



Derecho Público

AÑO I NÚMERO 2

Ficciones de contratos y empresas multinacionales

Hidrocarburos y soberanía energética

CIADI y TBIs (I)

Memoria, Verdad y Justicia

Mercosur

Responsabilidad del Estado (I)

Derecho al agua

Política migratoria y Derechos Humanos

Directores: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 2

Derecho Público

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA

JURÍDICO LEGAL

Dra. María Paula Pontoriero

.....

Revista Derecho Público
Año I - N° 2 - Septiembre 2012
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.
Directora: María Paula Pontoriero
Directores Editoriales: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Público y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución Gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Directores

Liliana Costante - Gustavo Szarangowicz

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Víctor Abramovich
Víctor Bazán
José Manuel Benvenutti
Matilde Bruera
Néstor Cafferatta
Rubén Calvo
Walter Carnota
Rodrigo Cuesta
Eduardo Emili
Aníbal Faccendini
Raúl Gustavo Ferreyra
Ana Figueroa
Eduardo González Arzac
Eduardo Jiménez
Eduardo Lapenta
Claudio Luis
Laura Monti
María Teresa Moya
Verónica Piccone
Beatriz Rajland
Patricio Sammartino
Eduardo Tavani
Guillermo Treacy
Juan Carlos Vega
Juan Wlasic

Editorial

Este segundo número de la Revista de Derecho Público —que habrá de proseguir y profundizar el impacto logrado por el primero, abriendo paso a un nuevo pensamiento jurídico comprometido con la transformación del modelo político, económico e institucional que viene construyendo la Nación Argentina— se configura como un aporte al proceso de examen crítico profundizado de nuestras instituciones jurídico-políticas y su inserción en las relaciones económicas.

Estamos atravesando un momento de grandes iniciativas en el plano de nuestra institucionalidad, que deben ser receptadas y debatidas en esta Revista de Derecho Público.

En efecto, desde diversos sectores se propicia el examen acerca de la oportunidad y necesidad de una reforma constitucional que no puede ni debe, de manera indispensable, quedar constreñido a enunciacições sobre el mandato y atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, sino abordar aquello que fue excluido u omitido en la Reforma Constitucional del año 1994; esto es, la parte preceptiva, dogmática, de la Constitución Nacional de 1853. En aquella Constitución histórica se institucionalizó un modelo de país pensado para el siglo XIX, donde la idea fuerza se expresaba como “gobernar es poblar”. Los desafíos del siglo XXI refieren a la integración de Latinoamérica y el Caribe, a la tutela efectiva de los recursos y riquezas naturales, a su uso racional y sustentable, y al diseño de un modelo que preserve las palancas de un desarrollo económico integrado y autónomo de los países centrales y que elimine las desigualdades en la distribución de los ingresos y la riqueza. Con esa amplitud de miras y propósitos, esta Revista de Derecho Público convoca a un debate amplio y abierto.

Ya se encuentra instalada la iniciativa de la unificación y reforma de los Códigos Civil y Comercial y de su legislación complementaria. Tal como se anunció por la Presidenta de la Nación en el acto de su presentación, se trata de un proyecto que, impulsado y revisado por el Poder Ejecutivo

Nacional, no se aprobará libro cerrado en el Congreso de la Nación, sino tras el profundo y merecido debate al que convoca tan magna iniciativa. Nuevamente las páginas de nuestra revista quedan abiertas para el examen, críticas y propuestas que se aporten, pensando, centralmente, en el modelo de país al que habrá de prestar servicio esta normativa.

En el mismo acto, la Presidenta de la Nación anunció la creación de otra Comisión, encabezada por el prestigioso jurista Dr. Eugenio R. Zaffaroni, que tendrá a su cargo examinar la unificación y sistematización de toda la legislación penal, reponiendo un Código Penal con unidad conceptual y semántica y, por sobre todo, racionalidad republicana y resocializadora en el modelo de sanción y reparación de las conductas socialmente disvaliosas.

Como se advierte, una renovación normativa que recorre todos los espacios de nuestra institucionalidad y que tendrá que hacerse cargo de causas y efectos de la crisis globalizada del modelo hegemónico, tomando el desafío del diseño de nuevos modelos y paradigmas en lo económico y social, en el marco de la Patria Grande. La experiencia de la Reforma Constitucional de 1949 y del nuevo constitucionalismo latinoamericano seguramente habrán de estar presentes en dicha actualización normativa.

Queda así plasmada la bienvenida a este segundo número de la Revista de Derecho Público, cuyo índice temático exhibe la riqueza de abordajes aportados por los distintos ensayos y autores, a quienes agradecemos su esfuerzo y dedicación, y los dejamos nuevamente convocados al tratamiento de los desafíos del siglo XXI y de las herramientas jurídicas que, desde la perspectiva del derecho público, requiere la remoción de las causas y efectos de la crisis del modelo hegemónico.

Los directores

Indice General

Doctrina

p. I

Algunas reflexiones sobre los mecanismos de exacción de la renta impositiva nacional
por ARÍSTIDES H. M. CORTI p. 3

Constitución y petróleo
por ALBERTO GONZÁLEZ ARZAC p. 23

Regulación económica y política hidrocarburífera a la luz de la ley 26.741
por FEDERICO G. THEA.....p. 33

Soberanía nacional vs. CIADI: ¿Estados o mercados?
por LILIANA B. COSTANTE p. 59

Delitos de lesa humanidad y prisión preventiva
por LEONEL TOLEDO y GUSTAVO SZARANGOWICZ p. 105

Verdad, justicia y derechos fundamentales. Hacia una amalgama de las fuentes
por EDUARDO P. JIMÉNEZp. 123

Neogolpismo y golpe de Estado en Paraguay
por BEINUSZ SZMUKLERp. 165

Los derechos humanos en el marco del proceso de integración regional en el Cono Sur
por VÍCTOR ABRAMOVICHp. 185

Una mirada regional para el ejercicio de los derechos individuales desde la perspectiva
del Mercosur y sus Estados asociados

por JUAN JOSÉ CERDEIRA p. 207

INDICE GENERAL

Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado constitucional social de derecho:
características y nuevas precisiones sobre la “relación de causalidad”

por PATRICIO MARCELO SAMMARTINO p. 227

El derecho humano al agua potable y el saneamiento. Su recepción constitucional en
la región y su vinculación con la protección de las inversiones extranjeras

por JAVIER ECHAIDE.....p. 271

El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley migratoria argentina
por BARBARA HINESp. 307

Derechos humanos de los migrantes en Argentina: Apuntes sobre nuevas perspectivas
jurisprudenciales

por DIEGO R. MORALES.....p. 343

Fuentes citadas p. 357

Índice temático p. 365

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

Doctrina

Algunas reflexiones sobre los mecanismos de exacción de la renta impositiva nacional

A propósito de las ficciones de contratos al interior de los conjuntos económicos

por ARÍSTIDES H. M. CORTI⁽¹⁾

El rol hegemónico de las empresas multinacionales les ha permitido delinear e imponer una planificación global (neocolonialismo), pseudo-judicial (CIADI) y fiscal nocivas, en la que se destacan —respecto de esta última— dos instrumentos centrales diseñados en su beneficio (y correlativo perjudici-

(1) CORTI, ARÍSTIDES, H. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA) en 1962, desde la función pública corredactó dictámenes, artículos y otros documentos que precedieron a fallos rectores del juez Lozada y de la CSJN de 1973 (casos "Swift-Deltec", "Parke Davis", "Mellor Goodwin", "Montarce") liderada por el juez Masnatta, de la que fue secretario letrado hasta que, como secretario de la misma, fue removido el 02/04/1976 por decreto 19 de la dictadura cívico-militar. Dichos trabajos y fallos conformaron la obra conjunta con Virgilio J. L. Martínez de Sucre, Multinacionales y Derecho. Ejerció la docencia en dicha Facultad en el primer cuatrimestre de 1974 hasta su intervención y retornó en 1987 como titular regular por concurso de finanzas públicas y derecho tributario hasta su designación como consulto. Actualmente dicta clases de posgrado en dicha facultad y en universidades nacionales públicas y privadas del interior del país. Fue director del Instituto de Derecho Público Económico del CPACF y vicepresidente 1º de su consejo directivo con la primera gestión del Dr. Bacqué, presidente de la Comisión de Derecho Financiero de la AABA y vicepresidente 1º de esta última, presidente del Centro Argentino de Estudios Tributarios y del Centro de Estudios Tributarios para América Latina, integró el consejo de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y del primer Consejo de la Magistratura de la CABA designado por su Legislatura. Es autor/

cio de los intereses nacionales de nuestros países): los paraísos fiscales y las ficciones de contratos entre empresas integrantes de un mismo conjunto económico (matrices, filiales, sucursales, económicamente vinculadas)⁽²⁾. En lo que respecta a los paraísos fiscales, la legislación impositiva argentina contiene algunas normas dirigidas a desbaratar su utilización. Así, por ejemplo, en el impuesto a las ganancias, el art. 8, 4 párr., de la ley 20.628 (t.o. 1997 y sus modif.), prescribe en materia de operaciones de exportación e importación que: “(...) no se considerarán ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, las operaciones (...) que se realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación, supuesto en el que deberán aplicarse las normas del (...) artículo 15”. Y éste, en su 3 párr., establece que: “A los fines de la determinación de los precios de (dichas) transacciones serán utilizados los métodos que resulten más apropiados de acuerdo con el tipo de transacción realizada”. A su vez, cabe señalar que el 2 párr. del precitado art. 15 dispone que se entenderá

.....
coautor/colaborador de obras de derecho público y tiene publicados artículos en La Ley, El Derecho, Jurisprudencia Argentina, Impuestos, PET, La Información, Erepar–Doctrina Tributaria, Realidad Económica (IADE), Abogados (CPACF), Plenario (AABA), La Causa Laboral (AAL), Síntesis Forense (CASI), El Asesor Cooperativo, Acción, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Vendetta (NBI), Página 12, Tiempo Argentino, Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA, de la que integra su comité editorial, Infojus y otras. Integra y participa en ONGs comprometidas con los DDHH y la soberanía nacional. Desde 2006, es miembro titular del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público Federal designado por el Senado de la Nación y en 2011, Director de la Comisión del Digesto Jurídico Argentino.

(2) “(...) basta con señalar que de las 500 empresas más grandes del país la participación de las de origen extranjero crece ininterrumpidamente en la década del '90, pasando de 44% en 1993 a un 68% en 2002, estabilizándose en el 67% para el promedio 2003-2010. Más significativo resulta que, en promedio, las ganancias de las empresas extranjeras son cuatro veces la de las locales, y que las utilidades y dividendos que sacaron del país en 2011 alcanzaron los 8.500 millones de dólares (...). HARRACÁ, MARTÍN, “¿Crisis internacional o errores internos”, nota publicada en Página 12, 02/07/12. Nótese que de gravarse con impuesto a las ganancias las utilidades y dividendos distribuidos a sus socios y accionistas con origen en sociedades de capital, actualmente exentos, si se aplicase la alícuota del 35% hubiese resultado en el año 2011 y sólo respecto de las empresas extranjeras radicadas en el país u\$s2.975 M, representativos —al tipo de cambio \$4,55— de una recaudación de \$13.536 M; y de haberse aplicado la alícuota del 15% —vigente en otras épocas de la experiencia histórica argentina— u\$s1.275 M, equivalentes a \$5.801 M; a los que deberían sumarse, en ambos casos, las utilidades y dividendos distribuidos a los socios y accionistas de empresas nacionales. Desde ya que se trata de un cálculo a trazo grueso en tanto que en el caso de socios y accionistas residentes en el exterior la alícuota estaría limitada por los tratados celebrados por Argentina a fin de distribuir la renta imponible entre sus partes firmantes. Recientemente, Argentina ha denunciado los tratados con Austria, Suiza, Chile y España, con el objeto de desmontar mecanismos evasivos estipulados en los mismos. KANENGUISER, MARTÍN, Anulan un tratado fiscal con España, nota publicada en Economía & Negocios, diario La Nación, 14/07/12, p. 3.

por personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países de baja o nula tributación únicamente las que “(...) de manera taxativa indique la reglamentación”. Por su parte, el art. 18.1 de la ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modif.) reza que: “Cuando se trate de ingresos de fondos provenientes de países de baja o nula tributación —a que alude el art. 15 de la ley de impuesto a las ganancias (en 1997 y sus mod.)— cualquiera sea su naturaleza, concepto o tipo de operación de que se trate, se considerará que tales fondos constituyen incrementos no justificados para el tomador o receptor local”.

En tales condiciones, el decreto 1344/98 y sus modificaciones (reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias) enumera de manera taxativa, en su art. 21.7, a los siguientes “países de baja o nula tributación, incluidos, en su caso, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes tributarios especiales (...):

- | | |
|--|--|
| 1. ANGUILA (Territorio no autónomo del Reino Unido) | 13. EL COMMONWEALTH DE DOMINICA (Estado Asociado) |
| 2. ANTIGUA Y BARBUDA (Estado independiente) | 14. EMIRATOS ÁRABES UNIDOS (Estado independiente) |
| 3. ANTILLAS HOLANDESAS (Territorio de Países Bajos) | 15. ESTADO DE BAHREIN (Estado independiente) |
| 4. ARUBA (Territorio de Países Bajos) | 16. ESTADO ASOCIADO DE GRANADA (Estado independiente) |
| 5. ASCENCIÓN | 17. ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO (Estado asociado a los EEUU) |
| 6. COMUNIDAD DE LAS BAHAMAS (Estado independiente) | 18. ESTADO DE KUWAIT (Estado independiente) |
| 7. BARBADOS (Estado independiente) | 19. ESTADO DE QATAR (Estado independiente) |
| 8. BELICE (Estado independiente) | 20. FEDERACIÓN DE SAN CRISTOBAL (Isla Saint Kitts & Nevis: Independientes) |
| 9. BERMUDAS (Territorio no autónomo del Reino Unido) | 21. Régimen aplicable a las Sociedades Holding (Ley del 31 de julio de 1929) del Gran Ducado de Luxemburgo |
| 10. BRUNEI DARUSSALAM (Estado independiente) | |
| 11. CAMPIONE D'ITALIA | |
| 12. COLONIA DE GIBRALTAR | |

22. GROENLANDIA
23. GUAM (Territorio no autónomo de los EEUU)
24. HONK KONG (Territorio de China)
25. ISLAS AZORES
26. ISLAS DEL CANAL (Guernesey, Jersey, Alderney, Isla de Great Stark, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou Lihou)
27. ISLAS CAIMÁN (Territorio no autónomo del Reino Unido)
28. ISLA CHRISTMAS
29. ISLA DE COCOS O KEELING
30. ISLAS DE COOK (Territorio autónomo asociado a Nueva Zelanda)
31. ISLA DE MAN (Territorio del Reino Unido)
32. ISLA DE NORFOLK
33. ISLAS TURKAS E ISLAS CAICOS (Territorio no autónomo del Reino Unido)
34. ISLAS PACÍFICO
35. ISLAS SALOMÓN
36. ISLA DE SAN PEDRO Y MIGUELÓN
37. ISLA QESHM
38. ISLAS VÍRGENES BRITÁNICAS (Territorio no autónomo del Reino Unido)
39. ISLAS VÍRGENES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
40. KIRIBATI
41. LABUAN
42. MACAO
43. MADEIRA (Territorio de Portugal)
44. MONTSERRAT (Territorio no autónomo del Reino Unido)
45. Excluido por Dec. PEN n° 115/2003.
46. NIUE
47. PATAU
48. PITCAIRN
49. POLINESIA FRANCESA (Territorio de Ultramar de Francia)
50. PRINCIPADO DEL VALLE DE ANDORRA
51. PRINCIPADO DE LIECHTENSTEIN (Estado independiente)
52. PRINCIPADO DE MÓNACO
53. RÉGIMEN APLICABLE A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS FINANCIERAS (regidas por la ley 11.073 del 24 de junio de 1948 de la República Oriental del Uruguay)
54. REINO DE TONGA (Estado independiente)
55. REINO HACHEMITA DE JORDANIA
56. REINO DE SWAZILANDIA (Estado independiente)
57. REPÚBLICA DE ALBANIA
58. REPÚBLICA DE ANGOLA
59. REPÚBLICA DE CABO VERDE (Estado independiente)
60. REPÚBLICA DE CHIPRE (Estado independiente)
61. REPÚBLICA DE DJIBUTI (Estado independiente)

- | | |
|--|--|
| 62. REPÚBLICA COOPERATIVA DE GUAYANA (Estado independiente) | 74. REPÚBLICA DEL YEMEN |
| 63. REPÚBLICA DE PANAMA (Estado independiente) | 75. REPÚBLICA DE MALTA (Estado independiente) |
| 64. REPÚBLICA DE TRINIDAD Y TOBAGO | 76. SANTA ELENA |
| 65. REPÚBLICA DE LIBERIA (Estado independiente) | 77. SANTA LUCÍA |
| 66. REPÚBLICA DE SEYCHELLES (Estado independiente) | 78. SAN VICENTE Y LAS GRANADINAS (Estado independiente) |
| 67. REPÚBLICA DE MAURICIO | 79. SAMOA AMERICANA (Territorio no autónomo de los EEUU) |
| 68. REPÚBLICA TUNECINA | 80. SAMOA OCCIDENTAL |
| 69. REPÚBLICA DE MALDIVAS (Estado independiente) | 81. SERENÍSIMA REPÚBLICA DE SAN MARINO (Estado independiente) |
| 70. REPÚBLICA DE LAS ISLAS MARS-HALL (Estado independiente) | 82. SULTANATO DE OMÁN |
| 71. REPÚBLICA DE NAURU (Estado independiente) | 83. ARCHIPIÉLAGO DE SVALBARD |
| 72. REPÚBLICA DEMOCRÁTICA SOCIALISTA DE SRI LANKA (Estado independiente) | 84. TUVALU |
| 73. REPÚBLICA DE VANUATU | 85. TRISTAN DA CUNHA |
| | 86. TRIESTE (Italia) |
| | 87. TOKELAU |
| | 88. ZONA LIBRE DE OSTRAVA (ciudad de la antigua Checoeslovaquia)". |

De la nómina antedicha, se destacan los paraísos fiscales bajo la jurisdicción política de EEUU e Inglaterra. En el primer caso, v.g. los paraísos fiscales bajo los números 17 (Estado Libre Asociado de Puerto Rico), 23 (Guam), 39 (sus Islas Vírgenes) y 79 (Samoa Americana) y en el segundo caso, es decir, del Reino Unido, v.g. los paraísos fiscales números 1 (Anguila), 9 (Bermudas), 26 (Islas del Canal de la Mancha-Guernesey, Jersey), 27 (Isla Caimán), 31 (Isla de Man), 33 (Isla Turkas e Islas Caicos), 38 (sus Islas Vírgenes), 44 (Montserrat). Es de señalar también que en los mencionados paraísos fiscales, las empresas radicadas son: Islas Vírgenes Británicas (619.916 empresas), Islas Caimán (72.000 empresas), Isla de Man (35.821

empresas), Jersey (33.936 empresas), Bermudas (17.718 empresas), Guernsey (17.170 empresas), Anguila (7400 empresas); datos de 2004⁽³⁾⁽⁴⁾.

.....

(3) CHAVAGNEUX, CHRISTIAN y PALAN, RONEN, *Los Paraísos Fiscales*, España, El Viejo Topo, 2007, p. 73. Este autor menciona paraísos fiscales que no figuran en el decreto 1344/98 argentino: Chipre, Gibraltar (también usurpada a España por los británicos) y Singapur. Como bien señalan dichos autores (*op. cit.*, p. 125): "el primer obstáculo (para accionar contra los paraísos fiscales) es estatal: las grandes instituciones internacionales tienen dificultades para movilizarse durante mucho tiempo contra los paraísos fiscales, pues muchos de sus miembros, desde Suiza a Irlanda, pasando por el Reino Unido, también lo son, y hasta ahora siempre han conseguido organizar una resistencia eficaz. El segundo obstáculo atañe a la complejidad de los intereses privados que están en juego y al poder disuasorio del mundo de las finanzas, los seguros, las auditorías, etc., partidarios con grandes medios de su causa. El último obstáculo se debe a que las finanzas off shore no se basan solamente en la suma de territorios identificados como paraísos fiscales, sino que se han convertido en una de las columnas vertebrales de la economía mundial por el hecho de haber desarrollado una práctica particular del principio de la soberanía política. El archipiélago de territorios que forman colectivamente los paraísos fiscales representan efectivamente una plataforma de espacios de soberanía que ofrece lugares sub-gravados y sub-regulados que reducen los 'costes de transacción' de la mundialización". Acerca de los paraísos fiscales, ver también, ARRABAL, PABLO, *Comercio internacional y paraísos fiscales*, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1992, y NUN, JOSÉ, "Guardias fiscales. Mal de época", pp. 103/108, del libro "La desigualdad y los impuestos (I). Introducción para no especialistas", Claves para todos, Capital Intelectual, 2011, en el que señala que "Casi el 60% de las 72 guardias hoy conocidas se hallan en el Reino Unido o han estado vinculado a él". Ver, asimismo, PÉREZ ARRAIZ, JAVIER, "El fraude de ley en el derecho tributario", Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 118/122, acerca de las sociedades base o pantalla situadas en paraísos fiscales.

Acerca de los paraísos fiscales señala Víctor Ego Ducrot ("El color del dinero", Ed. Norma, Buenos Aires, 1999, y Tiempo Argentino, 25/07/12, pág. 19) que los mismos "fueron inventos de la primera acumulación colonial de 'su Majestad'(británica) en particular con los fondos del opio comerciado desde China y con justificación teórica nada menos que en los textos de Adam Smith, por cierto un eficaz empleado contador de la Compañía de Indias Orientales". A su vez, en un reciente estudio de la organización británica Tax Justice Network (TJN, en español Red de Justicia Fiscal), publicado en el diario británico The Observer el 22/07/12 (cfr. también Tiempo Argentino, 24/07/12, pág. 3, y Víctor Ego Ducrot, segundo de los trabajos citados) dio cuenta que "los hombres de negocios argentinos tienen u\$s 399 mil millones en paraísos fiscales" (esta cantidad representa aproximadamente 5 veces la actual deuda pública externa de Argentina y 2.82 veces la actual deuda tanto pública como privada. Señala también el informe que las sumas depositadas en paraísos fiscales ascienden al menos a u\$s 21 billones, que no incluyen propiedades, yates y otros bienes físicos, así como que se trata de una cifra evaluada como "conservadora" dado que podría ascender a los u\$s 32 billones. La publicación también da cuenta que "el titular de la TJN, John Christensen, señaló a la BBC que la responsabilidad de la conducta fiscal de las élites latinoamericanas debe atribuirse a los bancos, principalmente de los Estados Unidos, quienes desarrollaron fuertes campañas para conseguir que envíen sus recursos al exterior". Finalmente, el economista James Henry, experto en paraísos fiscales y ex jefe de la consultora Mc Kinsey, de Londres, quien elaboró el informe de mención, destacó que sus conclusiones muestran que "los países considerados deudores son en realidad países ricos pero el problema es que está riqueza está off shore, en mano de sus élites y sus banqueros privados".

(4) En la nómina del decreto reglamentario no se incluye el Estado de Delaware (Estados Unidos), que tiene más empresas que habitantes: 850.000 contra 800.000. Así lo afirma

A su vez, a los fines de la determinación de los precios de las transacciones con personas domiciliadas, constituidas o ubicadas en paraísos fiscales no regirá el secreto fiscal instituido por el art. 101 de la precitada ley 11.683 “respecto de la información referida a terceros que resulte necesaria para la determinación de dichos precios, cuando la misma deba oponerse como prueba en causas que tramiten en sede administrativa o judicial”.

Ahora bien, el objeto de la presente contribución no es centrarnos en los paraísos, refugios o guardias fiscales ni referirnos especialmente a las correctas (en tanto protegen la renta nacional) normas regulatorias de las exportaciones e importaciones contenidas en el Código Aduanero y en el art. 8 de la ley de impuesto a las ganancias, sino en un instrumento de magna significación en las conductas evasivas de las empresas multinacionales que efectúan sus inversiones extranjeras directas (IED) en los países receptores de las mismas utilizando ficciones o apariencias de contratos de transferencia de tecnología, de préstamo, de venta de bienes de capital, materias primas, etc., que encubren inversiones en activos intangibles, monetarios y otros bienes a los efectos de generar supuestos gastos en concepto de regalías, intereses u otros precios, con el objeto de deducirlos de la renta imponible sujeta al impuesto a las ganancias del país receptor, al par que generar indebidas amortizaciones de bienes que ya se encontraban amortizados en la casa matriz u otra afiliada al conjunto económico transnacional.

Al respecto parece conveniente transcribir a Chavagneux y Palan cuando señalan que: “Según un sondeo realizado a partir de una amplia muestra de 476 multinacionales establecidas en 22 países por el gabinete de estudios Ernst & Young a finales del 2005, la cuestión de los precios de transferencia se considera como la más importante desde el punto de vista de la estrategia fiscal; el 77% de las empresas indican que esta cuestión está en el centro de su estrategia para el 2006-2007; el 68% de las multinacionales (43% en el año 2000) declaraban integrar en adelante la estrategia fiscal de

Federico Trofelli (*Tiempo Argentino*, 24/10/2010), quien señala que “Eso equivale a decir que cada persona, incluidos los niños, tendrían más de una empresa, siempre y cuando todas fueran estadounidenses. Pero no es el caso, porque en Delaware supieron construir un paraíso para cualquier empresa del mundo que quiera ocultar la identidad de sus propietarios y sus movimientos de dinero como el mejor de los secretos. Los beneficios que exhiben son amplios: las sociedades que se instalen allí quedan exentas del pago de impuestos y no tienen que rendir cuentas sobre el origen de los fondos”.

los precios de transferencia desde la fase inicial de la concepción de sus productos. El porcentaje asciende al 80% (frente al 40% del año 2000) en el caso de las empresas norteamericanas”⁽⁵⁾.

La experiencia administrativa y judicial argentina fue excelente hasta su desmantelamiento por la última dictadura cívico-militar. En efecto, la conciencia jurídica de los argentinos se vio enriquecida en los años 1973/76 (presidencia Cámpora/Perón) con cinco fallos ejemplares de la CSJN, dictados en los casos: “Parke Davis y Cía. de Argentina, S. A. I. C.” (31/07/1973, Fallos 286:97), “Compañía Swift de La Plata S. A. Frigorífica”, (4/09/1973, Fallos 286:257), “Mellor Goodwin S. A. C. I. y F” (18/10/1973, Fallos 287:79), “Rheinstahl Hanomag Cura S. A.” (17/12/1973, Fallos 287:450, considerando 6º), y “Ford Motor Argentina, S. A.” (02/05/1974, Fallos 288:333), suscriptos por los jueces Miguel Ángel Bercaitz, Agustín Díaz Bialet, Manuel Arauz Castex, Ernesto E. Corvalán Nanclares y Héctor Masnatta⁽⁶⁾.

(5) CHAVAGNEUX, CHRISTIAN y PALAN, RONEN, *Los Paraísos Fiscales*, op.cit., p. 75.

(6) Para un análisis de dichos fallos y los principios que los rigen, ver de Virgilio José Luis Martínez de Sucre y Arístides Horacio M. Corti, “Algo más sobre los casos Swift y Parke Davis”, en E.D., t. 45, p. 861; “El empobrecimiento, condición de existencia del derecho a repetir”, E.D., t. 47, p. 887; “Parke Davis. Caso rector”, E.D., t. 49, p. 487; “Mellor Goodwin. Una sentencia ejemplar”, E.D., t. 41, p. 341; “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la ruptura de soluciones simétricas en materia de fuente”, Rev. La Ley, t. 154, p. 745; “Acerca de la ley de regularización impositiva y la doctrina Parke Davis” en Impuestos, t. XXXI, p. 1185 y Boletín DGI, Nº 239; “El ámbito fiscal en una política de liberación”. rev. Realidad Económica, núm. 16, p. 72. De Martínez de Sucre: “Compendio, afirmación y extensión de principios aplicados por la Corte Suprema”, La Ley, t. 155, p. 163; “De las sucursales, filiales y demás sujetos bajo relación de sujeción en la ley de impuesto a las ganancias”, Impuestos, t. XXXII, p. 667 y “Conjuntos económicos. IVA y doctrinas Parke Davis y Mellor Goodwin”, Impuestos, t. XXXIII, p. 725. Cfr. también, de Martínez de Sucre y Corti: “Multinacionales y Derecho”, Ediciones de la Flor, Colección Cuestionario, 1976. Ídem, Tulio Raúl Rosembuj, “El hecho de contribuir”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales”, 1975, págs. 9/32 (“Algunas consideraciones sobre la teoría del órgano”) y 33/49 (“Sobre el fondo real de la persona jurídica”); y Salvador María Lozada, “Dependencia y empresas multinacionales”, Eudeba, págs. 42/52, capítulo V, titulado “Evasión impositiva y fuga de ganancias y dividendos”; “Las empresas multinacionales ante el derecho público” en la obra colectiva “Empresas multinacionales” (Sampay/Vilas/Cohen/Masnatta/Bacigalupo/Lozada), Biblioteca del Instituto Argentino para el Desarrollo Económico–IADE-, Cuenca Ediciones, 1973, págs. 241/262; y también “Instituciones de derecho público”, segunda edición, Ed. El Coloquio, 1976, págs. 651/658 (“Empresas multinacionales y transferencia tecnológica. El caso Parke Davis”) y págs. 659 y ss. (“Evasión impositiva de las empresas multinacionales. Un fallo ejemplar de la Suprema Corte en opinión del IADE”, entidad por entonces presidida por el Dr. Arturo E. Sampay), señalando que “Sin desconocer precisos conceptos jurídicos, la Corte ha hecho prevalecer la realidad socio-económica y el sentido común, que obviamente no puede admitir válidamente que una misma estructura empresarial pueda venderse, comprarse o arrendarse a sí misma”.

En dichos precedentes, la CSJN descorrió el velo de la apariencia y aprehendió la realidad de la IED de los conjuntos económicos transnacionales y sus relaciones intraorgánicas, definiendo un verdadero estatuto jurídico en la materia: a) sea por aplicación de la teoría de la penetración en la forma de la persona colectiva, del órgano o de la realidad jurídica o económica, la sola existencia comprobada del fenómeno de la concentración de empresas, que constituye su base material, impone la consideración del fondo real de las personas jurídicas y la estimación sustantiva de las relaciones que auténticamente las vinculan; b) para la configuración de contrato debe mediar diversidad de partes, posibilidad de deliberación y diferenciación de intereses, por lo que acreditada la relación de sujeción, vinculación o conjunto económico, pierden eficacia todas las apariencias contractuales con que se han encubierto las prestaciones; c) en hipótesis de conjunto económico o situaciones equivalentes, las prestaciones y contraprestaciones entre las entidades que lo componen deben ajustarse a los principios del aporte y de la utilidad, de suerte que los primeros (los aportes) tienen que computarse, en el balance de la subsidiaria o filial local, al valor de libros en cabeza de la matriz o controlante —costo de adquisición o fabricación, menos amortizaciones en su caso, más gastos de transporte y seguro hasta la República—; d) tratándose de sociedades comerciales que funcionan al mismo tiempo en varios países, unidas por un lazo vertical de control, las distintas fracciones del mismo se encuentran sometidas a las diferentes leyes y jurisdicciones nacionales del lugar de su radicación, principio éste que, en la República, viene consagrado por el actual art. 116 de la Constitución Nacional (ex art. 110) y art. 14 del Código Civil, textos éstos que reafirman la prevalencia del derecho público nacional, máxime cuando median relaciones jurídicas en las que se encuentra interesado el orden público e interés institucional de la Nación Argentina; e) es inherente a la existencia del conjunto económico la comunicación de responsabilidad (solidaridad) entre las entidades integrantes del mismo; f) admisión de la aplicación positiva de la teoría del conjunto económico o de sus equivalentes (de la penetración en la forma de la persona colectiva, del realismo jurídico o económico y otras), ya que ese renovado instrumental jurídico de manera alguna importa consagrar institutos que funcionen unilateralmente en favor exclusivo de uno solo de los sujetos de la relación tributaria; y g) resulta condición ética de procedibilidad de las acciones judiciales la ponderación total de la conducta del reclamante, extremo que resulta imprescindible para descartar todo reproche o inco-

rrección que descalificaría la rectitud o buena fe que son exigibles en el ejercicio de los derechos y acciones en justicia.

Está claro que muchas de dichas líneas jurídicas directrices de una renovada conciencia jurídica nacional no eran novedosas sino que habían recibido recepción de los tribunales y de la propia CSJN en composiciones anteriores al período 1973/76, e incluso en el Código Civil de Vélez⁽⁷⁾; lo relevante en los cinco fallos señalados fue su recepción orgánica, en el marco de la comprensión cabal de las realidades y problemas argentinos.

Si la CSJN fue entonces la avanzada, el Congreso Nacional acompañó y lo hizo eficazmente, y así también fue como las principales leyes económicas e impositivas dictadas en el período (20.628 de impuesto a las ganancias, 20.557 de inversiones extranjeras y 20.794 sobre transferencia de tecnología) recogieron prolíjamente en sus textos normativos dicha doctrina judicial, descalificando las formas contractuales entre entidades integrantes de un mismo conjunto económico, a la par que gobernando explícitamente sus prestaciones y contraprestaciones por los principios del aporte y la utilidad.

En resumidas cuentas, la Argentina había logrado elaborar un genuino estatuto legal, protector de su orden público económico, bien que sin mengua de la hospitalidad receptora de todos los hombres y capitales del mundo en el ejercicio y procura del esfuerzo y disfrute legítimo y honesto de las ventajas del suelo patrio.

Parecía que cualquier argentino no podía sino sentir reafirmada su conciencia jurídica nacional y ética frente al reseñado estado de cosas.

Sin embargo, el desmantelamiento no se hizo esperar. En efecto, apenas derrocado el gobierno constitucional, la usurpación alcanzó a la CSJN,

(7) En el primero de los trabajos, citados en nota 5, que data de 1972, se mencionan dos fallos de la CSJN, obviamente de composiciones anteriores a 1973/76 que habían aplicado teoría de la penetración en la forma de la persona colectiva y otro de la CSJN de 1879 dando primacía a la realidad de las cosas sobre la denominación, así como adecuadas citas del código de Vélez en igual sentido. La CSJN fundó "Mellor Goodwin", en punto al empobrecimiento, como condición para repetir, en un viejo fallo de la CSJN de 1862. Los intereses contrapuestos como requisito del contrato, en "Parke Davis", la CSJN lo funda también en el Código Civil de Vélez. La doctrina ético-jurídica de los propios actos encuentra recepción en la CSJN, ya durante el siglo XIX (1869, Fallos, t. 7, p. 139)

producíendose también —habida cuenta la sujeción del gobierno usurpador al modelo neoliberal dependiente— la remoción de las ideas que habían hecho pie en las doctrinas, fallos y leyes mentados supra.

Así, el 13 de agosto de 1976, se dictó una nueva “ley” de inversiones extranjeras (21.382), cuyo art. 20 receptó la doctrina transnacional de los precios de transferencia, es decir, los “contratos” entre empresas económicamente vinculadas, de suerte que a partir de entonces una máquina amortizada (valor de libros uno) en la casa matriz extranjera podía ser contabilizada en la filial local al valor de mercado entre partes independientes.

El 21/09/1976 los jueces de facto de la CSJN dejaron sin efecto, en la quiebra de “Swift-Deltec” (Fallos 295:906), su extensión al Ingenio La Esperanza, una de sus comprobadas filiales locales, con desconocimiento de la representación recíproca existente entre las diferentes entidades integrativas de un conjunto económico⁽⁸⁾.

El 17 de diciembre de 1976, se modificó el art. 14 de la ley del impuesto a las ganancias, mediante la llamada ley 21.481, desalojando la doctrina “Parke Davis” consagrada por el parlamento democrático y sustituyéndola también por la doctrina de los precios de transferencia. A partir de entonces, dejaban de regir en dicho impuesto los principios del aporte y la utilidad, de modo que las relaciones intraorgánicas (al interior de los conjuntos económicos) desde ese momento, se autorizaba formalizarlas mediante “contratos de transferencia de tecnología”, “contratos de préstamo”, “contratos de venta de maquinarias o materias primas”, con lo cual aportes de activos intangibles, monetarios o bienes de uso o de cambio venían a brindar sustento —con privilegio de la apariencia sobre la realidad— al incremento de costos y gastos de las filiales/sucursales, con correlativa reducción de las utilidades imponibles de estas últimas, posibilitando su remesa al exterior rotuladas como “regalías”, “honorarios por asesoramiento técnico”, “intereses” u otros “precios”, encubriendo su verdadera naturaleza jurídica y económica de remesa de utilidades.

(8) Para una fundada crítica de dicho precedente de la CSJN del último gobierno de facto, ver LOZADA, SALVADOR M., *El Derecho y la vinculación económica. De nuevo Deltec*, La Información, t. XXXIV, p. 673.

El 12 de agosto de 1977, se sanciona una nueva "ley" de transferencia de tecnología, la 21.617, que derogó la anterior 20.794, sancionada por el Congreso, y receptó igualmente la doctrina de los precios de transferencia, es decir, los "contratos" entre matrices y filiales.

El 17/05/1977, la CSJN dictó el fallo "P. A. S. A." (Fallos 297:500), o lo que es igual el "anti Mellor Goodwin", de suerte que, a partir de entonces las empresas líderes (principales formadoras de precios) no tuvieron obstáculos para resarcirse dos veces de los impuestos pagados sin causa, una vez del mercado y una segunda del Fisco⁽⁹⁾.

Sin esperar este último fallo, varios meses antes, el 14 de diciembre de 1976, la ex Secretaría de Estado de Hacienda (a cargo de Juan Alemann) había instruido a la Dirección General Impositiva (DGI) a no ajustarse a los parámetros ético-jurídicos de la doctrina "Mellor Goodwin" con el baladí fundamento de que el recupero del impuesto a través del mecanismo de los precios y el mercado remite a una "situación irrelevante" y que "el Fisco carece de título ético y jurídico para apropiarse de los pagos sin causa", aun resarcidos a través de aquel mecanismo. Aparentemente, la DGI se resistió a la directiva, pero reforzada ésta por el "anti Mellor Goodwin" de la CSJN de facto, pocos días después la acató (Instrucción N° 187 del 05/07/1977, de su Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos).

(9) El fallo "P.A.S.A." fue motivo de nuestro análisis crítico en "Algunas reflexiones sobre el 'anti Mellor Goodwin', La revisión de una sentencia ejemplar", en *La Información*, t. XXXVI, p. 7. Allí hicimos mérito de que el precedente "Mellor Goodwin" distaba de ser una doctrina inaugurada por la Corte 1973/6, como afirmó erróneamente un editorial del diario *La Prensa* del 21/06/1975, ya que continuaba una línea jurisprudencial iniciada por la CSJN en 1865 (Fallos, t. 3, p. 131) y continuada en 1933 (Fallos 168:226; 1967); 1977 (Fallos 267:247) y 1972 (Fallos 283:360, en disidencia). La doctrina recobró vigencia para impuestos nacionales al consumo con la ley 25.795 (2003) que incluyó como último párrafo del art. 81 de la ley 11.683, el siguiente: "Los impuestos sólo podrán ser repetidos por los contribuyentes de derecho cuando éstos acrediten que no han trasladado tal impuesto al precio, o bien cuando habiéndolo trasladado acrediten su devolución en la forma y condiciones que establezca la AFIP". Ver al respecto, GÓMEZ, TERESA y FOLCO, CARLOS M., *Procedimiento tributario Ley 11.683- Decreto 618/97*, 5^a ed., La Ley, 2007, pp. 383/386; también de CORTI, ARÍSTIDES H. M., *La repetición de impuestos. Acerca de un proyecto de reformas*, La Ley, tomo 2004- A: 861 y *Periódico Económico Tributario*, Año XII, N° 289, 28/11/2003, pp. 1/3; *El restablecimiento concurrentemente implícito y explícito de la doctrina del empobrecimiento como requisito de la repetición de impuestos (nota al fallo de la CSJN "Nobleza Piccardo SAIC")*, La Ley, tomo 2004-F:541 y *Repensando el instituto de la repetición de impuestos*, La Ley, tomo 2005-A:1169.

El 14 de junio de 1977, una nueva ley de facto, la 21.588, legitimó los “contratos” entre empresas económicamente vinculadas también en el impuesto sobre los capitales.

El Tribunal Fiscal de la Nación en algún fallo revirtió la doctrina “Parke Davis”, reactualizando su inversa, *in re “CIBA”*⁽¹⁰⁾, en tanto que en la DGI, su jurisprudencia administrativa —así dictamen de su División Asesoría Técnica, 28/08/1978, suscripto por Francisco Saumell—, mantuvo la doctrina “Parke Davis”, señalando que “aunque la venta o transferencia sean de mínima importancia, no se concibe la existencia de utilidades en la operación ya que no se modifica, por la existencia del conjunto económico, la real propiedad de los bienes vendidos o transferidos” (lo que está bien, ya que las utilidades no pueden venir generadas por un mero traspaso material de bienes, bien que no jurídico contractual, sino sólo por la real enajenación o explotación de dichos bienes), aunque cedió poco más de un año después, mediante el dictamen N° 45/79, del 30/11/1979⁽¹¹⁾.

(10) La Ley, t. 147:742, fallo 29.286-S. El caso “CIBA” fue motivo de comentario crítico por: MARTÍNEZ DE SUCRE, VIRGILIO J. L. y CORTI, ARISTIDES H. M., en “Algunas consideraciones más sobre conjuntos económicos”, en *E. D.*, t. 45, p. 945. Ver también, JARACH, ROBERTO D., “Regalías pagadas a sociedades multinacionales. Comentario al fallo del TFN en la causa ‘Productos Químicos CIBA’”, en *La Información*, t. XXVI, p. 1218.

(11) La inexistencia de contratos entre empresas económicamente vinculadas fue una constante en la jurisprudencia de DGI mucho antes de “Parke Davis”. Así, ver dictamen 551/55, *Boletín DGI*, N° 26, p. 129: “... es presupuesto ineludible de la venta, que existan dos personas o partes, la vendedora y la compradora, y esas dos partes, dentro de la realidad económica, que es principio de hermenéutica en leyes de igual índole y expresa disposición legal por el art. 13 de la ley 11.683, no pueden ser de mera apariencia formal o jurídica”. *Idem*, Resolución de DGI del 13/11/57, “de acuerdo con las constancias de autos, si bien las firmas XX S. R. L. y ZZ- S. R. L., aparecen como dos entidades jurídicamente distintas, lo cierto es que pertenecen ambas en su totalidad a las mismas personas y, por consiguiente, la transferencia de mercaderías de una a otra no constituye ‘venta’ desde que no se produce con tal transferencia el traspaso de la propiedad de aquéllas”. Ver también fallos y doctrina en el trabajo muy completo de AMIGO, RUBÉN O., “El conjunto económico en la legislación, doctrina y jurisprudencia argentina” en *La Información*, abril 1977, p. 215. El caso “Parke Davis” no es un producto político del período 1973/76, la inspección y determinación de oficio practicadas por DGI en las que interviniieron funcionarios fiscales de indudable prestigio (El doctor Ricardo Chaij y el señor Alfredo Luis Morón, aquel jefe de inspección, y éste, juez administrativo) habían merecido la confirmación del Tribunal Fiscal de la Nación (1969, fallo suscripto por los doctores Dichiara y Goicoa) y de la Cámara Federal de la Capital, 1971, integrada por los doctores Bavio, Pearson y García Piñeiro. En la medida que el conjunto económico responde a una unidad económica no hay dos patrimonios independientes sino simples traspasos materiales de mercaderías de un ente a otro. No resulta razonable pensar en un contrato que pueda celebrar mi mano derecha con mi mano izquierda, porque un contrato presupone el traspaso de mercaderías de un patrimonio independiente a otro patrimonio independiente. Esta fue precisamente la tesis de la CNACAF (Sala III) en el fallo “Philips”, del 09/10/79, suscripto por Senestrari, Meehan

En fin, la CSJN de *facto* ni siquiera tuvo necesidad de revertir expresamente la doctrina “Parke Davis”, toda vez que cuando la reversión se operó en las instancias judiciales ordinarias, el Fisco no apeló a la Corte; derechamente consintió la doctrina inversa.

Parecíamos sumidos los argentinos en un nuevo estatuto legal del colonaje.

El descontrol llegó a extremos de tan poca consistencia y seriedad como para que, desde alguna revista fiscal especializada, se llegara a decir (era 1977 y el libelo tenía por objeto anotar aprobatoriamente la llamada ley 21.481, mentada *supra*) que “(...) de esta forma la ley impositiva (...) realza con énfasis un concepto del cual nunca debió apartarse. Se pone punto final así, a las aberrantes (sic) teorías del órgano o de la penetración, filosofías extremistas (sic) que apoyadas en campañas demagógicas tuvieron por oscuro designio la sistemática persecución del capital extranjero”⁽¹²⁾.

La débil cultura jurídica básica de la crítica era evidente, desconocían los panegiristas del dispositivo normativo de marras (el art. 14 de *facto*, de la ley de impuesto a las ganancias) que la desestimación de la forma de la persona jurídica para aprehender su fondo real afincó en E.E.U.U. en el siglo pasado y tiene categoría de principio tanto en el derecho comparado como en el nacional e inclusive en el internacional⁽¹³⁾ y que no opera a

y Mordeglia, confirmatorio del pronunciamiento del TFN del 07/04/69, suscripto por Bavio, Invernizzi y Rodríguez Jáuregui (*La Información*, t. XLII, pág. 76). En este caso se trataba de un impuesto a la compra y transferencia onerosa de automotores. Las dos empresas integrantes del conjunto económico eran Philips, la filial argentina, y Fapesa, una subsidiaria de aquélla. Había una fusión por absorción, es decir, una reorganización de sociedades donde Philips absorbía a Fapesa. En este caso, la DGI pretendió gravar con el impuesto a la compra y transferencia de automotores el traspaso de los automotores que figuraban en el Registro de la Propiedad del Automotor a nombre de Fapesa. Cuando se regulariza formalmente esta situación y los automotores que estaban a nombre de Fapesa pasan a nombre de Philips, la DGI dice que hay una transferencia onerosa. Es entonces cuando Philips, el TFN y la CNACAF, dicen que en este caso no hay un acto jurídico de compra, ni transferencia onerosa, por cuanto existe una mera regularización formal de una unidad económica que ya existía de antemano, es decir que no hay traspaso de un patrimonio independiente a otro. Esta es la concepción sobre la inexistencia de contratos entre empresas vinculadas, es decir, no puede haber contrato cuando hay un traspaso material de un patrimonio a otro que no son independientes sino que constituyen una unidad, en función de que el titular real de ambos patrimonios aparentemente independientes es una misma persona.

