de la pena de arresto y la pena de multa fijada para la contravención contra las reglas o disposiciones de higiene pública.²⁹¹ Un mes más tarde se reformuló aquel delito reduciendo el ámbito de tutela penal al tipificarse exclusivamente como tal, la violación a la prohibición de abandonar la propia casa o lugar de alojamiento por parte del sujeto en cuarentena en razón de haber tenido un *test* positivo de Covid-19.²⁹² El resto de los incumplimientos de las medidas de contención sanitaria de la pandemia constituyen infracciones de carácter administrativo.

La remisión al sistema italiano se justifica puesto que en dicho país se ha desarrollado de manera muy contundente y principista las distinciones -no solo formales entre Derecho Penal y Derecho Administrativo-, sino también sustanciales entre aquellos, con un apego muy riguroso al principio de *última ratio* del primero. Esto resulta más significativo si lo vinculamos

²⁹⁰ El tipo penal comentado establecía que “(...) *salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell’articolo 650 del codice penale*”.

²⁹¹ En el sistema penal italiano las contravenciones integran el código penal. El mencionado artículo 650 del código penal italiano establece que “(...) *chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall’autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d’ordine pubblico o d’igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l’arresto fino a tre mesi o con l’ammenda fino a euro 206 (...)*”.

²⁹² Reforma introducida por el artículo 4, inciso 6, Decreto-Ley del 25-III-2020.

con los fines y funciones del Derecho Penal y el debate en torno al contenido y alcance del concepto de bien jurídico. En definitiva, el problema pasa por establecer qué protege el Derecho Penal.²⁹³ En este esquema, las opciones pueden reconducirse -en términos generales-, en debatir si el sistema penal protege bienes jurídicos (VON LIZT) o si el Derecho Penal protege deberes (BINDING)²⁹⁴. A esta clasificación bipartita, hoy día podría sumarse una tercera vía -aunque con un abanico más reducido- para los delitos con fundamento en deberes de solidaridad.²⁹⁵

Con motivo de la implementación práctica del tipo penal en estudio, un día después de disponerse el aislamiento social, preventivo y obligatorio en nuestro país, el 20-III-2020, en el Centro de Empleados de Comercio de Venado Tuerto, tres personas jugaban al paddle tenis. Con motivo de ello, el Juez Federal de la jurisdicción decretó su procesamiento en orden al delito previsto por el artículo 205 del CP por considerar la infracción allí contenida como un delito de peligro abstracto. En el caso concreto se afirmó que en nada era relevante la circunstancia que el sujeto en infracción de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir de propagación del Covid-19 no estuviere contagiado.²⁹⁶

Como podrá apreciarse, reducido el tipo penal en cuestión a un mero delito de desobediencia de normas administrativas (generales y abstractas) de gestión de riesgos supraindividuales, resulta de difícil validación constitucional. Extremo que no implica descartar el merecimiento y necesidad de sanción dentro del ámbito propio del sistema contravencional de sanciones.

²⁹³Un interesante desarrollo del tema en la dogmática italiana puede verse en Sergio MOCCIA, “*De la tutela de bienes jurídicos a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos liberales*”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ, (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal*, Libro homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch. Editor, Barcelona, 1997, 113-142. Para mayor ilustración acerca del debate político criminal en Italia puede consultarse Massimo DONINI, *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Bdef, Buenos Aires, 2015.

²⁹⁴Una interesante síntesis de estas opciones se aprecia en la exposición de motivos elaborada por Raul E. ZAFFARONI en el Anteproyecto de Código penal del año 2014 al fundamentar la exclusión de los delitos de peligro abstracto, 59, <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, disponible el 10-V-2020.

²⁹⁵Sobre los deberes de solidaridad en Derecho penal puede verse Ivo COCA-VILA, “*Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo*”, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e1698-739X, N° 1, 2011. También Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límite*, Marcial Pons, Madrid, 2003. Sobre los deberes de solidaridad ciudadana con motivo del Covid-19 Juan María RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, “*Las virtudes del Derecho Penal*” en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/virtudes-del-derecho-penal-nid2352470>, disponible el 10-V-2020.

²⁹⁶Cfr. Juzgado Federal de Venado Tuerto, expediente N° 4632/2020, 17-IV-2020, “Decleire, Rubén Eduardo Luis y otro s/violación de medidas-propagación epidemia (art.205)”. En el ámbito de la Justicia Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede verse Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 9, 27-IV-2020, causa 1407/2020, “Singerman, Luca Alejandro s/ violación de medidas-propagación de epidemia (art. 205 del CP)”.

Al respecto, es interesante señalar que la norma que comentamos proviene del año 1891, cuando se amplió lo dispuesto por el código penal de 1887 que solamente tipificada como delito la violación de cuarentenas.²⁹⁷ Por otra parte, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el sistema de faltas cuenta con un tipo infraccional que puede abarcar los comportamientos de violación de las normas administrativas de control de la pandemia de manera más efectiva que el sistema penal y sin alterar el principio de proporcionalidad y *última ratio* de aquel.²⁹⁸

En este contexto, existen ciertos indicadores objetivos que, en definitiva, podrían configurar una implementación legítima del tipo penal en estudio, a saber: a) el caso de quien habiendo sido diagnosticado como positivo en los test de Covid-19, viola las normas de aislamiento social, preventivo y obligatorio impuesto por la autoridad; b) aquel sujeto que -sin ser portador positivo de Covid-19- viola las normas que imponen la cuarentena pese a encontrarse en situación especial de riesgo con motivo de haber estado en el exterior y haber sido repatriado al país luego del cierre de las fronteras o haber estado en contacto directo con personas infectadas; c) el sujeto que, sin haberse realizado testeos sobre la presencia del virus en su organismo, presenta alguno de los síntomas que caracterizan la enfermedad y no obstante ello viola las disposiciones del confinamiento. Fuera de este grupo de casos resulta dificultoso afirmar la tipicidad material del comportamiento previsto en el artículo 205 del CP y por ende, su aplicación constitucionalmente legítima.²⁹⁹

Finalmente, cabe destacar que el tipo penal aquí analizado constituye un claro ejemplo de ley penal en blanco. En este tipo de leyes, el Legislador -en determinadas materias- delega

²⁹⁷ Cfr. Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, 682, para quien el delito es de peligro abstracto al afirmar que (...) “*el que se escapó de una cuarentena, comete el delito aunque después resulte que efectivamente él no estaba enfermo*”. Contrariamente, se ha entendido que debe concurrir un peligro concreto de introducir o propagar una epidemia, ya que el autor debe infringir las medidas sanitarias creando un peligro concreto de propagación, lo que ocurrirá en el caso de que se trate de una persona enferma (cfr. Gustavo Eduardo ABOSO, *Código Penal de la República Argentina*, 4º ed., Bdef, Buenos Aires, 2017, 1197).

²⁹⁸ El artículo 1.2.4 de la N° 451, Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, que regula la prevención de enfermedades transmisibles establece que “(...) *el/la que omita el cumplimiento de las normas relacionadas con la prevención de las enfermedades transmisibles o no proceda a la desinfección y/o destrucción de agentes transmisores, es sancionado/a con multa de cien (100) a dos mil quinientas (2.500) unidades fijas y/o clausura y/o inhabilitación*”.