(12) RIAVEC, MARIO L. y SCALONE, ENRIQUE L., *Derecho Fiscal*, 1977, t. XXVI-B, pp. 673/705.

(13) Ver SUÁREZ ANZOURENA, CARLOS, “Personalidad de las sociedades”, en E. Zaldivar, y otros, *Cuadernos de derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, t. 1, p. 162.

favor del Estado exclusivamente sino también, cuando cuadra, en beneficio de la empresa privada, sin discriminar, de suyo, si ésta es nacional o extranjera.

Tanto es así que, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración, la CNACAF de la Capital Federal, el 09/10/1979, en la causa "Philips Argentina S. A.", falló correctamente en favor de esta última y en contra del Fisco. Ello nos permitió examinar el precedente y descalificar aquellas imputaciones, señalando también el resultado antijurídico en el que habrían caído los impugnadores de la teoría de la penetración, de haber tenido que fallar o asesorar a Philips en dicho caso. Y allí dijimos que "consecuentes con sus planteos habrían tenido que hacerlo en contra de la empresa o, en su caso, aconsejado consentir la determinación

La aplicación de la teoría de la penetración es una constante en la jurisprudencia judicial argentina, ver, entre muchos otros, fallo del juez comercial Marcelo Gebhardt, 21/11/83, autos "Oddone Luis A. s. quiebra", confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Cap. Fed., 5/9/84, Rey. La Ley, t. 1984-D, p. 410. Dice Gebhardt: "Los jueces, en efecto, han debido considerar el problema desde el siglo pasado (XIX) sobre todo en Estados Unidos de Norte América donde afincó la teoría del 'disregard of legal entity' (Halperín, Isaac, "Curso de derecho comercial", vol. 1, p. 273)" y cita concordante de Suárez Anzorena. Idem de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 1, abril 29-983, "Llauro Hnos. Propiedades, S. A. c. Llauro, Marcos J. y otros", suscripta por los doctores Carlos M. Grecco, Jorge G. Pérez Delgado y Roberto M. Muzio, con adecuadas citas de Rolf Serick, Antonio Polo Diez, José Puig Brutau, Masnatta, Borda, Marzarotti, Fernández Duque, A. Bullrich, A. Pinedo y E. Waterhouse (Rev. La Ley, t. 1983-D, p. 166). En el trabajo citado en la nota 13 infra, procedí a citar 24 autores extranjeros, encabezados por Marshall y Cardozo, y 71 argentinos, encabezados por Julio Dassen y Alconada Aramburú. En estas condiciones, calificar a la teoría de la penetración de aberrante y extremista parece un exceso de lenguaje no madurado jurídicamente.

La aplicación de la teoría de la penetración en beneficio de los contribuyentes fue aceptada por la Corte de 1973/76 en "Mellor Goodwin", consid. 5º, con nota de MARTÍNEZ DE SUCRE, VIRGILIO J. L. y CORTI, ARISTIDES H. M., "Mellor Goodwin", una sentencia ejemplar", en *E. D.*, t. 51 pp. 341/58, capítulo III, apart. c), d) y e). Uno de los integrantes de aquella Corte, MASNATTA, HÉCTOR, en su obra *El abuso del derecho a través de la persona colectiva (Teoría de la penetración)*, Ed. Jurídicas Orbir, 1967, 7 años antes de los fallos "Parke Davis" y "Mellor Goodwin", recordaba que "los tribunales helvéticos dan un contenido positivo a la teoría de la penetración en la persona jurídica. Ya no se trata solamente de casos en que la persona moral se utiliza para eludir obligación legal o convencional, para cometer fraude a los intereses de otro o para evitar la severidad de una prescripción imperativa. El caso 'Suchard', demuestra que el velo corporativo puede también ser descartado en el interés de los mismos que lo han creado" (p. 42) y concluía en pp. 83/4 a propósito de las palabras "del célebre juez Cardozo: 'Las metáforas del derecho deben ser celosamente vigiladas, porque si comienzan como método para liberar la inteligencia, terminan a menudo por hacerla esclava'. De allí arranca la función positiva de la desestimación de la forma, que también puede perforarse' en beneficio de los propios asociados". También, más recientemente, sosteniendo la aplicación positiva de la teoría, ver Villar, Celestino, "La teoría de la penetración en la persona colectiva y su aplicación en el contexto tributario", 1982, en *La Información*, t. XLVI, p. 26.

de oficio, pese a la manifiesta improcedencia del criterio formalista sostenido por DGI”⁽¹⁴⁾.

Claro que aquellos críticos encontraron campo fértil en el último período del gobierno de facto. Fue así como, en 1979, Enrique Reig, un prestigiado profesional de la ciencia contable con especialización tributaria, en su obra *Impuesto a las ganancias*⁽¹⁵⁾, señaló que la ley del proceso 21.481 significó el “retorno a la buena doctrina”⁽¹⁶⁾ que es igual que decir que la anterior — precisamente, la doctrina “Parke Davis”— era la mala, a mérito de su política⁽¹⁷⁾, pareciéndole también mal que “quienes se desempeñaran como jefe de la denominada Oficina de Delitos Tributarios de la DGI y su colaborador inmediato, los doctores Martínez de Sucre y Corti expusieron su posición en numerosos artículos publicados por diversas revistas, también con un apasionamiento visible, que resulta de su simple lectura, sosteniendo la aplicabilidad general y no sólo en el caso de abusos, tanto en los períodos anteriores, como en los posteriores a la vigencia de las disposiciones del art. 14 de la ley 20.628, del impuesto a las ganancias” y que “La Corte Suprema de Justicia contribuyó a dar pie a una aplicación desmesurada del principio (y) adelantó ideas que fueron prontamente recibidas por la autoridad fiscal en la práctica de las inspecciones a cargo de la DGI”⁽¹⁸⁾.

Hubo también otras críticas⁽¹⁹⁾ acerca de que quienes suscribieron o aprobaron la doctrina “Parke Davis” obedecían a cierta postura política donde “la xenofobia subyacente (...) supone o simula suponer que de tal forma se defiende al país contra la explotación” y que “esta clase de brotes de falso patriotismo son los que luego obligan a dictar leyes (claro, de facto, como las 21.382, 21.481 y 21.617, la acotación es mía) pese a que no habría necesidad de dictar estas leyes (...) si el país no fuera sospechoso

(14) CORTI, ARÍSTIDES H. M., “La teoría de la penetración en la forma de la persona colectiva y su vigencia en el derecho tributario argentino”, en *La Información*, julio 1980, t. XLII, p. 36

(15) REIG, ENRIQUE, *Impuesto a las ganancias*, Buenos Aires, Ed. Macchi, 1979, pp. 112/117.

(16) REIG, ENRIQUE, op. cit., p. 115.

(17) REIG, ENRIQUE, op. cit., p. 113.

(18) REIG, ENRIQUE, op. cit., p. 114.

(19) RAIMONDI, CARLOS A., *El impuesto a las ganancias*, Buenos Aires, Ediciones Contabilidad Moderna S.A., 1982, pp. 138/139.

de desviaciones jurídicas”⁽²⁰⁾. La crítica en cuestión se integró con estas textuales afirmaciones: “Pero el caso más sonado, utilizado como bandera política, fue el de ‘Parke Davis’, en el cual la Corte Suprema se limitó a afirmar que no puede haber contrato entre la filial y la casa matriz por ser una sola persona, y que de admitirse la deducción del gasto la compañía extranjera recibiría una doble ganancia: la regalía por uso de las patentes y luego el resultado de la fabricación en Argentina de los productos a que se referían las fórmulas y patentes”, para finiquitar con estas textuales palabras: “Obviamente, el Alto Tribunal no entendió lo que estaba en discusión; admitamos en descargo de su ignorancia⁽²¹⁾, que quizá la defensa no haya acertado en el planteo correcto (...)”⁽²²⁾, con lo cual caían todos, el entonces profesional de la empresa y los ministros de la Corte, parece que todos sumidos en la “ignorancia”.

Ahora bien, una vez restablecido el orden constitucional, la CSJN por sentencia del 26/02/1985, *in re “Kellogg Company Argentina S. A.”*, suscripta por Genaro R. Carrió, Carlos S. Fayt y Augusto C. Belluscio, (*Fallos* 307:118)⁽²³⁾, al conocer en un caso en el que se encontraban involucrados períodos anteriores a las leyes de *facto* (impuesto a los réditos períodos fiscales 1970/71/72, impuesto especial a la regularización impositiva períodos fiscales cerrados hasta el 31/11/1972 e impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes y gravamen de emergencia de dicho

(20) RAIMONDI, CARLOS A., op. cit.

(21) Calificar de “ignorancia” a los ministros de la Corte 1973/76 resulta inadmisible. Si se adujera que el calificativo responde a una posición ideológica adversa de los autores, frente a una Corte de composición peronista, resulta que la designada en 1983, restablecido el orden constitucional, de origen radical, mantuvo la doctrina “Parke Davis” en el caso “*Kellogg*” (*Fallos* 307:118). En 1984, más de 400 tributaristas argentinos formularon al Gobierno nacional una propuesta de reforma impositiva integral (ver “Una reforma tributaria integral propone el CADET”, “Cronista Comercial” de los días 7 y 8 /2/85). En dicha propuesta, en cuanto guarda relación con el tema bajo análisis se propuso la “Reafirmación de la primacía de la realidad económica sobre la apariencia y, en especial, restablecimiento de los principios del aporte y del beneficio en la determinación de la materia imponible de empresas en estado de vinculación, sujeción o conjunto económico, salvo en aquellos supuestos en que la protección de los intereses de la Nación o la reciprocidad internacional tornen económicamente conveniente la admisión de ficciones de precios similares a los concertados entre entes económicamente independientes”.

(22) RAIMONDI, CARLOS A., *El impuesto a las ganancias*, op.cit., pp. 138/9.

(23) Con nota de CORTI, ARISTIDES H. M., *El caso “Kellogg Company Argentina S.A.”*, La Ley 1985-B, pp. 413/423.

tributo por los ejercicios 1968 a 1973) receptó la doctrina “Parke Davis” en las relaciones intraorgánicas de dos entidades extranjeras situadas en el país mediando entre ellas y su matriz en el exterior estado de sujeción, vinculación o conjunto económico y ratificando la misma no sólo para privilegiar la realidad económica en beneficio exclusivo del Fisco (al modo de una supuesta cláusula antievasión) sino también de las empresas transnacionales cuando éstas ejercen sus derechos legítimamente y sin reproches éticos. Porque nótese que este fallo de la Corte desestimó las pretensiones fiscales en un caso en el que, autocontradictoriamente con las exigencias de la realidad económica, el Fisco Nacional se había apartado de ésta en beneficio de un formalismo devenido en irritante menoscabo de los intereses jurídicamente protegidos de una empresa extranjera, que —en cambio— debió merecer acogida mediante la aplicación positiva de la teoría de la penetración y de la doctrina de aquellos casos rectores de la Corte de 1973/76, que un dogmatismo sectario pretendió invalidar.

Con lo que se demuestra, a su vez, que tanto en dichos fallos como en sus jueces, los funcionarios fiscales que se ajustaron a sus parámetros y los legisladores que explicitaron legalmente su doctrina, no hubo xenofobia ni desmesura sino el propósito rector de brindar primacía al interés nacional y la justicia; interés nacional que admite y promueve el desarrollo autónomo (no “sucursalista”) del país, en el marco de una avenida de doble circulación que obviamente no es lo mismo que la ficción encubridora de la exacción ilegítima y la verdad relevante.

Finalmente, debe ponerse de resalto que las referidas “leyes” de facto admisoras de ficciones de contratos, al interior de conjuntos económicos transnacionales, se mantienen todavía vigentes y con ello una grave modalidad de evasión fiscal, promovidas por los grandes grupos económicos y ejecutados por la dictadura cívico-militar en perjuicio de la economía y renta nacional; doctrina transnacional que el Congreso debería desmantelar restableciendo las leyes dictadas al respecto en el período constitucional 1973/76. Así lo exige un modelo económico y fiscal nacional y progresivo en el marco de la justicia material y la soberanía nacional para el debido encuadre de los poderes corporativos y oligopólicos de los países centrales, requisito indispensable para el desarrollo económico autónomo con inclusión y justicia social de nuestros países. Su experiencia histórica

y actual demuestra que estos últimos no han sido importadores de inversión extranjera directa sino exportadores de capital (conquista española, política británica en el Río de la Plata, las venas abiertas de América Latina; tres citas bastan: Norberto Galasso⁽²⁴⁾, Raúl Scalabrini Ortiz⁽²⁵⁾ y Eduardo Galeano)⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾.

(24) GALASSO, NORBERTO, *Historia de la Argentina. Desde los pueblos originarios hasta el tiempo de los Kirchner*, 1ra ed., Buenos Aires, Ed. Colihue, 2011.

(25) SCALABRINI ORTIZ, RAÚL, *Política británica en el Río de la Plata*, Ed. Reconquista, 1940 (o cualquier otra edición ulterior).

(26) GALEANO, EDUARDO, *Las venas abiertas de América Latina*, 7ma ed. (4ta argentina), Siglo XXI Argentina Editorial S.A., abril 1974 (o cualquier otra edición ulterior).

(27) En un reciente trabajo, Andrés Asiaín hace referencia a la "Ficticia independencia jurídica entre la casa matriz y la subsidiaria: Permite eludir obligaciones legales, facilita prácticas comerciales desleales mediante el establecimiento de precios intrafirma (...) admite eludir el pago de impuestos, haciendo figurar como pago de intereses por (auto)préstamos, lo que en realidad son pagos de amortizaciones y dividendos, entre otras, y que no tienen ningún fundamento en ninguna teoría económica", así como también que "Los actos jurídicos entre la empresa local de capital extranjero y la empresa que directa e indirectamente la controla, u otra filial de esta última, deben ser considerados como celebrados entre empresas vinculadas. Ello es válido también para los préstamos entre ellas, evitando de esa manera la salida de utilidades, dividendos y amortizaciones escondidas como pago de intereses (y la consiguiente elusión del impuesto a las ganancias)" (ASIAÍN, ANDRÉS, "Aspectos económicos a tener en cuenta para reformar las leyes que regulan las inversiones extranjeras", en *Revista de Derecho Público*, Año 1, N° 1, Buenos Aires, 2012 pp. 101 y ss.)

Constitución y petróleo

por ALBERTO GONZÁLEZ ARZAC⁽¹⁾

I | Antecedentes

Han sostenido José M. Estrada, Emilio Ravignani y otros autores que la primera Constitución escrita de nuestra Nación fue la “Real Ordenanza para el Establecimiento e Institución de Intendentes de Ejercito y Provincia en el Virreinato de Buenos Ayres” dictada por Carlos III en 1782⁽²⁾, que continuó vigente después de la Revolución de Mayo de 1810.

Como consecuencia de ello, por años el país siguió atado al sistema de dominio minero español de carácter “regalista”, que consideró que el Estado —como poder soberano— tenía el dominio eminente sobre todas las cosas ubicadas en su territorio, distinto de su dominio patrimonial. A este sistema adscribió la legislación española del Fuego Viejo de Castilla (Siglo XI), las leyes de Partidas (1265), el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (1487), las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno (1584), la Recopilación de Indias (1680) y las Ordenanzas de Nueva

.....

(1) Ex Secretario del Consejo Federal de Inversiones – Ex Inspector General de Justicia de la Nación. Ex profesor en las Universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora, John F. Kennedy. Profesor Invitado de la Universidad de Morón. Director del Instituto de Historia del Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Autor de numerosas obras, entre ellas, “Constitución y Factores de Poder”, Ed. Quinque, 2012.

(2) ESTRADA, José M., “Lecciones sobre la Historia de la República Argentina”, Buenos Aires, 1925, TºI, p. 192; Ravignani, Emilio: “Virreinato del Río de La Plata”, en “Historia de la Nación Argentina” (dirigida por Ricardo Levene), Vol. IV, p. 170; San Martín de Dromi, María Laura: “Documentos Constitucionales Argentinos”, Madrid, Ed. Ciudad Argentina, 1994.

España (1783). Estas últimas decían: "Las minas son propias de mi real Corona, así por su naturaleza y origen". Tales ordenanzas tuvieron vigencia en nuestro país hasta la sanción del Código de Minería de 1887.

El Congreso Constituyente de 1853 las declaró vigentes a inspiración del Ministro de Hacienda de la Confederación, Mariano Fragueiro, al aprobar el Estatuto para la Organización de la Hacienda y Crédito Público⁽³⁾. En 1883, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró aplicables esas normas hasta tanto se dictara el Código de Minería previsto en la Constitución Nacional.

2 | Constitución de 1853-60

La Constitución de 1853 facultó al Congreso para dictar el Código de Minería, pero no tuvo en cuenta al petróleo y tampoco hablaron del tema los constituyentes de 1860 y 1898, a pesar de que en Estados Unidos desde 1858 se había comenzado la explotación comercial en Pensilvania, la destilación y el uso en maquinarias, transporte, construcciones, iluminación, etc.

La ley 726 del año 1875, al encargar la redacción del Código de Minería, dispuso que debía basarse en el principio que sostiene que "las minas son bienes privados del Estado General (Nación) o de los estados particulares (provincias), según el territorio en que se encuentren". Ese principio fue respetado por el codificador Enrique Rodríguez, quien también adhirió a la concepción "regalista" tradicional.

3 | Descubrimiento del petróleo

El petróleo fue descubierto en nuestro país el 13 de diciembre de 1907 (durante la presidencia de Figueroa Alcorta) por trabajadores que buscaban aguas subterráneas en Comodoro Rivadavia (Territorio Nacional del Chubut), lo que permitió al Gobierno Nacional dictar las primeras disposiciones en la materia apenas acaecido el evento, sancionando un decreto

(3) DÍAZ, BENITO, "Mariano Fragueiro y la Constitución de 1853", Buenos Aires, Ed. El Coloquio.

por el que prohibió la denuncia de pertenencias mineras y la concesión de permisos de cateo en un radio de 5 leguas a todo rumbo.

Luego, el Presidente Roque Sáenz Peña creó la Dirección General de Explotación del Petróleo en Comodoro Rivadavia y, a su hora, el Presidente Hipólito Yrigoyen completó la política tendiente a preservar para la Nación el recurso petrolero. Más tarde, creó la Dirección General de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) enfrentando pretensiones de la *Standard Oil*, que en 1920 sería denunciada en la Cámara de Diputados por la “Comisión Investigadora de los Trust”, diciendo que ya dominaba el mercado argentino con intentos expansivos.

Contemporáneamente a ello, a nivel mundial existía una verdadera puja entre dos grandes agrupaciones petroleras conformadas tras la Primera Guerra: la anglo-holandesa (*Royal Deuch, Shell* y demás empresas) y la norteamericana (*Standard Oil* y otras). Rusia estatizó su explotación y constituía una excepción en el mapa mundial. Otra era la Argentina, donde YPF hacía participar al Estado Nacional (aún mínimamente) en un mercado donde intervenían los grandes grupos mundiales: “el inglés se dedicaba con preferencia a la explotación de nuestros yacimientos, sin perjuicio de controlar la importación de carbón, mientras el norteamericano obtenía algunos permisos de cateo e importaba petróleo y derivados, en una cantidad que le permitía controlar los precios y monopolizar el mercado de subproductos”⁽⁴⁾.

El Código de Minería permitía que las compañías extranjeras explotaran el petróleo, pese a las reservas fiscales establecidas ya en Comodoro Rivadavia y Plaza Huincul. Ello ocasionó las primeras “luchas por el petróleo”, en las que el constitucionalista Pablo Ramella detectó un antecedente revelador de la tendencia que tenía entonces la Suprema Corte de Justicia, diciendo⁽⁵⁾: “Un caso de esa lucha se halla en un fallo de la Corte de Justicia que declaró nulo el decreto del gobierno de Salta de 31 de mayo de 1928 que dejaba sin efecto permisos de explotación y cateo otorgados a

(4) FRONDIZI, ARTURO, “Petróleo” en “Pueblo y Gobierno”, Buenos Aires, Ed. Raigal, 1954, T°V, Vol. I, p. 107.

(5) RAMELLA, PABLO A., “Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ra. Ed., 1985, p. 598/9.

empresas petroleras". El espíritu del fallo se perfila cuando expresa: "que no ha sido necesario entrar al análisis detallado de la prueba producida con tanta abundancia y, en ocasiones, con notoria impertinencia, como la encaminada a demostrar los antecedentes irregulares de las compañías actoras, sus actuales propósitos inconfesables y el espíritu corruptor que han sembrado en la provincia de Salta, así como la vinculación espiritual y comercial de aquella con grandes empresas extranjeras que pretendieran beneficiarse del petróleo nacional atentando contra la independencia y soberanía de la República"⁽⁶⁾. En suma, entendía aquella Suprema Corte que estas últimas no eran más valiosas que las garantías relativas a la propiedad, lo que hace exclamar a Ramella: "Nunca pudo un tribunal argentino estar más ausente de los problemas vitales para el país como en este fallo".

Desde 1917, los diputados Carlos F. Melo (radical) y Rodolfo Moreno (conservador) habían proyectado que se declaren patrimonio nacional a las minas de hierro, hulla y el petróleo, otorgando su explotación al Estado. Tiempo después, Melo propiciaría una vasta reforma constitucional (que fue infructuosa) proponiendo lo mismo, entre otras iniciativas. Aquella idea fue madurando durante una década, hasta que en la sesión de la Cámara de Diputados del 28 de julio de 1927, el radical Diego Luis Molinari (conocido jurista e historiador) sostuvo la nacionalización del petróleo y su explotación por el Estado. Así tuvo lugar un histórico debate sobre el petróleo, donde logró media sanción la nacionalización del recurso⁽⁷⁾. Sin embargo, a pesar del triunfo del Presidente Yrigoyen en las elecciones de 1928, la oposición prevaleció en el Senado y jamás quedó convertida en ley.

Los intereses petroleros afectados por la idea de nacionalización empujaron la caída del Presidente Yrigoyen el 6 de setiembre de 1930, en medio de una gran crisis económica mundial. Ello se hizo ostensible, particularmente en la Standard Oil, empresa norteamericana que procuraba áreas en la provincia de Salta y en Bolivia. Se le atribuyó responsabilidad tanto en el derrocamiento del gobierno argentino cuanto en la posterior guerra paraguaya-boliviana por el Chaco boreal (1932-1935).

(6) Fallos: Tº. 164, p. 140 *in re* "Sociedades Anónimas de Petróleo vs. Provincia de Salta (1932).

(7) FRONDIZI, ARTURO, op. cit. p. 195 y ss.

La Standard Oil de Nueva Jersey (de Rockefeller) había logrado por entonces concesiones en Bolivia, que quería ampliar obteniendo otras en Salta y Jujuy, con oposición de Yrigoyen.

La historiadora Hebe Clementi entendió que el petróleo fue “uno de los detonadores del derrocamiento de Yrigoyen (...)” no en vano se dijo que el movimiento de setiembre tenía fuerte olor a petróleo, en donde el suceso de Salta tuvo bastante que ver⁽⁸⁾.

4 | Constitución de 1949

La Segunda Guerra Mundial (1939-1946) se tradujo en consecuencias importantes para la Argentina tanto en el campo político cuanto en el económico, social y cultural, permitiendo condiciones para una verdadera revolución en esos ámbitos que tuvo por hito la asunción del Presidente Juan D. Perón el 1º de mayo de 1946, haciendo necesarias las reformas constitucionales de 1949, tendientes a “constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”.

La Constitución de 1853-60 había imaginado un Estado neutralizado: el Estado gendarme del *laissez faire*; la Constitución de 1949 imaginó un Estado activo: el Pueblo no podía tener acceso a las riquezas sino mediante su gran empresa, que era el Estado, como gerente del bien común, asegurándose una gestión a favor de la comunidad. Por ello consagró que “la organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del Pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la Justicia Social”.

Ello estaba concatenado con la Independencia Económica, solemnemente proclamada el 9 de julio de 1948 desde la misma Casa de Tucumán donde en 1816 se habían consagrado la Independencia política.

Scalabrini Ortiz calificó como “bastión de la soberanía” al art. 40 de la Constitución de 1949 que dice al respecto: “Los minerales, los caídas de

(8) CLEMENTI, HEBE, “El radicalismo. Nudos Gordianos de su economía”, Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte, 1983, p. 41/6.

agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes materiales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias”.

Señaló Ramella que en esta temática: “la reforma más importante era la que atribuía la propiedad de las minas a la Nación”⁽⁹⁾ aunque haciendo partícipe a las provincias del producto de su explotación. Así lo afirmó el redactor y miembro informante de aquella Constitución, Arturo E. Sampay, diciendo en los debates: “La reforma constitucional convierte en bienes de la Nación todos los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y cualquier fuente natural de energía, con excepción de los vegetales; los hace bienes públicos que no se pueden desafectar, enajenar, ni conceder a particulares su explotación, es decir, transfiere esos bienes a la categoría de propiedad pública nacional y establece el monopolio del Estado para su explotación, introduciendo además, como consecuencia, un cambio profundo en el régimen jurídico de las minas respecto del vigente en el Código Civil y en el Código de minería”. Al decirlo, recordó Sampay la frase del Presidente Yrigoyen: “el subsuelo mineral de la República no puede ni debe ser objeto de otras explotaciones que las de la Nación misma”.

Aquel art. 40 de la Constitución argentina de 1949 fue venero de otras normas coincidentes en distintas naciones, como el art. 27 de la Constitución de México reformada en 1960 o el art. 10 de la Constitución chilena de 1971. El propio Sampay lo ha consignado en una de sus obras⁽¹⁰⁾.

En 1954, el Presidente Perón negoció un contrato con Standard Oil of California que encargaba a esa empresa trabajos relativos a la explotación petrolera en un sector de la Patagonia, pero no consiguió su ratificación por el Congreso Nacional, pese a que el Dr. Pablo Ramella (que fuera constituyente en 1949) opinaba que el art. 40 no excluye que se contrate la explotación con particulares⁽¹¹⁾.

(9) RAMELLA, PABLO A., op. cit. p. 600.

(10) SAMPAY, ARTURO E., “Constitución y Pueblo”, Buenos Aires, Ed. Ciencia, 1973, p. 169 y ss.

(11) RAMELLA, PABLO A., op. cit. p. 600.

5 | Abrogación de la Constitución de 1949

La autodenominada “Revolución Libertadora” derrocó al Presidente Perón en setiembre de 1955, decidiendo rever lo actuado en materia económica por el gobierno constitucional anterior y solicitó el asesoramiento del Dr. Raúl Prebisch, quien en 1956 realizó recomendaciones al gobierno militar, contenidas en los documentos *Moneda sana o inflación incontenible* y *Plan de Restablecimiento Económico*, de los cuales era fácil deducir que la Constitución de 1949 era un obstáculo legal a sus propuestas.

El 26 de abril de 1956 por decreto-ley 7756, el Presidente Aramburu aprobó las recomendaciones de Prebisch y al día siguiente emitió una proclama declarando “vigente la Constitución Nacional sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898 y exclusión de la de 1949”.

Es indudable que fue un acto inconcebible, porque hizo retroceder arbitrariedad e ilegalmente más de un siglo la evolución de las instituciones argentinas, provocando una crisis constitucional de lamentables proyecciones.

Para enmendar aquello, el gobierno militar dictó el decreto 3838 del 12 de abril de 1957, declarando necesario “considerar la reforma parcial de la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898”, convocando a elección de convencionales el 28 de julio de 1957 conforme al sistema de representación proporcional.

La elección aludida dio un triunfo moral a los votos “en blanco” ordenados por Perón desde el exilio, que sumaron la expresión mayoritaria. Los radicales seguidores del Dr. Arturo Frondizi (que también eran contrarios a la convocatoria) fueron quienes consiguieron el mayor número de convencionales, retirándose de las deliberaciones junto a otros representantes de partidos menores. Pero el resto de los convencionales elegidos por representación proporcional lograron un ajustado quórum para que la Convención funcione de manera problemática en Santa Fe entre el 30 de agosto y el 23 de setiembre de 1957.

Aun así, el despacho de la Comisión Revisora de la Constitución Nacional produjo un proyecto donde se volvió a decir: “Las caídas de agua, yaci-

mientos de petróleo, carbón, gas y demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación o de las provincias según el lugar donde estén situados”.

Esa circunstancia hizo que un grupo de convencionales conservadores liderados por Emilio J. Hardoy, Reynaldo Pastor, Adolfo Vicchi y otros, rompieran el *quórum* manifestando que “el sistema económico que se intentaba, copiado del tristemente famoso art. 40 de la reforma de 1949, hubiera implicado no sólo reincidir en su ensayo totalitario que ya se hizo con funestas consecuencias, sino la rehabilitación histórica del gobierno depuesto”⁽¹²⁾.

Quedando vigentes la abrogación de la Constitución de 1949 y el viejo texto Constitucional de 1853-60, se hicieron posibles las posteriores políticas petroleras del Presidente Arturo Frondizi que impulsó numerosas concesiones a empresas extranjeras e incluso del Presidente Carlos Menem que además privatizó YPF entregándola a la española Repsol con lamentable resultado.

6 | Posteriores reformas

Las reformas operadas en 1972 y 1994, ignoraron la existencia misma de la Constitución de 1949, como si se pudieran negar más de cien años de la evolución constitucional argentina.

El Pacto Menem-Alfonsín de 1994 y la ley 24.309 de convocatoria a Convención Constituyente tuvo ese mismo pecado original. La Constitución de 1949 continuó siendo un tema “tabú”, imposible de ser considerado, pese a que fue ilegalmente abrogada. Resulta más矛盾的 with ello lo prescripto en el art. 36 de la reforma cuando dice: “Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”. ¿Es posible que se omita aplicar el mismo criterio al bando militar de 1956?

(12) GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, “La Convención Constituyente de 1957”, en *Primera Historia Integral*, Buenos Aires, Centro de Editor de América Latina, 1980, N°178; “Vida, pasión y muerte del Artículo 40”, en Rev. *Todo Es Historia*, N°31.

En 1994, el art. 124 de esa reforma constitucional, correspondiente al tema de las regiones, agregó un segundo apartado que dice: “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

“Dominio originario” no es una expresión clara. En realidad, cuando se trata de aludir a la atribución soberana inherente al Estado de asegurar en su territorio el bien común en relación al derecho de propiedad, se habla de “dominio eminente” y la denominación “dominio originario” suele ser utilizada para los bienes del dominio público⁽¹³⁾.

Ekmekdjian trató de aclarar la norma preguntándose “si el segundo párrafo del art. 124 otorga a las provincias no sólo el dominio, sino también la jurisdicción para legislar y para aplicar la legislación sobre recursos naturales”⁽¹⁴⁾. Su opinión se limita a considerar, sin perjuicio de la jurisdicción, que las provincias tienen el poder impositivo sobre la explotación de los recursos naturales de cualquier manera⁽¹⁵⁾. En opinión de Desimone, la jurisdicción para legislar y ejecutar corresponde a la Nación (basándose en los debates de la Convención) y entiende que, una vez vencidos los respectivos contratos de concesión otorgados por la Nación por entonces, las provincias recuperaban su jurisdicción. El Estado Nacional puede definir las políticas sobre el tema⁽¹⁶⁾.

In re “YPF c/ Pcia. de Mendoza”⁽¹⁷⁾, la Corte Suprema convalidó la propiedad de la Nación sobre los yacimientos de hidrocarburos sosteniendo que la Constitución acordó al Congreso la facultad de dictar el Código de Minería, que comprende necesariamente la regulación de aquéllos.

Marcos Rebasa y Juan J. Carabajal admiten que “el reconocimiento operado en el art. 124 ha renovado la disputa dogmática en cuanto al alcance

(13) Veáse, GONZÁLEZ ARZAC, FELIPE, “Sobre el uso racional del agua dulce”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N°0, noviembre de 2004.

(14) EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1996, T°V, p. 743 y ss.

(15) EKMEKJAN, MIGUEL Á., op. cit. p. 745.

(16) DESIMONE, ORLANDO, “El Dominio Originario de los Recursos Naturales”, en *La Ley*, T° 1997-Cp. 1440.

(17) *El Derecho*, T°. 83, p. 392.

del dominio originario allí previsto”⁽¹⁸⁾, poniendo de resalto que “numerosos antecedentes legales y doctrinarios y hasta la Constitución del ‘49 definieron esos recursos como nacionales”.

7 | Conclusión

Una próxima reforma constitucional debe abordar el tema petrolero y de los recursos naturales, siguiendo el camino iniciado por la Constitución de 1949, cuyo texto estuvo concebido con claridad, enunciando una política históricamente fundada en el interés nacional, sin descuidar el de las provincias.

(18) Veáse, REBASA, MARCOS y CARBAJALES, JUAN J., “La noción de suelo como recurso natural”, en Revista Derecho Público, N°1, Buenos Aires, 2012.

Regulación económica y política hidrocarburífera a la luz de la ley 26.741

por FEDERICO G. THEA⁽¹⁾

I | Introducción

La vida en sociedad supone necesariamente la regulación de las conductas de las personas. Determinar cuándo, cómo y quién debe regular no es, sin embargo, una tarea fácil, ni que admite respuestas definitivas⁽²⁾.

En las últimas décadas, la promesa neoliberal de que la desregulación de la economía conllevaría a una reducción de los costos y una maximización de la eficiencia en beneficio de todos los ciudadanos, ha quedado en gran medida incumplida, revelando que en realidad el centro del debate regulación vs. desregulación no era uno de costos y eficiencia, sino fundamentalmente una discusión sobre el rol del Estado en una sociedad democrática⁽³⁾. Así, el fundamento de la respuesta desregulatoria de que “nunca se debe regular” —o, lo que sería lo mismo, que debe regular el mercado, de acuerdo al libre juego de la oferta y la demanda—, ha sido

.....

(1) Abogado (UBA). LL.M. in *Public Law and Human Rights* (University College London), como Becario Chevening (British Council, 2010/2011). Máster en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA–Tesis en elaboración). Profesor Adjunto de Derechos Humanos y Garantías (UBA), y docente de las materias Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público (UBA).

(2) CRAIG, PAUL, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008; KAHN, ALFRED E., “*De-regulation: Looking backward and looking forward*”, 7 *Yale Journal on Regulation* 325.

(3) SHORT, JODI L., “*The paranoid style in regulation reform*”, 63 *Hastings Law Journal* 633.

básicamente la asimilación del concepto de regulación estatal con el de tiranía⁽⁴⁾. Sin embargo, el poder estatal no es necesariamente dañino, y su intervención puede ser útil —y muchas veces necesaria— para alcanzar resultados más eficientes y equitativos. El problema, entonces, es dónde poner el justo medio que se adecue mejor a cada tiempo y lugar⁽⁵⁾. Pues como dice Agustín Gordillo: “[u]n mercado libre sin intervención no puede existir, ni existe de hecho; pero la intervención en sí no garantiza nada, pues depende de cómo efectivamente se haga”⁽⁶⁾.

La regulación estatal de la actividad económica está básicamente fundada en principios de interés público⁽⁷⁾ —cliché éste que, ciertamente, requiere ser bajado a niveles de racionalidad en cada caso concreto—, y tiene generalmente como justificación económica la necesidad de una mejor y más equitativa distribución de la riqueza (razones de equidad), o la necesidad de una recomposición de las condiciones de competencia alteradas por las fallas inherentes del mercado, a través de un control estatal centralizado (razones de eficiencia)⁽⁸⁾. Se trata, ni más ni menos, que de la actividad pública de intervención que, directa o indirectamente —a través de restricciones o incentivos—, condiciona las decisiones empresarias sobre, por ejemplo, el ingreso y salida del mercado, precios, cantidades y calidad de bienes y servicios, la ordenación de las relaciones de las empresas entre sí, etc.⁽⁹⁾. En este sentido, nuestra Constitución Nacional contiene múltiples cláusulas que autorizan/instruyen a los poderes constituidos

(4) Ver por ejemplo, HAYEK, FRIEDRICH A., *The Road to Serfdom*, Chicago, University of Chicago Press, 1944; FRIEDMAN, MILTON., *Capitalism & Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

(5) KAHN, ALFRED E., op. cit., 1.

(6) GORDILLO, AGUSTÍN A., “La defensa del usuario y del administrado”, en *Tratado de derecho administrativo*, 9^a ed., Buenos Aires, FDA, 2009, t. 2, p. VII-2.

(7) GORDILLO, AGUSTÍN A., op. cit.

(8) BREYER, S, *Regulation and its Reform*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1982; KAHN, ALFRED E., *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, New York, John Wiley & Sons, 1970; STIGLITZ, JOSEPH, *La Economía del Sector Público*, Barcelona, Antoni Bosch, 2000; OGUS, A., *Regulation, legal form and economic theory*, Oxford, Clarendon Law Series, Clarendon Press, 1994.

(9) AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., “Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2003, p. 59.

del Estado tanto a regular diversas materias, como a promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos por ella reconocidos⁽¹⁰⁾, tanto por razones de eficiencia —vgr., cuando se refiere a los servicios públicos⁽¹¹⁾—, como por razones de equidad —por ejemplo, en materia de educación⁽¹²⁾—.

Históricamente, sin embargo, el Estado ha recurrido a los distintos institutos de intervención previstos en nuestro régimen constitucional y administrativo con fines diversos, según las circunstancias políticas, sociales y económicas, y teniendo en cuenta el modelo estatal propiciado⁽¹³⁾. En palabras de Carlos Nino, “[c]uál debe ser el alcance de la propiedad privada y del mercado y cuál el de la propiedad pública y el intervencionismo democrático, dependerá de las condiciones de cada sociedad en cada época —sus recursos, las motivaciones prevalecientes en su población, su distribución preexistente de bienes— y de las condiciones de interacción internacional —grados de integración, grados de protecciónismo, sistemas económicos vigentes en otros países con los que se interactúa, grados de dependencia con otros países, etcétera (...)”⁽¹⁴⁾. Ahora bien, no obstante la importancia de estudiar el derecho en contexto⁽¹⁵⁾, entiendo que dicho análisis no debe marginar la evaluación en términos de validez constitucional de las opciones de regulación elegidas. Como manifiesta el propio Nino: “hay ciertos aspectos generales que sí pueden ser indicados en general y que tienen una directa relevancia constitucional: hay razones independientes (...) para sacar del mercado en forma total o parcial a algunos bienes o servicios, como la educación, la justicia, la seguridad, los medios de comunicación pública, la influencia sobre los partidos políticos”⁽¹⁶⁾.

(10) Ver, por ejemplo, los arts. 14; 19; 28; 42; 75, inc. 10, 12, 13, 18, 19 y 23 CN.

(11) Art. 42 CN.

(12) El art. 75, inc. 19 CN exige la sanción de “(...) leyes de organización y de base de la educación que () garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal”.

(13) BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. I, p. 751.

(14) NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 377.

(15) TWINING, WILLIAM L., *Law in Context: Enlarging the Discipline*, Oxford, Clarendon, 1997.

(16) NINO, CARLOS S., op. cit., p. 13.

El marco regulatorio del sector hidrocarburífero en nuestro país no ha estado ajeno a estos condicionamientos ideológicos y coyunturales. De hecho, detrás de toda teoría de derecho administrativo y de todo marco regulatorio subyace también una teoría del Estado⁽¹⁷⁾. Y su comprensión requiere, en consecuencia, un análisis del sistema económico para el cual fueron diseñadas, y del contexto político y social en el que operan. Durante las últimas dos décadas, y sin perjuicio de algunos cambios introducidos en forma parcial a distintas normas reglamentarias —que se verán con mayor detalle en el siguiente apartado—, el régimen jurídico de los hidrocarburos vigente en nuestro país fue el abierto durante el ciclo de las reformas neoliberales puestas en práctica en la década de 1990, cuyos efectos y consecuencias han tenido incidencia hasta el día de hoy. Este marco (des)regulatorio fue concebido sobre la base de la escuela económica del *public choice* y la teoría del *new public management*⁽¹⁸⁾, que sostienen básicamente la hipótesis de que el bienestar de la sociedad no exige tanto el combate de las posibles fallas del mercado, sino la limitación y reducción del Estado, a los fines de evitar los “fallos del gobierno”; y que la gestión pública debe estar orientada por los principios del mercado, si se desea obtener mejores resultados en términos de eficiencia.

Sin embargo, la ley 26.741 y su reciente reglamentación —mediante el decreto 1277/2012— han introducido importantes modificaciones en el régimen jurídico del sector hidrocarburífero nacional, con el objetivo de recuperar el rol regulatorio del Estado en la materia.

En este contexto, vale la pena volver a examinar si estas actividades económicas pueden dejarse libradas a “los mecanismos de asignación del mercado” y al “libre juego de la oferta y la demanda”, o si existen razones (independientemente de los criterios netamente económicos) que reclaman la regulación estatal. El presente trabajo tiene por objeto abordar esta cuestión, revisando críticamente las bases del marco regulatorio de los hidrocarburos en Argentina, vigente durante las últimas dos décadas, y

(17) HARLOW, CAROL y RAWLINGS, RICHARD, *Law and Administration*, Londres, Cambridge University Press, 2009, p. 1.

(18) BUCHANAN, JAMES M. y TULLOCK, GORDON, *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1992; BUCHANAN, JAMES M. y BRENNAN, G., *The reason of rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985; MUELLER, D., *Public Choice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; BOSTON, JONATHAN; MARTIN, JOHN; PALLOT, JUNE y WALSH, PAT (Eds.), *Public Management: The New Zealand Model*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

analizando la nueva y compleja situación que introducen la ley 26.741 y su reglamentación, su impacto en el marco regulatorio de los hidrocarburos, y las competencias regulatorias del Estado Nacional en el contexto actual, y a la luz de la Constitución Nacional.

2 | Las bases neoliberales del marco regulatorio del sector hidrocarburífero

El decreto-ley 17.319 del año 1967 establece en sus primeros artículos la facultad del Poder Ejecutivo Nacional para fijar la política nacional y dictar reglamentaciones en materia de explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos, “teniendo como objetivo principal satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad⁽¹⁹⁾”. El ejercicio de esta competencia ha dado lugar a diversas reglamentaciones, que se han ido modificando y adaptando en función de las diversas circunstancias y los objetivos políticos, sociales y económicos de cada momento histórico, aunque no siempre con resultados prácticos respetuosos de estos principios.

Durante las últimas dos décadas, el marco regulatorio que sirvió de base a la política hidrocarburífera nacional fue el establecido en la primera presidencia de Carlos S. Menem. Los cimientos de este régimen jurídico fueron sentados por las leyes de “Reforma del Estado” y de “Emergencia Económica”⁽²⁰⁾, que iniciaron el proceso de desregulación económica⁽²¹⁾ y la privatización de la industria⁽²²⁾, haciendo suyas las principales doctrinas de la escuela económica del *public choice* y la teoría del *new public Management*, mencionadas en la introducción. Según Roberto Dromi, Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación entre 1989 y 1991, y responsable del diseño, redacción e implementación de gran parte de estas medidas, “[l]a Constitución, con un criterio pluralista y equilibrado entre autoridad y

(19) Art. 3 del decreto-ley 17.319.

(20) Leyes 23.696 y 23.697.

(21) Decretos 1055/89, 1212/89 y 1589/89.

(22) Ley 24.145.

libertad, asegura la libertad económica como consecuencia de la propiedad privada, a la vez que define la capacidad de intervención del Estado en la economía, dentro del marco de libertades para la actuación privada (...). En síntesis, el fundamento de la libertad económica se reconduce al derecho o libertad de propiedad privada; su contenido como libertad de empresa, abarca la libertad profesional, industrial y comercial, tanto en el acceso al mercado como en la posibilidad incondicionada del ejercicio de la actividad empresaria (...)”⁽²³⁾. Esta particular concepción de la Constitución Nacional llevó al citado autor a sostener que “[e]n este marco de libertad económica, de reformulación de los límites del Estado y de redescubrimiento de la iniciativa económica privada, se insertan nuevos conceptos que, en las economías contemporáneas, se conocen como fenómenos de desregulación, desestatización, privatización y competencia”⁽²⁴⁾. Según su definición, la desregulación consiste en “la simplificación y la desburocratización del mercado. Su objetivo es acercar el gobierno a las personas para prestar servicios y además reducir los costos que tienen los ciudadanos en su trato con el Estado (...). La desregulación permite una mayor flexibilidad para la incorporación de innovaciones institucionales en los arreglos comerciales entre personas. Puede abarcar tanto las empresas públicas como a los sectores privados y al comercio internacional. Este instrumento jurídico económico favorece la iniciativa privada, la creatividad, la innovación, la audacia y la capacidad empresarial”⁽²⁵⁾.

En el sector hidrocarburífero, el proceso de desregulación comenzó a implementarse con el dictado del decreto 1055/89, que tuvo por objetivo “reemplazar en forma creciente la intervención del Estado en la fijación de los precios, márgenes de bonificaciones, cuotas, cupos, etc. por los mecanismos de asignación del mercado y el libre juego de la oferta y la demanda” y “la desregulación progresiva e integral de la actividad, que conduzca a la efectiva y libre competencia en todos los segmentos en el menor tiempo posible reflejando los valores internacionales, debiendo en consecuencia conceder la libre disponibilidad de la producción obtenida bajo estos esquemas de explotación tanto en el mercado interno como

(23) DROMI, ROBERTO, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1991, t. 1, pp. 24/25 (el resaltado me pertenece).

(24) DROMI, ROBERTO, op. cit.

(25) DROMI, ROBERTO, op. cit.

para la eventual exportación de los productos". Según el art. 15 de este decreto, la libre disponibilidad de los hidrocarburos implica que "podrán ser comercializados libremente en el mercado interno y externo, dentro del marco legal vigente", y que "se asegurará a las empresas el acceso a los sistemas o medios de tratamiento, movimiento, almacenaje y despacho, a tarifas compatibles con valores internacionales". En noviembre del mismo año, se dictó el decreto 1212/89, que estableció la libre disponibilidad del crudo, así como la libre importación y exportación de este recurso como si fuera un *commodity* y no un bien estratégico de carácter no renovable. Asimismo, dispuso la liberación total de los precios en todas las etapas de la producción, permitiendo la libre capacidad de refinación, de instalación y titularidad de bocas de expendio. Este decreto fue el que completó la desregulación en el sector, por la cual se "privilegian los mecanismos de mercado", tomando como referencia los precios internacionales en vez de los costos internos. Por último, el decreto 1589/89, extendió el principio de libre disponibilidad a los contratos celebrados en el marco del "Plan Houston"⁽²⁶⁾, estableció la libre disponibilidad de las divisas generadas por la comercialización de hidrocarburos, y liberó la exportación e importación de hidrocarburos de todo arancel, derecho o retención presente o futuro.

La política de desregulación del sector de hidrocarburos logró su propósito de atraer inversiones privadas, en un sector donde evidentemente, dados sus elevados costos y su gran especificidad técnica, la integración de capitales públicos y privados, tanto nacionales como internacionales, es necesaria y hasta conveniente. Sin embargo, este marco (des)regulatorio no estableció ninguna pauta concreta de cómo estas políticas iban a contribuir al bienestar general, ni una consideración de "para qué" necesitábamos los argentinos estas medidas, o en qué nos iban a beneficiar⁽²⁷⁾.

(26) Decretos 1443/85 y 623/87.

(27) Este grave problema me recuerda la crítica que ya formulara Raúl Scalabrini Ortiz a la legislación argentina en 1935. Decía Scalabrini Ortiz: "Las leyes argentinas parecen luccbraciones literarias. De ninguna de ellas podría deducirse la realidad de la vida argentina. Flotan sobre el país como una nube, sin mantener con él más adhesión y contacto que una leve sombra de necesidad. Hay 12 mil leyes argentinas, pero ninguna se propone resolver un verdadero problema local. Como ejemplo podría adaptarse una cualquiera, como la que propende a estimular la construcción de elevadores de granos dictada en enero de 1900. Se concede en ella un sinnúmero de ventajas y privilegios a los constructores, se exime de derechos aduaneros a sus materiales, se arrienden las superficies portuarias a locaciones baratas. Pero en ningún artículo se especifican obligaciones, ni se trata de averiguar a quién van a servir esos elevadores que de por sí constituyen una herramienta de monopolio en el

A pesar de la retórica de que al sector privado sólo se le garantizaría una “recuperación de la inversión y una ganancia razonable”, en la práctica, esta política sirvió para sustituir lisa y llanamente al Estado por el mercado. Se reemplazaron los objetivos del autoabastecimiento y de la promoción del interés general, por los de maximización de beneficios de las empresas privadas y los de libre disposición de la producción y las ganancias. Y se permitió, debido a esta ausencia del Estado, que muchas empresas explotaran los recursos irracionalmente y sin ninguna orientación ni control. Así, mientras el mercado estuvo a cargo de “regular” la actividad hidrocarburífera, se produjeron notables abusos por parte de grandes empresas, cuyas consecuencias fueron ni más ni menos que el abandono de la inversión en la exploración, refinación y transporte de hidrocarburos, la caída de las reservas de gas y petróleo, la pérdida del autoabastecimiento, el aumento en dólares de los combustibles por encima de la inflación, y el giro de utilidades al exterior sin ningún tipo de control. Por ello, y dada la experiencia concreta de nuestro país en la materia, hasta la más cauta y modesta concepción de la regulación hubiera exigido —como lo acaba de hacer el decreto 1277/2012— la derogación de las principales disposiciones de estas normas de desregulación, y una reconsideración de la conveniencia de una nueva regulación estatal integral.

Algunos operadores jurídicos han considerado que estos decretos fueron dictados en el marco de una delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, e incluso se ha llegado a decir que tenían rango de ley⁽²⁸⁾. Cabe aclarar, sin embargo, que los decretos mencionados se dictaron como supuestas reglamentaciones del marco legal vigente a esa fecha. Según los considerandos del decreto 1055/89, éste fue dictado como una “reglamenta-

comercio de granos. ¿Quién los iba a usar? ¿Con qué fin? A esas menudencias no se refiere la ley. Es como para creer que los legisladores estuvieron animados por el propósito meramente estético de contemplar sobre la tierra argentina el curioso perfil de la mole de un elevador de granos” (el resaltado me pertenece). Ver SCALABRINI ORTIZ, RAÚL, *Política Británica en el Río de la Plata*, Buenos Aires, Editorial Fundación Ross, 2008, p. 16.

(28) Ver, por ejemplo, RAMOS MEJÍA, JUAN F., “El Régimen Jurídico del Abastecimiento Interno de Hidrocarburos”, *Revista Petrotecnia*, Abril de 2008, p. 33, invocando las leyes 25.148 y 25.645; y CABOT, DIEGO, “Intervienen el sector petrolero: fijarán precios e inversiones”, *Diario La Nación* 28/07/2012, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1494030-intervienen-el-sector-petrolero-fijaran-precios-e-inversiones>. Aun cuando esto no signifique otorgarles rango de ley, cabe agregar que se han presentado incluso varios proyectos de ley proponiendo su derogación. Ver Exptes. Nros. 3689-D-2012; 2841-D-2012; 2840-D-2012; 2230-D-2012. Disponibles en <http://www.diputados.gov.ar/>.

ción” de los arts. 8, 9, 10 y 11 de la ley 23.696 y los arts. 2, 6, 11, 95 y 98 del decreto-ley 17.319. En el visto y en los considerandos del decreto 1212/89 se alega que fue dictado en el marco de la ley 23.696 y del decreto 1055/1989. Y en el decreto 1589/1989 se hace referencia al marco del decreto-ley 17.319 y de los decretos 1055/89 y 1212/89. De esta forma, los decretos desregulatorios quedaron alcanzados por la doctrina de la “delegación impropia”, establecida por la (CSJN) en el caso Cocchia⁽²⁹⁾. Por ello, aun cuando pudiera argumentarse que las medidas que “ejecutaron” estos decretos implicaron, en realidad, una lisa y llana modificación del marco legal existente hasta ese momento —alterando además, tanto su letra como su espíritu⁽³⁰⁾—, entiendo que de ninguna manera puede otorgársele rango legal a estos decretos de desregulación. En consecuencia, y aun si se considerara que ellos no son propiamente reglamentos de ejecución, en los términos del art. 99, inc. 2) de la CN, el Poder Ejecutivo Nacional está facultado para disponer su derogación por esta vía —como de hecho, lo ha decidido, en forma parcial, mediante el decreto 1277/2012—.

(29) CSJN, “Cocchia, Jorge D. c/ Estado nacional y otro s/ acción de amparo”, 02/12/1993. Fallos 316:2624. En este caso, la mayoría de la Corte entendió que el decreto 817/92, que era objeto de impugnación judicial, se había dictado en virtud de lo que calificó como “bloque de legalidad”, integrado por las leyes 23.696, de Reforma del Estado, 23.697, de Emergencia Económica, 24.093, de Puertos, y en el Tratado de Asunción, que dio nacimiento al Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Estas normas, que al decir de la Corte constituyan un verdadero Programa de Gobierno, que puso en marcha un proceso de transformación estatal y de integración regional, supuestamente definían la clara política legislativa exigida por su jurisprudencia, y justificaban el dictado del decreto en cuestión, el cual no era más que uno de sus instrumentos. Para justificar su decisión, la Corte además realizó una singular clasificación de los reglamentos de ejecución en: a) adjetivos: cuya fuente se encontraba en el art. 86, inc. 2 de la Constitución (texto 1853/60), que serían los que se dictan para poner en práctica las leyes cuando éstas requieren de alguna determinada actividad del Poder Ejecutivo para su efectiva vigencia. Se trata, en definitiva, de normas de procedimiento para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración. b) Sustantivos: se trata de la denominada delegación impropia. En estos casos, el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador. No existe aquí transferencia alguna de competencia. El legislador define la materia que quiere regular, la estructura y sistematiza, expresa su voluntad en un régimen en sí mismo completo y terminando, pero cuya aplicación concreta relativa a tiempo y materia queda reservada a la decisión del Poder Ejecutivo. El fundamento constitucional de este tipo de normas se encontraba, según el Tribunal, en el juego armónico de los arts. 67, inc. 28, que regulaba los denominados poderes implícitos del Congreso, y el ya citado art. 86, inc. 2 de la Constitución Nacional (texto 1853/60). En el mismo sentido, ver BARRA, RODOLFO C., *Reglamentos administrativos*, La Ley 1999-F, p. 1034.

(30) BESTARD, ANA M., “Delegación de Facultades Legislativas en el Poder Ejecutivo”, en Jorge H. Gentile (comp.), *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 379/595.

Durante las dos décadas de vigencia de estos decretos de desregulación, la base del régimen jurídico del sector hidrocarburífero sufrió una especie de “enfriamiento regulatorio”⁽³¹⁾. No obstante, en los últimos años se han introducido algunos cambios en la materia. A mero título ejemplificativo, puede citarse la resolución N° 1679/2004 de la Secretaría de Energía, que restableció la operatividad del Registro de Operaciones de Exportación previsto en el art. 1 del decreto 645/2002, donde deben registrarse todas las operaciones de exportación de gas oil y petróleo crudo y —luego de la modificación introducida por la resolución N° 1338/2006— de los productos nafta, fuel oil y sus mezclas, diesel oil, aerokerosene o jet-fuel, lubricantes, asfaltos, coke y derivados para uso petroquímico. En la reglamentación de este registro⁽³²⁾ se establece también que “la Subsecretaría de Combustibles no dará curso a aquellas operaciones de exportación de gas oil, gas licuado de petróleo y de petróleo crudo que comprometan el abastecimiento de las firmas elaboradoras, fraccionadoras y refinadoras locales inscriptas en la Secretaría de Energía” (art. 4) y que “las empresas productoras titulares de concesiones de explotación de hidrocarburos y/o titulares de derechos de explotación de hidrocarburos de acuerdo a la normativa en vigencia, estarán obligadas a satisfacer la demanda interna de gas licuado de petróleo y petróleo crudo a las refinerías locales de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la ley 17.319”. La citada resolución N° 1679/2004 prevé también que “las refinerías primarias o secundarias cuya cuota de mercado resulte superior a su capacidad de producción propia, deberán responsabilizarse ante la Subsecretaría de Combustibles de la Secretaría de Energía por el abastecimiento continuo y a precios equivalentes a los del mercado, de toda la demanda de su cadena de comercialización, y ello así con el objeto de no producir problemas de abastecimiento puntuales en algunos segmentos del mercado. En caso que la refinería en cuestión no se haga responsable por el abastecimiento continuo de su cadena comercial, los integrantes de su cadena podrán recurrir a proveedores distintos de su refinadora habitual, independiente-

(31) Se habla de “enfriamiento regulatorio” cuando los gobiernos se vuelven reacios a realizar modificaciones o mejoras en la regulación, aun cuando de esa forma promoverían el interés público o beneficiarían intereses económicos más generales, porque temen de alguna manera a las consecuencias legales que pueden sobrevenir. Ver BOHOSLAVSKY, JUAN P., “La jurisprudencia arbitral en el sector del agua: cuestiones sobre ‘enfriamiento regulatorio’ y derecho aplicable”, *Revista La Ley*, Suplemento de Derecho Administrativo, agosto 2010, p. 127.

(32) Resolución N° 38/2002 de la Secretaría de Energía.

mente de las cláusulas que vinculen a las partes, con el objeto de garantizar la posibilidad que esos integrantes de la cadena comercial puedan adquirir gas oil de otro proveedor y mantener abastecidos a sus clientes habituales (...). En estos casos el comprador del gas oil deberá hacerse responsable ante la Subsecretaría de Combustibles del control de la calidad del combustible adquirido, a todos los efectos que pudieran resultar de los controles habituales que se realizan en materia de calidad de combustibles líquidos" (art. 7). También prevé que "las refinadoras primarias o secundarias no podrán, a consecuencia de paradas técnicas previstas o imprevistas, o por la aplicación de programas de mantenimiento programado, o por modificaciones o mejoras en los procesos de sus refinerías, dejar de abastecer adecuadamente a su cadena comercial. A estos efectos, cada refinadora será la responsable de mantener abastecidos a su clientes mayoristas y minoristas por un volumen no menor, que su participación proporcional en el mercado demandante". En materia de reservas, por su parte, la resolución N° 324/2006 de la Secretaría de Energía exige que las empresas permissionarias de exploración y concesionarias de explotación de hidrocarburos presenten en forma anual la información sobre las reservas comprobadas, no comprobadas y recursos de hidrocarburos líquidos y gaseosos correspondientes a las áreas de las cuales sean titulares, la que deberá estar certificada por auditores externos a dichas empresas. Asimismo, la libre disponibilidad de divisas que establecía el decreto 1589/89 ha quedado sin efecto luego del dictado del decreto 1722/2011, que establece la obligatoriedad del ingreso y negociación en el mercado de cambios de la totalidad de las divisas provenientes de operaciones de exportación por parte de empresas productoras de petróleos crudos o de sus derivados, gas natural y gases licuados y de empresas que tengan por objeto el desarrollo de emprendimientos mineros.

Sin embargo, ha sido recién con la sanción de la ley 26.741 y su reglamentación que se produjo una modificación sustancial del marco regulatorio del sector. Son éstas las normas que abren un nuevo capítulo en el lento sendero de recuperación del rol del Estado en materia regulatoria —el cual tendrá, por supuesto, sus propias características⁽³³⁾. Sus efectos probables y posibles en el régimen jurídico del sector hidrocarburífero nacional son ade-

(33) Según Kahn: "la historia reciente nos enseña que la evolución de la política regulatoria nunca llegará a su fin. Y que el sendero que toma no es el de un círculo completo, o el de un péndulo "que nos devolverían nuevamente al punto de partida" sino el de un espiral, que

más, todavía inciertos, y ameritarán seguramente un nuevo y más detallado estudio. Resulta necesario, no obstante, empezar a esbozar desde ahora algunos lineamientos básicos, que sirvan para un análisis jurídico futuro.

3 | Los nuevos principios de la política hidrocarburífera nacional y las facultades regulatorias del Poder Ejecutivo Nacional

La decisión del Estado argentino de expropiar el 51% de la participación accionaria de la empresa española Repsol en YPF S.A., constituye una vuelta de tuerca a la política de apertura del sector energético a la actividad privada iniciada a principios de la década de 1990. Sin embargo, la ley 26.741 tiene alcances mucho más amplios que la —por cierto, no menor— citada decisión de expropiación. En su art. 1, la ley declara de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina no sólo “el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos”, como ya lo hacía el decreto-ley 17.319, sino también “la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones”. En este sentido, es interesante señalar que la ley también exige que la gestión de los derechos accionarios correspondientes a las acciones sujetas a expropiación, por parte del Estado Nacional y las provincias, se deba efectuar con arreglo a la contribución estratégica de la empresa en el cumplimiento de estos objetivos (art. 16). Por ello, no comparto aquellas opiniones que sostienen que la ley 26.741 coloca al autoabastecimiento en el centro de la política hidrocarburífera, del mismo modo que lo habían hecho antes la ley 14.773 y el decreto-ley 17.319, sin aportar ningún elemento novedoso⁽³⁴⁾.

tiene una dirección definida hacia adelante, en búsqueda de nuestro ideal regulatorio”. Ver KAHN, ALFRED E., “Deregulation: Looking backward and looking forward”, op. cit.

(34) En este sentido ver, por ejemplo, las opiniones de WALSH, JUAN R., “La expropiación de YPF y la política energética”, Suplemento Actualidad, Revista La Ley, 10/05/2012, p. 1; y SA-

Asimismo, la ley 26.741, al tiempo que reafirma la calidad del Poder Ejecutivo Nacional como autoridad a cargo de la fijación de la política en la materia (art 2)⁽³⁵⁾, establece los principios que deberán regir la política hidrocarburífera de la República Argentina. Según el art. 3 de la ley, estos principios son: a) la promoción del empleo de los hidrocarburos y sus derivados como factor de desarrollo e incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y de las provincias y regiones; b) la conversión de los recursos hidrocarburíferos en reservas comprobadas y su explotación y la restitución de reservas; c) la integración del capital público y privado, nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales; d) la maximización de las inversiones y de los recursos empleados para el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos en el corto, mediano y largo plazo; e) la incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión que contribuyan al mejoramiento de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y la promoción del desarrollo tecnológico en la República Argentina con ese objeto; f) la promoción de la industrialización y la comercialización de los hidrocarburos con alto valor agregado; g) la protección de los intereses de los consumidores relacionados con el precio, calidad y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos; y h) la obtención de saldos de hidrocarburos exportables para el mejoramiento de la balanza de pagos, garantizando la explotación racional de los recursos y la sustentabilidad de su explotación para el aprovechamiento de las generaciones futuras.

En otras palabras, y volviendo a la cita de Raúl Scalabrini Ortiz⁽³⁶⁾, esta ley sí explicita cuáles son sus objetivos, a quiénes pretende beneficiar, y cuál es su finalidad última. En este sentido, el mensaje de elevación al Congreso del proyecto que luego se convertiría en la ley 26.471, explica que:

Varias razones convierten al precio y a la provisión de combustibles en un factor determinante para el desenvolvimiento de

CRISTÁN, ESTELA B., "La nueva ley de hidrocarburos para el control estatal de YPF", Suplemento Actualidad, Revista La Ley, 14/06/2012, p. 1.

(35) En el mismo sentido que el decreto-ley 17.319 (art. 3) y la ley 26.197 (art. 2).

(36) SCALABRINI ORTIZ, RAÚL, op. cit.

la actividad económica. Hay tres elementos a tener en cuenta y que aconsejan la injerencia directa del Estado en la política de precios y cantidades: su impacto sobre la competitividad de la economía, el efecto de su precio sobre el poder adquisitivo de los salarios y la apropiación de los excedentes derivados de la explotación de los hidrocarburos.

El petróleo es un insumo difundido en la estructura productiva del país, participando como un costo directo en una enorme variedad de procesos industriales. A su vez, como combustible para el transporte, está también involucrado en la cadena de comercialización y distribución de casi cualquier producto. De esta forma, la competitividad de la producción del país reposa en buena medida sobre el costo de la energía y, por tanto, sobre el precio doméstico del petróleo.

Los precios de los combustibles deben ser tales que no sólo permitan la obtención de una ganancia razonable para los capitales privados involucrados en la actividad, sino que también deben contribuir a garantizar la competitividad de la industria doméstica a nivel internacional. Si el precio del combustible y la energía está fijado a un nivel artificialmente elevado, la industria del país deja de ser competitiva aún cuando en el terreno tecnológico, organizativo y de la productividad laboral alcance los mejores estándares internacionales. El petróleo y el gas se convierten entonces en factores centrales para la competitividad de la industria nacional. En ausencia de una política que asegure su provisión a precios adecuados, todos los esfuerzos que se realicen para desarrollar al país y sus exportaciones pueden verse frustrados. A su vez, el acceso por parte de los consumidores a combustibles con precios y cantidades adecuadas, evita asimetrías distributivas.

La injerencia del Estado en la producción de hidrocarburos y, por tanto, sobre su precio contribuye además a aislar a la economía doméstica de los vaivenes de la economía mundial, permitiendo protegerla de los shocks externos, reduciendo así su vulnerabilidad y mitigando la incertidumbre derivada de tal circunstancia.

Por lo expuesto, resulta evidente que los hidrocarburos son un recurso estratégico, ya que el autoabastecimiento de combustibles es un determinante central para el desarrollo de nuestro país, y por tanto debe ser considerado como una producción de interés público”.

En este marco, entiendo que la sanción de la ley 26.741 significa un cambio importante en el régimen jurídico del sector, al introducir nuevas bases para el diseño de la política hidrocarburífera nacional, y objetivos claros que deben tenerse en cuenta a la hora de aplicarla y controlar su cumplimiento. Esto requiere, en mi opinión, no sólo una revisión de aquellas disposiciones del marco regulatorio que puedan resultar contrarias a estos principios —cosa que ha empezado a hacer el reciente decreto 1277/2012, al derogar las principales cláusulas de los decretos de desregulación del sector—, sino también la sanción de nuevas medidas tendientes a concretar los ambiciosos objetivos propuestos por la ley. Y, por supuesto, un mejor y más estricto control del cumplimiento de la normativa vigente. Ahora bien, ¿qué medidas podría adoptar el Poder Ejecutivo Nacional en el diseño de esta nueva política?

En primer lugar, cabe recordar que, como consecuencia de la forma federal de gobierno adoptada por la Constitución Nacional, las regulaciones en materia económica provienen de distintos niveles de gobierno: el Estado federal, las provincias y, con ciertas limitaciones, los municipios; siendo el principio general la conservación por parte de las provincias de todo el poder no delegado en la Constitución al gobierno federal (art. 121 CN) y el “dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” (art. 124 CN). Y, en segundo lugar, que según la división de funciones entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial prevista en nuestra Constitución Nacional, y las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, la restricción (por vía de regulación) de los derechos, requiere la sanción de leyes formales del Congreso⁽³⁷⁾; correspondiendo al Poder

(37) Ver, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que la locución “leyes”, utilizada por el art. 30 de la CADH, “no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”. Ver CORTE IDH, *La expresión*

Ejecutivo Nacional el dictado de las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de dichas leyes (art. 99, inc. 2 CN)⁽³⁸⁾.

En relación a la distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia de regulación del sector hidrocarburífero, la Constitución Nacional ha previsto en el art. 75, inc. 12 la potestad del Congreso de la Nación de dictar, en un cuerpo unificado o a través de leyes separadas, el Código de Minería, con la convicción de que resulta necesario que esta actividad económica encuentre un marco uniforme en todo el país⁽³⁹⁾. En este sentido, la CSJN ha señalado que “al conferir al Poder Legislativo de la Nación la facultad de dictar el Código de Minería, la Constitución Nacional le otorgó la atribución de establecer en su integridad el régimen legal de las minas, entre las cuales se encuentran los yacimientos de hidrocarburos, que interesan en este caso. En relación con lo expuesto, resulta pertinente destacar los siguientes aspectos: a) la mentada reglamentación de las minas puede estar contenida en el código de la materia, en las leyes nacionales que se incorporan a éste o en las que lo integran, modifican o amplían, todo lo cual comporta el ejercicio de la misma potestad legislativa del art. 67, inc. 11 [actual art. 75, inc. 12 CN] que se está considerando (doctrina Fallos: 248:781; 250:236; La Ley, 105-507; 104-420 (...); b) tal ordenamiento incluye todas las instituciones típicas y específicas de la aludida rama del derecho (...)”⁽⁴⁰⁾. Como explica Gregorio Badeni, “[l]a cláusula que faculta al Congreso para dictar los códigos debe ser interpretada en el sentido de que el mismo no solamente puede aprobar esos cuerpos normativos, sino también leyes que versen sobre materias reguladas por ellos aunque no estén formalmente incorporadas a esos códigos. Otro tanto respecto de las normas procesales que son inescindibles de aquellas (...). En la interpretación constitucional, el enfoque sistemático debe pre-

“leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, Serie A N° 6, 9 de mayo de 1986.

(38) Sin perjuicio de las facultades excepcionales de dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3) CN); y, en casos específicos, referidos a materias determinadas de administración o de emergencia pública, del ejercicio de la competencia delegada por el Congreso durante un plazo determinado, y dentro de las bases legalmente establecidas (art. 76 CN).

(39) SARAVIA, LUIS ADOLFO, *El petróleo y las provincias*, La Ley 1999-B, p. 1182.

(40) CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 03/05/1979, Fallos 301:341. En el mismo sentido, ver entre otros: CSJN, *Provincia de Mendoza c/ Nación Argentina*, 02/08/1988, Fallos 311:1265.

valecer sobre el enfoque literal. Lo fundamental es que la norma, integre o no un código, recaiga sobre algunas de las materias de derecho común citadas por la Constitución. En tal caso, solamente el Congreso será competente para dictarla porque, lo esencial, no es la forma bajo la cual se establece la norma sino la materia que regula”⁽⁴¹⁾. En consecuencia, entiendo que, en principio, el Congreso Nacional tiene competencia exclusiva para legislar en materia de hidrocarburos⁽⁴²⁾. No se trata, entonces, del ejercicio de facultades concurrentes con las provincias —aunque podría serlo, en la hipótesis del ejercicio de competencias que no se encontraren contenidas dentro de la amplia delegación efectuada por el art. 75, inc. 12 CN—, como sí ocurre respecto de otros recursos naturales, de conformidad con lo establecido en los arts. 41 y 75, inc. 17, 18, 19 y 23 CN⁽⁴³⁾.

No obsta a esta interpretación la cláusula del art. 124 de la CN, que reconoce a las provincias “el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Primero, porque los recursos naturales de la República Argentina pertenecen a —y sus beneficios deben ser distribuidos entre— todos los habitantes de la Nación, de acuerdo a lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1.2)⁽⁴⁴⁾, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1.2)⁽⁴⁵⁾, y en el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional⁽⁴⁶⁾. Segundo, porque como indica Edmundo Catalano: “no obstante ser las minas del dominio originario de las provincias, la Constitución ha reservado exclusivamente al Congreso la facultad de legislar sobre ellas, asignándole un

(41) BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2^a ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II, p. 1520.

(42) Como argumenta CATALANO, EDMUNDO F., *Código de Minería Comentado*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1997, p. 72.

(43) Ver la muy interesante interpretación constitucional propuesta por REBASA, MARCOS y CARBAJALES, JUAN J., “Los recursos naturales en la Reforma del '94: aportes para una interpretación constitucional. (El caso de los hidrocarburos)”, Suplemento de Derecho Administrativo, *Revista La Ley*, junio de 2011, LL 2011-C, p. 1167.

(44) A.G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (Nº 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

(45) A.G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (Nº 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

(46) En el mismo sentido, ver REBASA, MARCOS y CARBAJALES, JUAN J., op. cit., p. 42; y CONESA, EDUARDO, *La reactivación económica y el precio interno del petróleo*, La Ley, 2003-D, p. 1388.

poder completo, que no tiene otro límite que el respeto a la integridad del dominio provincial y la condición de no afectar las jurisdicciones locales, conforme lo dispone el actual art. 75, inc. 12, de la Constitución”⁽⁴⁷⁾. Tercero, porque, como dice en forma coincidente la doctrina mayoritaria en nuestro país —y como surge claramente de los debates de la Convención Nacional Constituyente⁽⁴⁸⁾—, el reconocimiento del “dominio originario” de los recursos naturales no implicó de ninguna manera el reconocimiento de la jurisdicción sobre éstos⁽⁴⁹⁾. Ello así ya que, como ha señalado la CSJN: “dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pudiendo existir uno sin la otra”⁽⁵⁰⁾. En este sentido, se ha dicho que mientras el dominio se ejerce sobre las cosas, la jurisdicción lo hace sobre las relaciones. Por ello, es perfectamente factible que no haya coincidencia entre el titular del dominio y el de la jurisdicción⁽⁵¹⁾. En palabras de la CSJN: “el artículo 124, *in fine*, de la Constitución Nacional sólo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio mas no la jurisdicción sobre ellos”⁽⁵²⁾. En consecuencia, como argumentan Marcos Rebasa y Juan J. Carbajales⁽⁵³⁾, las facultades de política en materia de hidrocarburos del Estado Nacional son amplias y gene-

(47) CATALANO, EDMUNDO F., op. cit.

(48) Ver Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 28a. reunión, 3a. sesión ordinaria, 10/11 de agosto de 1994, citado en DE SIMONE, ORLANDO, *El dominio originario de los recursos naturales*, La Ley, 1997-C, p. 1440.

(49) SABSY, DANIEL A. y ONAINDÍA, JOSÉ M., *Constitución de los Argentinos*, Buenos Aires, Errépar, 1994, p. 383; CATALANO, EDMUNDO F., op. cit., p. 72; REBASA, MARCOS Y CARBAJALES, JUAN J., “Los recursos naturales en la Reforma del ‘94”, op. cit.; SARAVIA, LUIS A., op. cit.; ÁBALOS, MARÍA G., “Ambiente y minería: Distribución de competencias en el federalismo argentino”, Suplemento de Derecho Constitucional, *Revista La Ley*, febrero de 2011, p. 16; DE SIMONE, ORLANDO, “La nueva ley de hidrocarburos. El dominio originario de los recursos naturales. Nulidad del artículo 124 de la Constitución Nacional”, Suplemento Actualidad, *Revista La Ley*, 01/02/2007. En contra de esta interpretación, ver EGEA, FEDERICO M., “Alcances del concepto de dominio originario de las provincias en el sistema federal argentino”, Suplemento de Derecho Administrativo, *Revista La Ley*, febrero de 2009, La Ley 2009-A, p. 1170.

(50) CSJN, “Marconetti Boglione y Cía. c/ Municipalidad de Santa Fe”, 03/05/1979, *Fallos* 154:312.

(51) FRÍAS, PEDRO J., *Derecho Público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 172; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1952, t. IV, p. 14; SABSY, DANIEL A. y ONAINDÍA, JOSÉ M., op. cit.

(52) CSJN, “Chevron San Jorge S.R.L. c/ Provincia del Neuquén”, 01/11/2011, *Fallos* 334:1162.

(53) REBASA, MARCOS Y CARBAJALES, JUAN J., op. cit.

rales, y no tienen mayores restricciones que el respeto por la titularidad de las provincias respecto de la disposición del recurso —es decir, el respeto del otorgamiento y administración de las concesiones hidrocarburíferas provinciales, como lo reconoce la ley 26.197⁽⁵⁴⁾—.

En este marco constitucional, el decreto-ley 17.319 del año 1967 y, más recientemente, las leyes 26.197 y 26.741, establecen que el diseño de las políticas relacionadas con las actividades hidrocarburíferas es responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional. En mi opinión, estas cláusulas deben interpretarse como una reafirmación de la competencia del Estado Nacional para reglamentar las leyes referidas a estas materias; mas no como una delegación de facultades amplias, sin bases y sin plazo, del Congreso Nacional al Poder Ejecutivo Nacional, vedada por el art. 76 de la Carta Magna. En este sentido, cabe tener presente la interpretación restrictiva de este instituto que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al manifestar, en el caso “Colegio Público de Abogados”, que “en materia de delegación legislativa, a partir del sentido que se buscó asignar al texto constitucional argentino y de las características del modelo norteamericano seguido por la Convención Constituyente de 1994, se desprende que la delegación sin bases está prohibida y que, cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate”⁽⁵⁵⁾.

(54) Según el artículo 6 de la citada ley: “[I]as provincias, como Autoridad de Aplicación, ejercerán las funciones de contraparte de los permisos de exploración, las concesiones de explotación y de transporte de hidrocarburos objeto de transferencia, estando facultadas, entre otras materias, para: (I) ejercer en forma plena e independiente las actividades de control y fiscalización de los referidos permisos y concesiones, y de cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado nacional; (II) exigir el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales que fueran de aplicación en materia de inversiones, explotación racional de los recursos, información, y pago de cánones y regalías; (III) disponer la extensión de los plazos legales y/o contractuales; y (IV) aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley N° 17.319 y su reglamentación (sanciones de multa, suspensión en los registros, caducidad y cualquier otra sanción prevista en los pliegos de bases y condiciones o en los contratos). Las facultades descriptas en el párrafo anterior, no resultan limitativas del resto de las facultades derivadas del poder concedente emergentes de la Ley N° 17.319 y su reglamentación”.

(55) CSJN, Colegio Público de Abogados, 04/11/2008, Fallos 331:2406.

No obstante, entiendo que el marco legal actual en materia de hidrocarburos permite el ejercicio de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional mediante el dictado de decretos de ejecución, en los términos del art. 99, inc. 2) de la Constitución Nacional. Por supuesto, el grado de extensión del campo de los reglamentos de ejecución es variable, y depende de cada caso en particular, en razón de la materia de que se trate. El principio general es que el Presidente de la Nación puede expedir “las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”⁽⁵⁶⁾. Como explica Carlos Balbín, esto significa, por un lado, que obviamente el reglamento no puede contradecir la ley, debiendo constituir entre ambos un cuerpo normativo dotado de unidad, y que resulte coherente; y, por el otro, “que el decreto no puede limitar los derechos o garantías que reconoce la ley o, en su caso, extender una situación gravosa o restrictiva de los derechos de las personas. Más aún, el reglamento sólo debe incluir aquello que fuere imprescindible para la aplicación, ejecución, desarrollo o interpretación de la ley, según el contenido y grado de detalle de esta última”⁽⁵⁷⁾. Asimismo, es necesario precisar que esta competencia reglamentaria corresponde al Presidente de la Nación y no puede —en principio— ser delegada en órganos inferiores; salvo cuando exista una transferencia directa, mediante una ley formal del Congreso, de la potestad reglamentaria en los órganos inferiores (desconcentración), o cuando la delegación esté expresamente prevista en la ley⁽⁵⁸⁾. En este sentido, la CSJN ha decidido en un fallo reciente que no es procedente la ratificación en forma retroactiva de actos viciados de incompetencia en razón del grado —en los términos del art. 19 del decreto-ley 19.549—, si no existe habilitación legislativa para que el Poder Ejecutivo Nacional subdelegue las facultades que le fueron otorgadas por el Congreso, toda vez que “el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (art. 3º de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en

(56) Art. 99, inc. 2) CN.

(57) BALBÍN, CARLOS F., op. cit., p. 318.

(58) BALBÍN, CARLOS F., op. cit., p. 323.

órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes”⁽⁵⁹⁾.

Ahora bien, en la materia específica de la reglamentación del marco legal del sector hidrocarburífero, entiendo que el régimen sustancial establecido en el decreto-ley 17.319 y en la ley 26.741 podría ser reglamentado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el diseño y la aprobación de pautas específicas en materia de concesiones de exploración y explotación de hidrocarburos; de control de información estadística sobre las condiciones de exploración y explotación, conservación de las reservas, producción, transporte, importación y exportación de fluidos; a través del establecimiento de políticas relacionadas con el precio, la calidad y la disponibilidad de los derivados de hidrocarburos, que estén dirigidas a proteger los intereses de los consumidores, etc. Todo ello, en tanto no se altere el espíritu del marco legal vigente, es decir, mientras estas medidas reglamentarias tengan como objetivo, y sean conducentes para “el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos”, para “garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones”; y mientras respeten los principios establecidos en el art. 3 de la ley 26.741.

Por lo pronto, el Poder Ejecutivo Nacional acaba de dictar, con fecha 25 de julio de 2012, el decreto 1277/2012, mediante el cual se derogan las principales disposiciones sobre libre disponibilidad de hidrocarburos y derivados que estaban previstas en los decretos 1055/89, 1212/89 y 1589/89 (art. 2); y se aprueba el Reglamento del Régimen de Soberanía Hidrocarburífera de la República Argentina, que viene a reglamentar la ley 26.741 (art. 1).

Básicamente, este reglamento crea una comisión tripartita —la Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas—, integrada por representantes de la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo, la Secretaría de Energía,

(59) CSJN, “YPF S.E. c/ Esso SAPA s/ proceso de conocimiento”, 03/07/2012. En igual sentido, ver GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, Parte General, 10^a ed., Buenos Aires, FDA, 2009, t. I, p. VII-35. En contra, COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, t. I, p. 138.

y la Secretaría de Comercio Interior, que estará a cargo de elaborar anualmente un “Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas”. De acuerdo a su art. 6, dicho plan “será diseñado a partir de una evaluación completa e integral del Sector Hidrocarburífero de la República Argentina y establecerá los criterios y las metas deseables en materia de inversiones en exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos, a los fines de garantizar la maximización de las inversiones y de los recursos empleados para el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos en el corto, mediano y largo plazo, asegurando el cumplimiento de los principios y objetivos perseguidos por la Ley N° 26.741”. A los fines de que esta Comisión pueda evaluar el desempeño del sector y diseñar su plan, el reglamento le impone a las empresas que realicen actividades de exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos, la obligación de suministrar la información técnica, cuantitativa y/o económica que ésta estime necesaria (arts. 11, 16 y 23). Asimismo, la Comisión tendrá a su cargo un Registro Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas, en el cual deberán inscribirse todas las empresas que realicen las actividades recién mencionadas, y donde deberán presentar, antes del 30 de septiembre de cada año, su respectivo “Plan Anual de Inversiones⁽⁶⁰⁾”. La Comisión tendrá un plazo de 60 días para evaluar la adecuación y consistencia de los planes presentados por las empresas con su Plan Nacional, encontrándose facultada para solicitar las readecuaciones que estime necesarias, para auditar y fiscalizar en forma trimestral su respectivo cumplimiento, y para aplicar las sanciones previstas en el capítulo VI del reglamento.

En materia de refinación de hidrocarburos, el reglamento concentra en la Comisión la competencia de regular los grados de utilización mínimos para las refinadoras primarias o secundarias (art. 20), y de adoptar medidas de promoción, fomento y coordinación, a los fines de “garantizar el crecimiento de la capacidad de procesamiento local de acuerdo a las metas y exigencias del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas” (art. 22). En cuanto a la comercialización de hidrocarburos se prevé que, a los fines de asegurar precios comerciales razonables, la Comisión “publicará precios de referencia de cada uno de los componentes de los costos y precios de

(60) Ver arts. 12, 17 y 24 del decreto 1277/89. En el caso de las empresas que realicen actividades de explotación de hidrocarburos, su plan anual de inversiones deberá incluir su plan de inversiones en recuperación primaria y secundaria de reservas.

referencia de venta de hidrocarburos y combustibles, los cuales deberán permitir cubrir los costos de producción atribuibles a la actividad y la obtención de un margen de ganancia razonable” (art. 27). El artículo siguiente, por su parte, agrega que la Comisión “auditará y fiscalizará en forma periódica la razonabilidad de los costos informados por los productores y los respectivos precios de venta; encontrándose facultada para adoptar las medidas que estime necesarias para evitar y/o corregir conductas distorsivas que puedan afectar los intereses de los consumidores en relación al precio, calidad y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 20.680”. Finalmente, y relacionado con este último punto, el reglamento concentra en la Comisión la competencia exclusiva para la aplicación de las disposiciones previstas en el decreto-ley de abastecimiento, respecto de las actividades hidrocarburíferas.

En síntesis, el decreto 1277/2012 parece presentar dos grandes novedades. Por un lado, deja sin efecto las principales disposiciones sobre libre disponibilidad de hidrocarburos y derivados que estaban previstas en los decretos 1055/89, 1212/89 y 1589/89, retornando a un sistema de precios de referencia. Y, por otro lado, pasa en limpio las obligaciones que, en gran medida, ya recaían sobre las empresas del sector, en materia de elaboración de planes de inversión y remisión de información, concentrando en una autoridad federal la competencia de orientar, auditar y fiscalizar las inversiones, así como para aplicar el régimen sancionador ya previsto en la legislación vigente del sector⁽⁶¹⁾.

4 | Conclusión

La sanción de la ley 26.741, y su reciente reglamentación, han abierto un nuevo camino hacia la recuperación del rol del Estado Nacional en la regulación del sector hidrocarburífero, dejando atrás las principales disposiciones de los decretos desregulatorios 1055/89, 1212/89 y 1589/89. Seguramente, ante esta modificación sustancial del marco regulatorio, al-

(61) Según Balbín, aun cuando es el Poder Legislativo el competente para regular el ámbito sancionador, éste no debe necesariamente precisar cuál es el órgano administrativo competente para aplicarlo, sino que puede hacerlo perfectamente el ejecutivo por medio de sus reglamentos. En palabras del autor: “la ley o el reglamento indistintamente pueden establecer cuál es el órgano competente para aplicar el régimen sancionador”. Ver BALBÍN, CARLOS F., op. cit., p. 811.

gunos se preguntarán ¿qué incentivo podrían tener ahora las empresas privadas para desarrollar yacimientos en Argentina, si no se les asegura la libre disponibilidad de lo que descubran y extraigan, y su venta a precios internacionales?⁽⁶²⁾ Por supuesto, un análisis realista, que tenga en cuenta la complejidad y los altos costos de esta actividad, supone reconocer —como lo hace la ley 26.741 y su reglamentación— la importancia de la integración del capital público y privado, nacional e internacional, lo cual requiere, a su vez, de incentivos y de reglas claras. Ahora bien, no debe nunca perderse de vista que la atracción de inversiones no es un fin en sí mismo, sino sólo un medio para alcanzar otros fines. Por ello, entiendo que la Constitución Nacional y la reciente ley 26.741 nos obligan a formular la pregunta inversa: ¿Qué incentivo podría tener la República Argentina para que las empresas privadas exploten los recursos naturales pertenecientes a todo el pueblo de la Nación, si dichas inversiones no se traducen en el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones de todo el país? Son estas las razones que, en mi opinión, justifican “sacar del mercado” —aunque sea en forma parcial— las actividades de exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, y requieren consecuentemente la regulación estatal. En este sentido, entiendo razonable la reglamentación efectuada por decreto 1277/2012, tendiente a orientar, mediante la regulación estatal, “el incremento y la maximización de las inversiones y de los recursos empleados en exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos para garantizar el autoabastecimiento y la sustentabilidad de la actividad en el mediano y largo plazo”.

Por último, también creo necesario tener en cuenta que, aun cuando se argumente que objetivos y principios generales como los establecidos en la ley 26.741 pueden llevar a “interpretaciones amplias, contradictorias y, por lo tanto, inestables, del sentido de la regulación”⁽⁶³⁾, los “mecanismos de asignación del mercado” y el “libre juego de la oferta y la demanda” no son de ninguna manera conceptos más concretos, estables y seguros —al

(62) WALSH, JUAN R., op. cit.

(63) YEATTS, GUILLERMO M., *Proyecto de reforma de la ley de hidrocarburos. Un retorno al Estado regulador*, La Ley, 1996-E, p. 1240.

menos no lo son para el conjunto de la sociedad, aunque puede que lo sean para quienes bregan por garantizar la maximización de beneficios de las empresas privadas—. Así, y aun admitiendo la (inevitable) posibilidad de cometer errores en la regulación, entiendo que la Constitución Nacional exige un rol activo del Estado en la específica de esta actividad económica, a los fines de asegurar la mayor eficiencia posible, y la posibilidad real de que todos los habitantes de la República Argentina puedan disfrutar de los beneficios de sus riquezas y recursos naturales. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras que le dirigiera Alfred Kahn a Stephen Breyer: “[n]unca olvides que un sistema de regulación reemplaza el mercado por la decisión de un ser humano (...). En vez del mercado impersonal, despiadado, vas a tener una persona que responderá en forma natural”⁽⁶⁴⁾. Ahora depende de nosotros, por supuesto, ser cautos y modestos con nuestras buenas intenciones⁽⁶⁵⁾.

(64) Conferencia “Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública” (Transcripción de la exposición oral del Juez Stephen Breyer. Traducción al castellano, edición y notas de Joke Klein Kranenberg y Rodrigo P. Correa), Revista de Estudios Públicos N° 76, 2000, pp. 34/35.

(65) BREYER, S., op. cit. 7, p.184.

Soberanía nacional vs. CIADI: ¿Estados o mercados?

por LILIANA B. COSTANTE⁽¹⁾

I | Introducción

La expropiación de las acciones del grupo dominante de YPF por parte del Estado fue un motivo más para que emergieran, nuevamente, voces de advertencia sobre el costo económico y político de dicha medida soberana, en cuanto a que la decisión tomada por el gobierno argentino podría ser causa de una nueva demanda contra nuestro país en sede del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) por parte de —en el caso— la empresa REPSOL, lo que sostendría una vez más el desplorable primer lugar que tiene la Argentina en cuanto a ser el país con mayor número de demandas en el referido “tribunal”. Esta posibilidad —anunciada por algún medio⁽²⁾— estuvo dentro de los interrogantes que nos formuláramos con Arístides Corti en ese momento, respecto del cual nos pronunciamos firmemente en contra⁽³⁾.

(1) Abogada. Directora de Investigaciones DECYT UBA (2010-2012 y 2012-2014). Directora del Instituto de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Docente en “Teoría del Estado” y doctoranda en Derecho Político en la Facultad de Derecho UBA.

(2) Ver <http://economia.elpais.com/economia/2012/04/17/actualidad/1334615618720548.html>

(3) Ver CONSTANTE, LILIANA Y CORTI, ARISTIDES; “Los aspectos legales de la expropiación”, en diario Página 12, 24/04/2012, p. 4 —en particular, la pregunta: “¿Cuenta el grupo controlante expropiado de legitimación para accionar contra el Estado Argentino ante el CIADI—dependencia del Banco Mundial— con sustento en el TIB formalizado entre el reino de España y la República Argentina el 03/10/91, aprobado por ley N° 24.118 en el año 1992?—. Ver

Ahora bien, cabe inquirir: ¿a qué nos amoldamos o a qué nos enfrentamos cuando hablamos del CIADI?, ¿en función a qué propósito o satisfacción de qué necesidad se creó y cuál es la fuente energética que lo sostiene?, ¿hay estrategias viables que puedan arbitrarse contra las específicas cláusulas de prórroga de jurisdicción que se encuentran en los llamados “tratados bilaterales de inversión” (TBI) o “tratados de promoción y protección de inversiones” (TPPI) o similares?, ¿qué une a estos últimos con el CIADI, los Estados y los pueblos? ¿qué lugar ocupan los unos y los otros como eslabones de esa cadena?