²⁹⁹ No se me escapa que la recategorización en tipos penales de peligro concreto de figuras cuyo tenor literal reconducen a delitos de peligro abstracto puede generar una afectación a la división de poderes por intromisión del Poder Judicial. Sin embargo, en tipos penales cuyos límites interpretativos permiten ingresar en el ámbito de tutela de la norma como corrector de la mera legalidad formal, se legitima una interpretación racional del texto para evitar que el sistema penal pierda su contenido material. En este punto, la tarea dogmática de interpretación jurídica en cabeza del juez opera como corrector de la política criminal diseñada por el Legislador. Para mayores detalles, puede verse Juan María Rodríguez Estévez, “Hacia un modelo de tipicidad principialista en Derecho penal (a propósito del rol político criminal de los jueces)”, *El Derecho Penal -doctrina y jurisprudencia-*, abril 2003, 12 y ss., *passim*.

la descripción concreta de la conducta a sancionar en un órgano especializado, por lo general, del Poder Ejecutivo, y solo se establece la pena para dicho comportamiento.³⁰⁰

Aquello que aquí me parece importante analizar, es intentar de establecer cuál será la suerte de los procesos penales iniciados con motivo de la pandemia una vez que este escenario de crisis sanitaria se supere y las normas extrapenales que hoy integran el delito previsto en el artículo 205 del CP hayan perdido vigencia o sean reemplazadas por reglamentaciones más benignas.

El campo penal económico permite dar una posible respuesta a ese interrogante. En materia penal cambiaria la CSJN ha ido modificando su criterio con relación a la aplicación retroactiva de normas extrapenales más favorables para el imputado. Algunos de los tipos penales cambiarios presentan una estructura típica -en lo que aquí interesa- muy similar al delito del artículo 205 del CP, de allí la importancia de relevar el punto.³⁰¹ En el caso “ARGENFLORA” se rechazó la aplicación del principio de ley más benigna para modificaciones de normativas complementarias posteriores más benignas de la ley penal cambiaria.³⁰² Posteriormente, en el caso “AYERZA”, dos votos en disidencia afirmaron que debía beneficiar al imputado la variación de la normativa extrapenal más favorable.³⁰³ Estos dos votos, luego, configuraron la mayoría del Tribunal en el caso “CRISTALUX”, donde la Corte estableció que en el caso de leyes penales en blanco, como el Régimen Penal Cambiario, corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, principio que cuenta con jerarquía constitucional. Aclaró que el principio no resulta aplicable de manera indiscriminada sino dentro de un estricto margen de razonabilidad.³⁰⁴

En palabras de SILVA SANCHEZ, el tema puede ser analizado desde la perspectiva teleológica de la norma que consagra la aplicación retroactiva de la ley más favorable al imputado. De modo concreto, señala que el factor decisivo es que el hecho cometido en el pasado siga viéndose como un hecho peligroso para el bien jurídico, como algo de cuya comisión en el futuro deba tratarse de disuadir tanto al sujeto responsable como a otros autores potenciales.³⁰⁵ En definitiva, no basta una mera modificación fáctica para que opere la retroactividad, sino que es necesario un cambio de valoración de la conducta imputada, de allí la importancia de la dimensión axiológica en el análisis hermenéutico del caso. Esta parece ser

³⁰⁰ Sobre los alcances y límites de validez de las leyes penales en blanco puede verse CSJN, Fallos, 148:130, “Delfino” y 237:636, “Mouviel”.

³⁰¹ A modo de ejemplo, el artículo 1 inc. e) de la Ley 19.349 establece que “(...) serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la presente ley: (...) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor (...)”.

³⁰² CSJN, Fallos: 320:763.

³⁰³ CSJN, Fallos: 321:824.

³⁰⁴ CSJN, 11-IV-2006.

³⁰⁵ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Legislación penal socioeconómica (retroactividad de disposiciones más favorables: el caso de las leyes en blanco)”, LL. t, 1993-D-1208.

la postura correcta en el supuesto legal que nos ocupa, de allí la necesidad de reducir el ámbito de punibilidad del artículo 205 del CP a los casos sustancialmente merecedores de reproche penal.

A ello debe sumarse una cuestión no menor vinculada con la caracterización como temporales de determinadas leyes penales. Es decir, aquellas que tienen una vigencia en el tiempo determinada por un plazo de vigencia estipulado. Es claro que las normas extrapenales que integran el delito previsto en el artículo 205 del CP no tiene una fecha de caducidad como caracterizan a aquellas; no obstante ello, es posible afirmar que su vigencia se limita al propio contexto de emergencia sanitaria que nos rige. Dicho con otras palabras, al cesar las condiciones de emergencia que legitimaron su dictado, las mismas perderían su razón de ser y por ende su operatividad, pero sería irracional considerar atípicas -retroactivamente- los comportamientos que se vieron configurados mientras duraron las condiciones que dieron lugar a su sanción.

IV. La emergencia sanitaria y la flexibilización de garantías judiciales

Es evidente que la emergencia sanitaria -con las obligaciones de confinamiento impuestas a la población más la suspensión de actividad judicial- ha generado la necesidad de adaptar los actos procesales urgentes a esta realidad. En este contexto, es cierto que determinados actos procesales permiten ser llevados a cabo por medio de las nuevas tecnologías, desde la recepción de denuncias por correos electrónicos, la utilización del expediente digital, la firma electrónica para efectuar presentaciones judiciales, hasta las video conferencias o video llamadas que permite replicar, de alguna manera, la realización de determinadas audiencias para recibir alegatos o tomar declaraciones testimoniales.

El foco aquí pasa por determinar hasta qué punto y con qué alcance determinadas prácticas procesales pueden llevarse a cabo sin lesionar derechos individuales de las personas sometidas a proceso, lo cual nos reconduce a uno de los temas de mayor trascendencia operativa para el Derecho procesal constitucional. Me refiero al debate sobre la posibilidad de disponer de determinadas garantías judiciales recurriendo al consentimiento del imputado para tener por legítimo el acto procesal practicado. Por otra parte, de ser esto legítimo en el plano de los principios, será preciso determinar bajo qué requisitos aquel consentimiento torna disponibles determinadas garantías judiciales.³⁰⁶

³⁰⁶En el ámbito de la garantía judicial que protege al imputado contra su autoincriminación, es interesante ver el voto en disidencia del juez Cicciaro en C.Nac.A.Crim.Correc, 11-VI-2014, “L. B., M. G. I”, http://www.estudiojmre.com.ar/p_articulos_detalle.php?id=101, disponible el 19-V-2020.

Como banco de pruebas para profundizar este tópico, me centraré en qué requisitos debería tener, en mi opinión, la declaración indagatoria del imputado realizada por medio de video conferencia en el marco de la pandemia Covid-19 para contar con validez constitucional.³⁰⁷

Al respecto corresponde distinguir distintos grupos de casos. El primero es aquel por el cual el imputado (en libertad) ha sido citado a prestar declaración indagatoria con anterioridad a las medidas de confinamiento social y suspensión de la actuación de los tribunales. Dentro de este grupo de casos, podría darse la variante por la cual -dentro de los mismos presupuestos- la extensión de la pandemia haga que los tribunales se vean obligados a redefinir su organización del trabajo y que, levantada la suspensión del funcionamiento de los juzgados, el juez disponga recibir declaración indagatoria a un imputado pero, en razón de respetar la distancia social, dicho acto procesal lo lleve a cabo mediante video conferencia o video llamada.

El ejercicio de la práctica profesional en estos tiempos ha permitido observar una interesante iniciativa para enfrentar este grupo de casos -imputado en libertad y citación a prestar declaración indagatoria- que nos permite realizar un primer testeo de constitucionalidad del consentimiento del imputado para que aquel acto se lleve a cabo por medio de nuevas tecnologías que suplan la presencia física del imputado, el juez, el defensor y el fiscal.