La búsqueda de respuestas suscita más preguntas. Seleccionar a conciencia “la paja, del trigo” en el abordaje de la causa de los efectos en estudio, nos remite a un espiral centrífugo hacia un centro neurálgico estructural. Nos planteamos cuánto de paradoja y cuánto de paradigma encierra el ensamblaje jurídico que lleva a la Argentina como demandada por el capital transnacional ante el CIADI, en el marco del bloque federal constitucional vigente. Porque, si el objetivo ético que el constituyente transformó en mandato constitucional (art. 75, inc. 22 CN) es la promoción de un continuo desarrollo de toda persona, en el cual pueda realizarse como “ser humano libre, liberado del temor y de la miseria”⁽⁴⁾, ¿el conocimiento de qué —o el consenso sobre qué— nos atraviesa, también como sociedad

también, “El caso Repsol/YPF (replicando críticas y formulando propuestas)”, en *Tiempo Judicial*, mayo 2012, año 2, número 6; y “El caso Repsol/YPF”, en *Realidad Económica*, abril-mayo 2012, N° 267, pp. 14/17.

La autora ha publicado trabajos sobre el tema, en forma individual y también en coautoría con Arístides Corti: CONSTANTE, LILIANA Y CORTI, ARISTIDES, “Extranjerización de funciones públicas indelegables” en *La Ley Actualidad*, año LXVIII, N° 53, 16/03/2004; “La nueva Corte impone la ley por encima de los arbitrajes”, en diario *Ámbito Financiero*, 18/06/2004; “Arbitraje, emergencia económica, soberanía y orden público constitucional”, en *Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, N° 115, julio/agosto 2005, pp. 38/39; “El CIADI. Acerca de los daños generados por la actividad financiera del Estado cuando se infringen la Constitución y la soberanía nacional”, en *Tesis 11*, N° 78, agosto/septiembre de 2005, pp. 12/15; CONSTANTE, LILIANA, “Notas sobre prórroga de jurisdicción”, en *La Ley*, año LXVIII, N° 189, 30/09/04; y “La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI”, en *LL*, año LXIX, N° 87, 04/05/2005; “El CIADI como herramienta de consolidación de la dependencia. –Caso: Argentina”, capítulo en Julio C. Gambina y Jaime Estay (comp), *¿Hacia dónde va el sistema mundial? Impactos y alternativas para América Latina y El Caribe*, Buenos Aires, REDEM (Red de Estudios de Economía Mundial), FISYP (Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas), RLS (Fundación Rosa Luxemburgo) y CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias sociales, enero 2007).

(4) Ver “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales”, segundo reconocimiento; “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, preámbulo, cuarto párrafo que reitera lo reconocido en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

política, debilitando nuestra capacidad de autodeterminación?⁽⁵⁾, ¿hasta dónde es posible concretar la literalidad normativa de rango superior dentro del marco de relaciones internacionales signadas por la fuerza de grupos económicos con intereses contradictorios con aquélla?

Tomamos en estudio al Convenio CIADI como ejemplo superlativo del tema en trato, ya que el resultado de cláusulas de prórroga de jurisdicción en las materias señaladas se aplica a los mecanismos que pueden llevar al Estado a otros centros, foros o tribunales arbitrales extranjeros en los que el Estado haya aceptado o siga aceptando dirimir cuestiones planteadas por empresas transnacionales (ETN) que se sientan perjudicadas —o lo sean— por decisiones políticas soberanas en materia de crédito público, concesiones, moneda entre otras. Lo dicho, en función a que “la privatización de la Justicia” resultó una consecuencia lógica para eludir los escollos que podían quedar en las normativas nacionales frente a las imposiciones del capital transnacional en la etapa que se dio en llamar “neoliberalismo”, el que, como modelo del sistema capitalista de la última globalización, implementa —con la presión que necesite— la privatización del Estado a partir de la actividad concreta o la complacencia de los llamados “poderes constituidos”. En ese orden de ideas, el ex presidente de los EEUU, al hablar a la Asamblea de la ONU en 1993, presentó en sociedad el concepto de “democracias de mercado” con el que develó explícitamente que las democracias que EEUU iba a propiciar y a sostener son el aparato institucional necesario al sistema para que produzca y se reproduzca. La astenia social, por frustración, sentido de inevitabilidad, adaptación o temor, es traducida por la hegemonía como consentimiento tácito al orden de cosas. Los espasmos de resistencia son respondidos con la criminalización de la protesta, o desarticulados desde el poder con prebendas de distinto tipo.

El arbitraje internacional en materias que hacen a las decisiones soberanas de un país se llevará a cabo, entonces, en esos “centros” públicos o pri-

(5) El Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz, al ser consultado acerca de “¿En qué medida los tratados bilaterales de inversión que firmó Argentina reducen el margen de acción para regular a las multinacionales? contestó: “Muchas acciones que se pueden tomar en términos de regulación pueden terminar en demandas, argumentando que se introdujeron cambios en los términos del contrato. Hay que tratar de salir de esos acuerdos y además pelear en las cortes. La política económica no debe ser dictada por esos convenios” (LUKIN, TOMÁS y LEWKOWICZ, JAVIER, “Diálogo con Joseph Stiglitz sobre la experiencia Argentina”, en diario Página 12, 09/12/2011, pp. 2/3).

vados —no judiciales— externos.⁽⁶⁾ Esto a falta de un órgano jurisdiccional internacional, ya que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) no tiene habilitada la vía jurisdiccional, y la Corte de Arbitraje de La Haya recibe casos entre Estados, pero no entre empresas o inversores privados y Estados. Complementando, también consideramos írrita al orden constitucional la aceptación de cláusulas que prorroguen en los tribunales judiciales extranjeros, los cuales —no siendo arbitrales— reciben, por cesión o delegación, la jurisdicción en materias referidas al endeudamiento externo⁽⁷⁾.

El CIADI es funcional al modelo privatizador del que enfáticamente nos queremos desprender. Pero esto nos lleva a preguntarnos, ¿de qué forma estamos atados a él?, ¿hay viabilidad en conducir una estrategia con la que nos podamos desprender de su custodia?, ¿o esta relación es “hasta que la muerte los separe”⁽⁸⁾? Sabemos que nunca se ha conseguido modificar un resultado de laboratorio si se emplean siempre los mismos ele-

(6) Los centros más conocidos son el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CIACCI). Esta última, desde su creación en 1923, es el primer foro de arbitraje para contenciosos comerciales internacionales, pero su carta fundadora la define como un foro de arbitraje estrictamente comercial.

(7) Ejemplo de lo dicho, el art. 8º del decreto 319/2004 de Reestructuración de títulos de la deuda pública en cesación de pagos y aprobación de la “Carta de Contratación”, “Enmienda previa a la entrada en vigor de la Carta de Contratación de fecha 9 de febrero de 2004”, y la “Carta de compromiso” del 15 de marzo, publicada en el Boletín Oficial N°. 30.362 del 17 de marzo, explicita: “Autorízase la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales estaduales y federales ubicados en la ciudad de Nueva York, EEUU, y la renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, incluida en la Carta de Contratación y su enmienda aprobadas por el art. 7º del presente dec.(...)”.

(8) Nótese que no refiero la mentada expresión en cuanto a descripción del resultado jubiloso de una relación de dos personas constituida ab-initio desde el amor manifestado en el respeto de cada contrayente a la igualdad de derechos del otro, y construida cotidianamente en el cuidado mutuo. Antes bien, cuando el matrimonio no resulta ni constituido ni construido por el amor —en los términos señalados— y la relación es desigualitaria y basada en el temor a la respuesta violenta del otro, la frase “hasta que la muerte los separe” —pronosticada con las mejores intenciones del celebrante— se entroniza como un castigo más, especialmente para la parte más vulnerable de la pareja, para aquella que se siente culpable de haber tomado una decisión que resultó perjudicial y que se confunde aún más, tironeada entre dos angustias: la del temor a lo que puede sobrevenirle a la separación de quien ejerce la fuerza, y la de tratar de construir un escenario en el que imaginariamente su conducta no provea elemento necesario que fundamente —a criterio de la otra parte— la violencia. Si bien puede aducirse que también la parte violenta se nutre del temor de la parte sometida y, de allí que arbitre modalidades que mantengan la relación, la parte más vulnerable —la que ha perdido su igualdad de derechos ante el otro, la que se ha desprendido de su capacidad

mentos en iguales condiciones. Disipando cualquier inicio de depresión por frustración o por sentido de inevitabilidad, baste recordar que —para el caso— la buena noticia es la impermanencia.

Pongo en debate las posibles respuestas que tenemos a estos y a otros interrogantes, basándome en un marco teórico específico que confronta con la interpretación apocalíptica que resulta funcional —de manera desembozada o subrepticia— al sempiterno fortalecimiento y reproducción de un orden dependiente, clasista y excluyente.

2 | Datos sobre el CIADI. El ojo del huracán

2.1 | Qué no es y qué sí es el CIADI. Funciones y funcionamiento

“¿Qué ves? ¿Qué ves cuando me ves, cuando la mentira es la verdad...?”
(Divididos, “Qué ves”, La era de la boludez, 1993).

El CIADI no es un tribunal judicial. No está integrado por jueces naturales —cuya presencia es parte de las garantías constitucionales del debido proceso— sino por árbitros que son elegidos de un listado (uno por cada parte en litigio y el tercero, por el CIADI).

El CIADI no tiene un origen imparcial. No se constituyó con ese objeto ser imparcial. Tampoco tiene una sede u hogar que sea imparcial: ésto se encuentra en Washington, en el edificio del Banco Mundial, que lo engendró y en cuya órbita actúa como organismo. Más aún, con el hecho de que su presidente es el del BM⁽⁹⁾. Por ende, que el CIADI no sea imparcial es

de decidir y juzgar por sí misma— queda perdida en la queja o en el delirio. Eso es una vida miserable.

(9) Tómese, como ejemplo, la “imparcialidad” que podría tener quien fuera secretario general del CIADI, desde setiembre de 2003, Roberto Dañino, Vicepresidente primero del Banco Mundial, quien fue Primer Ministro de Perú en 2001-2002 —ocasión en la que llevó a cabo una política tan privatizadora y antipopular que puso al país al borde de la insurrección—. Hasta que fue nombrado primer ministro, Dañino vivió en Estados Unidos. Trabajó en el

un corolario que no puede sorprendernos, aunque nuestra capacidad de asombro siempre quede corta ante el producto de la capacidad humana en generar, dirimir o resolver el conflicto estructural.

Veamos cómo presenta el sitio web del Banco Mundial al CIADI⁽¹⁰⁾:

Presentación: "El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue establecido como resultado del Convenio sobre Solución de Controversias entre Estados y ciudadanos de otros Estados que entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, como una institución especialmente designada para facilitar la solución de controversias entre gobiernos e inversionistas extranjeros".

Función: El CIADI proporciona facilidades para la solución de controversias por medio de conciliación y arbitraje entre Estados miembros e inversionistas que puedan ser considerados como nacionales de otros Estados miembros. El acceso a las facilidades que proporciona el CIADI en relación con la conciliación y el arbitraje son completamente voluntarios. Sin embargo, una vez que se accede a los mecanismos del CIADI no se puede desistir de ellos unilateralmente. Además todas las partes contratantes de la Convención del CIADI están obligadas de reconocer y ejecutar las decisiones arbitrales del CIADI. Junto con las facilidades de conciliación y arbitraje otorgadas por el Convenio CIADI, el Centro, desde 1978, ha definido un conjunto de Reglas Adicionales de Facilitación que autorizan al Secretariado del CIADI a administrar cierto tipo de procedimientos entre Estados y nacionales de otros países por fuera del campo de aplicación del Convenio. También se encuentran disponibles facilidades adicionales sobre conciliación y arbitraje en casos en que la controversia no esté relacionada con inversiones, siempre y cuando se relacione con una inversión "cuyas características lo diferencien de una transacción comercial

estudio estadounidense Wilmer, Cutler&Pickering, donde encabezó la especialización de América Latina. Dirigió el comité de asesores externos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y fue miembro del directorio de empresas en Perú como la gigante Coca-Cola en su división para Latino América. Hasta su nombramiento como Secretario general del CIADI fue embajador de Perú en los Estados Unidos (Ver datos en TEITELBAUM, ALEJANDRO, "Los tratados bilaterales de libre comercio (El ALCA está entre nosotros)", Ponencia para el III Congreso Internacional —Derechos y Garantías en el Siglo XXI—, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 8, 9 y 10 de setiembre de 2004).

(10) <http://www.worldbank.org/icsid>.

ordinaria". Una tercera actividad del CIADI en el campo de la solución de controversias consiste en la actividad del Secretario General del CIADI como autoridad nominadora de árbitros para que actúen en procedimientos arbitrales *ad-hoc*.

El CIADI es el foro de arbitraje creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" (Convenio de Washington), del 18 de marzo de 1965, elaborado por el Banco Mundial del que el CIADI (ICSID, según su sigla en inglés) opera como organismo para dirimir conflictos entre los Estados e inversores extranjeros⁽¹¹⁾.

El origen de la Convención Constitutiva del CIADI —dentro de la órbita del Banco Mundial— da cuenta de la necesidad que previeron los referentes del capital concentrado mundial de tener un espacio al que pudieran ocurrir contra los Estados en los que se estableciera la inversión, por el riesgo de que sus tribunales y legislación vernáculos no les resultaran suficientemente favorables para garantizar la ganancia presunta o prevista según la empresa. Al momento de constituirse, en 1965, todos los países latinoamericanos —fieles, en esa época, a la "doctrina Calvo"— se opusieron a él.

El movimiento social y político que había arrancado con las luchas por la igualdad de derechos civiles y políticos en EEUU, el movimiento pacifista y el antagónico de las Panteras Negras, las nuevas tendencias en la cultura de masas, las luchas gremiales y por la identidad, el feminismo, y —en particular—, el éxito de la Revolución en Cuba, provocaron un necesario reacomodamiento de las fuerzas contrarias al cambio. Las dictaduras cívico-militares de los '70 —en particular, la de la Argentina— tuvieron como

(11) Como antecedente más cercano emparentado, tenemos la Convención de New York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Adjudicaciones Arbitrales Extranjeras, o Convención de Arbitraje de New York (CANY), suscripta en 1958, en el ámbito de la ONU aunque propuesta y redactada por un comité conjunto de la Asociación Americana de Abogacía (American Bar Association) con el Departamento de Estado de los Estados Unidos —país que gozaba de mayor prestigio en la época de posguerra y que, en ese entonces, pagaba la mayor parte de los gastos de la ONU—. La Convención de New York ha sido un modelo para numerosos convenios subsiguientes. Una síntesis que pretenda asepsia ideológica podría terminar señalando que los objetivos tenidos en mira al firmarse la CANY —que promueve la legitimación del arbitraje internacional sin apelación hasta la plena obligatoriedad de ejecución de fallos arbitrales en las cortes nacionales— han ejercido una gran influencia en la redacción de todos los modernos tratados de arbitraje. Pero, ¿cuáles objetivos, los de quién/es o en el mayor beneficio de quién/es?.

fundamento explícito el reajuste estructural a partir de la modalidad de salvataje que se denominó “neoliberal”: la apertura de los mercados con el orden represivo frente a las resistencias que había o que pudiera haber. Lo que no se llegó a concretar en esa etapa, se dilató hacia 1989, con el Consenso de Washington.

Para la década de los '90, la Argentina cumplió estrictamente con tales recetas.

El CIADI —como “Centro”— no es en sí mismo un tribunal, sino que “crea” un tribunal *ad hoc* para cada caso. Si bien inicialmente sólo podían ser actores las empresas, la “jurisprudencia” de ese foro (el entrecomillado remite a que quienes laudan no son jueces) abrió el campo de legitimación a los inversores privados, por lo que un Estado puede ser demandado tantas veces como inversores particulares crean ser afectados paralelamente a una demanda de la empresa principal o aunque la empresa que los incluye no demande. Leemos directamente del articulado que lo rige: art. 41: (1) El Tribunal resuelve sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte de que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, será considerada por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o juntamente con el fondo de la cuestión. Art. 48: (5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes. Art. 53: (1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Arbitraje. Regla 34: (1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba. Regla 39: (3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

Según los arts. 53 y 54 del Convenio de Washington de 1965, los Estados miembros que brinden su consentimiento mediante un TBI, se obligan a la aplicación y ejecución inmediata del laudo arbitral final que será operativo —sin *exequatur*— ni revisión o cuestionamiento alguno por parte de los tribunales locales.

Para que un país pueda ser llevado ante el CIADI, debe haber firmado una cláusula de prórroga de jurisdicción en caso de controversia en la firma de

un tratado o contrato con una empresa extranjera (por ejemplo, para la privatización de un servicio público).

Estas cláusulas de prórroga se complementan con: a) la de estabilización, por la que se establece que, si se modifica la legislación nacional en relación con la inversión realizada, esa modificación no alcanzará a la normativa vigente al momento de celebrarse el tratado. Esto garantiza a las inversiones externas la continuidad de las condiciones de inversión al margen de los cambios legislativos, cristalizando la relación eventualmente establecida; b) con la cláusula de la Nación más favorecida, en función de la cual los inversores externos pueden hacer valer las ventajas que el Estado firmante —por ejemplo, la Argentina— habría concedido a otros países; de allí que se pueda inferir correctamente que los llamados “tratados bilaterales” dejaron de serlo en la realidad. Así, por ejemplo, el TBI celebrado entre la República Argentina y la de Panamá, aprobado por la ley 24.971, incluye una cláusula que estipula que la modificación o derogación de las leyes están entre las medidas similares a la expropiación (cfme. su art. 5). Se trata —se señaló— de una cláusula de estabilización legal que —según feliz expresión del ex Ministro de Justicia Dr. Horacio D. Rosatti— debería recalificarse como “cláusula del inversor más favorecido”⁽¹²⁾. Asimismo, se hizo notar que la cláusula de la Nación más favorecida en el contexto de la no utilización de los remedios jurisdiccionales locales, ha sido incluso aplicada en CIADI⁽¹³⁾.

La situación jurídica favorable al capital transnacional se hace aún más intensa en los requisitos de desempeño, por los que el Estado en el que se asienta la inversión abandona toda instancia de desarrollo local. Las empresas y/o inversores privados, luego de embolsar préstamos o subsidios otorgados para infraestructura, vaciando la explotación de un servicio público o de una empresa pública entregada por precio vil, incrementando su haber con superganancias, o repatriándolas sin efectuar las inversiones comprometidas, pueden acusar al país parasitado de deberle dinero (el cambio en el sistema económico del país, por ejemplo, se pretende tomar como expropiación si no garantiza o pone en riesgo la ganancia prevista).

(12) Ver La Ley, tomo 2003-F:1283.

(13) Ver caso “Maffezini, Ricardo Agustín c/Reino de España”, N° ARB/97/7 con laudo del 13/11/2000.

En nuestro país, el orden infraconstitucional que lo permite está reñido con la letra de la Constitución Nacional. Sin embargo, aquél está vigente.

2.2 | Algo que decir sobre los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras

Dice Mariana Herz: "Las recetas del Consenso de Washington desembocaron, a finales de los ochenta y principios de los noventa, en la transformación política y económica de los Estados de Latinoamérica caracterizada por la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación y las privatizaciones.

Esa apertura fue acompañada del diseño de instrumentos jurídicos acordes a los objetivos perseguidos y, particularmente en materia de inversiones, se caracterizó por un abandono de la función ordenadora del Estado y sustitución por una política de atracción casi siempre indiscriminada de capitales extranjeros. Siguiendo las recetas institucionales internacionales, el término "inversión extranjera" se transformó en sinónimo de crecimiento económico y desarrollo, para conseguirlo los Estados recurrieron a soluciones unilaterales y bilaterales, ora modificando la legislación nacional, ora suscribiendo Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (TPPI).

Estos tratados son suscritos por los Estados, pero los derechos que acuerdan se confieren a los particulares y, para asegurarse de que esto sea así, en los mismos se incluyen disposiciones relativas al mecanismo de solución de las controversias que puedan surgir con motivo de la inversión, entre el inversor nacional de un Estado Parte y el Estado receptor de la inversión distinto del Estado de nacionalidad del inversor. El incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones asumidas en un TPPI hace surgir la responsabilidad internacional del Estado receptor por los daños ocasionados. La novedad radica en que el procedimiento para hacer cesar tal conducta u obtener un resarcimiento se aparta del sistema clásico de Derecho Internacional.

En el sistema clásico el particular no goza del *ius standi* (acceso directo al tribunal) y por ende es el Estado de su nacionalidad el que hace suyo

el reclamo a través de la Protección Diplomática, pero por virtud de las doctrina Calvo esto sólo puede suceder una vez que el particular afectado ha agotado los recursos administrativos y judiciales establecidos por la legislación nacional del Estado que se pretende demandar. En el sistema de los TPPI esto se modifica ya que se admite el acceso directo de los particulares a la instancia arbitral internacional en las condiciones pactadas en el tratado. Se les reconoce así el *ius standi*"⁽¹⁴⁾.

Veamos cuáles son los principales contenidos de los TPPI en vigor⁽¹⁵⁾.

- I. Las inversiones extranjeras gozan siempre del trato más favorable, aunque éste no esté previsto en el mismo tratado, pero sí en otros tratados o normas. El incumplimiento del trato más favorable genera la responsabilidad del Estado receptor, exigible por los procedimientos (en general, un tribunal arbitral) que el mismo tratado prevé.
2. Trato nacional: toda ventaja concedida a los inversores nacionales debe ser extendida a los inversores extranjeros. Los inversores nacionales no pueden recibir ayuda alguna del Estado, pues ello implicaría violar la igualdad de trato entre inversores nacionales y extranjeros.
3. Cláusula de "nación más favorecida": los inversores extranjeros con domicilio en los Estados partes en el Tratado deben gozar, por lo menos, de las mismas ventajas concedidas a los inversores extranjeros domiciliados en cualquier otro Estado⁽¹⁶⁾.

(14) HERZ, MARIANA, "Régimen argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, MERCOSUR mediante, al ALCA y la OMC", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 7. www.reei.org. Datos citados en TEITELBAUM, ALEJANDRO, op. cit.; y "Las demandas de las sociedades transnacionales contra el Estado argentino ante los tribunales arbitrales del CIADI (II)", en argenpress info, 16/02/2005, disponible en <http://www.argenpress.info/nota.asp?num=018598> .

(15) Véase ECHAIDE, JAVIER y GHIOOTTO, LUCIANA, *Qué es libre comercio. Entre mitos y realidades*, colección Claves para todos, José Nun (dir.), 1ra. ed., Bs. As., Capital Intelectual, 2008; véase HERZ, MARIANA, op. cit.; también puede consultarse *Acuerdos Sobre Inversión en el Hemisferio Occidental*, compendio preparado por la Unidad de Comercio de la OEA para el Grupo de Trabajo del Alca sobre inversión en: http://www.ftaa-alca.org/Wgroups/WGIN/Spanish/bit_ints.asp#preface.

(16) El TBI entre Argentina y Alemania dice en su tercer artículo que: "Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante (...) a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados"; cfr. también el TBI entre Argentina y Canadá que señala que: "Cuando una cuestión esté contemplada tanto por las disposiciones de este Convenio como por algún

4. Los "requisitos de desempeño" no figuran en los TPPI y en algunos casos están expresamente prohibidos, como en el tratado argentino-estadounidense y en el suscrito entre Canadá y Uruguay. Los "requisitos de desempeño" consisten en exigir al inversor, para autorizar la inversión, determinadas conductas destinadas a proteger la economía nacional, por ejemplo utilizar, en lo posible, materia prima nacional, exportar parte de la producción para incrementar el ingreso de divisas, etc. En algunos casos la situación del Estado receptor es peor que en el TRIM, celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que prohíbe los requisitos de desempeño sólo en el comercio de bienes. Por ejemplo, el tratado uruguayo-canadiense extiende la prohibición de los requisitos de desempeño a los servicios y a la transferencia de tecnología. De modo que, en ese marco, el Estado receptor no puede exigir al inversor que transmita el *know how* a los socios locales o a los trabajadores locales. Es decir que, en este caso, no hay incorporación de tecnología al Estado receptor.
5. Los TPPI incluyen cláusulas previendo la indemnización en caso de expropiación u "otras medidas de efecto equivalente". Esta última frase, ambigua, permitiría exigir la indemnización en caso de medidas adoptadas por el Estado receptor que "privan al inversor de los beneficios que podría razonablemente esperar", como dijo el tribunal arbitral en el caso "Metalclad c/México", en el marco del "Tratado de Libre Comercio de América del Norte" (TLCAN). En 1996 la empresa norteamericana Metalclad demandó al gobierno mexicano por violar el capítulo 11 del TLCAN, cuando el gobierno de San Luis Potosí impidió abrir a dicha empresa un depósito de desechos tóxicos. Bajo las normas del TLCAN, la denegación del permiso para abrir un vertedero fue considerada un acto de "expropiación" y el gobierno mexicano tuvo que pagar a Metalclad una indemnización de 16,7 millones de dólares.
6. Los TPPI prevén la compensación por pérdidas que se produzcan por una variedad de causas, entre ellas la pérdida de ganancias futuras o esperadas (ver párrafo anterior).
7. Los TPPI prevén las transferencias al exterior del capital, los beneficios, las remuneraciones, las regalías, los honorarios por consultorías, entre otros, de manera irrestricta, en divisas libremente convertibles.

.....
otro acuerdo internacional vinculante para ambas Partes Contratantes, nada de este Convenio impedirá que un inversor de una Parte Contratante que tenga inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante se beneficie con el régimen más favorable." Ver. ECHAIDE, JAVIER "Aspectos jurídicos del ALCA y del sistema multilateral de comercio", en Gambina (comp.), *Moloch siglo XXI; a propósito del imperialismo y las cumbres*, Buenos Aires, Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación, 2005; también, CONSTANTE, LILIANA y GHOTTO, LUCIANA, "La OMC y la Ronda de Doha: ¿muerte y resurrección?", en Revista *Realidad Económica*, Buenos Aires, nº 226, 2006; Ver también GHOTTO, LUCIANA, "El CIADI como herramienta de consolidación de la dependencia. Caso Argentina", en Estay y Gambina (comps.), *¿Hacia dónde va el sistema mundial? Impactos y alternativas para América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, 2007.

2.3 | ¿Cómo definen “inversión” los TBI?

Siguiendo aquí el TBI entre Argentina y Dinamarca, la inversión es:

- “(a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles así como cualquier otro derecho real respecto de todo tipo de activo;
- (b) acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades y empresas conjuntas;
- (c) títulos y acreencias o cualquier otro derecho a una prestación que tenga valor económico; los préstamos solamente estarán comprendidos cuando estén directamente relacionados a una inversión específica;
- (d) derechos de propiedad intelectual, incluyendo en particular derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, transferencia de conocimientos y valor llave;
- (e) concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales;
- (f) ganancias que se hayan reinvertido.”

De particular interés para el análisis es, por ejemplo, el punto (d), ya que comprende los derechos de propiedad intelectual como parte de la inversión. Esto ha sido crucial para avalar la demanda de *Phillip Morris* contra Uruguay en marzo de 2010. La cláusula de derechos de propiedad intelectual comprende asimismo la transferencia de conocimientos y procedimientos técnicos. Es decir que una ETN puede obtener un conocimiento en el territorio de una de las partes (por ejemplo, del saber ancestral de los pueblos originarios) y patentarlo, sin siquiera transferir el conocimiento a esa parte.

Otro punto a resaltar es que se haga explícita referencia a las concesiones para la explotación de recursos naturales. Esta especificación no aparece en todos los TBI, pero sí en el firmado por Argentina con Dinamarca,

además de los firmados con España, Canadá, China, Italia y Francia, entre otros. No es casual que se incluya la explotación de recursos naturales, si pensamos que en los años noventa, a partir de la privatización de los servicios públicos, la explotación y el servicio de provisión del agua, del gas, de la energía eléctrica y el petróleo, entre otros, pasaron a ser concesionados a empresas privadas, en su mayoría, ETN. Efectivamente, este punto es central para el sostenimiento del modelo extractivista.

Además de estos puntos, en el TBI de Argentina con España se agrega también que: "Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos deberá afectar su calificación de inversiones de acuerdo con el presente Acuerdo", es decir que ninguno de los países firmantes puede modificar la definición de inversión antes explicada.

En la mayoría de los TBI firmados por Argentina la definición de inversión es muy similar. Pero en el ámbito de los Tratados de Libre Comercio (TLC), el capítulo de inversiones no siempre ha sido el más fácil de zanjar entre las partes. Así se vio en el caso del ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas), donde las negociaciones por el capítulo sobre inversiones estuvieron tan trabadas que en su tercer borrador aparecían 9 definiciones en disputa acerca de lo qué es una inversión. No obstante, el corazón del tratado seguía siendo este capítulo de inversiones, aun con sus trastornos. Esto es así porque lo central de ese capítulo era la protección al extremo de la libre circulación y transferencia de capitales⁽¹⁷⁾.

2.4 | Cómo opera el tema del domicilio de las Empresas Transnacionales

El punto vale para mostrar, como ejemplo, el nudo de intereses económicos a los que las referidas cláusulas les son funcionales:

Bechtel, gigantesca empresa transnacional situada en los Estados Unidos y en posición privilegiada para "reconstruir" Irak. Con Ronald Reagan en la

(17) Ver PASCUAL, RODRIGO; GHIOOTTO, LUCIANA y LECUMBERRI, DAVID, "El libre comercio en lucha; más allá de la forma ALCA", Buenos Aires, Ediciones del Centro Cultural de la Cooperación, 2007, p. 200; también GHIOOTTO, LUCIANA y PASCUAL, RODRIGO "El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas", en Revista Realidad Económica Buenos Aires, nº 238, 2008.

Casa Blanca, gente de la compañía entró en el gabinete. El entonces presidente de Bechtel, George Shultz, fue secretario de Estado; el consejero general de la empresa, Caspar Weinberger, fue secretario de Defensa y W. Kenneth Davis, vicepresidente de Bechtel para desarrollo nuclear, ocupó el cargo de vicesecretario de Energía.

Bechtel presentó un reclamo ante el CIADI contra Bolivia por 25 millones de dólares porque su subsidiaria *Aguas del Tunari* fue expulsada de Cochabamba.

El 3 de septiembre de 1999 se otorgó la concesión de Semapa al consorcio *Aguas del Tunari*, conformado por Bechtel, International Waters, Abengoa de Servicios Urbanos y socios bolivianos minoritarios.

En menos de un año, el 9 de abril de 2000, una masiva movilización —dennominada la “guerra del agua”— provocó la salida de *Aguas del Tunari* de Bolivia, que interpuso la demanda amparada en el Tratado Bilateral sobre inversiones entre Bolivia y Holanda, suscrito en 1992—pese a que el socio mayoritario de *Aguas del Tunari* es International Waters, conformado por Bechtel, de Estados Unidos, y Edison, de Italia—. *Aguas del Tunari* transfirió su domicilio a Holanda sólo para poder iniciar el proceso contra Bolivia, invocando el tratado entre Bolivia y Holanda, siendo que la empresa sólo tiene una casilla postal en Amsterdam, luego de una cuestionable y posiblemente ilegal transferencia de domicilio de las islas Caimán a Holanda a finales de noviembre de 1999⁽¹⁸⁾.

Esa es una de las maneras en que los tratados bilaterales pueden ser invocados por sociedades transnacionales que no tienen su sede en ninguno de los Estados Parte del tratado.

Argentina firmó 54 TPPI en el decenio de 1990 y su Parlamento los ratificó; Brasil firmó 14 pero no ratificó ninguno; Chile firmó 45; Colombia firmó con Francia, España, Perú, Chile y Cuba; Costa Rica y México firmaron 11; Perú, 22; Uruguay, 24 y Venezuela, 22⁽¹⁹⁾.

(18) Ver <http://www.aguabolivia.org/prensaX/Prensa/2002/octubre/octubre1, 01/10/2002>.

(19) Datos extraídos del estudio realizado por la AGENCIA DE DESARROLLO DE INVERSIONES DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Inversión extranjera: comparación del marco jurídico en América Latina.

Los TPPI firmados por Argentina cumplen escrupulosamente con las exigencias del poder económico transnacional. El acuerdo celebrado con Estados Unidos el 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994, es un modelo en ese sentido⁽²⁰⁾.

Cuba, por su parte, entre 1993 y 2002, ha firmado 62 de esos tratados, la mayoría con países poco desarrollados, pero también con Italia, España, Gran Bretaña, Alemania, Holanda, Austria, China y Rusia⁽²¹⁾.

Retomando el hilo de los interrogantes que integran el abordaje de esta cuestión: ¿de qué racionalidad hablamos cuando ésta propicia un resultado antagónico al desarrollo y avance de los derechos y garantías de los pueblos? El proceso de privatizaciones generó un desempleo masivo que, complementado con la sustitución del régimen de contrataciones colectivas, conformó un mercado del trabajo caracterizado por un creciente número de trabajadores sin empleo y sin derechos, con corrientes de migrantes —explotados aún más que los locales— y —para el caso de los migrantes internacionales de otros países despojados— potencialmente en conflicto con la clase obrera nacional. Esto muestra que la racionalidad del mercado no es otra que la racionalidad del capital con sus dos principios energéticos: el de expansión y el de concentración, ambos a 180° de distancia ideológica de la igualdad real en el acceso al producto social —no obstante los ingentes esfuerzos que se han hecho y se siguen haciendo en el marco del Estado capitalista para acortar la brecha desigualitaria de base. Esfuerzos coronados con los éxitos del empleo, la seguridad social y la ampliación de la ciudadanía social que conformaron las políticas del Estado de Bienestar y del Estado de Bienestar Keynesiano en sus distintas aplicaciones epocales y territoriales—, contra las que los grupos económicos dominantes asentaron su armamento de obstaculización hasta lograr el quiebre institucional y la reconducción por la fuerza hacia la noche de los tiempos. El reguero de pólvora y la sangre derramada en esa lucha, nos atraviesa históricamente e impone la toma de conciencia que defina el lugar que cada uno realmente quiera ocupar frente a la disyuntiva vital.

(20) Ver el texto de este tratado en: http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngin/publications/spanish99/binv_aus.asp.

(21) Puede verse comentario oficial en http://www.cubaindustria.cu/webs/acuerdos_protec_inv.htm.

Porque el devenir de las fuerzas en pugna por ejercer el poder, ha señalado que la construcción de la igualdad real impone una tensión y permanente alerta frente a las distintas modalidades con las que se conforma el consenso, con las que se seduce y obnubila la conciencia crítica. Los poderosos⁽²²⁾ se aseguran de provocar, individual o institucionalmente, el temor a su enojo o la envidia como el deseo —confeso o secreto— de conseguir los privilegios que aquéllos ostentan o, peor aún, el domesticado agradecimiento del que come “las migajas que caen de la mesa del amo”⁽²³⁾.

La experiencia hace colegir que el CIADI es funcional: a) al sostén del sistema imperial/neocolonial; b) al desplazamiento del orden normativo nacional; c) a la generación de una nueva deuda externa; y d) a la supervisión de las decisiones políticas sobre cuestiones inherentes a la soberanía nacional, referidas al crédito público, obras y servicios públicos, moneda y gasto público.

Respecto de este último ítem, queda descubierto el velo del sistema de representación política, en cuanto a que lo que aparece en la firma de un TIB —o TPPI o similar— que contenga las referidas cláusulas aquí puestas en crisis, es la manifestación de un Estado soberano y lo que queda en sombras es el interrogante crítico que atraviesa la vida política: ¿es soberanía nacional lo que ejerce ese Estado cuando —firmando las cláusulas de prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros en

(22) Nota personalizada: los que ya lo son y pretenden seguir siéndolo, no me resultan tan patéticos como los que no lo son y tratan de diferenciarse de la “chusma”, del “común” para aparecer asimilados o con pertenencia al círculo áureo de los “distinguidos”. No creo que esto sea producto de la naturaleza humana. Estos disciplinados en el muestreo de cucardas, de brillantinas fatuas, de diplomas o cargos conseguidos en forma inmaculada o espuria, y de otros tantos atavíos de la tilinguería más ridícula, son producto de su propio temor, de su propia debilidad, de su propia violencia. No obstante esa interpretación de profunda piedad por la clandestinidad con la que necesitan parapetar su pobreza de espíritu, se constituyen en personas y sectores políticamente nefastos para la concreción de un proyecto democrático sustantivo como es el que abarca la realización de los DDHH. De allí la certeza profundidad del insulto que profiere Jesús cuando habla de “sepulcros blanqueados”. Y dejo a colación el recuerdo de Evita advirtiendo que los oligarcas dentro del peronismo eran más peligrosos para el movimiento que los oligarcas que estaban fuera que lo habían intentado voltear a Perón en el '45 —en palabras de José Pablo Feinman con soporte documental de la parte pertinente de un discurso de Eva Perón, presentado en el programa “6-7-8” emitido por la Televisión Pública el 26/07/12 y en el programa “Televisión Registrada” emitido por el Canal 9 el 28/07/12—.

(23) Frase extraída de un relato del Nuevo Testamento.

materia de crédito público— establece una suerte de *self restraint* de su propia soberanía en contraposición antagónica con lo ordenado por los Constituyentes de 1853/60 y de 1994? Cuando el Estado —a través de sus funcionarios intervenientes insertos en los órganos con funciones de poder— firma esas cláusulas por las que acepta que a los inversores externos no se les aplique la legislación vigente surgida del debate parlamentario nacional y que tampoco sean los tribunales de la Nación los que conozcan de las causas que puedan promover tales inversores al entender que sus intereses están en riesgo o han sido conculcados, son los propios parlamentarios (conjuntamente con el Poder Ejecutivo Nacional) los que entregan sus funciones normativas y avanzan entregando también las del otro órgano con funciones de Poder (el Judicial Nacional). Tal como se profundizará en párrafos siguientes, no estamos hablando aquí de la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos. Nos preguntamos el marco de racionalidad de aquella decisión tomada por los dos órganos con función de poder que surgen de la representación política en cuanto a que los inversores extranjeros estarán ajenizados de la legislación y la jurisdicción nacional de orden público, atributos de la soberanía.

Si el enunciado científico “la función hace al órgano” es correcto, con la firma de las cláusulas de prórroga de jurisdicción, los órganos legislativo y judicial no tendrían función para los inversores extranjeros. Leído de otra forma: el capital extranjero invierte en un Estado que le ofrece la seguridad jurídica de que, —en cuanto a él—, no funcionará como Estado; pero ese mismo Estado aplicará la legislación vigente y se manifestará con sus atribuciones jurisdiccionales frente a los demás hombres y mujeres que habitan su territorio, a los cuales se les ha reconocido —con literalidad normativa de rango superior— el derecho a la igualdad real de oportunidades y trato, y el ejercicio de todos los derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional y en todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 23 CN). O sea, que la *seguridad jurídica* que se le otorga al capital transnacional es la que surge de violentar, en los resultados, lo sancionado, establecido y ordenado en el bloque federal de constitucionalidad del que importa en particular, para el caso, los arts. 1; 27; 30; 31; 36; 75, en sus incs. 8 —con remisión al inc. 2—, 17, 18, 19, 22 y 24; y 116. Sobre esto nos abocaremos más adelante.

2.5 | Ingreso del Convenio CIADI a la legislación nacional

Ya hemos oportunamente advertido que, en nuestro país, el orden infraconstitucional que incorporó al Convenio CIADI no obstante resultar explícitamente reñido con la letra del bloque federal de constitucionalidad, está vigente. Esto así, y pese a todo lo expuesto, mediante la ley 24.353 (2/09/1994) el Congreso de la Nación aprobó el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre un Estado y Nacionales de otro Estado", que es el que contempla la creación del CIADI.

El ser parte de dicho Convenio no significa someterse automáticamente a la jurisdicción del CIADI, ya que debe mediar un consentimiento escrito para habilitar la intervención de ese Centro; por lo tanto, fueron los TBI los instrumentos idóneos para que este consentimiento quedara manifestado, en tanto la mayoría de ellos incluye el arbitraje ante el CIADI como mecanismo para la resolución de disputas.

En este contexto (habiéndose ratificado 54 TBI y la Convención de Washington de 1965), a partir de 1997 se iniciaron un total de 50 juicios contra la Argentina por parte de inversores extranjeros. Tengamos en cuenta que Argentina es actualmente el país con más juicios ante el CIADI, siguiéndole Venezuela (22), México (7), Egipto (5), Ecuador (7) y Rumania (5)⁽²⁴⁾.

Mientras que nueve de las demandas contra Argentina se instauraron durante la vigencia del régimen de convertibilidad, las cuarenta y una restantes fueron presentadas tras la ruptura de dicho régimen, a comienzos del año 2002. Si bien el monto exacto que involucran las demandas contra la Argentina no se ha podido determinar con precisión, se estima entre 13.000 y 17.000 millones de dólares (de capital, sin contabilizar intereses ni gastos causídicos).

(24) Para calibrar el porcentaje de demandas ante el CIADI contra Argentina respecto a la totalidad de demandas, cfr. último Informe del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –a 2012- el Gráfico 3 de la pág. 8 señala: a) Casos de Arbitraje bajo el Convenio del CIADI = 344 (= 88%); Casos de Conciliación bajo el Convenio del CIADI = 7 (=2%); Casos de Arbitraje bajo el mecanismo Complementario = 37 (=9%) y Casos de Conciliación bajo el Mecanismo Complementario = 2 (=1%). Cfr. en web. En "Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2012-2). Ver también Demandas contra Argentina ante el CIADI <http://www.diprargentina.com>; Julio César Córdoba, docente Derecho UBA - (www.worldbank.org/icsid).

Según información recabada al respecto⁽²⁵⁾, los laudos firmes en contra, por haber sido rechazados sendos recursos de nulidad interpuestos por la Argentina, son dos: 1) *Blue Ridge* cesionaria de los derechos y acciones de CMS (accionista minoritario de *Transportadora de Gas del Norte*) (ARB/01/8): U\$S 133,2 millones más intereses (monto del reclamo U\$S 266 millones); 2) *Azurix* (ENRON), ex concesionaria del servicio de agua potable y cloacas de 71 ciudades bonaerenses —contrato rescindido— (ARB/01/12): U\$S 165,2 millones más intereses⁽²⁶⁾.

Veamos un caso (el mencionado *supra* 1) de los que muestran la dinámica de la relación ETN/Estado, en el marco del Convenio CIADI:

Caso N° ARB/01/8 autos “CMS GAS TRANSMISSION COMPANY C/ REPÚBLICA ARGENTINA” (iniciado el 26/7/01): El laudo condenó a la Argentina al pago de una indemnización por el monto de U\$S 133.200.000. Nuestro país presentó pedido de nulidad. El comité revisor del CIADI estudió el caso y sentó precedente en contra. La empresa estadounidense estaba bajo investigación en su propio país por fraude.

Síntesis del caso: *CMS Transportadora de Gas del Norte* demanda a la República Argentina frente al CIADI por el perjuicio económico que le ocasionó una decisión política (la pesificación) tomada por el Estado argentino en un momento particular de crisis socio-económica. CMS ocurre al Centro internacional, habilitada por la ley 24.353.

La Argentina opuso como defensa la situación de crisis que la habilitaba a tomar la medida, por la que se imputa su responsabilidad para con la empresa demandante.

Enron y *Ponderosa* reclamaban por el impacto de la pesificación de las tarifas de *TGS* —una de las dos grandes operadoras de gasoducto del país— una indemnización de entre 453 y 582 millones de dólares.

(25) Los datos que aparecen en este trabajo han sido confrontados con los provenientes de trabajos de investigación y seguimiento del tema realizados por queridos amigos como Javier Echaide y Luciana Ghiotto. A Arístides Corti agradezco la generosidad de su aporte y de su tiempo puesto a disposición de mis inquietudes.

(26) Ver diario *Clarín* del 18/07/2006.

El CIADI condenó a la Argentina a pagar una cifra menor a la reclamada con más intereses de Libor más dos puntos, desde enero de 2002 hasta la fecha de pago.

Enron no era ya accionista de *TGS*, ya que le había vendido su 15,2% de participación al fondo de inversión *DW Shaw*. La empresa que controla *TGS* era *Petrobras*.

El laudo contrario al Estado argentino está firmado por los tres árbitros del caso: el chileno Francisco Orrego Vicuña, el uruguayo Héctor Gros Espiel (designado por la Argentina) y el suizo Pierre-Yves Tschanz (por *Enron*)⁽²⁷⁾.

(27) La audiencia por este caso había sido en diciembre de 2005 en Washington, y en ella los funcionarios argentinos se habían mostrado optimistas. Pero, según notas aparecidas en los diarios "Ámbito financiero" y "La Nación" del 9 y 16/09/2006, ratificadas por el entonces Procurador del Tesoro de la Nación Dr. Osvaldo Guglielmino: "La Argentina se comprometió a lo largo del pleito con CMS a reconocer la procedencia de los fallos internacionales por sobre la ley nacional tal como se sostiene en una carta de la Procuración del 26 de mayo de 2006, según se afirma en el punto 19 de la decisión del viernes pasado. Como la empresa demandante (CMS) hizo notar que muchas veces los funcionarios argentinos sugirieron o afirmaron que los fallos de tribunales arbitrales internacionales podrían ser revisados por los tribunales locales, el Procurador Osvaldo Guglielmino fue más preciso, según cita el punto 25 de la declaración de París: <La Argentina admitió que CMS es un 'inversor serio' y que el laudo dictado en este caso no podía considerarse como 'extraordinariamente arbitrario'. Declaró solemnemente: 'En caso que el Comité emita un laudo confirmatorio del CMS cuya nulidad solicitamos, no vamos a pedir que sea revisado por la Corte Suprema argentina ni por la Corte Internacional de La Haya'>. Sin embargo, CMS, a lo largo de esta discusión desarrollada por cartas y audiencias arbitrales, siguió sospechando que la Argentina podría no cumplir con lo dispuesto por el CIADI con el argumento de que los fallos internacionales pueden ser sometidos a los tribunales locales en determinadas materias y casos. Por eso el Comité procuró dar más seguridades a CMS sobre la improcedencia de reclamar esa garantía excepcional mientras se estudia el fallo que la favoreció. En el punto 28 de su declaración informa que le fue reclamada a Guglielmino una respuesta escrita a esa inquietud y que el 12 de junio de ese año la ofreció en términos contundentes: <Se comprometió ante CMS Gas Transmisión Co. a que, de conformidad con las obligaciones bajo el Convenio CIADI, reconocerá carácter obligatorio al laudo dictado por el tribunal arbitral en el presente procedimiento y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por aquél, para el supuesto en que no se disponga la anulación solicitada>. Cfr. columna firmada por Diego Cabot en "La Nación" del sábado 16/09/2006, cuando señala que "En opinión del tribunal (está hablando del CIADI) –dice la resolución–, la carta de Guglielmino elimina las dudas que CMS pudiera haber tenido en el pasado. Esta carta compromete irrevocablemente a la Argentina a cumplir con sus obligaciones". Para evitar pagar la contracautela o garantía de quince millones de dólares solicitada por CMS mientras se sustanciaba la nulidad en el Comité revisor del laudo del CIADI en ese diferendo, la Procuración comprometió el pago de la totalidad de lo dictaminado por el CIADI en esos autos (ciento treinta y tres punto dos millones de dólares).