Así, se ha podido observar que una posibilidad es notificar al imputado la fecha en que se llevará a cabo su declaración indagatoria mediante video conferencia y que con una antelación de cinco días a la fecha de tal convocatoria, se le remita el acta judicial donde se consignará la descripción fáctica del hecho que se le imputa como la prueba de cargo que ha legitimado tal citación. Esto le permitirá a la Defensa completar el acta con los datos personales del imputado y poder organizar el descargo material del mismo, si es que éste opta por declarar. A la par se notifica al Fiscal la realización del acto para que manifieste su voluntad de intervenir en la misma. Luego, mediante el aporte de números de teléfono celular o correos electrónicos se invita a las partes a la realización del acto por medio de video llamada o conferencia. La identificación del imputado se realiza mediante su exhibición de DNI -el letrado defensor estaría en condiciones de dar fe de conocimiento de su asistido- y luego se procedería, como es práctica de estilo, a escuchar al imputado. Al finalizar, se da lectura del

³⁰⁷ El artículo 294 del CPPN establece que “(...) cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiera el imputado para designar defensor”. Si bien es cierto que se ha sostenido que se trata de un acto de defensa material del imputado; no lo es menos que mientras siga regulada como una citación judicial obligatoria para aquel, en la práctica opera como un verdadero acto procesal de imputación.

acta y una vez ratificada de modo oral, el tribunal podría subirla al sistema informático de la CSJN y ya quedar incorporada al expediente digital, tras constatar la conformidad del imputado con la realización del acto y el contenido de su declaración, sumada a la conformidad expresa de su letrado defensor.

El acto procesal recibido en este contexto, como el consentimiento del imputado que así lo validó, superan el testeo de constitucionalidad dada la necesidad de asegurar el distanciamiento social que se viene imponiendo como la manera más idónea de enfrentar el Covid-19 hasta que se descubra una vacuna efectiva.

El segundo grupo de casos es aquel donde aparecen los mayores reparos y se da cuando la recepción de la declaración indagatoria se produce en el marco de la detención del imputado -pensemos en un caso de flagrancia³⁰⁸- y el acto procesal se lleva a cabo por medio de video llamada o conferencia desde la dependencia policial misma en la cual aquel se encuentra detenido.

En el ámbito procesal de la Provincia de Buenos Aires, donde rige el sistema acusatorio mediante el cual, entre otras cuestiones, la declaración indagatoria se presta frente al fiscal, hemos podido relevar la práctica de tomar declaración indagatoria -por medio de video llamada- desde la Seccional policial donde el imputado se encontraba detenido con motivo de una detención en caso de delito flagrante.³⁰⁹

A los fines de salvaguardar la validez del acto, en el caso comentado se dejó expresa constancia que la presencia del juez podría ser requerida por el imputado de mediar motivos suficientes y, tras describir el contexto de emergencia sanitaria, el agente fiscal dejó constancia del consentimiento del imputado para la realización de aquel por medio de video conferencia a través de un teléfono móvil que se le facilitó en el destacamento policial. Fiscal, Secretario y Defensora se encontraban conectados vía Internet y se dejó constancia que esta última había tenido la entrevista previa con su asistido, también por medio de *whatsApp*. Finalizado el acto, se envió el acta a la dependencia policial por esa vía y se procedió a imprimirla y firmarla por el imputado y los funcionarios policiales que dieron cuenta de la realización del mismo.

³⁰⁸ Establece el artículo 285 del CPPN que “(...) *habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito*”.

³⁰⁹ El artículo 308 del CPP establece que “(...) *existiendo elementos suficientes o indicios vehementes de la perpetración de un delito y motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en su comisión, el Fiscal procederá a recibirle declaración, previa notificación al Defensor bajo sanción de nulidad. Si lo solicitare motivadamente el imputado, podrá declarar ante la presencia del Juez de Garantías (...)*”.

Sin perjuicio de las buenas intenciones de los funcionarios que intervinieron en este acto procesal, cabe preguntarnos hasta qué punto el consentimiento del imputado es válido en un contexto de detención en flagrancia y posterior declaración por medios informáticos desde el propio destacamento policial.

A los fines de analizar la relevancia y los alcances del consentimiento para disponer de determinadas garantías judiciales configuradas como derechos del imputado para hacer valer frente al Estado, es útil reconducir el debate sobre los requisitos y límites del consentimiento de aquel en casos de allanamientos de domicilio sin orden escrita de autoridad competente.

La regla general contenida en el artículo 18 de la CN establece que el domicilio es inviolable y que una ley reglamentará en qué casos y bajo qué justificativos se procederá a su allanamiento. En el ámbito federal, el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) ha reglamentado tal regla a la par que ha determinado un grupo de excepciones a aquella con fundamentos en situaciones de necesidad y urgencia.

El artículo 224 del CPPN establece que:

“Si hubiere motivo para presumir que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar”.

Por otra parte, el artículo 227 del CPPN dispone que:

“No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando:

1°) Por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.

2°) Se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.

3°) Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión.

4°) Voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.

5°) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física (artículo 34 inciso 7 del CODIGO PENAL DE LA NACION). El representante del MINISTERIO PUBLICO FISCAL deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar”.

Como podrá apreciarse, la orden judicial como requisitos del allanamiento de un domicilio se trata de una regla que admite la configuración de excepciones taxativamente dispuestas por el Legislador con fundamento en supuestos de urgencia, donde la exigencia de recurrir a la orden judicial escrita tornaría totalmente inoperante el accionar de la Policía en la prevención de delitos.

Sin perjuicio de ello, la práctica judicial ha incorporado un nuevo estándar para legitimar un allanamiento de morada por parte de las fuerzas de seguridad sin contar con orden judicial y por fuera de los casos de necesidad antes comentados: el consentimiento.

Un primer precedente donde aquello se debatió fue el conocido caso “FIORENTINO” de la CSJN, donde se invalidó el consentimiento de los padres de un menor para tener por justificado el ingreso al domicilio de las fuerzas de seguridad sin orden judicial bajo los siguientes parámetros: a) el no oponer reparos al ingreso en la morada no implica haber prestado un consentimiento válido para legitimar el acceso de las fuerzas de seguridad a aquella; b) la circunstancia que el menor se encontrare detenido por un grupo de policías en horas de la noche en la puerta del domicilio, implica que existe un contexto por el cual la mera constancia de la falta de reparos de los padres del menor para el ingreso, no es equivalente a un consentimiento válido que exima de contar con la orden judicial.³¹⁰

En otros precedentes posteriores, la garantía quedó afirmada a la par que también se fue flexibilizando. Es decir, en algunos casos la mera condición de detenido de la persona que prestaba el “consentimiento” para el ingreso a la morada daba por tierra la validez del

³¹⁰ CSJN, Fallos, 306:1752.

allanamiento y posterior secuestro de elementos de cargo,³¹¹ mientras que en fallos posteriores se terminó validando aquel consentimiento con independencia del carácter de detenido de quien lo prestaba.³¹²

Hasta donde alcanzo a comprender, la cuestión puede resolverse de la mano del canon sistemático de interpretación jurídica con especial foco en el ámbito de protección de las reglas que regulan el allanamiento de domicilio y sus excepciones.

Con relación al encuadre sistemático del consentimiento, cabe tener presente que el único supuesto donde el Legislador lo menciona expresamente para legitimar un allanamiento, es en el marco previsto en el artículo 225 del CPPN, pero siempre sujeto a la existencia de una orden judicial previa que legitime la diligencia. La norma mencionada establece que:

“Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia sólo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol.

Sin embargo, se podrá proceder a cualquier hora cuando el interesado o su representante lo consienta, o en los casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público”.

Como podrá apreciarse, la reglamentación de las causales de excepción de la regla que exige la orden judicial para allanar un domicilio no establece al consentimiento como un estándar independiente que permita el ingreso sin la orden judicial respectiva y por fuera de los casos de urgencias previstos por el Legislador y detallados expresamente. En el marco de la norma comentada, el consentimiento se limita solo a la hora en la cual la diligencia es realizada, lo cual presupone la existencia de orden judicial.