El anterior Procurador del Tesoro de la Nación y ex Ministro de Justicia Dr. Horacio Rosatti había planteado, en su momento, la revisión de los laudos del CIADI por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cfr. LL 15/10/03), por lo que este viraje que hizo la Procuración del Tesoro de la Nación en cuanto a renunciar a tal revisión, fue de inusitada trascendencia no sólo por la visión economicista de la cuestión sino también por a la afectación de la institucionalidad y el patrimonio nacionales.

Se señala que las demandas suspendidas tienen como corolario el aumento tarifario a favor de las empresas demandantes. Veamos: la Ley 25.561/02 que declaró la situación de emergencia pública y especificó los contratos de la administración regidos por normas de derecho público, autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los mencionados contratos. A tal fin, se creó mediante el Decreto 311/03 la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos —en adelante UNIREN— en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con la misión de asesorar y asistir en el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por la Ley 25.561⁽²⁸⁾. En un principio, la estrategia perseguida por la UNIREN en materia de renegociación exigía como condición que las empresas privatizadas retiraran sus demandas ante los tribunales internacionales, para así poder comenzar a discutir los contratos.

Dicha postura —dura— debió modificarse posteriormente, aceptando el gobierno que las empresas mantuvieran sus demandas al momento de iniciar la renegociación. La única condición introducida por el gobierno para iniciar el diálogo se asociaba con la suspensión de las acciones mientras se desarrollase dicho proceso; de esta forma, si la negociación por tarifas fracasaba, la empresa estaba habilitada para proseguir su demanda. Entre los acuerdos alcanzados entre la UNIREN y las prestadoras de servicios públicos, mediante los cuales estos acordaron suspender los procedimientos ante el CIADI, mencionaremos los concluidos con las empresas AES Corp., Gas Natural SDG S.A., Aguas Argentinas S.A., Compañía General de Electricidad S.A., Electricidad Argentina S.A., Camuzzi Int. SA., Telefónica S.A., y Telecom France⁽²⁹⁾.

(28) Sitio web de la UNIREN: www.uniren.gov.ar.

(29) A modo de ejemplo, el 3 de febrero de 2006, el Tribunal Arbitral del CIADI suspendió el procedimiento a pedido de la empresa Camuzzi Int. S.A. hasta el 19 de junio de 2006. La

El común denominador que agrupa a la totalidad de las presentaciones efectuadas a partir del año 2002 se vincula con los efectos de la devaluación, sobre los contratos en general y sobre el esquema tarifario en particular. Esta es la principal causa de los reclamos de los inversores contra la República Argentina, motivados por la sanción, a comienzos de 2002, de la ley 25.561/02 de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario. Esta ley, que declaró la situación de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, puso fin al régimen de convertibilidad establecido a partir de la ley 23.928, disponiendo que quedaban sin efecto, en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público —entre ellos los de obras y servicios públicos—, las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras, y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo de repotenciación. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedaban fijados en pesos en la relación de cambio un peso/un dólar⁽³⁰⁾. El articulista Fernando Krakowiak⁽³¹⁾ indica que justamente Argentina acordó con Panamá, en septiembre de 2005, suscribir un Acta Interpretativa que aclara: “las partes contratantes han entendido (...) que la determinación del tipo de cambio no constituye un supuesto de expropiación directa ni indirecta ni una medida similar a aquélla, sino una medida regulatoria de política económica no compensable”. La Consejería Legal de Cancillería intentó impulsar la firma de un acta interpretativa similar para los tratados firmados con los Estados

renegociación fue exitosa sobre la base de distintas concesiones que el gobierno dio a sus firmas EDEA, Edersa y Transpa, relacionadas con el incremento tarifario y la reactualización contractual. Asimismo, Telefónica S.A. suspendió por 10 meses el juicio contra el país por 2.834 millones de dólares —el más grande que enfrenta nuestra nación—, y a cambio obtuvo un ajuste en las tarifas de las llamadas que se hagan entre las 20 y las 21 horas, y la dolarización de las comunicaciones que llegan a la Argentina desde el exterior. Lo mismo aconteció con la demanda de Telecom France el 7 de marzo de 2006, con igual acuerdo al de Telefónica S.A. Respecto de las causas que originaron las demandas que se presentaron durante el régimen de convertibilidad, podemos mencionar la ruptura de los contratos para la prestación de servicios, la aplicación de impuestos no contemplados en la inversión original, y la suspensión del régimen de indexación.

(30) El acuerdo celebrado con Estados Unidos el 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994, es un modelo en ese sentido. Texto de este tratado disponible en [ht tp://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngin/publications/spanish99/binv_ aus.asp](http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngin/publications/spanish99/binv_aus.asp).

(31) KRAKOWIAK, FERNANDO, “Tribunal CIADI: aberración de los tratados bilaterales de inversión”, en Suplemento Cash, diario Página 12, 06/05/2005.

Unidos y España. Sin embargo, estos países dilataron la cuestión para “más adelante”.

El derecho de denuncia podría ejercerse válidamente con respecto a los TBIs que han vencido, pues estos prevén tal posibilidad. Como lo exponen Augusto Morello y Germán González Campaña,⁽³²⁾ prácticamente la mitad de los TBIs han vencido sin que se los haya denunciado, ni propuesto modificaciones a los respectivos Estados signatarios, ya sea excluyendo la jurisdicción arbitral como modo de solución de controversias, o bien exigiendo el agotamiento previo de los recursos administrativos o judiciales internos.

La mayoría de los TBIs disponen que, una vez que hayan vencido, estos se reconducen tácitamente por tiempo indefinido, hasta que alguna de las partes los denuncie. Otros establecen que, cumplidos los primeros diez años de vigencia, se renuevan tácitamente por períodos de hasta diez años más. Más preocupante aún es la cláusula que contienen todos ellos (salvo el de Colombia), que determina “ultra-actividad” de los compromisos asumidos en los tratados una vez que hayan sido denunciados, por períodos que van de diez a quince años.

Cuando estamos ante una norma como la que incorpora el Convenio CIA-DI a nuestra legislación, corresponde revisar su contenido en aras a que su aplicación no sea una distrofia en el sistema, que lo enturbie, entorpezca o nulifique jurídica y—peor aún—socialmente. En esos términos, las cláusulas de prórroga de jurisdicción que aquí pongo en crisis, desigualan: a) a los nacionales frente al capital inversor extranjero favoreciendo a éste; b) a los Estados frente al capital inversor extranjero, ya que está previsto que sólo éste puede iniciar demanda arbitral en los centros creados a tal fin (CIADI, Cámara de París, Corte de la Cámara de París, Corte Internacional de Arbitraje, etc.). Esta desigualdad normativa reproduce y profundiza la desigualdad material entre los Estados entre sí y entre los habitantes de los Estados a su interior. De allí que puede señalarse que la ley 24.353, las cláusulas de prórroga de jurisdicción a su amparo y la de tácita reconducción de los tratados, son una modificación de facto del orden jurídico constitucional.

(32) MORELLO, AUGUSTO M. y GONZÁLEZ CAMPANA, GERMAN; “El vencimiento de los tratados bilaterales de inversión”, sección Doctrina, *La Ley*, Buenos Aires, T. 2005-E-1107, p.1107.

Por lo que corresponde⁽³³⁾:

- a. la declaración de nulidad de tales normativas por parte del Poder Judicial de la Nación en causa, a petición de parte o sin ella —ver Pto. III del presente—.
- b. La declaración de nulidad de lo referido por parte del Congreso de la Nación en los términos políticos en que también fueron declaradas nulas por aquél los írritos productos conocidos como Leyes de Obediencia debida y Punto final —ver Pto. III del presente—.
- c. La suspensión del proceso en trámite en el CIADI por parte del Poder Judicial de la Nación y la recuperación de la jurisdicción para el caso —ver Pto IV de este trabajo—.
- d. La recuperación de la jurisdicción de la CSJN. Para el caso —y como instancia de mínima—, la revisión de los laudos —ver Pto. V de este trabajo—.

3 | Fundamentos para sostener la nulidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción en materia de crédito, obras, gasto y servicios públicos, moneda y otras materias de derecho y orden público a través de los llamados tratados de paz y comercio entre Estados

El art. 68 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965, que creó el CIADI, dice: "Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales".

(33) Las cuatro posibilidades que aquí expongo no agotan las herramientas viables de ser aplicadas. En ese sentido, para debatir otras tantas propuestas desde su honestidad intelectual puestos al servicio de un pensamiento nacional y democrático, ver CORTI, ARISTIDES, "Acerca de la nulidad absoluta de los laudos arbitrales del CIADI y vías procesales para su impugnación", en Infojus (página del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación): www.infojus.gov.ar, de enero 2012.

3.I | Normativa constitucional Argentina e instrumentos normativos de derecho público internacional en la materia

- a. El art. 27 CN que ordena al gobierno federal a que las relaciones de paz y comercio con potencias extranjeras sean a través de tratados cuyas cláusulas no colisionen con el derecho público nacional.
- b. El derecho público nacional integra al sistema de gobierno (art. 1 CN) y, por ende, a sus respectivos órdenes de funcionamiento (división de poderes y extensión de las atribuciones de cada uno, en el reconocimiento y garantía de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en los términos de los instrumentos internacionales contenidos en el art. 75, inc. 22 y sus ccs. 17, 18, 19 y 23 con aplicación del inc. 8 en su remisión al inc. 2 que establece la solidaridad y equidad en la distribución del producto social teniendo como prioridad la equiparación del nivel de vida de las provincias).
- c. El art. 31 CN señala el orden jerárquico normativo nacional —del mayor grado al menor— por el que la CN, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación. Ahora bien, los instrumentos internacionales contenidos en el art. 75, inc. 22 CN tienen “jerarquía constitucional” —al igual que los demás tratados y convenciones sobre DDHH, luego de ser aprobados por el Congreso, si obtienen el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Por ende se encuentran en grado superior a los tratados de paz y comercio del art. 27 que hoy conocemos como tratados de inversiones en sus diferentes modalidades (TIB, AMI, TPPI, TLC) que contienen las referidas cláusulas aquí puestas en crisis.

Cabe recordar que los llamados tratados bilaterales o de promoción y protección recíproca de inversiones o de libre comercio, no tienen jerarquía constitucional —como sí sucede con los tratados de derechos humanos del art. 75, inc. 22 CN— sino supralegal pero infraconstitucional en tanto regidos por el art. 27 CN.

Complementando las diferencias, el art. 75, inc. 24 CN admite una excepción a la prohibición de delegar competencias y jurisdicción: cuando dicha delegación se establezca en tratados en el marco de organizaciones supraestatales de integración que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Ni los tratados bilaterales que contienen dicha renuncia a la jurisdicción territorial, ni el Convenio que creó el CIADI, donde

figura la misma renuncia, se han celebrado en el marco de organizaciones supraestatales de integración (como por, ejemplo, el MERCOSUR, UNASUR, CELAC) ni en ellos figura compromiso alguno de respetar el orden democrático ni los derechos humanos.

Ni aceptando la tesis de la actuación *iure gestionis* del Estado corresponde convalidar la inconstitucionalidad e ilegitimidad de los arts. 53 y 54 del Convenio de Washington de 1965.

Si la tendencia mundial es a considerar los laudos arbitrales extranjeros como irrecubrables ante la justicia local, el desafío para quienes sostene mos la defensa irrestricta del supremacía constitucional y su vigencia —según lo establecido en el art. 36 CN— es no claudicar frente a los cantos de sirena que siguen dando cuenta de las veces que el CIADI lauda a favor de nuestro país. Ya que su ilegitimidad es de origen.

La operatividad de las cláusulas constitucionales sólo se plasma en decisiones políticas en ese sentido. Y tales decisiones políticas no sólo resultan del Poder Ejecutivo o del Legislativo. De allí, como órgano de gobierno, la importancia de la jurisprudencia del tribunal címero y de los tribunales inferiores. Así, lo dicho por la Corte en cuanto a que, “...refiriéndose a materias regulables por la voluntad de las partes- dijo... que tal renuncia no resulta aceptable ‘tenidos en cuenta los fines de resguardo de la soberanía nacional que al fuero federal se atribuye, una prórroga a favor de la justicia extranjera, en hechos que se refieren a nuestro comercio con otras naciones’”⁽³⁴⁾. Por lo que el acto de renuncia de la jurisdicción nacional, en la medida que produce infracción a la Constitución Nacional, es nulo por inconstitucional. Esta declaración la puede hacer el Congreso de la Nación y la Justicia nacional –como lo hicieron con respecto a las leyes de “obediencia debida” y “punto final”.

- d. El art. 116 CN, que prescribe “(...) Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución Nacional (...). Los temas involucrados en las leyes que han prorrogado la jurisdicción están plenamente incluidos en el art. 75, incs. 4 y 7 de la CN. Es evidente, entonces, la inconstitucionalidad de la prórroga dispuesta, al impedirlo además, la normativa de jerarquía superior (art. 31 CN). La jurisdicción federal se determina por razón de

(34) Fallos 176:218.

la materia o por razón de las personas. La jurisdicción atribuida por el art. 116 CN lo es por razón de la materia, “*con prescindencia absoluta de las personas, por lo que no puede ser alterada ni modificada en manera alguna, cualquiera sea la nacionalidad o vecindad de las partes interesadas en el juicio*”⁽³⁵⁾.

- e. En cuanto a que el art. 117 CN dispone que “En estos casos (por los del art. 110, actual 116 CN) la CSJN ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso”, no habilita la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros sino que se refiere a casos en que habiendo conocido los tribunales federales argentinos de grado, el Congreso por razones de monto o por la naturaleza del asunto, considere innecesaria la intervención de la CSJN, como es caso por ejemplo, del supuesto previsto por el art. 280 del CPCCN, texto según ley 23.764, art. 2, referido a casos en los que se verifique “(...) falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.
- f. La aplicación de la reserva al art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica efectuada por el Gobierno Nacional en su instrumento de ratificación de fecha 14/08/1984 (con arreglo a los arts. 19 a 24 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). La mencionada reserva establece que: “*El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’*”⁽³⁶⁾
- g. Del art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —si bien constituye un código adjetivo—, no es local sino legislación procesal federal y nacional ordinaria, es decir, si bien es local respecto de los fueros nacionales ordinarios es también federal en cuanto gobierna al fuero federal (en lo civil y comercial federal y en lo contencioso administrativo federal).

El texto del art. 1 fue introducido por el poder de facto que gobernó entre 1976 y 1983 y, en orden a la ideología que aquel sostenía y venía a implan-

(35) Fallos 27:453; cita de GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., en *Derecho Constitucional Argentino*, 3ra. ed., t. III, p. 456.

(36) *Constitución de la Nación Argentina*, texto oficial de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 ordenado por la ley 24.430, 10^a edición actualizada y ampliada, Astrea, 2004, pp. 199 y 224). Dicha reserva resulta plenamente eficaz (ver BIDART CAMPOS, op. cit., pp. 359/360), con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 CN).

tar, admite la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales internacionales. No obstante, la circumscribe exclusivamente a asuntos patrimoniales, excluyendo expresamente “los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva”, es decir, los regidos por los arts 27 y 116 (ex 110) CN y posterior reserva al art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica.

h. Lo dicho *supra* se entronca con el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que es esgrimido como complementario positivo del principio *pacta sunt servanda* (art. 26 de la misma Convención), lo que cerraría la posibilidad de invocar el derecho interno como justificación de un tratado. No obstante, un estudio completo de la norma en cuestión indica lo contrario. Veamos: el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impide invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Sin embargo, el mismo artículo, última parte, señala: “(...) sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46 de la misma convención”. El art. 46 de la mencionada Convención, dispone que: “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”. Para el caso, la entrega de la función jurisdiccional de los tribunales nacionales —en los términos del art. 116 CN— en casos que no responden a tribunales internacionales en materia de DDHH o de integración según el art. 75, inc. 24, afecta una norma fundamental de nuestro derecho interno: justamente la norma de mayor rango, la Constitución Nacional.

Para el abordaje de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se articulan los arts. 26, 27 (que remite al 46, combinado con el 53), 50 y 52.

i. Del crédito público.

Las leyes referidas a operaciones de crédito público o las cuestiones relativas a tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones no constituyen “tratados de integración” en los que sí cabe una excepción a la prohibición de delegar competencias y jurisdicción cuando dicha delegación se establezca en tratados en el marco de organizaciones supraestatales de integración que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Ni los tratados bilaterales que contienen dicha renuncia a la jurisdicción territorial, ni el Convenio que creó el CIADI, donde figura la misma renun-

cia, se han celebrado en el marco de tratados de integración (como por, ejemplo, el MERCOSUR, UNASUR, CELAC) ni en ellos figura compromiso alguno de respetar el orden democrático ni los derechos humanos⁽³⁷⁾.

El crédito público constituye un ingreso o recurso público derivado del Estado para brindar cobertura a la financiación de gastos públicos destinados a satisfacer necesidades públicas de “urgencias de la Nación o para empresas de utilidad Nacional” (art. 4 CN). En igual sentido lo señala la ley 24.156 (Título 3, art. 6) que prescribe que “se entenderá por crédito público la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar medios de financiamiento para realizar inversiones reproductivas, para atender casos de evidente necesidad nacional, para reestructurar su organización o para refinanciar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos”. Las operaciones de crédito público o deuda pública no son operaciones de derecho privado o *iure gestionis*. Pero aun si habláramos del Estado como sujeto en relaciones de derecho privado, nuestro Código Civil plantea limitaciones estrictas a la autonomía de la libertad de contratación cuando ésta afecta al orden público. Veamos:

1. El art. 21 señala que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está comprometido el orden público.
2. El art. 872 prescribe que no se pueden renunciar los derechos concedidos, no tanto en miras del interés particular como en cuanto se haya tenido en miras el orden público ya que tales derechos no son susceptibles de ser objeto de renuncia. Es indudable que el derecho a la jurisdicción tiene su fundamento no tanto en el interés particular como cuanto en el orden público.
3. El art. 953 prohíbe que se contrate sobre cosas que no están en el comercio, caso contrario, tales contratos serán nulos como si no tuviesen objeto. Y es indudable que la jurisdicción no es cosa que esté en el comercio.

Como cuadra a la inteligencia de la jurisdicción como atributo de la soberanía nacional, aquélla no es delegable, ni cesible ni transable, salvo en los siguientes casos: a) en favor de tratados de integración en el marco de los países de América Latina como son el MERCOSUR, la UNASUR y

(37) Acerca del significado de los tratados de integración desde la perspectiva de la reforma constitucional de 1994 y su oposición a los tratados intergubernamentales, ver MASNATTA, HÉCTOR, *Tratados internacionales de integración económica*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, 2001.

la CELAC (art. 75, inc. 24 CN); b) en controversias regidas por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en la que es viable la revisión de las sentencias argentinas por los organismos de dichos tratados (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos); y c) la justicia universal en materia de delitos de lesa humanidad de mediar defeción de la justicia argentina.

j. Instrumentos de las Naciones Unidas

“La amenaza o el uso de la fuerza”: el art. 2 inc. 4 de la Carta de las Naciones Unidas prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza, sin distinguir entre Fuerza Armada u otra.

Resolución N° 3171 sobre soberanía permanente sobre los recursos naturales, en cuyo punto 3 se dice: “Afirma que la aplicación del principio de la nacionalización por los Estados, como expresión de su soberanía para salvaguardar sus recursos naturales, implica que cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago, y que toda controversia que pueda surgir deberá resolverse de conformidad con la legislación nacional de cada uno de los Estados que aplique tales medidas” (AG, 17/12/1973).

La Declaración AG 2625 (XXV) —26/10/1970—, noveno párrafo del preámbulo y tercer principio, así como la Declaración AG 18/11/1987 (Resolución N° 42/22) —ambas Declaraciones adoptadas por consenso—, recuerdan la prohibición de emplear entre los Estados medidas de coerción económicas, políticas o de otra naturaleza. *Idem*: AG Res. N° 44/215 en 1989; AG Res. N° 46/43 de 1991.

El 12 de diciembre de 1974 la Asamblea General de la ONU aprobó la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, cuyo art. 2. 2 c) establece el derecho de los Estados a nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, pagando una compensación adecuada “teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes”. Sigue diciendo que si la compensación es motivo de controversia, la cuestión “será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente

que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con la libre elección de los medios”.

k. Carta de la Organización de los Estados Americanos

La Novena Conferencia Panamericana (Bogotá 1948) consagró la doctrina Calvo en el ámbito regional con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo art. 15 dice: “La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros”. En la misma Conferencia se aprobó el Pacto de Bogotá, en cuyo art. 7 se lee: “Las Partes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales nacionales competentes del Estado respectivo”.

El art. 19 de la Carta de la Organización de Estados Americanos dice: “Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza”. Y el art. 18 prohíbe la injerencia —armada o no— de un Estado o grupo de Estados en los asuntos internos o externos de cualquier otro.

3.2 | Doctrina y jurisprudencia aplicables

3.2.1. Doctrina Calvo

El orden normativo internacional fulminó en la Carta de las Naciones Unidas el ejercicio de la amenaza o del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas (art. 2, punto 4 de la Carta).

Focalizando con correcta interpretación racional la situación de los nuevos Estados-nación frente a las exigencias de beneficios extraordinarios al nacional por y para las potencias extranjeras en términos de libre mercado, el jurista Carlos Calvo⁽³⁸⁾ señaló la obligada sujeción de los extranjeros a las

(38) CALVO, CARLOS, *Derecho Internacional teórico-práctico de Europa y América*, París, D'Amyot y Durand et Pedone-Lauriel, 1868.

leyes y jueces nacionales en razón de que, de lo contrario, los pueblos relativamente débiles estarían a merced de los poderosos. Agregando que resulta menester recordar que “(...) los Estados soberanos son independientes e iguales, principio olvidado completamente por los que sostienen la necesidad de las convenciones extranjeras o de la aplicación de la regla (en el caso, inglesa) a los Estados americanos.

3.2.2.

En el año 1916, el Dr. José Nicolás Matienzo enunció la doctrina de que el principio de la soberanía nacional impone que la jurisdicción argentina no puede ser transferida a tribunales o árbitros extranjeros por convenciones particulares ni pactos internacionales⁽³⁹⁾. En línea con dicha doctrina, se ha señalado correctamente que “(...) los países dominantes, inversores de escasos capitales suyos, pero apropiadores en gran escala de recursos naturales y financieros nativos, imponen a los países dominados una administración de justicia *ad hoc*: las controversias de intereses en los que son partes, deben ser dilucidadas en los tribunales del exterior que ellos determinan; sin eufemismo hablando: ante sus jueces. Como es de observar, se trata de una fibra más de las que componen la coyunda con que atan a su yugo a los países dependientes. Décadas atrás la Corte Suprema de Justicia llegó a hacer suya la doctrina Matienzo gracias al empeño de uno de sus miembros, el Dr. Benito Nazar Anchorena, que fue también un juez ejemplar en cuanto atañe a la defensa del patrimonio nacional”. Se trata del fallo del 16 de noviembre de 1936, caso “Compte y Cía. c/Ibarra y Cía.” (*Fallos* 176:218)⁽⁴⁰⁾. En dicha causa se trataba incluso de un contrato de derecho privado (de fletamento) concertado en un momento en que la Argentina dependía para el transporte de sus productos de flotas mercantes extranjeras. El entonces Procurador Juan Álvarez señaló “(...) la casi totalidad de nuestro comercio exterior se hace en buques extranjeros y, por ello, es asunto que afecta directa e inmediatamente a la economía nacional determinar los derechos y obligaciones de quienes toman a su cargo el transporte de tales riquezas. Si su regulación se deja, por completo, en manos de los particulares, el Código Argentino tendría el carácter de ley supletoria, y habría desaparecido la facultad del Congreso para dictar

(39) Ver su dictamen como Procurador General de la CSJN en *Fallos* 138:62.

(40) SAMPAY, ARTURO E., en *Revista Realidad económica*, N° 11, IADE, 1972, p. 72.

normas obligatorias al respecto. Las compañías navieras podrán prescindir, cuando les plazca, de nuestra jurisdicción (...). Las grandes empresas extranjeras obtendrían, prácticamente, una especie de privilegio de extraterritorialidad (...). Doy por reproducidos a este respecto los argumentos que, en sentido concordante, hizo valer ante V.E. el ex Procurador General Dr. Matienzo en la causa de 'Fallos 138:62'. Es cierto que pueden someterse a árbitros muchas de las cuestiones surgidas entre particulares; pero de ahí no se deduce que lo sea también la soberanía nacional, o siquiera que tales árbitros queden fuera de la jurisdicción de los jueces y leyes argentinas"⁽⁴¹⁾. Sólo tres meses necesitó la Corte Nacional para fallar en dicha causa. En efecto, dictó sentencia el 16/11/1936 suscripta por los jueces Dres. Antonio Sagarna, Luis Linares, Benito Nazar Anchorena y Juan B. Terán en el sentido de que "(...) careciendo de Marina Mercante la Nación Argentina, forzosamente sus habitantes importadores y exportadores deben someterse a las reglas que el interés y el espíritu nacionalista —y no pocas veces un mal disimulado menosprecio o desconfianza por las leyes y jueces del país— les dicta en forma de cláusulas prefijadas, impresas e ineludibles de un contrato de adhesión (en lenguaje actual, cláusulas de imposición o sujeción); y así, la Constitución Nacional, las leyes federales y el Código de Comercio, cuando no el mismo Código Penal, a pesar de sus categóricas declaraciones y mandamientos, son letra muerta frente a quienes, monopolizando el transporte fijan su ley (...) La jurisprudencia extranjera se orienta hacia la desaprobación o ineeficacia de las cláusulas en los contratos de fletamiento que (...) prorrogan la jurisdicción para el conocimiento de dichos contratos. Así la Corte de Casación del Reino de Italia, en fallo del 03/03/1926 decidió que: 'las cláusulas de contratos que anulan la competencia de los tribunales italianos son nulas como contrarias al orden público de que participa la organización de la jurisdicción y como contrarias a la soberanía del Estado a quien esas cláusulas deniegan uno de sus atributos esenciales'".

3.2.3.

Frente a dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que habían convalidado leyes nacionales de renuncia a la soberanía nacional, Enrique Bacigalupo —titular de la referida Procuración— por dictamen

(41) Ver Procuración General de la Nación, Dictamen del 13/08/1936.

del 25/06/1973⁽⁴²⁾ señaló que “(...) al estar dispuesto en la Constitución que las causas en que la Nación es parte son de competencia de la Justicia Nacional (art. 100), es claro que ello no sólo no resulta modificable por la voluntad de las partes (art. 1197 Código Civil) sino que tampoco lo es por ley del Congreso, dado que éstas no pueden alterar lo reglado por la Constitución”. Criterio del cual participó también Rosatti siendo Procurador del Tesoro y posteriormente Ministro de Justicia⁽⁴³⁾. Y haciendo mérito del precedente de *Fallos* 176:218 recordó que la Corte: “(...) refiriéndose a materias regulables por la voluntad de las partes dijo (...) que tal renuncia no resulta aceptable ‘tenidos en cuenta los fines de resguardo de la soberanía nacional que al fuero federal se atribuye, una prórroga a favor de la justicia extranjera, en hechos que se refieren a nuestro comercio con otras naciones’”. Ahora bien, si esto lo sostuvo la Corte en materias de derecho privado en las que estaba interesado el orden público, con más razón cuando se trata de actos de derecho público que forman parte de la actividad gubernamental del Estado (actos *iure imperii*) como sucede con los empréstitos y operaciones de crédito público y con el poder tarifario del Estado en materia de empresas concesionarias de servicios públicos.

3.2.4.

Del entonces Procurador del Tesoro de la Nación Horacio D. Rosatti⁽⁴⁴⁾ recordando a Joaquín V. González⁽⁴⁵⁾ cuando afirma que el art. 27 de la CN constituye una limitación a los poderes del Congreso “(...) de manera que en ningún caso puede comprometer, en forma alguna de arbitraje, el honor, la soberanía y los intereses esenciales de la Nación” y agrega Joaquín V. González “(...) por consiguiente, el Congreso argentino no puede autorizar un pacto compromisorio con otra nación para someter a arbitraje puntos que afecten cualquiera de los principios fundamentales de la

(42) Colección de dictámenes de la Procuración t. 126, p. 382 y ss., asunto: nota 168/73 Ministerio de Hacienda y Finanzas.

(43) ROSATTI, HORACIO D., “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, en *LL*, 15/10/2003, tomo 2003-F:1283.

(44) ROSATTI, HORACIO D., op. cit.

(45) GONZÁLEZ, JOAQUÍN V. *Obras completas*, Buenos Aires, Ed. Universidad Nacional de La Plata, 1935, t. XI, p. 210.

Constitución". A su vez, en el mencionado artículo de Doctrina —nota 10 del mismo—, también nos recuerda Rosatti que “(...) la República Argentina ha sido tradicionalmente abanderada de la posición que defiende su jurisdicción nacional como escenario idóneo para dirimir las disputas que involucran a un inversor extranjero. Este principio, de larga vigencia en el Derecho internacional público, es conocido como doctrina Calvo, en homenaje al diplomático y tratadista argentino que, sobre finales del siglo 19 repudió —en base del principio de igualdad de los Estados— la ingenericia de legislación y/o tribunales extraños a los nacionales para resolver los conflictos jurídicos que involucran a un inversor extranjero”. La doctrina que fue receptada en Constituciones latinoamericanas y por los tribunales de EEUU —desde 1926 hasta casos recientes, en disputas con inversores mexicanos por aplicación de la Federal Law de 2002—.

3.2.5.

En orden a estas materias, Conesa puntualizó⁽⁴⁶⁾: “En la materia de la interpretación del art. 100 de la Constitución Nacional (actual 116) soy de opinión que deben quedar excluidos de la prórroga de la jurisdicción los asuntos referentes a actos en los que el Estado actúa como poder público, esto es actos '*iure imperii*', limitándose la posible prórroga, con mucha prudencia y restricción a su aplicación en aquellos otros casos donde el Estado se comporta como podría serlo un particular en el área del derecho privado, es decir, cuando actúa '*iure gestionis*'. En términos prácticos, esto significa que cuando el Ministerio de Economía o la Secretaría de Hacienda celebra un contrato de empréstito público, actúa como poder público, con '*iure imperii*' y no puede pactar la prórroga de jurisdicción. Y, por lo tanto, las sentencias de un juez del Estado de Nueva York condenando a la Argentina a pagar a tenedores de bonos es nula, o tal vez, como dice Goldschmidt, inexistente”.

La cláusula de estabilización que se utiliza como fundamento para las demandas contra el Estado contiene la pretensión de impedir el normal desarrollo de la política legislativa nacional, en la medida que lo resuelto por el Estado entre en colisión con las ganancias esperadas o presupues-

(46) CONESA, EDUARDO, “Default y reestructuración de la deuda externa”, en Suplemento Especial, *La Ley*, 11/2003, p. 69 y ss., en especial pp. 78 y 79.

tadas por la empresa inversora. De allí que la Argentina haya sido demandada en el CIADI principalmente a partir de la pesificación del 2001. Brasil no celebró ningún tratado con garantías de inversiones con potencias extranjeras. Decía Conesa: “(...) ello ocurre porque las inversiones se radican en Brasil en función de un beneficio económico esperado y no en razón de supuestas garantías. La justicia brasileña no es mejor ni peor que la justicia argentina. Esto demuestra que hay algo erróneo en la política de humillación nacional implicada en estos tratados de garantías de inversiones. En efecto, cuando la Argentina saca las controversias y juicios más importantes de la jurisdicción de sus jueces está concediendo la inoperancia y la corrupción de nuestra justicia. También está profiriendo una ofensa gratuita a sus jueces. En todo caso, debe tratarse de mejorar el Poder Judicial del país. La Argentina de los noventa, al firmar estos tratados, se convirtió en el hazmerreír de América Latina. Se cuenta que un ministro de Relaciones Exteriores del Brasil no podía creer que Argentina, país que generó la doctrina Calvo, haya firmado tratados tan humillantes. Su Corte Suprema deja de ser tal. Pasa a ser una especie de triste tribunal municipal pues queda excluida de fallar en los pleitos más relevantes del país”. Para señalar, a su vez, que actualmente “(...) la mayor parte de los pleitos que enfrenta la Nación Argentina ante los tribunales arbitrales del CIADI (...) han sido incoados por empresas concessionarias de servicios públicos de la propia Nación Argentina. La materia del juicio es nada menos que el nivel de las tarifas que se aplican en el país. Es unánimemente reconocido en el derecho que la fijación del nivel tarifario de un servicio público importa un acto *'iure imperii'*. Es decir, se trata de un acto de soberanía que el Estado Argentino no puede delegar en un tribunal del CIADI (...). Evidentemente, el orden público argentino y la soberanía nacional están en juego. Estos contratos al soslayar la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y sus tribunales inferiores establecida en el art. 116 de la Constitución Nacional, son nulos de nulidad absoluta”⁽⁴⁷⁾.

3.2.6.

También ha dicho la CSJN: “Que lo afirmado por esta Corte en la causa citada en el considerando precedente —y que modifica la doctrina de

(47) CONESA, EDUARDO, op. cit., p. 80.

Fallos: 257:99 y 271:7— en el sentido de que el art. 27 de la convención de Viena sobre Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino —una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales— asegurar primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna, bastaría para rechazar el agravio del Fisco Nacional” (consid. 9º)⁽⁴⁸⁾.

A su vez, el juez Boggiano —por su voto— señaló “(...) Sin perjuicio, claro está, de la supremacía constitucional, asegurada, en general, por su tipología rígida (art. 30 Constitución Nacional) y respecto de los tratados por el artículo 27 de la Constitución Nacional que dispone que: ‘El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que están en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución’. Principios cuyo resguardo también se hallaría asegurado por la propia Convención de Viena, en cuanto establece en su artículo 46 la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno (confr. Barberis, Julio ‘La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina’, *Prudentia Iuris*, VII–XVIII, diciembre 1985-abril 1986, p. 192 y siguientes., ibídem, Verdross-Simma, ‘Derecho Internacional Público’, p. 856). También el art. 53 de la Convención tutela de un modo mediato dichos principios al establecer la nulidad de todo tratado que se oponga a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), aclarando que se entiende por tal aquella que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que norma que no admite acuerdo en contrario. Ello es así, en razón de la sustancial coincidencia entre los valores y derechos protegidos por las normas de *ius Mogens* y por nuestra Carta Magna”⁽⁴⁹⁾.

(48) *Fallos* 317:1282 *in re* “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”. Con la firma de los jueces Levene (h), Belluscio, Nazareno, López, Bossert. Según su voto, Boggiano. Disidencia de Moliné O’ Connor, en *Rev. de Derecho del MERCOSUR*, La Ley, Año 1, N° 1, mayo de 1997, p. 243 y ss. Lo transcripto en p. 246.

(49) *Fallos* 317:1282 *in re* “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”, op cit., pto. 25, pp. 255/256.

4 | Sobre la posibilidad de decretar la suspensión del proceso arbitral extranjero en los estrados judiciales nacionales

La posibilidad de decretar la suspensión de procesos arbitrales, cuenta con el valioso antecedente de la medida cautelar dispuesta por la jueza del fuero Dra. Rodríguez Vidal mediante sentencia del 27/9/04 en los autos promovidos por la Entidad Binacional Pública Estatal Yaciretá contra las empresas reunidas Impregillo-Dumex y Asociadas para Yaciretá- Eriday UTE y los árbitros Nicolas Gamboa Morales, Emilio Jorge Cárdenas y Julio Alberto Barberis, caratulados “Entidad Binacional Yaciretá c/Eriday y otros s/proceso de conocimiento” (causa nº 26444/04)⁽⁵⁰⁾. Incluso más, al no acatar el tribunal arbitral dicha medida cautelar suspensiva, el juez federal a cargo en este momento de la causa —Dr. Ernesto Marinelli— impuso a las empresas demandadas —que desconocieron dicha resolución alegando que el fuero contencioso administrativo federal no tenía jurisdicción ni competencia— una multa a título de astreintes de 7 millones de dólares y un millón diario hasta tanto no se lograse que la empresa contratista “obedezca los mandatos de la justicia argentina” ya que “sólo bajo la amenaza de una ‘mortificación patrimonial verdaderamente importante’ podría llegar a lograrse la referida obediencia a los mandatos judiciales”.

Para el caso de un planteo de inconstitucionalidad de un proceso arbitral en los términos de la presente exposición, cabe decretar una medida cautelar suspensiva de aquél, sin que esto importe ni el examen de planteo de fondo ni que tal decreto implique necesariamente avanzar sobre los presupuestos sustanciales de la pretensión. La negativa a una medida cautelar suspensiva, en esos términos, se da de bruces con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ver con arreglo a una familia consolidada de fallos, el precedente inserto en *Fallos* 326: 4967, “Que, asimismo, este Tribunal ha dicho en *Fallos*: 306:2060 ‘que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo

(50) Publicado en *La Ley*, 13/06/2005.

de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no excede del marco del hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”⁽⁵¹⁾. Asimismo, del mismo precedente, su considerando 2º señaló que “corresponde acceder a la medida cautelar suspensiva de la actividad de la actora con el objeto de ‘precaver los efectos de actos a los que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional’”⁽⁵²⁾ con cita, a su vez, del precedente de Fallos 307:1379.

Asimismo la sentencia de la CSJN⁽⁵³⁾ *in re* “Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c/Forestal Santa Bárbara SRL y otros (citado como terceros Salta, Pcia. de y el Estado Nacional entre otros) s/acción declarativa”, haciendo lugar a una medida cautelar suspensiva de un proceso judicial entablado por la actora ante la justicia del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, a fin de que dicha empresa “se abstenga de impulsar el procedimiento o particular en el juicio” entablado ante dichos tribunales externos y “en cualquier otro procedimiento conexo, o derivado o sus contingencias; y de iniciar, impulsar o participar en cualquier otro procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo en el Estado de Delaware, en aquel país o en otro tribunal de autoridad extranjera con relación a los hechos o acciones a que se refiere la causa mencionada” y a “solicitar a la Corte Suprema del Estado de Delaware la suspensión del proceso referido”.

5 | Como recuperación “de mínima”

No obstante, y como piso mínimo, sostenemos que el fallo dictado por la CSJN⁽⁵⁴⁾ en los autos “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento” que nulificó parcialmente un laudo nacional, puede ser aplicado en el plano internacional respecto de las sentencias arbitrales del CIADI. Allí, la

(51) CSJN, *Fallos* 326:4967, considerando 4, en especial p. 4973.

(52). CSJN, *Fallos* 326:4967, considerando 2, p. 4972.

(53) CSJN sentencia de fecha 27/07/05 con voto de los jueces Enrique Santiago Petracchi, Agusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda.

(54) CSJN sentencia de fecha 01/06/2004.

CSJN declaró la nulidad parcial del laudo arbitral nacional, por haber fallado el tribunal sobre puntos no comprometidos, sosteniendo asimismo que "no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el interés público".

6 | Decisiones políticas que involucran al CIADI en la región

Hasta el año pasado, ciento cuarenta y siete países habían aceptado sus normas, de los cuales unos quince eran latinoamericanos que se adhirieron en los '90. Algunos de ellos, además, han adherido a la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)⁽⁵⁵⁾.

Eran Estados-Parte del CIADI y de la MIGA los siguientes países latinoamericanos: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Bolivia, Brasil y Haití sólo son partes de la MIGA.

En la actualidad, la región se regocija con la valentía de Bolivia, Ecuador y Venezuela que se han retirado del CIADI. La tendencia fue inaugurada por Bolivia y Ecuador entre 2007 y 2009, cuando ambos Estados renunciaron al organismo para no pagar las demandas millonarias a favor de empresas

(55) La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) fue establecida el 12 de abril de 1988 como una organización miembro del Grupo del Banco Mundial. Su propósito es apoyar el flujo de recursos extranjeros de inversión entre sus países miembros en vía de desarrollo. Ese flujo debe lograrse en condiciones consistentes con sus necesidades de desarrollo, políticas y objetivos, sobre la base de estándares estables para el trato de la inversión extranjera. Esto se logra principalmente facilitando la inversión protegiéndola de los riesgos de fluctuación de las tasas de cambio de las monedas, las expropiaciones, las guerras y los conflictos sociales. MIGA dispone de sus propias Reglas de Arbitraje. MIGA apoya a sus países miembros en la solución de controversias con inversionistas. El servicio legal de MIGA ofrece colaboración y orientación a los países miembros que buscan métodos de acercamiento creativos para la solución de sus controversias relacionadas con inversiones. El objetivo de MIGA en estos casos es el de solucionar las controversias antes de que necesiten de un arbitraje formal. MIGA tiene un Reglamento de Arbitraje para Controversias en los Contratos de Garantía de la Agencia de Garantías en Inversiones Multilaterales (1990). <http://www.miga.org/>.

extranjeras afectadas por decisiones oficiales. Ecuador, unos 12.000 millones de dólares y Bolivia más de 4000 millones⁽⁵⁶⁾.

En la cumbre del ALBA realizada en abril del 2007 en Venezuela, Evo Morales hizo el siguiente anuncio: "Los Estados parte del ALBA acordaron retirarse y denunciar de manera conjunta la convención del CIADI, garantizando el derecho soberano de los pueblos a regular la inversión extranjera en su territorio". El mandatario boliviano explicó que "(...)la decisión se tomó porque algunas empresas extranjeras que no cumplen con las leyes bolivianas han decidido recurrir al CIADI para que les sirva de protección frente a los legítimos derechos de Bolivia. Morales explicó que una revisión de las decisiones del CIADI, que está vinculado al Banco Mundial, muestra que ha sentenciado en contra de los países y a favor de las empresas, incluso cuando son transgresoras de las leyes, salvo en un par de casos que falló a favor de EEUU"⁽⁵⁷⁾. La nota del Gobierno de Bolivia, enviada al presidente del Banco Mundial notificando formalmente la denuncia del Tratado de Washington constitutivo del CIADI lleva fecha 01/05/2007⁽⁵⁸⁾.

El 25 de junio del 2009, con la participación de más de 400 delegados de la sociedad civil, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Crisis Económica Mundial —en Nueva York, EEUU—, unas semanas después de que el Gobierno ecuatoriano anunciara su retiro del CIADI, el presidente Rafael Correa reseñó: "La actual situación de crisis refleja los malos resultados de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la movilidad irrestricta del capital. Esto refleja el colapso del paradigma individualista y competitivo, camuflado de técnica. La OMC es parte de la mentira de que el libre comercio puede beneficiar a todos. Hay un estudio de la Universidad de Cambridge que señaló que ningún país se desarrolló con libre comercio, sino con medidas de protección de sus capacidades productivas. Esto nos condujo a una dictadura del capital que ahora tiene más derechos que los seres humanos. (...) No estoy de acuerdo con la pena de muerte, pero es una ley de los Estados Unidos y todos tenemos que someternos a ella. Sin embargo, con los Tratados Bilaterales de Inver-

(56) GUERRERO, MODESTO E., "Venezuela se fue del Ciadi" en Diario Página 12, Buenos Aires, 25/07/2012. Ver texto en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-199469-2012-07-25.html>.

(57) Ver diario Página 12 del 30/04/2007.

(58) Ver "Declaración de la Asociación Americana de Juristas", del 19/05/2007.

sión y el CIADI, cualquier transnacional puede llevar a un Estado soberano al arbitraje sin pasar por ningún mecanismo del Estado”⁽⁵⁹⁾.

En Venezuela, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia viene elaborando una jurisprudencia homogénea en contra del arbitraje, señalando que “el hecho de que mediara un arbitraje fuera de Venezuela no impedía —a ninguna de las partes que hubiera cuestionado la validez o aplicación del convenio de arbitraje— recurrir a las cortes venezolanas aunque el tribunal arbitral hubiera rechazado tales cuestionamientos, pues intervenía una parte venezolana y ‘eventualmente’ el laudo podía llegar a ser ejecutado en el país”⁽⁶⁰⁾. Esta hermana República denunció el Convenio el 25/01/2012, según comunicado oficial del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, por lo que el 25 de julio se acaba de cumplir el plazo que debía esperar Venezuela —según el artículo 71 del Convenio del CIADI suscrito por ese Estado en los años '90—, para que se hiciera efectiva su decisión soberana de abandonar la entidad. Durante el tiempo de espera, la multinacional Saint-Gobain Performance Plastics European presentó recurso contra el Estado venezolano.

El retiro de estos países del CIADI, no implica la conclusión forzosa de las demandas interpuestas antes de la fecha de denuncia de Convenio. Estas siguen su curso y deben atenderse en el aspecto jurídico. No olvidemos, asimismo, que hasta seis meses con posterioridad a la fecha de retiro, el CIADI tiene la posibilidad de asumir su competencia en el caso o los casos en que ETN demanden contra el Estado que ya se ha retirado.

En Brasil no hay impedimento para que una empresa controlada por el Estado acuerde resolver sus disputas por vía del arbitraje, en la medida en que sea de naturaleza económica y no comprenda intereses públicos⁽⁶¹⁾. Similar criterio —exclusión de las materias de orden público del

(59) Para más información, ver: <http://www.nickbuxton.info>; wto-intl-request@listserver.citizen.org en fecha 28/06/09.

(60) TSI Venezuela, Sala constitucional “Consorcio Barr c./Four Seasons” 28.10.03, cit. por Anzula-Zumbiehl. El pronunciamiento sigue en línea con el fallo 16.10.01 en “Cía. Anónima Venezolana de Televisión” (citado en RIVERA, JULIO C. “Interferencias Judiciales en el arbitraje” en La Ley, 06/12/06, nota 16, p. 3).

(61) RIVERA, JULIO C., op. cit., nota 19, p. 3.

arbitraje— sigue Venezuela. Por su parte, Brasil firmó 14 TIBs pero ninguno de ellos fue aprobado por el Congreso Nacional⁽⁶²⁾.

“Nuestro gobierno no tiene pensado apartarse del CIADI” —afirmación que le fuera atribuida al embajador argentino ante EEUU, Jorge Argüello, por el diario La Nación⁽⁶³⁾—.

7 | Cuando los extremos se tocan: inicio del trabajo y su conclusión

“La rueda en movimiento —a velocidad— da la impresión de que estuviera inmóvil”.

Volviendo a la expropiación de acciones del grupo REPSOL por parte del Estado Nacional, ante los agoreros que se anulan de temor o ante los también agoreros pero que se solazan en la deslegitimación de la acción gubernamental, la Argentina tiene una nueva oportunidad de: 1) promover sin demoras ante los tribunales federales argentinos, una acción declarativa de nulidad —absoluta y, por ende, imprescriptible— de la referida cláusula de prórroga de jurisdicción por su manifiesta constitucionalidad, dirigida —como parte demandada— al grupo empresario titular de las acciones expropiadas. A dicha demanda cuadrará acompañar el requerimiento de una medida cautelar suspensiva de la referida cláusula con apercibimiento de sanciones conminatorias (astreintes) en caso de desobediencia al mandato judicial que al efecto se dicte; y b) que el Congreso de la Nación sancione una ley declarativa de la nulidad de las cláusulas de prórroga de jurisdicción a favor del CIADI y demás centros o tribunales arbitrales o judiciales extranjeros en materias en las que se encuentra comprometido y el disputa el derecho público (art. 27 CN y reserva al art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica). Todo ello, como política de Estado asumida por cada uno de los órganos con funciones de poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) ya que garantizar la soberanía energética y de los demás recursos naturales resulta presupuesto indispensable y requisito inescindible de la concreción de “la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución argentina y los tratados interna-

(62) Ver ECHAIDE, JAVIER y LUCIANA GHOTTO, op. cit., 2008, pp. 74/75.

(63) Ver sección “Economía & Negocios”, diario La Nación, 13/06/2012, p. 3.

cionales sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" (art. 75, inc. 23 CN). Como asimismo de aquellos derechos que, si bien no explicitados, nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33 CN), en el marco de un efectivo Estado social y democrático de derechos —operativos y no meramente programáticos, discursivos o literarios—.

La presión social, con una resistencia de años, coadyuvó a que Argentina no firmara el ALCA en la Cumbre de Presidentes en Mar del Plata (noviembre del 2005). Frente al CIADI es indispensable una presión organizada —lo que supone información, difusión y articulación del tema en las distintas luchas de las organizaciones en marcha—, no sólo en el orden nacional sino en el internacional (particularmente en la región). Esto implicará, también, una necesaria presión para lograr que los Congresos y/o Parlamentos lleven al recinto un debate vigoroso sobre la cuestión.

En nuestro país, podría instalarse la discusión —frente a una futura reforma constitucional— sobre la necesidad de incorporar el derecho a la soberanía nacional o el derecho de autodeterminación del pueblo como derechos de incidencia colectiva, por el que pueda el afectado directo o cualquier asociación abocada a esos fines, accionar legítimamente frente a la vulneración de aquél⁽⁶⁴⁾. O, si por el contrario, tal necesidad no es relevante atento los referidos derechos se desprenden de lo establecido en el art. 33 CN y ccs.

(64) El 26/8/04, la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA) promovió una demanda contra el Estado Nacional, a los efectos de obtener la declaración judicial de nulidad de las leyes y tratados internacionales que prorrogaron la jurisdicción en favor de tribunales judiciales y arbitrales extranjeros, tanto en materia de empréstitos y crédito público cuanto en materia de tratados bilaterales, para la llamada promoción y protección recíproca de inversiones ("TBIs"), al prever mecanismos de solución de controversias en materia de inversión por medio de tribunales de arbitraje ajenos a la jurisdicción judicial argentina. En el marco de dicha demanda se solicitó una medida cautelar suspensiva de las cláusulas de prórroga de jurisdicción y causas en trámite ante el CIADI, siendo rechazada la medida por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, Secretaría N° 7 y en la Cámara de Apelaciones del Fuero, por falta de legitimación activa, dando lugar a la interposición de un Recurso Extraordinario no concedido, y a un posterior recurso de queja denegado por la Corte Nacional. En cuanto al fondo de la causa, el Juzgado y la Cámara lo rechazaron por el mismo motivo. La AABA fundó su derecho a la acción, en que sus estatutos contemplan la defensa de la CN y el estado de derecho; y por tratarse la soberanía nacional de un bien colectivo generador de derechos de incidencia colectiva.

La AABA había promovido, asimismo, la conformación de la Convocatoria NO AL CIADI-SÍ A LA SOBERANÍA NACIONAL, que cuenta con la adhesión de más de 70 organizaciones sociales, gremiales, políticas y personalidades de esos quehaceres, la cual promovió un

El debate sobre la convalidación a ultranza de la actividad arbitral del CIADI o su inconstitucionalidad —y, por ende, la revisibilidad de sus laudos finales por la CSJN— dista mucho de ser meramente académico o de técnica legislativa. La posición que se adopte frente al tema importa una definición política, de tal suerte que, en el primer caso, la soberanía nacional queda licuada o diluida. Los millones de habitantes del suelo argentino merecen y tienen el derecho constitucional de que sea la jurisdicción nacional la que dirima toda contienda en la que el orden público, los intereses de la nación y, consecuentemente, los derechos humanos estén vitalmente comprometidos. Ya sea en favor de sectores populares o ya sea dándoles la espalda a aquéllos, los abogados y juristas también hemos venido confrontando ideología en nuestros fundamentos jurídicos⁽⁶⁵⁾.

Las relaciones de fuerza —por más adversas que sean— pueden cambiar y, de hecho, la historia nos muestra que cambian, en la medida de la organización conciente y consistente que las propicie, promueva y sostenga frente al embate de la reacción en contra.

Celebro la resistencia tozuda y consecuente como exorcismo laico indispensable para mantener la cordura frente a tanta esquizofrenia aparentemente contagiosa del modo de producción en que vivimos.

.....
proyecto de ley en el Congreso Nacional para anular las cláusulas de prórroga de jurisdicción a favor de tribunales como los del CIADI en materias en las que está comprometido el orden público. No se llegó a poner a estudio por el escaso número de diputados que lo firmaron. En la actualidad, perdió estado parlamentario.

(65) Se han expedido sosteniendo la inconstitucionalidad de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros y del CIADI, la Federación Argentina de Colegio de Abogados (Declaración del 18/06/2005), la Asociación de Abogados de Buenos Aires (Declaración del 12/04/2005), el Consejo de Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas (Declaración del 20/05/2005), los profesores titulares de las cátedras de Finanzas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho UBA (Declaración del 08/11/2004) y la Asociación Americana de Juristas en la XIII Conferencia Internacional celebrada del 11 al 14/11/2003, en la mencionada Facultad, acerca de "Justicia Social, Democracia y Paz. Los Juristas y sus responsabilidades en su defensa y promoción".

En las antípodas del pensamiento adscripto y fundado en el presente, tenemos al Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (conocido como "Colegio de la calle Montevideo") cuyo comunicado del 08/04/2005 fuera publicado como "Demandas ante el CIADI. Aconsejan acatar los laudos internacionales. Lo pide el Colegio de Abogados de la Ciudad", en diario *La Nación*, 09/04/2005. Nuestra respuesta fue: COSTANTE, LILIANA B. y CORTI, ARÍSTIDES, "La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI", *La Ley*, nº 87, año LXIX, 04/05/2005. Asimismo, puede encontrarse buen material de trabajo en BIANCHI, ALBERTO B., "El Estado Nacional ante el arbitraje", *La Ley*, 13/04/2005.

Delitos de lesa humanidad y prisión preventiva

por LEONEL TOLEDO⁽¹⁾ y GUSTAVO SZARANGOWICZ⁽²⁾

I | Introducción

El principio de inocencia, la garantía del juicio previo, el derecho a la libertad del imputado mientras se sustancia el proceso penal seguido en su contra, el recaudo del plazo razonable, etc. constituyen el resultado de una larga evolución tendiente a la protección del individuo frente al poder inquisitivo del Estado que se desarrolla a partir del siglo XVIII.

Sin embargo, a partir del siglo XX, surgió una toma de conciencia acerca de una tipología de delitos antes desconocida como tal —los denominados, genéricamente, “delitos de lesa humanidad”— y la consecuente necesidad de elaborar nuevas respuestas para hacer frente a un fenómeno que, de manera urgente, mostraba la impotencia de las alternativas jurídicas vigentes para prevenir, reparar y reprimir aquellos delitos que, justamente, resultaban los más graves, por comprometer a toda la humanidad.

Esta nueva realidad implicó profundas transformaciones en la manera de concebir la posición del Estado y del individuo, y sus relaciones recíprocas, que se manifestaron —en lo que aquí interesa— en la aparición de nuevas reflexiones y prácticas acerca del derecho, en especial, en el ámbito de los derechos humanos, del derecho penal y del procesal penal.

(1) Abogado (UBA). Candidato a Magister en derechos humanos, UNLA-CELS.

(2)Abogado (UBA). Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la ECAE (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado).

Concretamente, en el presente trabajo se propone analizar si existen razones suficientes para que, respecto del plazo de la prisión preventiva, se apliquen estándares diferentes a los vigentes para los casos de delitos comunes, cuando se trata de investigar y sancionar a los presuntos autores de delitos de lesa humanidad.

Centrando la mirada en la experiencia argentina, aquí se plantea un estudio de la cuestión con el siguiente itinerario: i) una breve introducción al proceso de verdad y justicia argentino, ii) un análisis respecto de la complejidad de los procesos judiciales en trámite, iii) un examen respecto de las condiciones que habilitan el dictado de la prisión preventiva y iv) un estudio respecto de la jurisprudencia en la materia, específicamente, la de los tribunales internacionales que juzgan delitos de lesa humanidad y de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2 | Breve reseña sobre el proceso de verdad y justicia en la Argentina

La dictadura cívico-militar que usurpó el poder entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 llevó a cabo una política de represión que incluyó detenciones ilegales, torturas, secuestros, desapariciones forzadas y creación de centros clandestinos de detención. El Estado se transfiguró en una nueva forma del Estado de excepción, un verdadero “Estado terrorista”, que elaboró estructuras clandestinas e institucionalizó actividades represivas absolutamente ilegales, irrazonables y aberrantes. El terror se convirtió en un método y práctica permanente para lograr la aniquilación íntegra de la oposición y la destrucción de toda forma de organización democrática.

El proceso llevado a cabo en la República Argentina constituye un ejemplo paradigmático de búsqueda de la verdad y la justicia tras una feroz dictadura cívico-militar, emprendido por una joven sociedad democrática que logró sobreponerse y hacer frente —ciertamente con marchas y contramarchas— a los obstáculos inherentes a procesos de una naturaleza tan compleja como traumática.

La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), creada en diciembre de 1983, recibió el mandato de investigar el desti-

no de los miles que habían desaparecido durante el gobierno dictatorial de las juntas militares. La Comisión debía recibir testimonios y evidencias respecto a dichos eventos, y transmitirlos a los tribunales en los casos en los que se hubieran cometido delitos. El informe de la Comisión, que fue publicado con el título de *Nunca Más*, no incluyó la determinación de responsabilidades individuales, sino que presentó una crónica objetiva de los hechos.

Luego del trabajo de la CONADEP, se llevó a cabo el juicio a los integrantes de las tres primeras juntas militares, en el que los líderes máximos de la dictadura fueron acusados de numerosos homicidios, secuestros y casos de tortura.

En la denominada “causa nº 13/84”⁽³⁾, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal estudió los sucesos ocurridos en el país durante el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”, en lo atinente, entre otros aspectos, al sistema represivo creado desde la cúpula del aparato estatal. En diciembre de 1985, luego de realizar un profundo análisis del contexto histórico y normativo, dicha Cámara dictó una histórica sentencia, en la cual consideró acreditada la organización y funcionamiento de una estructura ilegal, orquestada por las Fuerzas Armadas con el propósito de llevar adelante un plan clandestino de represión y condenó a la mayoría de los imputados a penas de efectivo cumplimiento.

Respecto de los oficiales de media y alta jerarquía, fueron beneficiados por las denominadas leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”⁽⁴⁾ —también conocidas como leyes de impunidad— que obstaculizaron y pusieron coto a las acciones judiciales dirigidas contra ellos.

(3) CNACCF, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, 09/12/1985.

(4) Ley 23.492 (Ley de Punto Final) y ley 23.521 (Ley de Obediencia Debida) respectivamente. La primera estableció un plazo perentorio de 60 días luego del cual se extinguiría la acción respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, por delitos cometidos durante la dictadura, que no estuviere prófuga, o declarada en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente; mientras que la segunda estableció una presunción que no admitía prueba en contrario respecto de quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por los delitos por haber obrado en virtud de obediencia debida.

Pocos años después de haber sido condenados en el marco de la mencionada causa n° 13/84, en diciembre de 1990, los integrantes de las sucesivas juntas que ejercieron el poder durante la última dictadura cívico-militar fueron indultados por el entonces Presidente Carlos Saúl Menem y, en consecuencia, recuperaron su libertad⁽⁵⁾.

Frente al nuevo escenario de impunidad imperante y gracias a la actividad desplegada por los organismos de derechos humanos, se plantearon ante los tribunales nacionales vías alternativas para seguir en la investigación de los hechos, sorteando a las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida", que impedían llevar a cabo procesos penales tendientes al castigo de los responsables. El resultado fueron los llamados "Juicios de la Verdad", que tuvieron como propósito recolectar información acerca de lo ocurrido a las víctimas de la dictadura cívico-militar⁽⁶⁾.

A partir del año 2003, se abre una nueva etapa en el proceso de verdad y justicia en la República Argentina como consecuencia directa de la labor incansable de los organismos de derechos humanos y del esfuerzo mancomunado de los poderes del Estado, tendiente a avanzar en la investigación, juicio y sanción de los responsables de los graves crímenes cometidos durante la última dictadura cívico-militar.

En tal sentido, se destaca especialmente el brío político dado desde el Poder Ejecutivo a partir de las presidencias de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner⁽⁷⁾; como así también la adecuación del sostén nor-

(5) Decreto 1002/89.

(6) Sobre el derecho a la verdad, ver OLIVEIRA, ALICIA Y GUEMBE, MARÍA J., "La verdad, derecho de la sociedad", en AAVV, *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997. En cuanto a los "Juicios por la Verdad", puede consultarse: CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual enero-diciembre de 1998*, Buenos Aires, Eudeba, 1999; y CELS, "Lucha contra la Impunidad", en *Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001.

(7) En este proceso de lucha contra la impunidad, el Poder Ejecutivo ha tomado muchas medidas, entre otras, se destacan: la participación activa —a través de la Secretaría de Derechos Humanos (SDH)— como parte querellante en más de un centenar de causas judiciales. La colaboración con la Justicia a través de los registros de informaciones y testimonios contenidos en el Archivo de la CONADEP. La digitalización a través del Archivo Nacional de la Memoria (ANM) de numerosas causas judiciales referidas a los crímenes de lesa humanidad,

mativo por parte del Poder Legislativo⁽⁸⁾, la adopción de importantes reso-

favoreciendo la optimización de los recursos actuales y facilitando la gestión procesal. El impulso junto al Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF), y el Ministerio de Salud de la Nación la "Iniciativa Latinoamericana para la Identificación de Personas Desaparecidos en América Latina" que tiene por objeto la creación de un banco de sangre en todo el país, para la identificación de los restos de personas desaparecidas por razones políticas. La labor conjunta que desarrolla la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, en tanto organismo estatal, con la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo ha posibilitado que en la actualidad, 105 niños apropiados durante la dictadura, hayan recuperado su identidad.

También desde el Poder Ejecutivo se han dictado una serie de disposiciones que coadyuvan a la lucha contra la impunidad, a la recuperación de la memoria histórica y a la búsqueda de la verdad.

En este sentido, por resolución N° 1720/2008 del Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos se reguló el funcionamiento de la Unidad Especial para Búsqueda de Personas Ordenada por la Justicia, creada por la ley 26.375, en lo que respecta a los trámites relacionados con el ofrecimiento y pago de las recompensas que la ley en cuestión prevé como compensación dineraria para aquellas personas que brinden datos útiles mediante informes, testimonios, documentación y todo otro elemento fidedigno y/ o fehaciente, cuando resultasen determinantes para la detención de personas buscadas por la justicia que registran orden judicial de captura o búsqueda de paradero, en causas penales en las que se investiguen delitos de lesa humanidad (ver art. 1, ley 26.375). En el mismo sentido, se creó la Unidad Especial de Datos Sensibles sobre Delitos de Lesa Humanidad, que tiene como objetivo principal fomentar la presentación y aporte de datos que puedan incorporar nuevos elementos de juicio para las investigaciones judiciales.

Asimismo, por iniciativa del Poder Ejecutivo se aprobaron durante el año 2009, la ley 26.548 que regula el funcionamiento y ámbito de dependencia del Banco Nacional de Datos Genéticos con miras a promover mecanismos más idóneos para facilitar la identificación de los hijos de las personas desaparecidas. La ley 26.549 que dispone los procedimientos para la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). Y la ley 26.550 modifica el Código Procesal Penal de la Nación, faculta a las asociaciones o fundaciones registradas conforme a la ley, a constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, siempre que su objetivo estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideran lesionados.

Por último, el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos creó el Centro de Asistencia a Víctimas del Terrorismo de Estado "Dr. Fernando Ulloa", el cual tendrá por función la atención integral de las personas que hayan sufrido violaciones a los derechos humanos y de sus familiares, encargándose de la contención psicológica, la orientación y derivación de los afectados y/o de sus familiares en función de las demandas que se detecten como consecuencia de las graves violaciones a los derechos humanos.

(8) En cuanto al Poder Legislativo, el primer hito fue la sanción de la ley 25.779, que declaró insanablemente nulas las "leyes de impunidad" 23.492 y 23.521, permitiendo así la reapertura de la posibilidad de llevar a juicio a los responsables de tales crímenes. A su vez, se han sancionado las leyes 26.374 y 26.376 con el objeto de acelerar los juicios en trámite y que, entre otras cosas, se refieren a la actuación de los magistrados intervenientes.

Asimismo, desde el Poder Legislativo, merece destacarse como especialmente importante, por su valor simbólico y por su peso político, la aprobación unánime por parte de la Cámara

luciones por parte del Poder Judicial⁽⁹⁾ y el impulso del Ministerio Público Fiscal (MPF)⁽¹⁰⁾.

Los resultados de esta nueva etapa en nuestra historia son vivenciados día a día: conforme al relevamiento realizado por el MPF⁽¹¹⁾, se encuentran imputadas 875 personas como responsables de delitos de lesa humanidad, de las cuales 281 fueron condenadas. Hasta el año 2008, fueron conde-

.....
de Diputados del Congreso de la Nación de una declaración que considera "política de Estado" a los juicios por crímenes de lesa humanidad llevados adelante en todo el país. Entre sus fundamentos, se señala que, al cumplirse 200 años del momento fundacional de nuestra historia, resulta oportuno reiterar el valor que el proceso de justicia por graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar tiene para la vida institucional de la Argentina. Además, se subraya que la reapertura de las causas en 2001, con la declaración de inconstitucionalidad de las "leyes de impunidad" en la causa "Simón" y la aceleración del proceso en 2005, con el aval de los tres poderes del Estado, inauguró una nueva etapa de legitimidad para las instituciones de la República.

(9) En cuanto al Poder Judicial, no puede dejar de mencionarse la seguidilla de *leading cases* "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo", entre otros, en los que quedó asentada la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, la constitucionalidad de la ley 25.779 y la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y de los indultos que habían beneficiado a los responsables de tales crímenes. Al respecto, es importante resaltar que en dichos fallos, la CSJN recurrió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en especial, los casos "Velázquez Rodríguez" y "Barrios Altos"— para destacar las obligaciones del Estado argentino en la prevención, investigación y sanción de toda violación de los derechos humanos, mostrando —a la vez— que los compromisos sobre la materia trascienden los límites de las fronteras e interesan a toda la región.

El Poder Judicial también adoptó importantes medidas para impulsar el proceso de verdad y justicia. En este sentido, cabe destacar que la CSJN, mediante acordada N° 42/08, creó la Unidad de Superintendencia para Delitos de Lesa Humanidad, cuya función principal es relevar las causas en trámite y requerir información relacionada con el avance de los procesos y con las dificultades operativas que puedan demorar su realización. En la misma dirección, el Poder Judicial decidió convocar a una Comisión Interpoderes integrada por el Ministerio Público Fiscal, el Consejo de la Magistratura, la Cámara de Senadores y Diputados y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Poder Ejecutivo Nacional a los fines de considerar los problemas que plantea el desarrollo de estos procesos y las soluciones que es necesario aportar. Asimismo, la Cámara Federal de Casación Penal dictó la acordada N° 1/12 que dispuso seis reglas a fin de facilitar el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales y posibilitar una mayor dinámica y operatividad a las normas procesales en vigor para los procesos judiciales complejos como los causas por delitos de lesa humanidad.

(10) El Ministerio Público Fiscal (MPF) dispuso —mediante resolución N° 14/07, del 7 de marzo de 2007— la creación de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado.

(11) Informe producido por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado disponible en: http://www.mpf.gov.ar/Accesos/DDHH/Docs/Estado_Causas_mar_2012.pdf.

nadas 70 personas; al finalizar el año 2009, ese número aumentó a 100; a fines de 2010, ascendió a 199; mientras que, para el 2011, la cantidad de condenados alcanzó la cifra de 267. Durante el año en curso concluyeron, en diversas jurisdicciones del país, 4 juicios orales en los que recayeron 14 condenas⁽¹²⁾. Actualmente, se encuentran en curso una docena de juicios (orales y escritos)⁽¹³⁾, habiéndose fijado ya fecha de debate en otros 8 juicios más.

(12) Se trata de los siguientes juicios: 1) En Azul, Mar del Plata: causa 30615 (Legajo de Prueba N° 18) caratulada: "Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires s/denuncia" (causa "Moreno") en el que se condenó a Méndez, Emilio Felipe; Méndez, Julio Manuel; Ojeda, José Luis; Pappalardo, Roque Ítalo; Tommasi, Julio Alberto con fecha 16/03/2012/; 2) En Tucumán: causa A-190/11 "Aguirre, Emma del Valle s/ su denuncia por privación ilegítima de la libertad y otros delitos" en el que se condenó a Miguel Ángel Moreno el 23/03/2012; 3) En Rosario: n° 120/08 "Díaz, Bessone, Ramón Genaro; Lofiego, José Rubén; Marcote, Mario Alfredo; Vergara, Ramón Rito; Scortechini, José Carlos y Chomicki, Ricardo Miguel s/ Homicidio, Violación y Tormentos y acumuladas" en la que con fecha 26/03/2012 se condenó a Ramón Genaro Díaz Bessone, José Rubén Lofiego, Ramón Rito Vergara, Mario Alfredo Marcote y José Carlos Antonio Scortecchini y se absolvió a Ricardo Chomicki y 4) En Córdoba: causa n° 20.219 "Roselli, Antonio José y otros p.ss.aa. privación ilegítima de la libertad, imposición de tormentos agravados y homicidio calificado" en la que el día 26/03/2012 se condenó a Pedro Nolasco Bustos, José Filiberto Olivieri, y Jorge Worona.

(13) En cuanto a los juicios orales, se encuentran en desarrollo los siguientes: 1) En Capital Federal, la causa n° 1351 caratulada: "Nicolaides Cristina, Videla, Jorge Rafael y otros" —Plan sistemático—; 2) En Rosario se encuentra en transcurso el debate en la causa 26/10 "Martínez Door, Roberto José s/infracción art. 144 bis, inc.1 del CP y 144 ter, párr. 1 y 2, CP según ley 14.616"; 3) En Mar del Plata está en desarrollo el juicio en la causa n° 2278 "Caffarello Nicolás s/delito contra derechos de gentes" (y causas acumuladas n° 2300 "Caffarello"; 2301 "Bicarelli"; 2380 "La Cueva" y 2325 "Comisaría IV") y la causa n° 2333 "Malugani Juan Carlos, Pertusio Roberto s/ Av. Homicidio Calificado" Juzg. Fed. Mar del Plata (y su acumulada n° 5113 "Frigerio s/ denuncia" —elevaciones de los imputados 6 y 8— y causa n° 5180) —Base Naval II—; 4) En Bahía Blanca se lleva a cabo el juicio en la causa n° 982/09 "Bayón, Juan Manuel por privación ilegal de la libertad agravada reiterada, aplicación de tormentos reiterada, homicidio agravado reiterado a Bombara, José y otros en Área Controlada oper. Cuerpo Ejército V" (Ex causa 05/07); 5) En La Plata se lleva a cabo el juicio en la causa n° 2955/09 "Almeida, Domingo y otros s/ inf. arts. 80, 139, 142, 144, 146, 45, 54 y 55, CP" (acumuladas las causas 2 y 117 "comisaría 5ta", 11 "Arana", 12 "Brigada", 3" ("Puesto Vasco y Coti Martínez"; 8860 "Bergés" y 7650 "Antonini"); 6) En San Juan se desarrolla el juicio en la causa n° 6481 "Amin de Carvajal, Sara y otros, s/denuncia homicido" (acumulada con las n° 6204, 4459 y 4942; 7) En Paraná se desarrolla el debate en la causa 1960/10 "Harguindeguy, Albano Eduardo y otros s/ infracción art. 151 y otros del Código Penal", ex expediente n° 56.208 "Roman Cesar Manuel s/ denuncia" y sus acumulados (expediente n° 1991/10 "Díaz Bessone, Ramón Genaro y otros S/ Infrac. Arts. 141 y otros del Código Penal"—ex área Concordia— y expediente n° 2138/11 "Valentino, Juan Miguel y otros s/ inf. art. 141 y otros del Código Penal"—área Gualeguaychú— y 8) En Posadas comenzó el juicio en la causa 3-3159/05 "Personal de la Policía de la Provincia de Misiones en el periodo comprendido entre los años 1976/1983 s/ privación ilegitima de la libertad agravada por torturas; tortura seguida de muerte".

3 | Complejidad de los procesos judiciales en los que se investigan delitos de lesa humanidad

La investigación judicial en los procesos penales en los que se investigan delitos de lesa humanidad debe sortear, desde el punto de vista fáctico, los obstáculos propios de las particulares características del plan criminal de represión que encabezó la última dictadura cívico-militar⁽¹⁴⁾. Entre esas características, muy diferentes a las de los delitos comunes, pueden enumerarse las siguientes: i) la cantidad de hechos bajo estudio; ii) la clandestinidad en la que se llevaron a cabo las prácticas investigadas; iii) los intentos de ocultar la identidad de los responsables; iv) la innumerable prueba producida en sede judicial; v) la pluralidad de actores que intervienen en los procesos; vi) el extenso tiempo transcurrido desde la comisión de los delitos investigados; y vii) las múltiples instancias por las que atraviesan los diferentes planteos articulados por las partes⁽¹⁵⁾.

Según el MPF⁽¹⁶⁾, una de las estrategias que suelen seguir las defensas que actúan en causas en la que se investigan delitos de lesa humanidad es la formulación constante y reiterada de planteos dilatorios, tendientes a impedir que las actuaciones alcancen la etapa de juicio. El carácter dilatorio de estas presentaciones —excepciones o recursos— puede deducirse del hecho de ser manifiestamente improcedentes por apartarse de modo evidente de las constancias de la causa, por tratarse de la reedición de cuestiones ya planteadas y resueltas, por la falta de oportunidad procesal en la que se formulan o bien por el hecho de ser insustanciales al plantear,

(14) La forma en la que se llevaron adelante los delitos que se investigan, no fue elegida en forma caprichosa sino que respondió a una finalidad ulterior, el logro de la impunidad de los responsables, de allí que se evitara utilizar los mecanismos legales con que se contaba a la fecha de los hechos y se dispusiera un dispositivo de ilegalidad subterráneo, con la clara intención de eliminar todos aquellos rastros que pudieran comprometer penalmente a los autores.

(15) Las características señaladas han sido especialmente subrayadas por la CSJN al referirse a estos temas en su acordada n° 42/08 del 29/12/2008.

(16) Documento producido por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos Cometidas Durante el Terrorismo de Estado del Ministerio Público Fiscal. Texto disponible en <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/pautas-para-la-impl-13-08.pdf>.

sin argumentos novedosos, cuestiones sobre las cuales existe una jurisprudencia sentada y uniforme.

Si bien podría considerarse que, en lo formal, todas las pretensiones interpuestas por las defensas técnicas se encuentran articuladas invocando normas de raigambre constitucional y cada uno de los planteos esgrimidos merece un serio tratamiento y resolución, tanto de parte del Ministerio Público como de los distintos juzgados y tribunales que entienden en los incidentes, no es menos cierto que, en lo real, tales pretensiones muchas veces persiguen la obstaculización del normal desarrollo de las causas durante la etapa de instrucción, retrasando consecuentemente la etapa de juicio, debido al tiempo que insume la sustanciación de este tipo de trámites dilatorios.

Al respecto, Maier ha expresado que significa también un abuso toda obstaculización del procedimiento que persigue el único fin de demorarlo u obstruirlo, a pesar de hacer valer, aparentemente, facultades procesales, tales como las recusaciones sin fundamento, o la interposición de recursos manifiestamente improcedentes para agotar las etapas que conducen a la inadmisibilidad o los ofrecimientos de prueba que el defensor conoce inútil o impertinente⁽¹⁷⁾.

4 | Sobre la prisión preventiva y las condiciones que legítimamente habilitan a su dictado

La privación de libertad de una persona durante la sustanciación de un juicio penal en su contra no puede buscar la satisfacción de las finalidades propias de la pena, sino que, como medida cautelar, sólo debe perseguir la concreción de los fines procesales: averiguación de la verdad y realización futura del derecho sustantivo⁽¹⁸⁾.

(17) Ver MAIER, JULIO J. B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2003, t. II, p. 275.

(18) Ver BOVINO, ALBERTO, "El encarcelamiento preventivo en los tratados de Derechos Humanos", en CELS, *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Martín Abregú y Christián Courtis (comps.), Buenos Aires, 1996, p. 443.

La regla general es la libertad ambulatoria de la persona “sospechada” mientras tramita la causa y la excepción, su encarcelamiento preventivo, que sólo podría proceder ante la necesidad puramente procesal de preservar los fines mencionados. Tales fines pueden ser puestos en peligro intencionalmente por el imputado, obstaculizando o entorpeciendo las investigaciones, o bien con su pretensión de fuga⁽¹⁹⁾, y es en estos supuestos en los cuales se admite la prisión preventiva⁽²⁰⁾.

Sin embargo, la presencia cierta de peligros procesales no opera como condición suficiente para la procedencia de la medida de coerción, es necesario que medie una “sospecha sustantiva de responsabilidad del imputado” en el hecho que se le endilga. Ello significa que deben existir elementos de prueba —incorporados legítimamente al proceso— que corroboren la probable autoría o participación del “sospechado” en el hecho que se investiga⁽²¹⁾.

De acuerdo con el principio de excepcionalidad que rige en la materia, la prisión preventiva no debería proceder si los riesgos para los fines del proceso pudieran ser contrarrestados con otras medidas o alternativas menos gravosas. Junto al principio de excepcionalidad, corolario del principio de inocencia, juega el principio de proporcionalidad, cuya misión es fijar coto a la aplicación de la prisión preventiva. Este último principio exige que el juez lleve adelante un juicio comparativo entre la medida de coerción —prisión preventiva— que pretende ordenar y la pena que eventualmente se aplica-

(19) La obstaculización en la investigación —entorpecimiento en el proceso de averiguación de la verdad— puede consistir, por ejemplo, en amenazar a los testigos, destruir o alterar elementos probatorios; y la posibilidad de frustrar la aplicación del derecho sustantivo queda claramente representada en el peligro de fuga.

(20) El Código Procesal Penal de la Nación establece en su art. 280: “La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley”; art. 312: “El juez ordenará la prisión preventiva del imputado (...) cuando: (...) 2) aunque corresponda pena privativa de libertad que permita condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el art. 319.” y art. 319: “Podrá denegarse la exención de prisión o la excarcelación respetándose el principio de inocencia y el art. 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si este hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”.

(21) Ver BOVINO, ALBERTO, op. cit., pp. 461/462.

rá según las circunstancias particulares del caso⁽²²⁾, actuando así como límite de este instituto, puesto que impide la aplicación del encarcelamiento preventivo cuando no se espera una pena privativa de libertad o cuando la misma no será de efectivo cumplimiento, o bien marca el límite temporal al plazo de encarcelamiento⁽²³⁾. En palabras de Maier, “la proporcionalidad se refiere tanto a la calidad cuanto a la cantidad de la pena”⁽²⁴⁾.

5 | Jurisprudencia de los tribunales internacionales

Ahora bien, a la hora de determinar cómo evaluar los parámetros para establecer si la cantidad de tiempo en prisión preventiva es razonable, resulta necesario examinar la jurisprudencia internacional en la materia, específicamente, la de los tribunales internacionales que juzgan delitos de lesa humanidad. Dado que dichos tribunales, por su competencia específica, intervienen en procesos judiciales complejos en los que se verifica la presencia de masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, perpetradas por aparatos represivos organizados desde el poder estatal.

En efecto, la práctica general de los tribunales penales internacionales muestra que, una vez que la acusación es confirmada, los imputados son normalmente detenidos en prisión preventiva. Los instrumentos jurídicos que regulan el funcionamiento de estos tribunales establecen los requisitos para que tal medida cautelar restrictiva de la libertad sea dispuesta.

Así, por ejemplo, la Regla 65.B del Tribunal Penal Internacional para Ruan-da dispone que, una vez detenido, el acusado no gozará de la libertad provisional, salvo orden de la Sala de Juicio, quien deberá estar convencida de que el acusado comparecerá en juicio, y que su liberación no involucra peligro para ninguna víctima, testigo u otra persona.

(22) Ver BOVINO, ALBERTO, op. cit., p. 459.

(23) Ver BOVINO, ALBERTO, op. cit. Quedarían comprendidas aquellas situaciones en las cuales la persona que se encuentra privada de su libertad preventivamente hubiera sufrido en detención un plazo superior al que le correspondería en el caso que se le aplique la pena.

(24) MAIER, JULIO J. B., op. cit., p. 528.

Sobre el particular, dicho tribunal internacional manifestó, en el caso “El Fiscal c. Casimir Bizimungu et al”⁽²⁵⁾ y citando jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (caso “El Fiscal c. Brdanin and Talic”), que a pesar de que el acusado había estado detenido preventivamente por más de tres años, dada la complejidad del caso, no parecía irrazonable que dicha situación continuara.

En el mismo sentido, en el caso “El Fiscal c. Joseph Kanyabashi”⁽²⁶⁾, la Sala de Apelaciones sostuvo que una larga prisión preventiva no constituye, por sí misma, causa suficiente para justificar la libertad provisional.

Siguiendo esa línea, en el caso “El Fiscal c. Nahimana”⁽²⁷⁾, el tribunal señaló que, a la hora de resolver otorgar la libertad provisional a una persona acusada por serias violaciones al derecho internacional, incluido el genocidio, debe llevarse a cabo un balance entre la solicitud del acusado, la comunidad de intereses y la necesidad de completar el procedimiento de forma ordenada.

Asimismo, en el caso “El Fiscal c. Justin Mugenzi et al”⁽²⁸⁾, la Sala de Juicio afirmó que el derecho del acusado de ser juzgado sin demoras injustificadas debe ser evaluado junto con la necesidad de establecer la verdad sobre los serios crímenes imputados.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece, en su art. 58, las razones para disponer la prisión preventiva del acusado de un crimen de su competencia: i) garantizar que la persona comparezca en juicio; ii) asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la inves-

(25) Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Juicio, “Decision on Bizimungu’s Motion for Provisional Release pursuant to Rule 65 of the Rules”, 4 de noviembre de 2002, párrs. 28/33.

(26) Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones, “Decision on application for leave to appeal filed under Rule 65(d) of the Rule of Procedure and Evidence”, 13 de junio de 2001.

(27) Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones, “Decisión on the Defence’s Motion for Release or Alternatively Provisional Release of Ferdinand Nahimana”, 5 de septiembre de 2002, párr. 10.

(28) Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Juicio, “Decision on Justin Mugenzi’s motion for stay of proceedings or in the alternative provisional release (rule 65) and in addition severance (rule 82(b))”, párr. 32.

tigación ni las actuaciones llevadas adelante ante el tribunal; iii) impedir que la persona siga cometiendo ese crimen u otro conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

Al respecto, la Regla 118.2 prescribe: "La Sala de Cuestiones Preliminares revisará su providencia sobre la libertad o detención de una persona con arreglo a lo previsto en el párrafo 3 del artículo 60 por lo menos cada 120 días y podrá hacerlo en cualquier momento a solicitud del interesado o del Fiscal". En cumplimiento de dicha norma y frente a un pedido de libertad provisional de la defensa del acusado, en el caso "El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo"⁽²⁹⁾, la citada Sala manifestó que, dada la gravedad de los crímenes imputados, existía un riesgo sustancial de que éste buscara fugarse de la jurisdicción de la Corte y que, asimismo, el acusado conocía la identidad de ciertos testigos de la fiscalía, por lo que había peligro de que intentara comunicarse o ejercer presión contra ellos, directa o indirectamente, obstruyendo o poniendo en peligro el procedimiento. Además, sostuvo que si bien los instrumentos internacionales de derechos humanos disponen que los acusados tienen derecho a ser juzgados en un tiempo razonable y que la prisión preventiva no puede extenderse de forma injusta, la razonabilidad de la medida restrictiva de la libertad no puede ser evaluada en forma abstracta, sino que depende de las características particulares de cada caso, en especial, de su complejidad y del volumen de la prueba. Finalmente, la Sala tuvo en cuenta que los órganos de la Corte habían actuado con celeridad y que en momento alguno, el procedimiento se encontró inactivo.

6 | Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La CSJN, *in re "Firmenich"*⁽³⁰⁾, ha tenido oportunidad de fijar como principio que la aplicación de la hipótesis prevista en el art. 1 de la ley 24.390 (modificada por la ley 25.430) que establece el cese de la medida cautelar

(29)Sentencia: relativa a la apelación del Fiscal contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I titulada "*Decisión relativa a la liberación de Thomas Lubanga Dyilo*" (ICC-01/04-01/06 OA 12).

(30) CSJN, "Recurso de hecho deducido por el abogado defensor de Mario Eduardo Firmenich en la causa incidente de excarcelación promovido a favor de Mario Eduardo Firmenich", 28/07/1987, Fallos 310:1476.

ante la posible lesión de la garantía de plazo razonable (art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH) no es de aplicación automática y que la ley 24.390 no ha derogado las normas que rigen el instituto de la excarcelación, razón por la que las disposiciones de aquéllas deben ser interpretadas a la luz de las normas respectivas del Código Procesal Penal *in re "Bramajo"*⁽³¹⁾.

En efecto, en el precedente “Firmenich”, la CSJN sostuvo que la interpretación razonable del art. 7, inc. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conduce a establecer que el juicio sobre la prolongación de la privación de la libertad cautelar debe estar relacionado con las circunstancias concretas del caso.

Por su parte, en el caso “Bramajo” la CSJN opinó que “la validez del artículo 1 de la ley 24.390 se halla supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los artículos 380 y 319 del Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”. Asimismo, señaló que: “si bien la ley fija plazos para la procedencia de la libertad caucionada, de ello no se deriva que vulnere lo establecido en el art. 7.5 de la CADH, puesto que la Comisión no prohíbe que cada Estado Parte establezca plazos de duración de la detención sin juzgamiento, lo que no admite es la aplicación de aquellos en forma automática sin valorar otras circunstancias. Así, en el informe del caso 10.037 de la República Argentina, la Comisión expresó que “el Estado argentino no está obligado a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias (...) quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”. Y, finalmente, agregó “que la conclusión expuesta no significa desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la luz del tratado con jerarquía constitucional que aquélla reglamenta. Además cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca

(31) CSJN, “Recurso de hecho deducido por Norberto Julio Quantin (fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional) en la causa Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación —causa n° 44.891—”, 12/09/1996, Fallos 319:1840.

a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento normativo. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos y otros no se compadece con la misión de administrar justicia”.

Dicha interpretación normativa fue ratificada y seguida en los precedentes “Trusso”⁽³²⁾ y “Pereyra”⁽³³⁾ —por los votos de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni—, “Guerrieri”⁽³⁴⁾ y “Mulhall”⁽³⁵⁾.

En el último fallo mencionado, la CSJN compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal, en el marco de un recurso en el cual se planteaba la excarcelación del imputado, acusado de delitos de lesa humanidad, por haber transcurrido el plazo máximo del encarcelamiento previsto en el art. 1 de la ley 24.390. Allí se sostuvo que, “teniendo en cuenta las transgresiones a los derechos humanos que se le atribuyen al imputado, no parece violatorio de sus garantías fundamentales que continúe cumpliendo la prisión preventiva (...”).

Asimismo, en el reciente fallo “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ Recurso de casación”⁽³⁶⁾ la CSJN ratificó la doctrina sentada en el precedente

(32) CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Francisco Javier Trusso en la causa Trusso, Francisco Javier s/ excarcelación —causa n° 19.685—”, 12/08/2003, Fallos 326:4640.

(33) CSJN, “Recurso de hecho deducido por David Esteban Pereyra en la causa Pereyra, David Esteban s/ causa N° 6485”, 27/11/2012, Fallos 330:4885.

(34) CSJN, “Guerrieri, Pascual Oscar s/ legajo de prórroga de prisión preventiva (art. 1°-ley 25.430)”, 11/12/2007, Fallos 330:5082.

(35)CSJN, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Carlos Alberto Mulhall en la causa Mulhall, Carlos Alberto s/ excarcelación causa N° 350/06”, 18/12/2008.

(36) CSJN, causa A. 93 XLV “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ Recurso de casación”, 08/05/2012. En dicho fallo, la Corte resolvió declarar procedente el recurso extraordinario federal interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, revocar la sentencia

"Guerrieri" y señaló los criterios que autorizan a exceder el plazo legal genérico de la prisión preventiva, compatibilizando el deber internacional que tiene el Estado argentino de juzgar los delitos de lesa humanidad, la complejidad de los procesos judiciales y la obligación de hacerlo en un plazo razonable.

En este sentido, la Corte señaló las cuestiones de hecho y de derecho que deben valorarse al decidir el mantenimiento de la prisión preventiva en los supuestos de los delitos de lesa humanidad.

Entre las cuestiones fácticas, la CSJN indicó que deben considerarse:

1. La complejidad del caso, que en muchos de estos procesos excede la de los supuestos corrientes de delitos contra la vida y la integridad física.
2. Los obstáculos que pueden oponerse a la investigación, entre los que cuenta la circunstancia de que han sido cometidos desde el Estado y conforme a un aparato con participación de múltiples personas, que pueden contar aún hoy con encubridores y partícipes desconocidos.
3. La edad, condiciones físicas y mentales de las personas, que condicionan la mayor o menor capacidad para intentar eludir la acción de la justicia.
4. El menor rigor de algunas privaciones de libertad, en casos de beneficio de detención domiciliaria.
5. El grado de avance de la causa, o sea, si está próximo el juicio oral o si éste tiene fecha fijada y, por supuesto, si ha mediado sentencia condenatoria no firme.
6. La enorme cantidad de obstáculos con que ha chocado el juzgamiento de estos delitos, que permanecieron impunes durante décadas, lesionando en consecuencia la seguridad y la vivencia colectiva de garantía frente al poder estatal que han provocado estos delitos y la enorme gravedad de algunas imputaciones, que superan en mucho la de los delitos comunes contra las personas.

Respecto de las cuestiones jurídicas, la CSJN señaló que deben tenerse en cuenta:

1. La normativa internacional que impone que la prisión preventiva no exceda un plazo razonable.

.....
de Cámara que había considerado inadecuada la prolongación de la prisión preventiva de Jorge Rádice y Jorge Acosta y disponía la libertad de los enjuiciados bajo caución personal suficiente para asegurar sus comparecencias en juicio.

2. La de no permitir la impunidad de delitos de lesa humanidad, impuesta por la misma normativa.
3. El general deber de afianzar la justicia emanado de la Constitución Nacional.
4. El principio republicano que impone la racionalidad de los actos de gobierno, lo que impide que los jueces puedan caer en arbitrariedad para determinar la duración máxima de la prisión preventiva.

7 | Conclusión

La diferencia de entidad que existe entre los “delitos comunes” y los “delitos de lesa humanidad” resulta manifiesta.

Es frente al delito común imputado a un particular donde juegan en su plena dimensión los principios establecidos en la Constitución Nacional y en toda la normativa pertinente contenida en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos sobre la tramitación de los procesos judiciales para la averiguación del delito y la imposición de sanciones.

En cambio, frente al delito de lesa humanidad cometido desde, mediante o con venia del poder del Estado, los principios aplicables pueden resultar matizados en diversos aspectos (v.gr., prescriptibilidad, prisión preventiva, excarcelación, etc.).