A ello debe sumarse que, en el marco de los tipos penales tipificados en el CP, el domicilio se encuentra protegido en dos niveles. El primero frente a la intromisión de particulares y el segundo frente a la intromisión del Estado.

³¹¹ CSJN, Fallos, 306:1752.

³¹²Cfr. CSJN, Fallos, 311:836, donde se concluyó que mediando consentimiento para el ingreso no hay allanamiento de domicilio. En razón de ello, se concluyó que las distintas disposiciones procesales tendientes a limitar los alcances de un allanamiento resultan inaplicables. También puede verse CSJN, Fallos 311:2507.

El artículo 150 establece que:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”.

Mientras que el artículo 151 dispone que:

“Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina”.

Como puede notarse, se trata de dos delitos independientes y que tienen como destinatarios y niveles de configuración dos modalidades y alcances bien distintos. Por el primero se protege la morada entendida como el ámbito de privacidad de su titular y se privilegia la voluntad de quien tiene derecho a excluir, siendo éste el marco regulador de la tipicidad penal. Es decir, aquí el consentimiento del titular del derecho a la exclusión es la clave para la operatividad del delito. Mientras que en el segundo tipo penal, el consentimiento no tiene ninguna relevancia y el foco de la tipicidad está puesto en el funcionario (delito especial) que allanare un domicilio sin las prescripciones previstas por la Ley o por fuera de los casos excepcionales que ella determina. Dicho de otra manera, no aparece ninguna referencia a la voluntad o consentimiento del titular del derecho de exclusión.

Esta falta de mención alguna al consentimiento, se explica por el segundo aspecto que aquí nos permite analizar la cuestión: el ámbito de protección de la norma. Es decir, determinar qué es aquello que se protege con las disposiciones que regulan el modo de allanar un domicilio. Una vez determinado el bien o valor que se protege, estaremos en condiciones de determinar si aquel resulta disponible o no.

Si aquello que se protege en el allanamiento de domicilio es exclusivamente el ámbito de privacidad o intimidad del ciudadano, entonces el consentimiento de éste tendrá una relevancia clave en la legitimidad del ingreso y podrá compensar la falta de orden judicial o la no configuración de causal alguna de excepción para el ingreso sin orden. Ello, porque aquello que entra en juego sería solamente la tutela de la privacidad del titular del derecho de exclusión.

Ahora bien, si por fuera de esta interpretación prioritariamente *ius privatista* del problema, se entiende que el ámbito de tutela de las reglas que regulan el allanamiento de morada y sus excepciones tiende a proteger algo más que la privacidad del titular del derecho de exclusión, las conclusiones serán otras. Me refiero a entender que aquello que aquí se busca regular y proteger no es la mera intimidad de quien se ve afectado con una diligencia de semejante envergadura; sino que aquello que está en juego es el debido proceso como garantía judicial, entendida ésta no sólo como derecho del particular frente al Estado, sino como deber de éste para con aquel.

Para llegar a esta conclusión, es importante tener en especial consideración que el fundamento legal que legitima el dictado de una orden de allanamiento pasa por la existencia de motivos bastantes que hagan presumir que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad. Es decir, se trata de una diligencia procesal que, en definitiva, tiene como objeto final la aplicación del Derecho Penal material y no la mera intromisión -como fin en sí mismo- en la esfera de privacidad del destinatario de la medida.

En esta inteligencia, puede concluirse que aquello que está en juego -tanto en el ámbito de las reglas del procesal penal como en la tipificación del allanamiento ilegal del artículo 151 del CP- es la protección del debido proceso legal. De ser esto así, como aquí se postula, estamos frente a una garantía judicial indisponible por parte del ciudadano, ya que aquella opera como un deber para el Estado y no como un mero derecho -eventualmente disponible- del sometido a proceso.

Dicho esto, la misma conclusión se proyecta sobre la posibilidad que el imputado pueda prestar declaración indagatoria desde su lugar de detención en el marco de un caso de flagrancia en el contexto de situaciones de emergencia producidas por fenómenos sanitarios que imponen medidas de distanciamiento social y obligatorio. Quien se encuentra detenido y debe prestar declaración indagatoria dentro de los plazos procesales que exigen al fiscal/juez escucharlo de manera inmediata, tiene la garantía judicial a su favor de hacerlo frente a la fiscalía/tribunal y en un ámbito jurisdiccional que le permita, cuanto menos, asegurarle un mínimo de tranquilidad de espíritu para poder efectuar su defensa material. Entorno que no se encuentra garantizado en una dependencia policial.

V. Algunas consideraciones finales

Los problemas que plantean situaciones de emergencia como el Covid-19 constituyen un interesante campo para repensar problemas tradicionales del Derecho Penal con especial foco en su legitimidad constitucional. Este escenario permite reafirmar el mandato constitucional de construir aquel sobre la base de los valores y principios contenidos en nuestra CN, marco referencial e indisponible de todo el sistema penal, tanto en su faz material como instrumental.

El Derecho Penal es clave como instrumento de integración social y como un modo efectivo de asegurar las condiciones de orden, paz y tranquilidad. La propia existencia social se mide conforme al grado de consenso sobre estos puntos que constituyen el bien común que se pretende en lo político.³¹³ Desde esta perspectiva, el delito se presenta como un conflicto de carácter público que trasciende el mero interés de las partes y legitima la existencia de una instancia estatal que asuma la problemática de aquel. De allí, la necesidad de asegurar los límites de su legitimidad para evitar que al delito se le aplique una pena que, como respuesta contra-fáctica de aquél, no supere el testeo de constitucionalidad a partir de los principios básicos de Derecho Penal Constitucional.

Como se ha intentado demostrar, al Poder Judicial le corresponde, como garante último de la legitimidad constitucional del sistema penal, el concretar -caso por caso- aquel testeo axiológico de validación.

³¹³ Cfr. Guillermo YACOBUCCI, *La deslegitimación de la potestad penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, 318.

IDEOLOGÍA PENAL Y DESORDEN

Por Carlos H. Franco

En los últimos años ciertas ideologías, en boga hasta hoy, hacen pensar que la Argentina se ha convertido en la práctica, en una nación injusta. La impunidad real que esas ideologías proporcionan, ha sido una de las constantes que provocan injusticia. La falta de justicia, a su vez, hace insostenible la vida en comunidad al desconfiarse de que las instituciones sean capaces de brindar seguridad, uno de los deberes primordiales del Estado.

Frente a la situación de desorden en el sistema penal (están en vías de reforma integral el Código Penal y Procesal Penal), la ideología humanista y liberal que sustenta el actual sistema penal argentino, mejorado en ambos proyectos, debe mantenerse sin dar cabida a la otra corriente ideológica, llamada “garantista” (mejor, abolicionista). Aquél abreva en la mejor tradición penal de occidente y en las enseñanzas de Moreno, Sarmiento, Alberdi, Mitre y en la Constitución Nacional: la pena es un mal, una reacción del Estado frente a la comisión de un delito. No se discute la necesidad de esa reacción sea como prevención o aplicación: al mal culpable en que consiste el delito debe seguirse un mal proporcionado en que consiste la pena: mal por mal.

Contrariamente, para la otra corriente, la función del sistema penal es reducir y contener el poder punitivo del estado sobre la base de negar cualquier fin legítimo de la aplicación de una pena y de considerar que “la imposición de ella implica siempre una discriminación” pues “trata a los delincuentes como enemigos”. Así, se sostiene, “el ejercicio de poder de los sistemas penales resulta incompatible con la ideología de los Derechos Humanos”, pues en la medida que se vayan realizando esos derechos, “irá retrocediendo el poder punitivo”. En definitiva, Zaffaroni dice que puede concebirse una sociedad en que los entuertos se resuelvan “sin apelar a las penas”; por ello, en lugar de delitos debe hablarse de conflictos y el principio de legalidad o de imperatividad de la ley penal, debe ser sustituido por el de oportunidad que permite seleccionar los casos.

Esta forma de ver, crea confusión, es irrazonable por utópica y se aparta del sentido común.

Sin embargo, dentro de esta corriente abolicionista, existen voces políticamente interesadas en buscar la impunidad de ciertos personajes acusados de corrupción y otros delitos graves (lavado de dinero, defraudación al fisco, etc.); por un lado, politizando esas causas y hasta las condenas dictadas a las que se tacha de nulas o improcedentes invocando “**lawfare**”; y por otro, utilizando la pandemia del Covid19 para liberar presos en situación de riesgo de contagio celebrando **acuerdos** entre la autoridad y los reclusos en los que el estado pacta aligerar las excarcelaciones, premiándolos.

Ambos aspectos serán analizados a continuación:

LAWFARE: COMODÍN DE LA POLÍTICA

El lawfare (guerra judicial), tan en boga hoy día es un comodín al que los grupos políticos interesados le dan el valor que quieren. Se lo ha invocado para intentar anular procesos por corrupción contra ex altos funcionarios y algún gobernador lo ha invocado para descalificar la ley que prohíbe la designación de esos funcionarios.

La utilización del lawfare pretende, con fines políticos, incorporar al sistema legal-constitucional argentino un standard de impunidad y, de paso, estigmatizar a la prensa que, “sirve de sostén para apuntalar la guerra judicial” que desacreditaría por artificiosos (simulados, falseados) todos los procesos penales y aún a las penas que se hubiesen aplicado.

Ya Francesco Carrara advertía, hace mucho tiempo, que “*cuando la política entra por la ventana, la justicia huye por la puerta despavorida al cielo*”. En efecto: el lawfare nada tiene que ver con lo legal-constitucional. Es una categoría política que está **fuera del orden jurídico** y no ha sido receptada por éste.

El orden procesal, tiene sus propios procedimientos para corregir errores o arbitrariedades de los jueces (enjuiciamiento sin mérito, ausencia de pruebas, etc.). Esos remedios han sido reglados en diversas leyes que aplican los jueces penales que no pueden acudir a categorías extrajurídicas para resolver, anular, restringir o dejar sin efecto, sus resoluciones, pues cometerían delito.

A su vez, los recursos de alzada en doble y triple instancia hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforman una estructura procesal de la que los jueces no pueden salir legalmente, pues hacen al debido proceso y al estado de derecho. Solo cuando se llegó a una condena penal firme, el Poder Ejecutivo, en ciertos casos, puede hacer uso del indulto de la pena total o parcialmente invocando cuestiones políticas. Mientras tanto, los imputados y procesados quedan sometidos al proceso que se les sigue por los delitos comunes cometidos. Es decir: las causas iniciadas en la justicia deben terminar en la justicia y no fuera de ella.

Pero entonces, ¿para qué sirve el lawfare? En rigor no sirve para nada: salvo para engañar a incautos haciéndoles creer que es la panacea que sirve para liberar presos “políticos” aunque, por lo dicho, de nada sirve para liberar a políticos presos.

Menos aún para acallar a la prensa y/o al periodismo de investigación (como se ha pretendido en un reciente proyecto de 5 diputadas) pues nada tiene que ver el lawfare con las noticias que los periodistas están facultados a publicar bajo la protección constitucional de la libertad expresión.

Pretender que con un standard extrajurídico pueda restringirse libertades constitucionales es una aberración que solo cabe en la mente de los cultores del lawfare pues, recordemos una vez más: no es papel del estado prohibir ideas y menos aún interferir en el libre mercado de ellas.

SOLTURA DE PRESOS

Con el pretexto de la pandemia reconocida mundialmente el 20 de marzo de este año 2020, se planteó el tema del riesgo de los detenidos en las cárceles, condenados o no. La libertad otorgada por jueces políticos a ciertos personajes de la política, acentuó la ansiedad de los **presos de todo el país** por su excarcelación. El argumento que esgrimen se simplifica así: “no queremos morir en la cárcel”. Hasta tomaron una de ellas, como la cárcel federal de Devoto, hicieron fogatas, rompieron los techos, amenazaron a los guardias, etc.

Ese motín consiguió que los funcionarios del servicio penitenciario, algún juez y el viceministro de justicia, concurrieran al penal para hacer un “acuerdo” por el cual los jueces analizarían la situación de cada uno teniendo en mira la soltura domiciliaria, libertad condicional o vigilada y salidas transitorias y/o, para ciertos casos (condenados por sentencia casi cumplida, internos en situación de riesgo, embarazadas, enfermos, y demás personas a que hace referencia la Acordada 9/20 de la Cámara Federal dictada por consejo de la CIDH).

Del lado de los numerosos presos, según información periodística, actuó como “vocero” un asesino serial: cuatro homicidios en su haber inspirados por Robledo Puch, otro criminal que está recluso a perpetuidad por haber cometido más de 7 homicidios desde su temprana juventud.

¿Qué clase de acuerdo es el que se ha logrado?

Por un lado en Acta firmada con fecha.....se lee que “*se evaluó el diseño de herramientas de compensación, se reiteró el pedido de conmutación de penas y la adopción de medidas excepcionales a los efectos de descomprimir la situación de hacinamiento de la población carcelaria por parte del Poder Ejecutivo*”. ¿A qué “herramientas” se refiere?, ¿Cuáles son las “compensaciones” que se barajan?, ¿Buscarán la conmutación de penas en temas que son de exclusivo resorte del Poder Judicial?, ¿Pueden los jueces avalar esta “negociación”? Acaso el Estado de derecho no aparece extorsionado?, ¿La fuerza, puede más que la ley?

El Acta firmada demuestra que las partes NO son equivalentes: las imágenes de la TV fueron contundentes: gritos, puños en alto y hasta facas blandidas ante los funcionarios y jueces. Es cierto que la Constitución dice que las cárceles deben ser sanas y limpias. Y esa es una obligación del estado. Pero los presos han infringido la ley a sabiendas de lo que les esperaba si la ley los alcanzaba y encerraba. Ese encierro legal, por cierto, implica el triunfo del derecho sobre el delito. Y ese triunfo es lo que se busca invertir mediante extorsión dentro de una pandemia. De la prisión a la impunidad. Eso no es una negociación admisible dentro del estado de derecho: la ley debe cumplirse tal como ha sido constitucionalmente dictada en su momento de amenaza y de aplicación. Y no es negociable como si fuese una mercancía.

El estado debe proveer los medios alternativos necesarios para hacer cumplir la ley, preservar la vida y salud de los internos, en cualquier situación: con o sin pandemia, y no claudicar haciendo caso omiso a la retribución que la sociedad a través de sus legítimos órganos impuso a los detenidos. La renuncia del estado al estado de derecho es muy grave pues atenta contra todo el sistema constitucional (que no tiene excepciones por emergencias) y crea precedente de imprevisibles consecuencias.

El estado de derecho es el marco que sirve de sostén a la democracia. Si comenzamos a liberar a los estafadores, violadores y homicidas, tal como sucedió por el **desborde** de las libertades otorgadas impropriamente por los jueces siguiendo la corriente de la pandemia y la tónica ideológica arriba reseñada, todo el sistema penal y constitucional queda comprometido, y los habitantes y las víctimas y los testigos y pruebas de cargo que sufrieron y actuaron en los procesos, a merced de los delincuentes que saldrán y/o que ya salieron (unos 4000 a la fecha).