Concretamente, en el tema aquí analizado, no puede dejar de advertirse que el mero riesgo de que los delitos de lesa humanidad queden impunes impone consideraciones y valoraciones especiales sobre la vigencia de las medidas cautelares limitativas de la libertad respecto de las personas imputadas.

No es lo mismo —ni se encuentran en equivalente plano jerárquico en cuanto a su grave trascendencia institucional y social— la comisión de un delito previsto en el derecho penal común que la empresa criminal sistemática, planificada, impulsada y ejecutada por un conjunto de funcionarios —incluso, civiles— que encabezaron una forma de Estado terrorista, con el objetivo de implantar o hacer perdurar una determinada estructura de poder mediante la aniquilación total de un grupo y de toda posibilidad democrática.

En especial, no puede olvidarse que la forma en la que se llevaron adelante los delitos que se investigan no fue elegida de manera caprichosa, sino que respondió a una finalidad concreta: lograr la impunidad de sus autores, entre otras cosas, intentando eliminar todos aquellos posibles rastros que dejaran los mismos, lo cual —evidentemente— dificulta notablemente la tarea jurisdiccional en este tipo de procesos⁽³⁷⁾.

De allí que, puntualmente, a los fines de considerar el mantenimiento de la medida cautelar de la prisión preventiva, conforme a la jurisprudencia de tribunales internacionales y de la CSJN analizada en los puntos V y VI resulta indudable que no pueden equipararse mecánicamente los criterios jurídicos aplicables a los delitos comunes, en los casos de delitos de lesa humanidad.

.....

(37) Al respecto, recuérdese que el 22 de septiembre de 1983 el propio Gobierno de facto a cargo de Reynaldo Bignone dictó, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 5 del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, la ley 22.924, eufemísticamente denominada “Ley de Pacificación Nacional”. Dicha ley, en verdad de autoamnistía, declaraba extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982, y a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiere sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado, alcanzando sus efectos tanto a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores, comprendiendo tanto a los delitos comunes como a los delitos militares conexos. La coronación de este sistema de impunidad se puede ver, asimismo, en el decreto PEN 2726 del 19 de octubre de 1983 —dictado también por Bignone—, en el que se ordenó dar de baja, para su eliminación, las constancias de antecedentes relativos a la detención de las personas arrestadas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional. En igual sentido, el mensaje militar n° 561/83 ordenó a los encargados de las zonas en que se dividió el territorio nacional que hubieran recibido documentación clasificada relativa a la lucha contra la subversión, proceder a la devolución inmediata para la incineración por acta. La consecuencias jurídicas de todo este perverso “sistema normativo” es la misma que cabe extraer del dictado de la ley de facto 23.040, que ha sido calificada como una tentativa de encubrimiento entre integrantes de un mismo régimen de poder (voto del juez Zaffaroni *in re “Simón”*, considerando 20).

Verdad, justicia y derechos fundamentales

Hacia una amalgama de las fuentes⁽¹⁾

por EDUARDO P. JIMÉNEZ⁽²⁾

Dedicado al profesor Juan Carlos Wlasic, un silencioso jurista que en los “tiempos de plomo” dio cátedra de ética militante y después se dedicó a transmitir en paz, su experiencia a quienes sólo intentamos, al transitar nuestro camino, merecer su estima y consideración...

¡Gracias, Juan Carlos!

“En este mundo horrible, la única protesta posible es la belleza”
Phil Ochs

.....

(1) El presente trabajo resume y amplía los contenidos de dos investigaciones anteriores, que son “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” (ED 194-949) y “Garantías Constitucionales y Convencionales básicas que rigen las relaciones entre el derecho regional americano, el derecho comunitario y el derecho interno de la República Argentina” (Ediar, Buenos Aires, 2010, capítulo propio para libro en colaboración).

Esta investigación se extiende a un trabajo afín, pero no abordado en el presente, titulado “Acerca de la imprescriptibilidad de las acciones civiles para reclamar daños y perjuicios derivados de delitos de lesa humanidad” (Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año XII, N° 9, septiembre del 2010, p. 84 y ss.)

(2) Eduardo Jiménez es Profesor Titular concursado (Catedrático) de las asignaturas Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y Elementos de Derecho Internacional (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) en la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Es, además, juez federal concursado de 1^a instancia en la ciudad de Mar del Plata.

I | La cuestión de los derechos fundamentales, como nudo central del problema

Creemos importante principiar nuestro estudio destacando que la teoría de la supremacía de la Constitución, analizada desde la versión de análisis que la impone como “relación jerárquica”, se construye a fin de asegurar a esa estructura como centro y punto superior del sistema que la propia Carta Fundamental crea.

Es desde ese posicionamiento, que creemos que la ubicación y prevalencia de los Derechos Fundamentales —sustentados por y desde tal teoría— juegan un rol preponderante al erigirlos el propio sistema en punto medular a fin de asegurar su eficacia, ya que desde el vértice del mismo, ellos condicionan las reglas de juego del sistema, generando un ámbito real de seguridad para el ciudadano que transita la sociedad democrática en que ellos se insertan.

Así, conviene en este punto realzar el importante problema que plantea cómo instalar y tornar funcional un sistema de derechos fundamentales desde cuya vigencia sociológica cobra relevancia el consenso social, determinado según Germán Bidart Campos⁽³⁾, por un acuerdo de base o convergencia —aun desde la diversidad de líneas filosóficas— en ciertas valoraciones culturalmente compartidas, por aquello de que “los hombres solemos comportarnos conforme aquello en lo que creemos”.

Es importante establecer —una vez arribados a este estadio de nuestro análisis— a “qué cosa” hemos de conceptualizar como “derechos humanos” o, como nosotros preferimos denominarlos, “derechos fundamentales”⁽⁴⁾. De más está decir aquí que la tentación de aportar una definición que responda a tal interrogante, ha sido, y lo sigue siendo aun, para los constitucionalistas

(3) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Constitución y Derechos Humanos, su reciprocidad simétrica*, Ediar, 1991, p. 146.

(4) De este modo presenta el tema el maestro Germán Bidart Campos, en su libro escrito en coautoría con Daniel Herrendorf: *Principios de Derechos Humanos y Garantías* (EDIAR, Buenos Aires, 1990, p. 62). Recomendamos su lectura íntegra.

y estudiosos del área de los Derechos Humanos en general, un desafío difícil de soslayar.

Al definirlos, nosotros hemos concebido a los derechos humanos como las "facultades o prerrogativas de la persona o grupo social que, enmarcados dentro del contexto del Estado de Derecho, regulan la dignidad y existencia misma de la persona humana, permitiendo a sus titulares exigir de la autoridad respectiva, la satisfacción de las necesidades básicas allí enunciadas"⁽⁵⁾.

De lo expuesto, puede seguirse sin hesitación que la definición puesta a consideración del lector, contempla a los derechos humanos como facultades o prerrogativas, no sólo individuales, sino también grupales, en el contexto del Estado de Derecho, por lo que una desfiguración del sistema democrático en que deben enmarcarse implicaría o implica graves peligros para afirmar y enfatizar su vigencia, tal se los define.

Asimismo, destacamos que esos derechos fundamentales regulan (no crean ni reconocen) un estándar mínimo en que se sustenta la existencia de la persona humana.

Finalmente, creemos también que no cabría definir teóricamente a tales derechos, sin enunciar acto seguido, como parte de la definición, que a ellos deben corresponderse instrumentos efectivos que aseguren su vigencia plena, lo que implica a su vez incorporar a nuestra definición, el elemento que constituye la garantía mínima eficaz, que ofrece la temática del Derecho Procesal Constitucional⁽⁶⁾.

Por lo dicho, sostenemos que el sistema de valores que el concierto de los derechos fundamentales representa, posee una trascendente función legitimante del orden jurídico en que se inserta.

(5) Ver, de nuestra autoría, "Sistema Jurídico y Derechos Humanos", ED. 149-949. Allí destacamos, además, una serie de definiciones que abarcan los modos interpretativos supuestos por los distintos sectores de la filosofía del derecho y el constitucionalismo actual.

(6) Sin pretender, en definitiva, que la presente definición ponga punto final a la temática en debate, sino entendiéndola como un aporte más en el tema —perfectible o superable, por cierto—, cabe ofrecerla simplemente con tal alcance, esperando que este nuevo enfoque permita una más adecuada inteligencia de la dimensión institucional de la materia en desarrollo.

Volviendo a las enseñanzas de Germán Bidart Campos⁽⁷⁾, ya ha indicado a su tiempo, el querido maestro, que “los derechos humanos, integrados al orden público constitucional, o mejor aún, alumbrando con su impronta desde el mismo vértice, hacen al principio de unidad y coherencia de dicho orden constituyéndose —sin lugar a dudas— en la parte fundamental de la ética de nuestro tiempo”. Claramente entonces, los derechos fundamentales y los valores que les son recíprocos, desde la cúspide constitucional, irradian su función legitimadora y exigen su realización plena, tanto a los órganos de gobierno, cuanto a los habitantes de la República.

Esto significa, en palabras simples, que toda formulación normativa derivada del plexo constitucional, deberá contener su sino garantista y *pro homine*.

Tal vez lo expuesto sirva para explicitar de manera convincente y además, contundente, la trascendencia de que el constituyente reformador argentino de 1994 haya otorgado jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Su misión resulta entonces, la de afianzar el valor que tales normas poseen en el ordenamiento jurídico nacional.

A los derechos fundamentales, consagrados por la Constitución en modo explícito o implícito al sistema interno, se le adiciona este marco, proveniente del derecho internacional, que enfatiza —a modo de pauta de valoración obligatoria dirigida a los poderes públicos—, su potencial legitimante de una democracia ya asentada sobre líneas promisorias, positivas y garantistas.

Puede afirmarse por lo antes dicho, que de este modo, el sistema de derechos humanos, acerca el constitucionalismo formal al constitucionalismo material. Cabe predicar entonces que la Constitución formal es el derecho de la Norma Fundamental, que reviste fuerza y vigor normativos, habiéndose sostenido en este sentido, que las disposiciones sobre derechos que contienen las constituciones de los Estados de Derecho, resultan ser fórmulas lapidarias y preceptos enunciativos de principios que —por regla— resultan ser multívocos, destacándose entonces la potestad material de los magistrados, que en su cotidiano quehacer de impartir justicia, desci-

(7) BIDART CAMPOS, GERMÁN, op. cit., p. 147.

fran y tornan realidad el contenido de tales fórmulas lexicales y, por ende, el contenido de los derechos⁽⁸⁾.

A partir de este contexto, los instrumentos internacionales a los que se les ha conferido jerarquía constitucional, apoyarán —como marco interpretativo obligatorio y señalador, a su vez, de las particularidades del derecho internacional de los derechos humanos, que se amalgama de este modo al derecho interno—, la vigencia de la mencionada normativa fundamental.

Así es que dentro de la estructura compleja y completa del sistema garantista que intenta proveer la Constitución Nacional, las novedades introducidas por la reforma constitucional de 1994 en materia de supremacía constitucional⁽⁹⁾ podrán hallar a partir de ahora en el Poder Judicial (en particular), un fantástico operador de sus designios, siendo por otra parte, que la legislación derivada del texto supremo deberá contar con tan inapreciable guía al momento de su concreta operativización, particularmente en aquellos considerados “casos difíciles”.

Como podrá apreciar el lector, resulta claro que el desafío más duro e intenso se dirige en los tiempos que hoy corren —tan devaluados, por cierto—, al constitucionalismo material, para que con la normativa de que se encuentra dotado y su nueva apoyatura, proveniente del derecho internacional, torne verdad aquello de que “todo derecho está construido por causa del ser humano”.

Sabido es también, que las meras declaraciones constitucionales pueden ser desdibujadas por realidades sociales y políticas, tributarias de tendencias autoritarias. Entendemos, a partir de ello, que los principios contenidos en nuestra Constitución Federal, hoy sublimados desde la promisoria definición *pro homine* aportada por los instrumentos internacionales que desde la reforma constitucional de 1994 tienen su jerarquía, han de ofrecer un espacio real para la ampliación del marco democrático de la sociedad argentina.

(8) Ver GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *En Busca de una Interpretación Constitucional*, Ediar, 1997, p. 23.

(9) El tema puede ser ampliado por el lector en nuestro: *Derecho Constitucional Argentino* (Ediar, 2000, t. 1, cap. V).

De allí que entendamos que la Constitución textual, con el aporte de los instrumentos internacionales jerarquizados, permite al intérprete constitucional (jurista, juez o funcionario), realizar una opción democrática que privilegie en todos los casos la vigencia de los derechos fundamentales, desde un camino señalado por el propio Texto Supremo y las nuevas pautas interpretativas de nivel constitucional que hoy han sido impuestas por imperativo del Texto Supremo, instando entonces a realizar una práctica democrática de la interpretación constitucional.

Deseamos desde estas líneas que se entienda la trascendencia de aquello que intentamos poner sobre el tapete. No pretendemos sugerir que en tiempos anteriores, y con referencia a nuestro sistema constitucional, la viabilidad de los derechos fundamentales era inexistente. Más bien, deseamos advertir la dolorosa, aunque real situación de nuestro pasado reciente, en el que ya sea bajo la alegación de "emergencia" o llanamente desde el quiebre —sin más— del orden constitucional, el Estado los limitó o los conculcó gravemente, desde la comisión de recurrentes delitos de lesa humanidad, en cuya comisión, y desde la operatoria estatal, existieron graves complicidades de civiles y militares⁽¹⁰⁾.

Debe ser resaltado que hoy, y particularmente luego de la reforma constitucional de 1994, el Estado argentino ha asumido una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional en relación con la vigencia real y no formal de los derechos fundamentales. En este nuevo y gratificante sentido, hoy la obligación de respeto se erige en un límite supranacional a la actuación de los poderes políticos del Estado, que abarca a todos los órganos que de conformidad —ahora con la Constitución y los mentados instrumentos internacionales— deben actuar en salvaguarda de los derechos y garantías de los habitantes del Estado argentino.

Enfatizamos por ello el trascendente paso que ha importado la jerarquización constitucional de esos instrumentos internacionales, hacia la total efectivización de las pautas que ellos irradian hacia el orden interno, ha-

(10) Para un descarnado, pero idóneo relato de ese tránsito, recomendamos, entre otros, la lectura de la obra: WLASIC, JUAN C., *Memoria, Verdad y Justicia en Democracia/De la impunidad política a la impunidad técnica*, Ed. EudeM, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2010.

biéndose sostenido⁽¹¹⁾ en ese sentido, que los estadios supranacionales se coadyuvan para su apoyo y realización.

En suma, y como derivación de lo normado en el art. 75, inc. 22 de nuestro Texto Fundamental, se ratifica normativamente la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que el Estado que se hace parte en un sistema de derechos humanos (y más aún el que jerarquiza este sistema hasta alcanzar el nivel de su texto constitucional), conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional, que también asume respetar y hacer respetar⁽¹²⁾.

Son éstas, entonces, las reglas básicas en materia de derechos fundamentales que se trasladan de modo inequívoco y positivo desde ahora, al ámbito de todo nuestro derecho infraconstitucional, conglobando en un sentido aggiornado y *pro homine*, las remozadas matrices constitucionales que hoy dan marco al accionar del Estado argentino.

Y afirmamos que estas reglas —como lo desarrollaremos seguidamente— no implican simple o mero reconocimiento de derechos humanos, prohibición de genocidio o crímenes de lesa humanidad, sólo útiles cuando las violaciones provienen de funcionarios aislados o de particulares, como se lo ha sostenido en doctrina⁽¹³⁾, sino destacamos nuestra posición, en el

(11) Ver VITTADINI DE ANDRÉ, SUSANA, "La Constitucionalización de los Derechos Humanos", en ED, 04/01/1996, p. 2.

(12) De allí hace derivar Germán Bidart Campos que "carece de coherencia con el derecho internacional todo derecho interno que no hace suyo el principio de primacía del primero sobre el segundo, porque este principio consta claramente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" (*El Derecho Constitucional Humanitario*, Ediar, 1996, p. 27).

(13) Señala en este punto nuestro colega Alejo Ramos Padilla (*Crímenes de Lesa Humanidad en la Argentina*, Ed. Di Plácido, 2011, p. 37) que esta normativa resulta esencialmente "inútil para enfrentar la forma más perversa y brutal de ese desconocimiento, que es la que involucra al núcleo mismo del Poder Estatal", llegando a señalar luego que "ante la falta de una norma específica que castigue esas conductas criminales, también estaremos contrariando los fines más específicos del Estado, y no podría sostenerse que a partir de una omisión del legislador estos bienes jurídicos quedan sin la necesaria protección". Nosotros, sin descartar la buena voluntad del autor citado, discrepamos parcialmente con esas manifestaciones, que se apartan de la necesidad de imponer un irrestricto cumplimiento de la normativa vigente, ya que entendemos que existen reglas y principios específicos que admiten la persecución de estas graves conductas delictivas "con la ley en la mano", como se lo verá a continuación.

sentido de que el sistema constitucional hoy vigente, permite la persecución a cabalidad de aquellos delitos vinculados con el terrorismo de Estado y la comisión, en tal contexto, de crímenes de lesa humanidad.

2 | Acerca de los delitos de lesa humanidad concebidos como nuevos fenómenos criminales

Señalaba a su tiempo el reconocido catedrático español Gonzalo Quintero Olivares, que los fenómenos criminales modernos habilitan importantes cuestionamientos, relacionados con su necesaria represión, pero además, con el resguardo de las garantías de los ciudadanos vinculados a tales persecuciones penales.

Esencialmente, se preguntaba este trascendente jurista si estas nuevas modalidades delictivas no están habilitando un manejo “libre” del principio de legalidad o aun un regreso a las proyecciones que propone el derecho natural penal, señalando con preocupación si no es que vuelve a insertarse en estos estudios, la teoría del auxilio moral⁽¹⁴⁾.

Coincidente con estas ideas, señalaba a su tiempo el jurista argentino Ricardo Guibourg⁽¹⁵⁾, una curiosa simetría, que se expresa en este sentido: “muchas personas que fueron partícipes de delitos de lesa humanidad son allegadas de los partícipes o simplemente aprueban políticamente su comisión en cierta circunstancia histórica, están dispuestas a invocar, frente a la persecución penal, las garantías de que sus víctimas se vieron privadas. En cambio, muchas personas consistentemente defensoras de

(14) Frente a estos acertados cuestionamientos, en realidad cabe preguntarse si no estamos elaborando, al trabajar sobre estas cuestiones, una suerte de “derecho penal del enemigo” para ser aplicado contra quienes entendamos que detentan tal calidad. Creo que no, en tanto y en cuanto se intenta aquí disponer de parámetros objetivos y constatables acerca de los límites y contexto que debe darse a las garantías fundamentales respecto de la persecución de los delitos de lesa humanidad, sin incurrir en vaguedades conceptuales que —a la postre— den la razón a objeciones como la que presenta Quintero Olivares, y que ya hemos expuesto.

(15) GUIBOURG, RICARDO, “¿Derecho penal del enemigo de la humanidad?”, en AAVV, *Delitos de Lesa Humanidad: Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 74.

aquellas garantías, movidas por la indignación que aquellos delitos provocan, se muestran dispuestas a aplicar leyes penales retroactivas, o jurisdicciones penales novedosas, o calificaciones que llevan consigo la imprescriptibilidad de los delitos, hasta el extremo de fundar tal calificación, en ausencia de ley o tratado que en su momento la definiera, en el puro y simple derecho internacional consuetudinario "*ius cogens*".

Sin pretender responder adelantadamente a tales importantes interrogantes, sí cabe señalar aquí que el debate que presentan estos discursos iniciales, es tan contrapuesto como aparente, en tanto pretende desarticular *ab initio* la fuerza jurígena del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para enfrentar la persecución de estas graves violaciones a los derechos fundamentales, lo que intentaré demostrar en el desarrollo que sigue.

Diremos, para principiar esta segunda argumentación, que la discusión sobre la vigencia de las garantías que hacen a la defensa en juicio de la persona y sus derechos, implica dar por sentada una importante conquista de la democracia constitucional, como asimismo, que la condena a aquellos crímenes considerados de lesa humanidad, da por sentada la aparición y el afianzamiento del sistema de tutela internacional de los derechos humanos.

Si bien ambas cuestiones ameritan distintas fuentes, confluyen en considerar la regla *pro homine* como fundante de la aplicación de las garantías que involucran su existencia.

Es del caso destacar —en este sentido—, que el Derecho Internacional común o general, tiene sentado el principio de su primacía sobre todo el derecho interno de los Estados. Sólo cabe recordar, en este punto, lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾.

(16) Ello, por supuesto, sin olvidar la importante discusión que vincula las teorías del "monismo" y el "dualismo" que enmarcan, con sus diferencias, las relaciones entre el derecho interno de un Estado soberano y el Derecho internacional. Para una mayor comprensión y un más profundo análisis de ésta cuestión, sugerimos la lectura de nuestro Derecho Constitucional Argentino (Ediar, t. 1, cap. VIII).

(17) NOTA DE DIRECTORES. El alcance de los artículos 27 y 75 inc. 22 CN y del 27 de la Convención de Viena (con reenvío al 46 de la misma convención) repercute directamente en la defensa de la jurisdicción nacional cuando las ETN invocan a su favor la aplicación del convenio CIADI. El abordaje de este conflicto tan caro a los intereses nacionales se refleja en

Ahora bien, cuando esta regla se aplica al campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ello significa que aquellos instrumentos que —de una u otra manera— se incorporan al derecho interno, obligan a tornar efectivos estos derechos y estas reglas propias del DIDH en la jurisdicción interna de los Estados, y que las personas situadas bajo esa jurisdicción asumen, ahora ya desde el imperativo del derecho interno, la calidad de sujetos activos y titulares de estas prerrogativas.

De ello puede concluirse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al ser incumplido o violado por un Estado Nacional (ya sea por acción, u omisión), genera hoy obligaciones y responsabilidad internacional del Estado incurso en la mencionada obligación, lo que significa que la cuestión de los derechos humanos y su violación por parte de los Estados y/o sus agentes, ya no puede recluirse en la limitada esfera exclusiva de acción del Estado Soberano, sino que pertenece recurrentemente a la jurisdicción interna (ahora no reservada ni exclusiva del Estado), y también a la jurisdicción internacional.

En el contexto antes narrado, esta parte de nuestra argumentación, se ceñirá a profundizar nuestra postura, en respuesta a la pregunta de si los sistemas constitucionales nacionales pueden tolerar en los hechos, modalidades diversas de aplicación de la regla “*nullum poena (...)*”, o de imprescriptibilidad, para el caso de juzgamiento de personas a quienes se impute la comisión de hechos considerados delictivos por el derecho internacional⁽¹⁸⁾.

esta Revista —en los trabajos de Jiménez y de Costante— continuando en próximas entregas al respecto.

En cuanto a la operatividad del principio de jurisdicción universal de mediar defeción de la jurisdicción del país en el que se perpetró delito contra el derecho de gentes —como acontece en el caso de la causa radicada en tribunales federales de la República Argentina con motivo de los crímenes de lesa humanidad incurridos por el franquismo—, resulta atendible su aplicación de no mediar ley del Congreso Nacional, entendiendo esto como un supuesto de omisión constitucional.

(18) Es esta última una referencia expresa a la vigencia de la denominada “justicia universal”, que según lo expresa Luis Jimena Quesada (*Dignidad Humana y Justicia Universal en España*, Ed. Aranzadi, p. 31), “tiene como vocación y eje de análisis la optimización de la defensa de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional interno a la luz de la escena mundial”. Volveremos luego sobre este concepto.

A tal fin, estimamos necesario definir en primer lugar y previamente, ciertas premisas básicas que apoyarán y fundamentarán este requerimiento.

2.1 | Premisa 1. El derecho de gentes y el orden jurídico argentino: ¿primacía del derecho internacional sobre el derecho interno?

El actual art. 118 de la Norma Fundamental argentina⁽¹⁹⁾ instituyó normativamente en nuestra Constitución histórica, la vigencia del *ius gentium*; denominación ésta que hoy se encuentra íntimamente vinculada a la materia que trata el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Queda claro con esta indicación, que aun en aquellos tiempos del constitucionalismo primigenio, que situaba a la voluntad del Estado como única generadora —desde la producción del consenso democrático— del derecho vigente, se admitió la validez jurígena del andamiaje que implica la vigencia de los principios que animan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Intentar establecer las características del derecho internacional consuetudinario resulta aquí de particular importancia, pues como lo veremos luego, gran parte de la cuestión que involucra la aplicación en Argentina de la categoría denominada “crímenes de lesa humanidad”, tropieza habitualmente entre otras objeciones, con aquellas surgidas de la reserva efectuada al art. 15, párr. 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, formulada por el Gobierno argentino al ratificar ese instrumento Internacional, hoy jerarquizado por imperio de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 CN⁽²⁰⁾.

(19) Antes, art. 102 del Texto Fundamental.

(20) La norma sobre la que opera la reserva de la República Argentina dice, en lo sustancial, que: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Así, enseña en el punto Rodolfo Mattarolo que “esa reserva, más allá de las posibles motivaciones políticas, tendientes a limitar la acción de la justicia, se basó jurídicamente en el argumento según el cual dicha norma del pacto sería contraria al principio de legalidad reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional” (“La Jurisprudencia argentina reciente y los crímenes

Creemos, de todas formas, y siguiendo aquí la buena argumentación de Mattarolo, que al haber ratificado la República Argentina los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se convalidó el carácter inderogable del derecho de gentes en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, aun para el caso de denuncia de Convenios.

Lo dicho se corrobora con lo expresamente dispuesto por el art. 43 de la Convención de Viena sobre Tratados en cuanto dispone que la nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independiente-mente de ese tratado.

De ahí que sea bueno resaltar la importancia de identificar con claridad, en esta etapa de codificación de la mayor parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aquellas normas que derivan del derecho internacional consuetudinario, pues ellas son vinculantes, y aun para aquellos Estados que no son parte en el instrumento internacional que los recepta. Ello pues lo que obliga en estos supuestos, no es la norma convencional como tal, sino la norma consuetudinaria que informa a la Convención.

Es que la visión del funcionamiento del principio de legalidad, en el contexto del derecho internacional, debe evaluarse de conformidad a la siguiente lectura: tal como lo ha sostenido nuestra jurisprudencia interna al fallar el caso “Videla”, las reservas vinculadas a la vigencia del principio de legalidad, tal y como lo enuncia el art. 18 CN, toda reserva en esta materia en nada puede modificar la normativa internacional y el peso de las obligaciones emergentes de las restantes fuentes normativas internacionales.

Esto porque el derecho interno no posee entidad jurígena suficiente para oponerse al *ius cogens*, ni siquiera cuando se invocan sus normas constitucionales.

Este concepto es abonado posteriormente por la decisión del reformador constituyente, que en 1994 otorgó jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos indicados en el art. 75,

.....
de lesa humanidad”, Revista de DDHH, N° 1 del CELS/UNL). Avanzaremos sobre ese argumento y su refutación más adelante.

inc. 22 del Texto Fundamental, entre ellos a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El art. 11 de esa Norma Jerarquizada, enuncia el principio de legalidad, en concordancia con la preceptiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho internacional⁽²¹⁾. También lo hace el art. 9 de la CADH, en forma compatible con el art. 15 del PIDCP al que nos hemos referido más arriba.

En suma, podemos señalar aquí sin hesitación, adelantando con ello nuestra ulterior premisa, que las reglas generales del constitucionalismo moderno, en su relación con el derecho penal liberal, en cuanto enfatizan las garantías de legalidad e irretroactividad no se desarticulan con la aplicación de estas reglas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues se han tornado en norma jurídica aplicable y vigente con mucha anterioridad a la comisión de las atrocidades que actualmente se juzgan —felizmente con suceso— en el caso argentino.

Estas condiciones pueden ser reconocidas por cualquier ciudadano, y aun por las personas que cometieron estos aberrantes delitos, que fueron condenados sólidamente por la comunidad internacional mucho antes de que se cometieran, con independencia de la posición política que al respecto detente quien se presente como observador imparcial de la cuestión.

2.2 | Premisa 2. Particularidades y características de los delitos de guerra y de lesa humanidad: la persona humana ha alcanzado el rango y la calidad de sujeto de derecho internacional

Sabido es que los así denominados “crímenes de guerra” constituyen una categoría tradicional del derecho internacional, cristalizada hacia fines del siglo XIX y consolidada en el pasado siglo XX.

(21) Señala aquí Rodolfo Mattarolo (op. cit.) que “se trata ésta de una formulación sintética del principio de legalidad, sustancialmente similar a la enunciada por el art. 15 del PIDCP ya enunciada, pero con una diferencia: no existen reservas que puedan formularse ante un instrumento internacional que no es un tratado, que hoy forma parte, sin duda, del derecho internacional general o consuetudinario y cuyas normas referidas al principio de legalidad, gozan de carácter imperativo (*ius cogens*)”.

Ella incluye, en el decir de Antonio Casese⁽²²⁾, todas las violaciones graves —cometidas en perjuicio del “enemigo” o de la “población enemiga”— de las normas que atañen a la conducción de las hostilidades bélicas, a más de la protección de las personas que no participan en las hostilidades⁽²³⁾.

En realidad, el sentido de la necesidad de castigar estas modalidades criminales, radica en el intento de lograr que la violencia bélica —ya desatada— permanezca dentro de los límites trazados por los cánones del derecho internacional.

La regla sentada por la costumbre y jurisprudencia internacionales ha enfatizado que los imputados como autores de estos crímenes sean juzgados por el Estado al que pertenecen⁽²⁴⁾, por las autoridades del Estado adversario⁽²⁵⁾ o por tribunales internacionales⁽²⁶⁾. Aun así, por lo general, estos crímenes son perseguidos únicamente por los Estados que se han implicado en modo directo en el conflicto bélico en que ellos se cometen, y los terceros Estados no manifiestan interés en castigar a los autores de esos crímenes, ya que no quieren verse implicados en la guerra en cuestión⁽²⁷⁾.

.....

(22) CASESE, ANTONIO, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, p. 95.

(23) Son algunos ejemplos de estos hechos: la tortura o la muerte de civiles o prisioneros de guerra; el bombardeo de ciudades indefensas, de iglesias o de monumentos históricos; o la utilización de armas prohibidas.

(24) Es el caso del juicio al teniente norteamericano Calley, al imputársele la comisión de crímenes durante la guerra de Vietnam. Fue sometido, en su propia Nación, a una Corte Marcial. Señala en el punto Antonio Casese (op. cit., p. 93) que en realidad ese juicio fue “impuesto” por la ley y la opinión pública norteamericana. Finalmente, y luego de sufrir varias reducciones, la pena impuesta a Calley se diluyó cuando el entonces presidente Nixon le concedió una “cuestionable” gracia o perdón.

(25) Esta resulta ser la hipótesis más corriente, por obvias razones.

(26) Son habitualmente citados, como válidos ejemplos de este supuesto, los procesos acaecidos tras la Segunda Guerra Mundial, en Nuremberg y Tokio. Nosotros pensamos, de todas formas, que éste ha sido otro supuesto “matizado” de juicio por parte de los vencedores.

(27) Señala en este punto Casese (op. cit., p. 96) que “a menudo, una vez concluida la guerra, si el vencedor no se propone ejercer su propia jurisdicción penal contra los ex enemigos autores de acciones inhumanas, se tiende a hacer ‘borrón y cuenta nueva’ respecto de lo ocurrido para colaborar en el apaciguamiento de los ánimos”.

Fue durante la Segunda Guerra Mundial que se asumió el hecho de la realidad de que, limitándose a la categoría de “crímenes de guerra”, no sería posible castigar adecuadamente —por ejemplo— atrocidades tales como las cometidas por los nazis; ello así porque tales actos, o se habían cometido “antes” de la generación del conflicto bélico, o bien porque la categoría antes nombrada involucra solamente acciones perpetradas contra enemigos, y no contra compatriotas —que, como lo dijimos, eran sólo tradicionalmente punidas por el Estado Nacional—, a lo que había que sumar las atrocidades cometidas por los alemanes contra ciudadanos de Estados que no habían sido ocupados⁽²⁸⁾.

En consecuencia, entre 1944-1945, las “Potencias Aliadas” llegaron a la conclusión de que era necesario crear una nueva categoría de delitos. Por ello, el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945⁽²⁹⁾, precisamente su art. 6, añadió a la vieja categoría de “crímenes de guerra” otras dos más: la de los crímenes contra la paz y la de los crímenes contra la humanidad.

Posteriormente, esta definición fue confirmada por dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁽³⁰⁾.

Cabe acotar aquí que la expresión “crímenes de lesa humanidad”, como tal, fue primeramente utilizada el 28 de mayo de 1915 por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, vinculada con las masacres de la población armenia en Turquía⁽³¹⁾.

(28) Casese cita a los judíos austriacos en el período en que Austria fue anexada a Alemania o en ciertas zonas de Checoslovaquia, durante el período 1938-1939.

(29) Elaborado por ingleses, norteamericanos, soviéticos y franceses, aunque en gran medida basado en el proyecto oportunamente elaborado por un reconocido jurista de aquel entonces, el teniente coronel norteamericano Murray Bernays, quien a tal fecha era Jefe de la Oficina Espacial para la Programación, dependiente del Ministerio de Defensa de los EEUU. Fue ratificado por 19 países.

(30) Nos referimos a las que llevan el N°3, del 13 de febrero de 1946 y el N° 95, del 11 de diciembre de 1946.

(31) Señala Mattarolo (op. cit.) que la primera aparición de la figura del crimen de lesa humanidad en un tratado internacional puede encontrarse en el Tratado de Sérves (10 de agosto de 1920, celebrado entre Turquía y sus aliados), cuyo art. 230 obligaba al gobierno turco a entregar a los aliados, para su juzgamiento, a los responsables de las masacres cometidas desde el comienzo de las hostilidades en el territorio Turco, incluso contra los súbditos de nacionalidad turca. Ese tratado nunca fue ratificado.

Esta normativa, que fue considerada un “monumento” de la civilización jurídica moderna, intenta capturar, al legislar los crímenes contra la humanidad, a todas las atrocidades no incluidas en la categoría “crímenes de guerra”.

En efecto, esta norma prohíbe en esencia dos tipos de acciones: por un lado, el asesinato, el exterminio, la reducción a esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, y por el otro, la persecución por razones políticas, raciales o religiosas.

Expresa frente a estas cuestiones Yann Jurovics⁽³²⁾ que “para llevar a juicio y condenar los actos cometidos por la Alemania Nazi de 1933 a 1939, que Churchill calificó de ‘innombrables’, los Aliados previeron una nueva vía, revolucionaria en el derecho: la creación de una jurisdicción internacional, juzgando primero a los individuos, y luego al ‘máximo responsable’ por la comisión de ‘crímenes de lesa humanidad’. Se trataba entonces, por primera vez, después de un conflicto armado, de juzgar a los criminales, con todas las garantías judiciales que ello implica, antes que sancionar o humillar a los vencidos”.

Aun así, no toda la doctrina especializada coincide con esta postura. Señala al respecto Ricardo Favarotto⁽³³⁾ que, luego de realizados los denominados “Juicios de Nuremberg”, “a la euforia, sin embargo, siguió cierto escepticismo, al comprobarse que los efectos de los procesos de Nuremberg sobre la conciencia pública de los alemanes distaban sideralmente de ser los esperables”, agregando luego, con cita a Danilo Zolo, que “el proceso de Nuremberg trastornó la idea de justicia internacional, anulando toda distinción entre ésta, la política y la guerra. Fue una rendición de

(32) El mencionado jurista es Doctor en Derecho y ex alumno del *Ecole Normale Supérieure* de París y abogado por la Sala de Apelaciones del TPI. Profesor de Derecho Internacional, ha escrito numerosos artículos y un libro titulado: *Reflexiones sobre la especificidad del delito de lesa humanidad*. La cita es de la versión desgrabada de su exposición ofrecida en el seminario de formación “La Shoá y los genocidios o crímenes contra la humanidad del Siglo XX ¿Cuál es la enseñanza para los juristas?” (París/Polonia, 1 al 5 de febrero de 2010).

(33) FAVAROTTO, RICARDO, *Justicia Penal Internacional*, Buenos Aires, Ediar, pp. 33 y ss. Refuerza esta expresión con una cita a Hans Kelsen (p. 37), afirmando que para este autor, el castigo de los criminales de guerra —no sólo los nazis— debería haber sido un acto de justicia y no la continuación de las hostilidades bajo formas aparentemente judiciales, pero en realidad, inspiradas por deseos de venganza.

cuentas, el ajuste de las pendencias, la venganza de los vencedores sobre los vencidos, fue una parodia de la justicia, con un valor simbólico letal”.

La categoría crímenes contra la humanidad, finalmente poco invocados o aplicados en Nuremberg, encuentra sus antecedentes en la jurisprudencia de ese Tribunal y en la de los tribunales de ocupación en Alemania, que completarían eventualmente algunas decisiones nacionales (por ejemplo, el caso de Klaus Barbie en Francia). En lo esencial, el crimen de lesa humanidad es considerado como un acto inhumano, cometido en aplicación de una política de persecución dirigida en forma masiva o sistemática, contra una población civil⁽³⁴⁾.

Especificando nuestro desarrollo, la definición de “genocido” reposa, por su parte, en la conjunción de dos elementos: uno material, constituido por la idea de destrucción de un grupo nacional, étnico, racial o religioso de seres humanos, y el otro intencional, constituido por una política destinada a destruir ese determinado grupo de seres humanos escogidos únicamente en razón de su pertenencia⁽³⁵⁾.

Cabe recordar aquí que, entre abril de 1915 y julio de 1916, el Comité de Unión y Progreso (CUP) que controlaba en ese entonces a todos los órganos del Imperio Otomano —que participa en la Guerra Mundial junto a las potencias centrales, desde el 2 de noviembre de 1914— planifica y dispone la deportación y exterminación de su población armenia. Entre

(34) Expresa Yan Jurovics (ver nota anterior) que “si la jurisprudencia ha depurado la noción de acto inhumano o de participación con la política criminal, la doctrina todavía discute la importancia del elemento discriminatorio implícito en la persecución, pero que podría desaparecer en la jurisprudencia futura de la Corte Penal Internacional”. Agrega a lo expuesto que “en lo que se refiere a genocidio, especial crimen contra la humanidad que añade a la política de persecución, la intención de destruir al “grupo”, nació de la constatación de la falta de capacidad del concepto de “máximo responsable” por la comisión de crímenes de lesa humanidad para aprehender la especificidad de la política de exterminio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial. Esta noción, instrumentada mediante el Convenio de 1948, ha sido utilizada por primera vez recién en 1998 por el TPI, para el caso de Ruanda”. En Argentina esta expresión ha sido utilizada —aunque con discrepancias en doctrina— para calificar a las atrocidades cometidas por el terrorismo de Estado implementado por la dictadura imperante en 1976-83. Luego volveremos sobre este tema.

(35) Ha expuesto Georges Bensoussan (*Historia de la Shoah*, Barcelona, Ed. Anthropos, p. 7) que “entre 1939 y 1945, la Alemania Nazi, secundada por numerosas complicidades, asesinó entre 5 y 6 millones de judíos europeos ante el silencio casi completo del mundo. No le alcanzó el tiempo para destruir por entero al pueblo judío, como lo había decidido. Tal es la realidad brutal del genocidio judío, en hebreo “shoah””.

1.200.000 y 1.500.000 armenios, es decir, dos terceras partes de los armenios del Imperio, son de este modo, aniquilados.

Con la perspectiva de una así denominada “amenaza vital” para el turquismo y el panturquismo, el Comité Central de la CUP decidió eliminar a la población armenia en Anatolia Oriental, con la realización de ejecuciones y deportaciones que no fueron más que una eliminación disfrazada. Este “programa” inicial, es completado luego entre agosto y diciembre de 1915, con la deportación de los armenios del resto del Imperio y culmina hacia finales de 1916, con la destrucción de las últimas concentraciones de deportados, a excepción de los armenios de los campos sirios⁽³⁶⁾.

El problema esencial de estas nuevas categorías se presenta como aquel que invita a evaluar si podían aplicarse retroactivamente sin violentar las reglas de “legalidad” e “irretroactividad de la ley penal más gravosa”.

Abordando en el contexto antes narrado, los “Juicios de Nuremberg” fueron la primera ocasión en que se produjeron juzgamientos por la comisión de crímenes de lesa humanidad y, en el sentido antes definido, este problema recibió tres tipos de respuestas diferentes.

Para algunos, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional allí actuante y la ley 10 del Consejo de Control Aliado, respetaban a plenitud la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Otro sector del pensamiento aceptó que tal regla fue desconocida en tales juzgamientos, pero justificaban el apartamiento de la misma.

(36) Señala aquí Yves Ternón (“El Genocidio de los armenios y el Combate por el Reconocimiento”, versión desgrabada de su exposición ofrecida en el Seminario de formación “La Shoá y los genocidios o crímenes contra la humanidad del Siglo XX ¿Cuál es la enseñanza para los juristas?”, París/Polonia, 1 al 5 de febrero de 2010) que “al entrar el término ‘genocidio’ en 1948 en el vocabulario del Derecho Penal Internacional, es evidente que este asesinato masivo fue un genocidio, una verdad establecida por todos los historiadores que se han consagrado libremente a estudiar estos acontecimientos. No obstante, la República de Turquía, Estado que se presenta como heredero del Imperio Otomano desde 1923, rehusa esa calificación. Sin negar las matanzas, pone en entredicho su amplitud, e intenta explicar las muertes por la situación militar y por una traición de los armenios. Esta negación se ha ido organizando progresivamente en sistema de mentira, que hoy ya está identificado como ‘negacionismo de Estado’”.

Un tercer grupo sostuvo que allí el principio de legalidad había sido violado y ello viciaba el valor jurídico de los textos antes mencionados y los enjuiciamientos que fueron su consecuencia directa.

Nosotros, situados en la primera corriente de pensamiento citada, creemos que el principio de legalidad en el Derecho Penal Internacional parte de una distinción esencial entre la norma de comportamiento y la norma de represión. En este sentido, es claro que la costumbre puede dar lugar a una norma de comportamiento, y en tal contexto un comportamiento determinado se convertirá en algo prohibido en tanto la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica. Es esta, en suma, la peculiaridad del principio de legalidad en el contexto del derecho internacional⁽³⁷⁾.

La imprescriptibilidad de estos crímenes, deriva de las reglas del derecho internacional general, como se advierte con claridad en el preámbulo y articulado de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, en particular su art. IV⁽³⁸⁾.

Cabe acotar que mediante el dictado de la ley 25.788, el Congreso de la Nación Argentina le dio jerarquía constitucional a esta Convención internacional, que ya con anterioridad había aprobado mediante ley 24.584.

Sostiene respecto a este punto Andrés Gil Domínguez⁽³⁹⁾, reavivando la tesis de la presunta colisión entre ésta normativa y el art. 18 CN, que hacia el futuro la aplicación de este instrumento internacional de derechos

(37) Aquí, el principio enunciado requiere de un texto, pero solamente para determinar la norma de comportamiento y a fin de probar la existencia de esa costumbre. Pero la norma internacional de represión no es más que una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Por ello fue que el Tribunal de Nuremberg consideró que los acusados habían violado un conjunto de normas de comportamiento claramente establecidas por el Derecho Internacional con mucha anterioridad a la sanción del Acuerdo de Londres de 1945, ya que habían sido recogidas por las Convenciones Internacionales de La Haya (1907) y Ginebra (1929). También el argumento de la norma retroactiva fue rechazado en los procesos a Adolf Eichmann (Israel, 1960), Klaus Barbie (Francia, 1987) e Imre Finta (Canadá, 1989).

(38) Por el cual los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes considerados en la Convención "y" en caso de que exista, sea abolida. Ello es corroborado por la jurisprudencia reciente de nuestra CSJN y lo dispuesto por el art. 36 de la Constitución Nacional Argentina, luego de su reforma en 1994.

(39) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Constitución y Derechos Humanos: las normas del olvido en la República Argentina*, Ediar, 2004, p.128.

humanos no genera inconvenientes constitucionales, pues sostiene que dichos crímenes, ya sean cometidos en nuestro país o en el extranjero, han sido establecidos por una ley formal anterior al hecho del proceso (es el caso de un instrumento internacional de derechos humanos) como imprescriptibles. Por ende, señala el autor que el art. 18 CN y el art. 1 de la Convención que regula esta materia, no colisionan, y sí se complementan.

Pero, ¿qué sucede con los efectos que genera la aplicación de esta norma convencional hacia el pasado? Lo cierto es que —como ya lo señalamos en párrafos anteriores— la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de cada Estado, sino de los principios derivados del *ius cogens* del derecho internacional⁽⁴⁰⁾.

En consecuencia, resulta claro para nosotros que, respecto de estos peculiares delitos, las normas que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aparecen, cuanto menos, como perentorias dentro del orden jurídico internacional, limitando la facultad de los Estados y otros sujetos de dicho orden jurídico.

Así, ha señalado en el punto Juan Manuel Gramajo⁽⁴¹⁾ que estas normas actúan del mismo modo como, en el derecho interno, lo hacen las limitaciones de orden constitucional a los órganos por medio de los cuales se ejerce el poder del Estado, coligiendo en consecuencia que si los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tienen consecuencias sobre todos los miembros de la comunidad internacional en su conjunto, la comisión de los mismos necesariamente vulnera intereses fundamentales de la referida comunidad, que no desea que tales delitos se produzcan.

En consecuencia, el principio de veda de comisión de dichos hechos aberrantes, resulta ser una condición necesaria para mantener el orden democrático y la pacífica convivencia de las naciones que integran la “*comunitas gentium*”.

(40) Así lo ha ratificado la jurisprudencia reciente de nuestro Más Alto Tribunal, en particular al fallar los obrados “Priebke” (Ver CSJN, *Fallos*, 318:2148, 1995).

(41) GRAMAGO, JUAN M., *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Ed. Abaco, p. 38.

Establecida tal premisa, y fundada en los antecedentes vertidos, podemos afirmar sin dubitación que la comisión de crímenes de lesa humanidad y sus sub especies, los genocidios y los crímenes de guerra, afectan el bien común de la comunidad internacional.