¿Qué vale más, el estado de derecho o la libertad de presos que se mofaron de la ley?. No cabe duda que la respuesta es una sola: conseguir el estado de derecho en la Argentina llevó décadas de luchas y sinsabores. ¿Cómo rifarlo por un simple motín (que también es delito)?. ¿Qué le diremos a las víctimas? ¿Por qué ni siquiera se cumplió con la notificación previa que prevé la ley que las protege? ¿Y a la sociedad entera?. De qué sirve la amenaza de enjuiciar políticamente a los magistrados y funcionarios involucrados en la soltura masiva cuando el daño ya está hecho?).

¡Ratifiquemos la eficacia del derecho por ser el interés preponderante, dejemos de lado este desorden y volvamos a la razón y al equilibrio!.

DECLARACIONES PÚBLICAS

3 de julio de 2020

EN SOLIDARIDAD CON LOS PERIODISTAS Y EN RESGUARDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, expresa su preocupación ante diversos hechos y manifestaciones de los que dan cuenta publicaciones en medios gráficos y audiovisuales, y comentarios vertidos a través de las redes sociales, de las que resultaría la existencia de un plan sistemático dirigido a llevar a cabo un conjunto de acciones persecutorias contra la prensa y varios periodistas de renombre.

La libertad de expresión es una garantía constitucional que la sociedad debe tutelar con ahínco, pues refiere al cabal ejercicio de derechos y garantías de otros conciudadanos pero, también, porque la ofensa y señalamiento a la labor de periodistas es la exteriorización de una preocupante vocación autoritaria de algunos sectores que pretende cercenar el derecho universal que tenemos los habitantes de la República Argentina de estar informados y de expresar libremente nuestras ideas.

En este contexto, es de esperar que desde las más altas autoridades de la Nación se ponga en valor el pleno ejercicio y resguardo de esta garantía constitucional.

El Directorio

<http://colabogados.org.ar/posicion/declaracion.php?id=285>

9 de junio de 2020

LA INTERVENCIÓN Y EXPROPIACION DEL GRUPO VICENTÍN

Resulta absolutamente inaceptable que, a través de un DNU, el Poder Ejecutivo de la Nación determine la intervención oficial de un grupo de empresas del sector privado que conforme al régimen legal vigente ha impulsado la tramitación de su proceso concursal ante la Justicia competente, ya que constituye una clara violación del principio de separación de poderes en tanto implica una ilegítima intromisión en el funcionamiento de la justicia, quien cuenta con diversas herramientas en el marco de la legislación aplicable, para buscar la preservación de los empleos y de los activos que son prenda común de los acreedores.

Dicho DNU anticipa la vocación oficial de avanzar con la sanción de una ley que proclame la futura expropiación de ese grupo empresario. De implementarse ambas iniciativas se consumaría una inadmisible lesión al derecho de propiedad y a la tutela judicial de efectiva de los derechos de las personas involucradas, que peligrosamente podría extenderse a otras empresas concursadas, con el agravante que por efectos de la pandemia que nos afecta es esperable que muchas otras acudan a la protección del régimen concursal.

Tras dogmáticos argumentos que proclaman el beneficio de los productores y la soberanía alimentaria nacional, subyace la triste experiencia habida en la historia de nuestro país que, una y otra vez, ha significado la regulación e intervención oficial de actividades competitivas, organizadas y transparentes de nuestro quehacer productivo, que en su devenir han demostrado la ausencia de competencia y la clara ruptura del principio de subsidiaridad del Estado propio de las naciones más desarrolladas, arrojando resultados absolutamente contrarios a los anunciados con su implementación que, lamentablemente, significaron el menoscabo de derechos de los ciudadanos y la afectación del progreso de la Nación.

Es de esperar que la justicia defienda el ejercicio de su competencia y de las facultades que le acuerdan la Constitución Nacional y la ley de concursos, y que el Congreso de la Nación no apruebe el proyecto de ley dirigido a expropiar esta empresa, ni de ninguna otra que se encuentre en similares condiciones.

El Directorio

<http://colabogados.org.ar/posicion/declaracion.php?id=284>

2 de junio de 2020

LEY DE ALQUILERES: LA PERSISTENCIA EN UN ERROR RECURRENTE

El Senado de la Nación se apresta a dar tratamiento a la iniciativa legal que, el pasado 20 de noviembre, la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción. Se trata de la “Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Regulación complementaria de las locaciones. Programa Nacional de Alquiler Social”

Tal proyecto resulta reprochable, en tanto implica la ruptura del sistema jurídico instaurado por el recientemente vigente Código Civil y Comercial de la Nación. Introduce un régimen de excepciones que vulnera los principios generales de ese cuerpo normativo, tal como la autonomía de la voluntad de las partes; el concepto de garantía, la circulación y ejecución de títulos de crédito, las reglas sobre consignación y compensación, el concepto de expensas ordinarias en la propiedad horizontal, entre otros.

Asimismo, federaliza el registro de contratos, otorgando intervención procesal a la AFIP, atribuyendo nuevas y vagas competencias a ese órgano cuyo menester específico refiere al control tributario.

Además de explicitar falencias de técnica legislativa, la normativa del proyecto cuestionado pretende fundamentarse en un supuesto fáctico inexistente. No considera los datos objetivos de la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura de la Nación que, en el último lustro, con elocuencia, da cuenta de la tendencia decreciente registrada en el ámbito de la Justicia Nacional de la Capital Federal respecto del inicio de juicios de desalojo por falta de pago que, anualmente, representan tan sólo el 0,27% en relación al total de contratos de locación instrumentados. Similar reconocimiento se observa respecto del inicio de juicios por cobro de alquileres.

Como la mayoría de los problemas estructurales que sobrelleva la economía nacional, la persistente cuestión de fondo estriba en las causas que ocasionan el proceso inflacionario que azota al quehacer económico que, ciertamente, son las que conspiran contra el desarrollo del progreso de la Nación y el de sus habitantes.

La historia argentina ha dado innumerables muestras de la inconveniencia de avanzar en regímenes de excepción y emergencia que, una y otra vez, alteran la voluntad de las partes contratantes y la ecuación económica-financiera que han tenido en consideración al establecer su respectiva relación jurídica, en este caso, en materia de locación de inmuebles urbanos.

A poco de cumplirse 100 años de la sanción de las leyes 11.156 y 11.157 que iniciaron en nuestro país la negativa secuencia de leyes de emergencia en materia locativa urbana, es menester exhortar al Senado de la Nación no apruebe el trámite legislativo señalado.

El Directorio

<http://colabogados.org.ar/posicion/declaracion.php?id=283>

20 de mayo de 2020

DEBE LEVANTARSE LA FERIA EXTRAORDINARIA

Desde el 20 de marzo del corriente año la justicia federal en todo el país y la nacional de la Ciudad de Buenos Aires se encuentra en feria extraordinaria como derivación de la crisis sanitaria global ocasionada por el COVID-19. La CSJN ha venido acompañando así las sucesivas prórrogas en la cuarentena dispuesta por el gobierno nacional, la última de las cuales se extiende hasta el próximo 24 de mayo, pero todo conduce a suponer que el Poder Ejecutivo dispondrá una nueva prórroga.

Desde el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, consideramos que resulta inadmisibles que la administración de Justicia, así como los servicios jurídicos que dan asistencia a los justiciables, no hayan sido reconocidos como una prestación esencial en el marco del ASPO. A este respecto, el 20 de abril nuestro Colegio ha formulado una petición ante el Jefe de Gobierno de la CABA, para que en los términos del DNU 355/20 disponga un procedimiento de excepción a las normas sobre el ASPO, que permita a los abogados concurrir a sus estudios cumpliendo determinados protocolos sanitarios de tipo cuantitativo y cualitativo.

Es que no puede en modo alguno desconocerse que el desempeño del Poder Judicial de la Nación es visto por la ciudadanía en general, y por quienes deben acudir a sus estrados para defender sus derechos como un servicio esencialísimo, máxime en una situación como la que nos ocupa, en donde son precisamente los jueces los encargados de establecer los debidos límites a la aplicación de las medidas de emergencia que imponen restricciones de todo tipo al ejercicio de los derechos más elementales que garantiza nuestra Constitución.

En este último sentido, la plena actuación de la justicia adquiere mayor relevancia, cuando hoy los Decretos de Necesidad y Urgencia se han convertido en una nueva forma de legislar de discutible constitucionalidad en cuanto a la ley que los regula, en tanto basta con que el oficialismo tenga una cámara del Congreso que no se oponga a su vigencia, para convalidarlos y darles la fuerza de una ley.

Desde nuestra perspectiva, y en base a las opiniones recogidas de nuestros asociados y otros colegas, consideramos que la feria judicial extraordinaria no satisface la necesidad de prestar un servicio de justicia de manera adecuada y uniforme para los justiciables y los profesionales del derecho, que por cierto contemple los recaudos sanitarios que fueren menester en virtud de la pandemia.

Es por tales razones, y por las demás expuestas en la nota que hemos presentado en el día de la fecha ante la Corte Suprema de Justicia, que desde el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES solicitamos:

1. No volver a prorrogar la feria extraordinaria, disponiendo la reanudación plena de la labor judicial, ajustada a los parámetros de seguridad correspondientes a la naturaleza de la emergencia sanitaria;

2. A tales efectos, convoque a la brevedad -de modo virtual o presencial- a las organizaciones representativas de los magistrados, funcionarios y empleados, junto a las que representan a la abogacía en la CABA (Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nuestro Colegio y demás entidades que V.E. considere) y a nivel nacional (Federación Argentina de Colegios de Abogados), para generar un ámbito de análisis para el intercambio de experiencias y aporte de ideas respecto de la superación de las limitantes operativas que enfrentará la reanudación de la actividad judicial ante la contingencia sanitaria mencionada
3. A efectos de recuperar la actividad jurisdiccional que se ha visto interrumpida con motivo de las sucesivas ferias extraordinarias dispuestas, se disponga la suspensión de las ferias de invierno 2020 y, parcialmente, la de enero 2021.

El Directorio

<http://colabogados.org.ar/posicion/declaracion.php?id=282>

FRENTE A LAS EXCARCELACIONES MASIVAS

Estamos presenciando en estos días de pandemia excarcelaciones masivas que despiertan honda preocupación en el ámbito del Derecho y -muy especialmente- en la ciudadanía en general pues imputados y condenados por graves delitos penales están siendo excarcelados y enviados a sus domicilios indiscriminadamente.

Las detenciones preventivas durante el proceso son la excepción a la regla de la libertad, y se imponen en análisis individuales y pormenorizados en cada causa, sujetos a la intervención y contralor de todas las partes del proceso penal. Lo mismo cabe decir respecto de quienes cumplen detención en calidad de condenados, en tanto las penas impuestas a ellos han sido el resultado de procesos con la debida intervención de las partes naturales y revisión de todos los estamentos judiciales. De ello se colige que sus legítimas detenciones son el resultado del ejercicio pleno de las garantías constitucionales del debido proceso penal y del juez natural.

Por ello estamos en desacuerdo con los cientos de excarcelaciones en masa que se están concediendo en estos días, muchas de ellas en el marco de procesos que han soslayado la legítima intervención del Juez natural, del Ministerio Público, de los informes carcelarios o médicos de rigor, y de las víctimas.

No se nos escapa la crítica situación sanitaria que vive el país y las precarias condiciones bajo las cuales están alojados los presos en sus respectivos centros de detención. Esta crisis debe servir para que las autoridades inicien finalmente el camino hacia la construcción de más y mejores cárceles, sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas. No para vaciarlas artificialmente, dejando de lado la larga y encomiable labor de los actores propios del proceso penal en miles de causas judiciales.

Las excarcelaciones pueden y deben evaluarse caso por caso, por parte de los jueces, fiscales y defensores propios de cada causa, sin condicionamientos de quienes llevan adelante motines carcelarios, ni de los estamentos superiores del Poder Judicial, y ciertamente que tampoco de parte de otros poderes del Estado. Al momento de ser reevaluadas, ha de tenerse en cuenta, por supuesto, la situación particular de cada preso. En el contexto actual, podría ponderarse como un factor favorable a su otorgamiento si el condenado se encuentra dentro de los grupos de riesgo de contagio (por su edad o enfermedades preexistentes); si fue sentenciado por delitos no relacionados con actos violentos; si no registra antecedentes de evasión del proceso anteriores; si sufre prisión preventiva y especialmente si ella supera los dos años máximos de límite; si su detención domiciliaria podría realizarse en un lugar físico determinado, supervisable, alejado de sus víctimas, etc.

Aún los países que más sufren los efectos de la pandemia como Italia, España o Estados Unidos, con millones de contagiados y decenas de miles de muertos, ninguno ha abierto la puerta de sus cárceles otorgando indiscriminadamente la libertad a miles de presos, incluyendo -como en nuestro caso- condenados por graves delitos como homicidios, robos con

armas y abusos sexuales.

Cualquiera fuere la teoría de la pena elegida, absolutas o relativas, retributivas o preventivas, las penas se sustentan en la ley y se legitiman en su naturaleza social, entrelazando a todos los ciudadanos en la libertad, garantizada por el Estado, o en privaciones de la libertad racional y legalmente impuestas. En ello se constata la legitimidad y existencia del Estado de Derecho que las Naciones Unidas define como “un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”.

Si se dejan de lado a los actores propios del sistema judicial, si se soslayan las normas y se toman decisiones judiciales en función a situaciones e intereses ajenos al de cada caso en particular, la Argentina se convertiría en el “país al margen de la ley” que -sin dudas- deseamos evitar.

El COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES expresa que la República no está en cuarentena, las instituciones judiciales tampoco. No debe suspenderse la aplicación de las leyes en esta emergencia sanitaria por la que estamos atravesando. En estas situaciones excepcionales es cuando más las necesitamos.

El Directorio.

<http://colabogados.org.ar/posicion/declaracion.php?id=281>

7 de abril de 2020

EL CONGRESO DEBE Y PUEDE SESIONAR

La grave situación que transita el país en materia de salud pública, sin duda, requiere del inexcusable compromiso de cada habitante por observar el aislamiento social preventivo obligatorio dispuesto por las autoridades competentes.

Concomitantemente, el correlato institucional de esta circunstancia excepcional hace necesario enfatizar la exigencia del pleno funcionamiento del Congreso de la Nación.

Las importantes decisiones que correspondiere adoptar y que requieren del sustento de una ley, ameritan del debate transparente y plural, donde los legisladores del oficialismo y de la oposición puedan expresarse y asumir la responsabilidad que les compete a cada uno en función al mandato que les ha sido conferido por la ciudadanía que los eligió. Es imprescindible dotarlas de la legalidad y legitimidad constitutiva que, en cada caso, ponga a resguardo las garantías y derechos constitucionales que pudieren resultar involucrados.

No existe impedimento constitucional para que, en esta emergencia, mediante una modificación al Reglamento de ambas Cámaras se permita la posibilidad de realizar sesiones en forma virtual, tomando los resguardos de grabación de la sesión, transcripción por los taquígrafos, su publicidad mediante el canal del Congreso y demás recaudos de seguridad que fuesen necesarios. En este sentido, debe considerarse que, aún levantada la cuarentena, puede persistir la necesidad de proteger a la población de riesgo por edad u otras razones, dentro de la cual se pueden encontrar muchos legisladores, con lo cual la falta de funcionamiento del Congreso se podría extender por un considerable lapso de tiempo, lo que ratifica la necesidad de habilitar este mecanismo de funcionamiento.

Cuando a las autoridades de un Estado las anima una inquebrantable vocación institucional con genuino fundamento en la separación de poderes, no existe adversidad ni limitación funcional que pueda acallar la plenitud del Estado de Derecho.

Las Cámaras de Diputados y de Senadores de la Nación, deben sesionar.

La salud institucional de la República, también está en juego.

Buenos Aires, 7 de abril de 2020

El Directorio del COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

<http://colabogados.org.ar/posicion/declaracion.php?id=280>

6 de marzo de 2020

LA REFORMA JUBILATORIA DE LOS MAGISTRADOS REQUIERE SENSATEZ

Recientemente el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso de la Nación, una iniciativa legal que promueve la modificación del régimen jubilatorio del Poder Judicial de la Nación.

No se nos escapa que el crítico contexto económico financiero que transita la Nación demanda una especial atención respecto de éste y todos aquellos temas que implican la gestión de cuentas y recursos públicos que administra el Estado.

Sin embargo, la manera en que ha sido planteada la cuestión en el Congreso, sin dar lugar a un debate que resulte suficientemente ponderado, amplio y cuya nota distintiva no sea la perentoriedad, conduce a que gran parte de la sociedad presuma que tras esta reforma se esconda un fin subalterno, cual es el de estimular la jubilación de un enorme número de jueces y fiscales que permita su reemplazo por magistrados propuestos por el actual gobierno. Tal presunción se ve reforzada por el hecho de querer derogar además la disposición del régimen actual que permite convocar a jueces, fiscales y defensores jubilados para ocupar los cargos vacantes, en un contexto en que ya hoy existen una cantidad de cargos vacantes que, en el caso de los Fiscales, llega a casi el 40% de los cargos existentes.

En este sentido, consideramos que debió haber sido también escuchada la voz de los colegios profesionales, ya que la sola posibilidad de que una reforma cuyos alcances pueda determinar la renuncia de una importante cantidad de magistrados que busquen preservar sus derechos conforme al régimen actualmente vigente, habrá de ocasionar un grave deterioro funcional en la administración de justicia que afectará a justiciables y profesionales del derecho, contingencia que no puede ser soslayada en modo alguno y que debe ser evitada.

Si el objetivo de la referida ley es el de lograr la sustentabilidad económico financiera de éste régimen jubilatorio especial, erróneamente llamado de privilegio, cabría haber propiciado un marco de diálogo que robusteciera el análisis integral sobre la base de datos actuariales incuestionables. Desde las asociaciones que nuclean a los magistrados se han mostrado abiertos a revisar el actual régimen jubilatorio, con miras a disminuir o eliminar el déficit que actualmente genera en las cuentas públicas, por lo que desde el COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES consideramos que sus propuestas al efecto deben ser adecuadamente analizadas y cuantificadas con fundamentos objetivos, sin empecinarse en un determinado proyecto que puede provocar efectos colaterales de trascendencia institucional con afectación del acceso a la Justicia.

El Poder Judicial de la Nación, sin duda, tiene muchas cuestiones que mejorar y es menester trabajar en ellos, pero sin perder de vista que la estabilidad e independencia de los magistrados es una cuestión que reviste un carácter esencial que la sociedad debe procurar preservar de manera inexcusable, del mismo modo que la preservación del servicio de justicia . De ello depende la vigencia de las garantías y derechos de quienes habitamos esta Nación y la consideración internacional de nuestro país.

El Directorio

<http://colabogados.org.ar/posicion/declaracion.php?id=279>

21 de febrero de 2020

PROYECTO DE LEY QUE AFECTA GARANTÍAS ESENCIALES

A fines de enero de este año el Senado de la Nación dio curso al trámite parlamentario de un proyecto de ley impulsado por cinco senadoras del oficialismo, cuyo declarado objeto es el de instrumentar mecanismos de control de convencionalidad obligatorios para los casos de dictado de prisiones preventivas, circunscripto exclusivamente al campo de los delitos contra la administración pública (causas de corrupción) y de los delitos contra la seguridad en el transporte (básicamente, los derivados de la protesta social).

Entre otras cuestiones, el proyecto enumera nueve condiciones para solicitar la nulidad de las órdenes de detención, entre los que se destaca la “publicación de contenidos por parte de uno o más medios de comunicación masiva que pudieran haber afectado la percepción pública respecto del principio de inocencia sobre el afectado por la resolución”.

Asimismo, se expresa que podrán exigir la nulidad de las preventivas dictadas quienes consideren que hubo una “deficiente implementación de las garantías procesales que regulan la intervención de un testigo protegido o de un arrepentido”, y los que sospechen sobre “deficiencias en el respeto a las garantías del juez natural o por razones de intromisión en la asignación de competencias, de designaciones o direccionamiento en los sorteos de jueces”.

En los Fundamentos de la norma proyectada se sostiene que “...muchos referentes con amplia representación y legitimidad en nuestro país están sometidos a proceso, acusados de una gran variedad de figuras penales. Los procesos abiertos son suficientes para afectar la organización y la movilización de diferentes colectivos sociales...”

Sesgadamente se insinúa carácter conclusivo a una consulta realizada al Gobierno Nacional el 4 de noviembre de 2019 por el Relator Especial Sobre Independencia de Jueces y Abogados de las Naciones Unidas, fundada exclusivamente en una denuncia realizada por abogados de acusados en causas de corrupción, la que fue oportunamente respondida por la Argentina, dando adecuada respuesta a las inquietudes allí formuladas y desvirtuando los presuntos hechos denunciados.

El COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES expresa su preocupación por el grave tenor y contenido de la referida iniciativa legal.

Bajo la consigna de defender las garantías jurídicas del debido proceso, la defensa en juicio y de que el principio a aplicarse en cualquier proceso penal es la libertad del acusado, se vislumbra un desigual tratamiento privilegiado para funcionarios públicos, sindicalistas, y personas sospechadas comprometidas en hechos de corrupción.

Es así que al amparo de causales difusas, el proyecto parece centralizarse en la tutela de una nueva categoría de sujeto de derecho vulnerable. Tal el caso de los imputados por causas de corrupción contra la Administración Pública o determinados “referentes sociales”.

La publicación de información y/u opinión respecto de casos que hubieren ocasionado el dictado de una resolución judicial de prisión preventiva, es, según la norma proyectada, causal de nulidad. Circunstancia que resulta doblemente cuestionable ya que, por ejemplo, restringe al periodismo de investigación y, a su vez, habilita el ardid del informe mediático provocado para dar fundamento al pedido de una nulidad.

Asimismo, el proyecto significa una clara intromisión en la función jurisdiccional por cuanto, a priori, conlleva la afectación de las facultades investigativas del juez al determinar, según criterio del detenido, a qué datos o información puede asignar relevancia el magistrado.

Esta regulación implica cercenar la libertad de expresión de diferentes miembros de la sociedad.

Además del periodismo, también afecta el derecho de expresión de las entidades profesionales que ven compelido su derecho para referirse o cubrir casos en que investiguen judicialmente causas de corrupción contra la Administración Pública Nacional.

Las causales de nulidad de las prisiones preventivas propuestas en el proyecto son reprochables e insostenibles en derecho.

En definitiva, este desatinado proyecto se contrapone a una característica esencial de la forma republicana y representativa de gobierno cual es la de la transparencia y publicidad debida de los actos de gobierno, a cuyo efecto y como garantía principal, la sociedad dispone de la libertad de expresar sus ideas y de publicarlas, más aún, cuando se trata de procesos judiciales en los cuales se investigan la probable comisión de actos delictivos que pudieran haberse cometido en perjuicio de la Administración Pública.

El Directorio.

<http://www.colabogados.org.ar/posicion/declaracion.php?id=278>