Claro es que, si tal es el bien común afectado con la comisión de los delitos indicados, no será aplicable a los fines de su persecución el ordenamiento interno de los Estados nacionales en cuanto el mismo obste a realizar la justicia del caso.

Pero, por otra parte, es también bueno destacar con fundamento en los hechos genocidas cometidos en Ruanda en contra de la población Tutsi, que la coexistencia de dos sistemas judiciales, el nacional y el internacional, cuando interactúan debidamente, complementándose, permite establecer un cruzamiento vertical desde los relatos de los ejecutantes, hasta los instigadores⁽⁴²⁾.

Estos particulares tribunales, enmarcados en las mandas del derecho internacional, pero esencialmente en la tradición histórica y social de los pobladores de Ruanda, corresponden su accionar con la proximidad de víctimas y verdugos durante las audiencias. Trata entonces de describir como el propio juicio da a conocer el desarrollo del genocidio, por medio de los testimonios y los silencios, en la organización de la escena judicial, en las interacciones con el público.

Se arriba, entonces, en esta complicada pero fecunda simbiosis entre las reglas del derecho nacional, internacional de los derechos humanos y la

(42) Señala en esta importante cuestión Helene Dumas (Doctoranda en la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de París, en el seno de la formación doctoral "Historia y Civilización", desde 2005, Transcripción de su conferencia "Las jurisdicciones Sacaca en Ruanda: el punto de vista del politólogo" en el contexto del Seminario Internacional "La Shoah y los genocidios o crímenes contra la humanidad del Siglo XXI, París/Polonia, 1 al 5 de febrero de 2010) que "este juego vertical entre el TPIR y el Gacaca, representa un acceso a la construcción de un relato global de genocidio. Un relato que se inscribe actualmente en la justicia, ya que las instancias judiciales constituyen el lugar privilegiado de la palabra en relación al genocidio". Aclaramos aquí que los Tribunales Gacaca representaron en Ruanda el resurgimiento de un modelo "tradicional" de resolución de conflictos, luego de acaecido tal gravísimo genocidio. Si bien la corriente de los Tribunales Gacaca no representó en Ruanda sino el establecimiento de relaciones distantes con sus antepasados tradicionales, su funcionamiento se encuentra sin embargo, marcado por un fuerte principio de coherencia entre la especificidad del genocidio y el ritual judicial.

tradición ruandesas, a un incipiente y —está demás decirlo— doloroso encuentro entre la verdad, la reparación y la justicia.

Es así, luego de haber clarificado debidamente estos conceptos, que pasaremos al estudio de los siguientes temas principales que nos ocupan.

2.3 | Premisa 3. Acerca de los presupuestos que habilitan la competencia extraterritorial del Estado para el juzgamiento de delitos condenados por el derecho internacional

Es sabido que, en tiempos actuales, el Estado Nacional, aun esgrimiendo su posición de “soberanía”⁽⁴³⁾, no tiene capacidad jurídica de ordenar o ratificar actos de naturaleza criminal, ya sea que esta naturaleza esté definida por su orden doméstico o que la defina el derecho internacional, al cual todos los Estados están necesariamente sometidos. Por ello, sus agentes, al realizar tales actos, están actuando fuera de su ámbito de legitimidad jurídica y deben ser considerados responsables por su conducta ilícita.

En ese contexto, el principio de derecho internacional que bajo ciertas circunstancias protege a los representantes de un Estado⁽⁴⁴⁾, no puede aplicarse cuando el agente estatal ha cometido actos que son condenados como criminales por el derecho internacional.

Por lo expuesto, asumimos que, salvo disposición expresa en contrario, no existe regla general ninguna del derecho internacional que prohíba el juzgamiento en un Estado de una persona extranjera por un delito de estas características cometido fuera de sus fronteras.

(43) Bastante diluida, por cierto, en los tiempos que corren. Ver, para cotejo, el artículo de nuestra autoría “Aspectos constitucionales de la Integración”, publicado en el Boletín Informativo N° 139 de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (noviembre de 1997, p. 8 y ss.).

(44) Casos de “inmunidad soberana del Estado”, sostenidos casi a rajatabla por los tribunales norteamericanos y la política exterior de ese país, al menos en supuestos de responsabilidad civil (ver en particular, los precedentes del buque “Hércules” y “Siderman”, citados por COLAUTTI, CARLOS, “La jurisdicción extraterritorial y los delitos contra el derecho de gentes”, en *La Ley*, 02/09/1999). Allí la jurisprudencia de ese país aceptó la inmunidad soberana del Estado argentino.

También creemos importante aclarar, en este punto —como ya lo hemos fundado largamente en los párrafos que anteceden—, que los delitos castigados por el derecho internacional, con la denominación histórica de “delitos contra el derecho de gentes”⁽⁴⁵⁾ deben ser —para adquirir fuerza de tales— contrarios a una norma imperativa del derecho internacional y considerados, asimismo, como un ataque al orden legal internacional (con lo que los delitos aislados, aun muy serios, no satisfacen este criterio)⁽⁴⁶⁾.

Respecto de la denominada “competencia universal para el juzgamiento de delitos de lesa humanidad”, ella es la que caracteriza a los sistemas destinados a los tribunales⁽⁴⁷⁾ represivos de cualquier Estado y que se encuentra libre de cualquier clase de criterio territorial, personal o real, a fin de llevar a juicio y, en el caso que corresponda, juzgar a un criminal de derecho internacional.

La misma ha sido concebida desde años atrás como un mecanismo excepcional de represión penal. Los procesos judiciales esporádicos diligenciados luego de la Segunda Guerra Mundial contra los criminales de guerra y los autores de delitos contra la humanidad, lo demuestran, ya que el caso Eichmann fue durante largo tiempo el único precedente en esta materia.

La reaparición de la competencia universal en el primer plano de la escena internacional es muy reciente. El eco mediático que suscitó la detención del dictador Pinochet en Londres, sirvió para reactivar el interés por esta competencia, que ha sido presentada rápidamente como el instrumento “por excelencia” de la justicia penal, y que, en éstos casos, trasciende las fronteras y las soberanías estatales, a fin de satisfacer las exigencias contemporáneas de la hoy denominada “lucha contra la impunidad”⁽⁴⁸⁾.

(45) Consideramos que hoy en día se insertan en esta categoría los delitos de guerra, los delitos contra la humanidad y los delitos contra la paz (asesinato, exterminio, reducción a la esclavitud, deportación de civiles), habiendo sido considerados la tortura y la deportación de ciudadanos civiles, tanto delitos de guerra como de lesa humanidad por los tribunales de Nuremberg, aunque la segunda categoría absorbió a la primera (Ver CASESE, ANTONIO, op. cit.).

(46) Ver COLAUTTI, CARLOS, op. cit., p. 1 y ss.

(47) Habiendo señalado Ricardo Favarotto (op. cit., p. 54 y ss.) los aspectos sombríos que conllevo este caso, que por otra parte, revistió gran simbolismo para la dogmática del Derecho Penal Internacional.

(48) Expresa respecto de esta cuestión Isabelle Moulier (“La Competencia Universal desde el caso Eichmann”, versión desgrabada de su exposición ofrecida en el Seminario de for-

Es cierto que, a la fecha, la conservación de las fronteras entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno demuestra esencialmente que los Estados son reticentes —en general— a poner sus tribunales al servicio de la protección de los valores fundamentales que esgrime con razón la comunidad internacional, con lo que la existencia de obstáculos de tipo procesal (v. gr. prescripción, amnistía e inmunidades de diversa índole a los dirigentes políticos, etc.), a menudo posee aptitud para neutralizar el ejercicio de la competencia universal.

En realidad, la dificultad de la competencia universal para defender intereses y valores que se supone debe proteger, sólo se explica por la aún vigente, aunque con marcadas atenuaciones, regla de la “soberanía de los Estados”, que se opone en todos los estadios —desde su concepción a su recepción, pasando por su puesta en ejecución efectiva— a su afirmación y desarrollo⁽⁴⁹⁾.

Cabe recalcar que, desde hace algunos años, esta modalidad de competencia universal reconoce tentativas renovadas de aplicación en las jurisdicciones nacionales de Francia, Suiza, Austria, Canadá y España.

Frente a ello, advertimos el desfasaje existente entre la exigencia “moral” y también jurídica que postula que los criminales de derecho internacional no deben quedar impunes, y la capacidad de los ordenamientos soberanos para aportar a este respecto una respuesta adecuada.

mación “La Shoá y los genocidios o crímenes contra la humanidad del Siglo XX ¿Cuál es la enseñanza para los juristas?”, París/Polonia, 1 al 5 de febrero de 2010) que “la jurisdicción universal aparece, en efecto, doblemente condicionada en su aplicación: en primer lugar, por la exigencia controversial de la presencia del autor del crimen en el territorio del Estado que considera estar en condiciones de ejercer esta competencia, y en segundo lugar, por la falta de extradición del acusado”. Concluye la prestigiosa autora que “en cualquier caso, el país donde se arresta al acusado, nunca está constreñido por una obligación absoluta de ejercer una acción pública. Aun en el caso de que las primeras condiciones fácticas para que se ponga en marcha ésta competencia universal estén cumplidas, la rigidez estructural podría ser un obstáculo para su ejercicio”.

(49) Señala, en este punto, Isabelle Moulier (citada en nota anterior) que “la competencia universal corresponde a un mecanismo de represión excepcional, secundario y residual, que no es susceptible de ocupar sino un espacio muy subsidiario en el seno del mecanismo de represión de los criminales de derecho internacional”. En definitiva, sostiene la jurista francesa que “son menos las virtudes represivas e la competencia universal que sus virtudes preventivas y disuasivas, las que podrían constituir el principal interés a futuro, de este mecanismo de represión”.

Es que resulta evidente que, si bien la jurisdicción universal representa en teoría una justicia sin fronteras, sin otro condicionamiento que el de la comisión de un delito de derecho internacional, no es menos cierto que el funcionamiento de este novedoso sistema, en la práctica, demuestra que su desempeño está todavía íntimamente confinado dentro de la jurisdicción de las fronteras geográficas, jurídicas o políticas de los Estados nacionales.

3 | Acerca del caso argentino: intentando colocar las premisas en contexto

Luego de indicar que la actuación de los juicios criminales se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito, el art. 118 de la Constitución Nacional prescribe que “cuando éste (en referencia al delito) se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Debemos especificar, en principio, que esta norma no ha sido incorporada por el constituyente reformador de 1994, sino que es originaria de 1853. En este artículo, la Carta Fundamental establece, según interpretamos, una regla general y una excepción a la misma.

Es claro que la Constitución Nacional no define allí tipo penal alguno ni tipifica delitos. Pese a ello, la norma es de suma trascendencia, ya que sienta posición, admitiendo la existencia de figuras criminales con aptitud de lesionar a “todos los Estados”.

La regla impuesta por este sistema constitucional para el juzgamiento de delitos comunes es la territorialidad y la excepción, que se aplica para el caso de imputación de delitos de lesa humanidad —o, en términos de la Constitución Nacional, “contra el Derecho de Gentes”—, es la posibilidad de la extraterritorialidad de su juzgamiento.

¿Viola esta regla el principio constitucional argentino de “*nullum poena (...)*” cuando el delito de lesa humanidad imputado a un ciudadano argentino no había sido reglado en forma expresa en el derecho interno al momento de su comisión, o aun cuando existía determinada normativa

expresa, dispuesta en el ordenamiento interno, que inhibía de juzgamien-
to a esa persona, por diversas razones?

Si bien esta cuestión ha sido ya profusamente abordada *supra* (premisa 3), cabe señalar aquí, como argumentos adicionales, que las denominadas “leyes del perdón” que inhibían el juzgamiento de aquellas personas imputadas por la comisión de delitos de lesa humanidad en el contexto de la dictadura Argentina de 1976-83, adolecieron desde su dictado de las siguientes falencias que luego habilitaron su plena descalificación tanto por los organismos internacionales competentes para ello, como por el Congreso y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es que más allá de los loables motivos que pudieron haber fundado su producción, entendemos que la sanción de esas leyes constituyó una propuesta de construcción normativa de un régimen de impunidad para todos aquellos que habían cometido de forma directa los crímenes perpetrados por la dictadura militar que gobernó de facto a la República Argentina durante el período 1976-83.

En efecto, mediante la sanción de la ley 23.521 (denominada de “obediencia debida”), el Congreso de la Nación creó una suerte de “alucinación jurídica”, apropiándose de un ámbito exclusivo de los jueces, al fijar los hechos de una causa y asignarles un determinado marco interpretativo. Esta ley tuvo serios efectos colaterales, sentando, además, un peligroso precedente por el que el Poder Legislativo federal avanzó en modo desmedido sobre territorio del Poder Judicial.

Con relación a la ley 23.592 (denominada de “punto final”), estableció un régimen que permitía “perdonar lo ocurrido”, e implicó en los hechos el dictado de una amnistía, con la particularidad de que el perdón no era concedido inmediatamente, sino que quedaba diferido y sujeto a una condición negativa (que, en determinado plazo, el autor del hecho amnistiado no fuese citado por los jueces a prestar declaración indagatoria).

Cabe enfatizar, en este punto, que las leyes de “obediencia debida” y “punto final”, al cancelar la potestad punitiva del Estado, persiguieron la misma finalidad que tuvo la llamada “ley de auto-amnistía 22.924”, dictada por la última Junta Militar: borrar la responsabilidad de quienes participaron en la represión genocida.

La CSJN pudo expedirse sobre estas normas en el denominado caso "Simón", señalando allí que las leyes de "punto final" y "obediencia debida", en la medida que cercenan la potestad estatal para investigar y sancionar las desapariciones forzadas de autos, se hallan en contradicción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y que, por ello, son inconstitucionales.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) estableció, en el caso "Barrios Altos", la denominada "doctrina del efecto útil", que sostiene que si un Estado se compromete a defender ciertos derechos, ratificando una convención o tratado internacional, no podrá eximir de castigo a agentes estatales que violaran tales derechos, por más que estos actos no configuraran, cuando se cometieron, un delito aceptado por el derecho internacional aplicable al Estado.

De todos modos, hay que enfatizar que, al momento de la comisión de los delitos de lesa humanidad en cuestión y más allá de las particularidades macabras con las que se llevaron a cabo, tales conductas eran ya consideradas delitos contra la humanidad por la costumbre internacional (*ius cogens*).

Ahora bien, ¿qué sucede si —por diversas razones y tratándose también de imputaciones de delitos de lesa humanidad— los damnificados fueran ciudadanos extranjeros y tribunales de justicia de sus Estados de origen reclamasen para sí el juzgamiento de los hechos?

Para el caso de que este tipo de delitos —también denominados en doctrina "*delitos contra la comunidad internacional o contra la humanidad*"⁽⁵⁰⁾— se hubiera cometido fuera de los límites de la Nación, la Constitución indica que el Congreso deberá —por ley especial— determinar el lugar en que debe seguirse el juicio.

O sea que, en estos supuestos, la Nación Argentina se arroga la potestad de juzgar en el territorio nacional⁽⁵¹⁾ a quien hubiese cometido delitos contra el "derecho de gentes" fuera de sus límites territoriales.

(50) Ver SAGÜES, NÉSTOR, Elementos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993, t. 1, p. 366, con cita al internacionalista Díaz Cisneros.

(51) Con inequívoca habilitación de la Justicia Federal para el juzgamiento.

Creemos, partiendo aquí de la postura sostenida por Bidart Campos⁽⁵²⁾, que de la norma se derivan dos claras consecuencias:

1. Si el delito contra el “derecho de gentes” se perpetró fuera de los confines del Estado argentino, nuestros tribunales podrán efectuar juzgamiento a su respecto, según lo disponga una ley del Congreso que establezca el lugar en que se sustanciará el proceso penal.
2. Si el delito contra el “derecho de gentes” se perpetró en los confines de nuestro territorio nacional, también ha de admitirse que pueda existir jurisdicción a favor de un tribunal extranjero, siempre que en el mismo se guarden las garantías mínimas que hacen al debido proceso y defensa en juicio del imputado (arts. 17, 18, 75 inc. 22 y cc. CN)⁽⁵³⁾.

De tal manera que, en el caso de delitos contra el “derecho de gentes” cometidos fuera del territorio argentino no rige el principio de la competencia territorial, y si se han cometido en el territorio argentino, la pretensión de un tercer Estado de juzgarlos, debe ser tolerada por nuestra República, atento el mandato constitucional indicado en el art. 118 CN, con la salvedad de salvaguarda de las reglas mínimas tuitivas del debido proceso y defensa en juicio, internacionalmente admitidas para todos los Estados.

Cierta doctrina ha promovido objeciones a la postura aquí sentada, indicando que en realidad al momento de elaborarse la histórica Constitución de la Nación Argentina, el único delito contra el derecho de gentes conocido era el de piratería, y admitir la extensión a otros supuestos implicaría la posibilidad de una eventual incriminación constitucionalmente vedada.

No lo vemos así. Hay que tomar nota que la Constitución no se ha referido al delito de piratería, en concreto. Si así lo hubiese hecho, la ampliación al contexto constitucionalmente indicado sería inviable. Nuestra Carta Magna ha sido, en ese punto, particularmente sabia y previsora.

(52) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, Ed. Ediar, 1998, Tº II, p. 304. También sigue esta postura COLAUTTI, CARLOS, op. cit.

(53) Sugerimos, a fin de profundizar esta cuestión desde el punto de vista de la postura que aquí asumimos, la lectura de nuestra: EDUARDO P. JIMÉNEZ y RIQUERT, MARCELO, Teoría de la pena y Derechos Humanos, Buenos Aires, Ediar, 1998, en particular, caps. I y II; y EDUARDO P. JIMÉNEZ y RIQUERT, MARCELO, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. II, cap. V.

Bien señala Néstor Sagüés⁽⁵⁴⁾ que esta norma permite, por medio de una auténtica y provechosa cláusula abierta, reputar constitucional la penalización de nuevos tipos de delitos contra el derecho de gentes, llegando a sostener que obliga a incluirlos en el catálogo de delitos que debe reprimir la Nación, pues remite a la confección del listado de los hechos ilícitos sobre los cuales recae el deber de la República Argentina de juzgar y sancionar, al derecho internacional o “derecho de gentes”.

Abona lo antes expuesto el hecho de que la norma en estudio (que no pudo ser actualizada por una expresa veda indicada en la ley de necesidad de reforma 24.309), haya sido acompañada en el proceso reformador de 1994, por la jerarquización constitucional de la “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” y por la reciente jerarquización constitucional, por parte del Congreso de la Nación de la “Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas”, instrumentos éstos que se refieren en forma expresa a nuevos delitos contra el “derecho de gentes”.

Asimismo, el art. 43 CN (incorporado por la Convención Constituyente de 1994) se refiere a la acción de *habeas corpus* en caso de desaparición forzada de personas y el art. 36 CN a los delitos contra el orden constitucional y la vida democrática, indicando una clara señal al intérprete, en el sentido convalidante de la actualización permanente del concepto “delitos contra el derecho de gentes”.

4 | El aporte de la jurisprudencia de la CSJN y sus influencias desde la esfera del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos

Existe un plano de acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación en la República Argentina, jalónado por una serie de circunstancias acaecidas luego de producidos los hechos aberrantes, por todos conocidos, generados por la dictadura entre los años 1976-1983.

(54) SAGUÉS, NÉSTOR, op. cit., p. 366.

Luego de lograrse el juicio y condena a las cúpulas militares argentinas, en un proceso judicial “ejemplar”, la República debió soportar el retroceso institucional que implicó el dictado de las denominadas “leyes del perdón” (“obediencia debida” y “punto final”) y decretos de indulto, con el que se obturó el camino a la verdad y la justicia frente a tales actos de terrorismo de Estado⁽⁵⁵⁾.

Posteriormente, la normativa impuesta por el constituyente reformador en 1994 (en particular el art. 36 CN, hoy vigente), las respuestas del sistema interamericano de derechos humanos y de la propia CSJN, sumado a los ingentes esfuerzos del gobierno kirchenrista⁽⁵⁶⁾ en este punto —al propiciar la conformación de la actual composición de la CSJN y definir actos concretos en resguardo de la “memoria histórica argentina”—, permitieron recuperar aquella primigenia senda, con beneficio para la ciudadanía argentina y la institucionalidad vigente.

Ello no significa que la normativa señalada en el párrafo anterior haya propiciado —ella sola— la solución de tan grave problema.

Bien ha sostenido al respecto el jurista y también magistrado judicial Daniel Rafecas⁽⁵⁷⁾, que “si uno analiza históricamente cuál fue la relación entre los sucesivos Estados autoritarios de la Argentina durante los años '60 y '70, advierte que durante esos períodos se ensayaron distintas formas de contener a la disidencia política: apelando a tribunales especiales, a legislaciones feroces como la pena de muerte, a bandas paramilitares. Hasta que, el 24 de marzo de 1976, la dictadura de Videla instaura lo que se

(55) Señala Juan Carlos Wlasic (op. cit., p. 39), que existieron en ésta materia, antes y aun luego del advenimiento de la democracia en Argentina cuanto menos tres etapas temporales, que denomina: impunidad absoluta (1976-1983), impunidad política (1986-2003) e impunidad técnica (2003 al año 2010, en que su libro es escrito).

(56) Debemos enfatizar aquí que nuestra plena concordancia con las políticas de derechos humanos desplegadas por los dos últimos gobiernos constitucionales argentinos (2003/2010, en que su libro es escrito) no nos inhiben de sostener profundas discrepancias en otros asuntos que esos mismos gobiernos han planteado y llevado adelante, vinculados con la institucionalidad vigente, que entendemos no es del caso puntualizar ahora. Aun así, razones de honestidad intelectual nos animan a la presente aclaración, que —por otra parte— hace a la concordancia histórica entre nuestro decir y hacer en el plano académico.

(57) En CORRADINI, LUISA, “Lo que tienen en común los genocidios”, en diario *La Nación*, 14/02/2010, p.15.

puede definir como 'la solución final' de la cuestión subversiva. Hasta en esta cuestión tan central se puede trazar (...) una suerte de paralelismo de la lógica de los dictadores argentinos con la lógica Nazi".

Frente a ello, ya recuperado el sistema democrático argentino, y en el despliegue del lento camino hacia su consolidación, su clase política ha jerarquizado constitucionalmente todos los instrumentos considerados "clave" en el contexto de la protección de los derechos fundamentales, los que en su conjunto cubren todas las posibilidades y ofrecen instrumentos aptos e idóneos para juzgar, en particular, las violaciones de derechos humanos.

Ello nos anima a sostener hoy que el problema esencial de la lucha por la defensa de los derechos fundamentales no se basa esencialmente en una presunta debilidad normativa, sino en la "cabeza" de muchos de aquellos que tienen que decidir al respecto. De allí que resulte fundamental en esta temática la generación del debido cambio cultural por y desde los espacios democráticos⁽⁵⁸⁾.

Con los precedentes que desarrollaremos a renglón seguido, creemos que se demuestra en cabalidad que si Argentina pudo, luego de 25 años de una clara claudicación ética, retomar el desarrollo de los juicios a los sindicados como responsables del terrorismo de Estado y volver sobre ellos, es porque la sociedad ha podido generar también —con sus dificultades, por cierto— un espacio de consenso democrático en el que un Poder Político decidió crear una Corte Suprema⁽⁵⁹⁾ totalmente inédita en el país⁽⁶⁰⁾, que concluye, desde la doctrina de sus precedentes, que no era oportuno, ni mucho menos legal, que se mantuviese la impunidad sobre esos delitos en particular⁽⁶¹⁾.

(58) Bien ha expresado en este punto el calificado jurista Carlos Rosanski), refiriéndose a la existencia de racismo en Argentina —criterio que compartimos—, que "(...) si quien decide [en éstas materias] es racista, las resoluciones serán racistas. Exista o no una ley. Porque si existe no la van a aplicar. Por eso es necesario el cambio cultural".

(59) Integrada por los jueces Zaffaroni, Maqueda, Fayt, Petracchi, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

(60) Como para otro contexto institucional lo fue la Corte propiciada por el Gobierno constitucional de Raúl Alfonsín (1983-1989), integrada por los jueces Fayt, Petracchi, Belluscio, Bacqué y Severo Caballero.

(61) Expresa Carlos Rozanski, respecto de ésta cuestión (op. cit.), que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual composición "(...) decidió que era imperativo que no

A partir de estas “definiciones conceptuales” efectuadas por el más Alto Tribunal de la República, muchos jueces de grado inferior⁽⁶²⁾ no hesitaron en comprender cual era el camino adecuado a recorrer en este punto, al aplicar una definición legal, en materia de derechos fundamentales, coherente con los aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, seguidos ahora por nuestra CSJN.

Hechas ya las acotaciones y salvedades precedentes, nos referiremos a continuación, específicamente, a los precedentes paradigmáticos “Arancibia Clavel”⁽⁶³⁾ y “Simón”⁽⁶⁴⁾.

El primer caso, se vinculó al asesinato, el 30/09/1974, del matrimonio Prats por parte del agente de la DINA⁽⁶⁵⁾ Arancibia Clavel.

Para entender tan intrincada cuestión, hemos de recorrer el contexto histórico y los antecedentes del caso: en 1970 la alianza electoral de izquierda Unidad Popular triunfa en las elecciones presidenciales chilenas, impo-

.....
existiera esa impunidad. Es un concepto jurídico. Dijo: estas leyes [en referencia a las de “Obediencia Debida” y “Punto Final”] son inconstitucionales porque hizo la comparación —que muchos no hacen— de lo que estaba pasando en la Argentina con tantísimos años de impunidad y de una sociedad que miraba para otro lado: “La decisión fue la correcta”.

(62) Sin perjuicio de muchas discrepancias de corte interpretativo y esencialmente ideológico, que fueron ensayadas en este punto por parte de nuestra doctrina, y seguida por algunos Magistrados. Recomendamos para profundizar el corte de estas posturas, con las que esencialmente discrepamos, la lectura del documentado trabajo de SABELLI, HÉCTOR y SANTIAGO, ALFONSO, Tiempo, Constitución y Ley penal (Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2008). Creemos nosotros de todas maneras, y siguiendo aquí en lo esencial a GARGARELLA, ROBERTO, en AAVV, Delitos de Lesa Humanidad. Reflexiones acerca de la jurisprudencia de la CSJN, Ed. Ediar, 2009, pp. 67 y ss.; que cuando cierta doctrina señala en éstas cuestiones que “aquí hay dos derechos” o “aquí no se están respetando las garantías del derecho penal”, o “aquí no se toma en consideración el principio de la ley más benigna”, hay que preguntarse si se está apelando realmente a derecho válido en ambos planos de la controversia, o estamos pretendiendo asegurar la vigencia de un derecho que intrínsecamente carece de validez. Ello particularmente como cuando en casos como estos, está en juego el uso y el abuso de la coerción estatal sobre los ciudadanos.

(63) Ver CSJN en Autos “Arancibia Clavel, Enrique L” del 08/03/2005, Exp. A-869 XXXVII.

(64) Ver CSJN en Autos “Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación Illegítima de la Libertad, etc.” Causa n° 17.768, del 14/06/2005, *LL diario*, 21/06/2005.

(65) Dirección de Inteligencia Nacional Exterior de Chile, cuyo objetivo nunca declarado fue entre otros, el de perseguir a los opositores del gobierno de facto de Chile exiliados en el exterior. Señalan al respecto, SABELLI, HÉCTOR y SANTIAGO, ALFONSO (op. cit., p. 51), que se sospecha que Pinochet autorizó personalmente el asesinato de Prats, aunque hasta hoy no se ha podido comprobar esa hipótesis.

niendo como presidente a Salvador Allende y generando un clima de gran tensión en la nación trasandina, que a la postre desembocó en la irrupción del gobierno dictatorial de Augusto Pinochet, pocos años después.

Un importante sector que concentraba la oposición a Allende, se centraba en las Fuerzas Armadas, pero tal oposición no fue monolítica, ya que algunos militares llegaron incluso a alinearse con el nuevo gobierno constitucional. Entre ellos justamente se destacó el General Carlos J. S. Prats⁽⁶⁶⁾, quien fue designado Comandante en Jefe del Ejército en noviembre de 1970, por el Presidente saliente.

Hacia fines de 1972, el Presidente Allende, en un clima de alta inestabilidad institucional, convoca a un "Gabinete de Paz Social" en el que Prats tomó la cartera de Interior, llegando luego a desempeñarse como Ministro de Defensa y Vicepresidente de la Nación.

En 1973 la presión opositora encaminada hacia la destitución de Allende se enfatiza, dándose el 29 de junio el denominado "tancazo"⁽⁶⁷⁾. Consecuencia de ello, y otros hechos más de creciente inestabilidad institucional, Prats presenta el 23 de agosto su renuncia al cargo, acogiéndose al retiro efectivo. Fue sucedido por el General Pinochet, quien dos semanas más tarde encabeza el sangriento golpe de Estado que terminaría con el gobierno constitucional de Allende, y que acarrearía efectos nefastos en la institucionalidad de la región.

Cuatro días después del golpe de Estado, Prats huye a la Argentina, donde un mes después se encontraría con su esposa, Sofía. Un año después, en la madrugada del 30 de septiembre de 1974, al regresar a su domicilio en la ciudad de Buenos Aires, el matrimonio es asesinado mientras se disponía a guardar su automóvil en el estacionamiento⁽⁶⁸⁾.

(66) Habiendo expresado a su tiempo ese militar respecto de Allende, que "(...) no compartí su ideología marxista, pero lo enjuicío como uno de los gobernantes más lúcidos y osados del Chile del Siglo XX, y al mismo tiempo, el más incomprendido" (Periódico *La Tercera*, Santiago de Chile, del 01/10/1974, citada por SABELLI, HÉCTOR y SANTIAGO, ALFONSO, op. cit.).

(67) Insurrección que motivó la sublevación de parte del ejército chileno, que sacó los tanques a la calle.

(68) Surge del expediente judicial y la información ampliamente difundida por los medios periodísticos de la época, que el matrimonio fue asesinado con una bomba a control remoto colocada debajo de la caja de cambios del Fiat 125 que conducían. Aclaran SABELLI, HÉCTOR

El 28 de noviembre de 1978 es detenido Enrique Lautaro Arancibia Clavel, agente de la DINA, y es indagado luego el 15 de mayo de 1989, procesado y finalmente condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 6 a la pena de reclusión perpetua, por habérselo considerado cómplice primario en el homicidio agravado de Prats y su esposa, y autor del delito de asociación ilícita agravada, por integrar el personal de la DINA exterior.

La sentencia fue apelada por la defensa y parcialmente revocada por la Cámara Nacional de Casación Penal, definiendo que el imputado había integrado la figura básica de asociación ilícita.

Planteado un recurso extraordinario federal por la querella, se fundó en arbitrariedad de la sentencia de Casación, y la no aplicación de la ley penal más benigna a favor del imputado.

La CSJN, en sentencia con voto mayoritario⁽⁶⁹⁾, hace lugar a la queja y declara parcialmente admisible y procedente el recurso extraordinario.

El más Alto Tribunal abordó cuestiones “de forma” y otras “de fondo” al emitir su pronunciamiento. Respecto de las primeras, sucedía que cuando el expediente arriba a la instancia superior, no se encontraba “mantenido” por parte de la querella el agravio referido a la imprescriptibilidad de este tipo de delitos.

Al respecto, los jueces Vazquez y Boggiano expresaron que el tratamiento de la prescripción penal es una cuestión de orden público. A ello cabe añadir que la omisión en su consideración puede comprometer, en estos supuestos, la responsabilidad internacional del Estado argentino, particularmente frente al orden jurídico interamericano⁽⁷⁰⁾.

y SANTIAGO, ALFONSO (op. cit., p. 50), que la explosión fue tan violenta que arrojó a unos cien metros el motor del vehículo y destrozó los cuerpos de la pareja.

(69) Integrada de la siguiente forma: voto concordante de los Magistrados Zaffaroni y Highton, con los pronunciamientos particulares de los jueces Petracchi, Boggiano y Maqueda. La disidencia se integró con los votos de Belluscio, Fayt y Vázquez.

(70) En los votos de Zaffaroni, Highton, Petracchi, Vázquez, Boggiano y Maqueda, coincidentes en este planteo.

En suma, sostuvo la CSJN que el tribunal inferior (en clara referencia al Tribunal de Casación), había tratado la cuestión de la imprescriptibilidad, que constituye una cuestión federal y, por ende, eso bastaba para revisar el punto⁽⁷¹⁾.

Quizá la crítica más importante a este aspecto, pueda basarse en el hecho de que el más Alto Tribunal, cuando con anterioridad trató este tipo de cuestiones en forma “oficiosa”, lo hizo para definir el punto a favor del imputado y no en su contra, como acaeció aquí.

Respecto del “fondo” de la cuestión, el punto inicial pasaba por determinar si el delito de “asociación ilícita” puede ser considerado como un crimen de lesa humanidad y, por tal razón, imprescriptible. En caso positivo, debía evaluarse si el fundamento de tal imprescriptibilidad resulta ser la aplicación retroactiva de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (CICGyLH), o la aplicación de la costumbre internacional (*ius cogens*).

Al evaluar esas cuestiones, si bien la CSJN asume que la normativa internacional no alude específicamente al tipo penal de asociación ilícita, reconoce y enfatiza que no es menos cierto que sí otorga el carácter de crimen de lesa humanidad a cualquier tipo de confabulación, colaboración o conspiración para cometer un delito de ésa índole⁽⁷²⁾.

Al sostener la imprescriptibilidad de esos crímenes, la CSJN señaló que ellos no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera, en el decurso de estos años, dada la magnitud y significación que los atañe, a lo que se agregó que estos delitos son realizados generalmente por las agencias estatales encargadas, a la postre, de su persecución⁽⁷³⁾.

Finalmente, expresó el voto mayoritario de este pronunciamiento paradigmático, al evaluar si aquí la CICGyLH se aplica retroactivamente, que si bien la Argentina ratifica este instrumento en el año 1995 —y en el caso

(71) Así lo expresaron los Magistrados Boggiano, Zaffaroni y Highton de Nolasco en sus votos.

(72) De este modo lo expresaron los votos concordantes de Zaffaroni, Highton de Nolasco, Petracchi, Bogiano y Maqueda. También lo expresó así el Juez Vazquez en su voto disidente.

(73) Indicaciones de los Ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco en sus votos concordantes.

"Priebke" el juez Petracchi no la había aplicado—, el dictado del caso "Velázquez Rodríguez" sí habilita su aplicación.

En definitiva, sostiene el más Alto Tribunal la tesis de la evolución de la jurisprudencia interamericana, que nos es de seguimiento obligatorio, señalando la necesidad de hacer valer la actualidad del orden público internacional⁽⁷⁴⁾.

¿Cuál es para la CSJN, entonces, la razón jurídica que valida la aplicación de la regla de imprescriptibilidad de estos delitos? El voto mayoritario expresó que la imprescriptibilidad de esta modalidad de asociación ilícita, se funda no en la aplicación retroactiva de la CICGyLH, aprobada por el Congreso de la Nación en 1995, sino en la costumbre internacional, desplegando el argumento de que en la época en que operaba la DINA Exterior y se cometió el asesinato de los Prats (1974), existía la costumbre internacional, pacíficamente reconocida, de perseguir este tipo de delitos, considerándolos imprescriptibles⁽⁷⁵⁾.

Como balance respecto del contenido de este precedente, y si bien ha sostenido cierta doctrina⁽⁷⁶⁾ que "en el contexto del desarrollo actual de la ciencia penal es muy difícil sostener razonablemente que la asociación ilícita sea un delito de lesa humanidad", volvemos a enfatizar que aquí la CSJN no se refirió a argumentos de analogía, sino que especificó la aplicabilidad de regulaciones propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo ha hecho también al fallar en "Priebke"⁽⁷⁷⁾. La mayoría del más Alto Tribunal expresó que: a) la calificación de los delitos de lesa humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirentes o requeridos en el proceso de extradición, sino de los prin-

(74) Así lo expresó en forma rotunda el voto del Juez Boggiano. Fayt, Boggiano y Belluscio, no coincidieron con éste argumento.

(75) Argumento de la validación de la regla del *ius cogens*.

(76) Nos referimos a la postura sostenida por Sabelli y Santiago (h) en su "Tiempo, Constitución y Ley Penal" antes citada, p. 66, con referencia crítica a los considerandos 13 de los Magistrados Zaffaroni y Highton de Nolasco en el fallo comentado.

(77) Ver CSJN, Fallos 318:2148 "JA" 1996-I-324, su voto mayoritario, enunciado por los Magistrados Boggiano, López, Fayt, Nazareno y Moliné O'Connor (éstos según su voto) y Bossert (también según su voto).

cipios del *ius cogens* del derecho internacional⁽⁷⁸⁾; b) los delitos de lesa humanidad, conforme a tales principios, son imprescriptibles⁽⁷⁹⁾; y c) la administración de justicia se vincula directamente con la realización del interés superior de la comunidad internacional, con la cual nuestro país se encuentra obligado en virtud de formar parte de ella, de los tratados celebrados (art. 75, inc. 22) y de la aplicación del "derecho de gentes" que prevé el art. 118⁽⁸⁰⁾.

Respecto de la imprescriptibilidad de estos delitos, coincidimos con Andrés Gil Domínguez⁽⁸¹⁾ en que, desde sus orígenes, nuestro sistema constitucional estuvo estrechamente ligado e integrado a la comunidad internacional y ha reconocido la existencia de un orden supranacional que contiene normas imperativas, inderogables e indisponibles para el conjunto de las naciones (*ius cogens*). Máxime cuando también es real que las reglas que definen la prescripción de la acción penal en ciertos supuestos de delitos regulados por el derecho interno, son diversas a aquellas que informan a estos peculiares y aberrantes ilícitos, que no dejan de ser vivenciados por la sociedad entera, dada la magnitud y significación que los atañe⁽⁸²⁾.

(78) Considerando 4 del voto mayoritario.

(79) Considerando 5 del voto mayoritario.

(80) Voto concordante de Nazareno y Moliné O'Connor, en su considerando 28.

(81) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Constitución y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p.131. Expresa además Gil Domínguez que "(...) el derecho de gentes (especialmente a partir de juicio de Nuremberg en adelante) ha construido un orden normativo sostenido por la comunidad internacional (al que se ha denominado 'derecho penal internacional') que tiende a la tutela de los derechos más esenciales de la persona humana y que se traduce en principios y reglas de derecho asumidos —en su mayoría— como obligatorios por la comunidad internacional". Agrega este autor, que "(...) las prohibiciones de ciertas conductas consideradas de suma gravedad (a las que se denomina crímenes contra el derecho de gentes o crímenes de derecho internacional) y las consecuencias jurídicas que se derivan de la realización de algunas de aquellas conductas consideradas crímenes contra el derecho de gentes, son normas *ius cogens*" (fs. 131/32).

(82) En contra, SABELLI, HÉCTOR y SANTIAGO, ALFONSO, op. cit., p. 69, quienes enfatizan con cita a un voto disidente de nuestra Alta Corte (Dr. Belluscio) que "(...) no se justifica en nuestro sistema constitucional que por la gravedad o el carácter aberrante de los hechos que se imputan, se dejen de lado los principios del Estado de derecho". Nosotros discrepamos con este argumento, que consideramos de claro corte efectista. Los principios del Estado de Derecho, claramente receptados por nuestra Constitución Nacional, han sido coherentemente receptados, e integrados con las reglas provenientes del Derecho Internacional, en referencia a la persecución de delitos de lesa humanidad (art. 18, 116 CN).

Otro caso emblemático en el tránsito garantista seguido por la CSJN en su conformación reciente, y que complementa al anteriormente reseñado, ha sido el denominado precedente “Simón”, en el que se declara finalmente la inconstitucionalidad de las leyes de “obediencia debida” y “punto final”.

Los hechos acaecieron de la siguiente forma: en noviembre de 1978 dos personas activistas del grupo denominado “Cristianos para la Liberación”, los ciudadanos José Liborio Poblete y Marta Hlaczik, fueron secuestrados por fuerzas de seguridad y trasladados al centro de detención clandestina conocido como “El Olimpo”. La pareja tenía una hija menor de edad que también fue secuestrada, y posteriormente “apropiada en forma ilegal” y entregada a otras personas para su crianza (quienes, ilícitamente, la inscribieron como propia).

Una vez iniciada la causa por el secuestro, retención y apropiación de la menor antes referida, hacia el año 2000 se presenta en el expediente el conocido periodista Horacio Verbitsky, en su carácter de presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y fue tenido como parte querellante.

En el devenir de la causa, dicha parte solicitó se declarase la inconstitucionalidad de las leyes 23.492⁽⁸³⁾ (“punto final”) y 23.521⁽⁸⁴⁾ (“obediencia debida”). Posteriormente, la Cámara Criminal y Correccional Federal dispuso que la investigación original fuera ampliada a los hechos ilícitos de los que habían sido víctimas los padres de la menor apropiada. Es en tal contexto que el juez de instrucción resolvió procesar a Juan Antonio Del Cerro y Julio Simón (previamente procesados por el secuestro y retención de la menor) por el secuestro, las torturas y vejámenes a que habían sido sometidos Poblete y Hlaczik.

A fin de disipar los obstáculos procesales y sustanciales que impedían la continuación de la investigación en curso, el juez actuante declara la inconstitucionalidad de las “leyes del perdón” indicadas, calificando los hechos acaecidos como “crímenes contra la humanidad”, consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar amenazas y violencia, y por haber durado más de un mes, reiterada en dos ocasiones en concurso real, la que, a su vez, concurría materialmente con la figura de

(83) Publicada en el B. O., del 29/12/1986.

(84) Publicada en el B. O., del 09/06/1987.

tormentos agravados, por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí⁽⁸⁵⁾.

El pronunciamiento y las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 fueron luego confirmados por la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal. Articulado recurso extraordinario federal en contra de la sentencia de la Alzada, el mismo fue denegado, lo que motivó la queja, que fue receptada por la CSJN, dictándose sentencia final en el caso el 14 de junio de 2005⁽⁸⁶⁾.

El fallo constó de una decisión mayoritaria, integrada por siete votos concurrentes⁽⁸⁷⁾ y una disidencia⁽⁸⁸⁾. Con esta sentencia, el más Alto Tribunal habilitó el inicio o reapertura de los procesos penales seguidos a aquellos que habían sido oportunamente beneficiados por los efectos de la amnistía implícita (con modalidades que luego especificaremos), decidida por el Congreso de la Nación al dictar las “leyes del perdón”, ahora legalmente invalidadas al declararse su inconstitucionalidad.

Puede decirse del voto mayoritario que la “pluralidad de jueces” que lo conformaron coincidieron en que los delitos cuya investigación se detuvo por aplicación de las leyes 23.492 y 23.591, son considerados crímenes de lesa humanidad y que esa categoría delictiva no es amnistiable a la luz de la jurisprudencia emanada de la COIDH y de los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las críticas generales a los fundamentos del precedente residen en que ciertos sectores doctrinarios⁽⁸⁹⁾ han puesto de resalto que estas leyes fue-

(85) Así se lo expresó en el considerando 5 el voto del Magistrado Petracchi, en el caso “Simón”, al cual volveremos más adelante.

(86) Ver CSJN Autos “Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación Illegítima de la Libertad, etc.” Causa n° 17.768, LL del 21/06/2005.

(87) Dictados por los Magistrados Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

(88) El voto del Juez Fayt.

(89) Ver por todos, SABELLI, HÉCTOR y SANTIAGO, ALFONSO, op. cit., quienes aun sosteniendo el carácter “aberrante” de estos crímenes, enfatizan esencialmente que tal declaración de inconstitucionalidad constituye un grave atentado al Estado de Derecho y, en particular, a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal. También presenta sus dudas en este punto, GUIBOURG, RICARDO (op. cit., pp. 71/75), preguntándose, siguiendo aquí la línea de

ron declaradas inconstitucionales mucho tiempo después de que la misma CSJN (en una anterior integración)⁽⁹⁰⁾, las hubiera convalidado. También se le imputa al más Alto Tribunal que, para volver sobre sus pasos, invocó normativa de derecho constitucional que recién ahora posee una adecuada formulación y vigencia efectiva en nuestro sistema jurídico. Los votos de los propios jueces que conformaron la mayoría refutan, a nuestro criterio, esas críticas, adecuadamente.

En efecto, el juez Maqueda, al pronunciar su voto, resaltó el carácter imperativo del “derecho de gentes”, derivando de allí que los delitos investigados deben ser considerados imprescriptibles e inamnistiables.

Avanzando en este argumento, el juez Boggiano sostuvo que la imprescriptibilidad e inamnistabilidad de los delitos de lesa humanidad, tiene base en normas de derecho internacional consuetudinario, ya vigentes al momento de la comisión de los delitos investigados, destacando que los arts. 18 y 118 de la Constitución Nacional no colisionan, sino que se complementan entre sí.

La jueza Highton de Nolasco centró su análisis en el carácter de delitos de lesa humanidad que poseen los hechos investigados en la causa, de los que se derivan —de acuerdo con el derecho internacional—, los efectos de imprescriptibilidad e inamnistabilidad.

En una muy sesuda e interesante posición, la jueza Argibay conglobó al votar la cuestión, la que consideró una enunciación válida del principio de legalidad en materia penal, con marco en las democracias modernas, enfatizando una interpretación “finalista” de tal principio de legalidad y su ratificación, al sostener que el Congreso de la Nación no sólo dictó oportunamente las leyes de “obediencia debida” y “punto final”, sino que luego también declaró su “nulidad”, y antes de ello ratificó la CICGyLH y le confirió también jerarquía constitucional.

..... pensamiento del voto disidente expresado en este caso por el Juez Fayt, si con este tipo de pronunciamientos “(...) no venimos elaborando una suerte de ‘derecho penal del enemigo’ que sea aplicado contra quienes son efectivamente nuestros enemigos, admite garantías a favor de quienes no lo sean tanto, y se niegue derechosamente a reprochar algo a nuestros amigos” (fs.74).

(90) Al fallar el caso “Camps” (CSJN Fallos 310:1162) en el año 1987 convalidado por otros posteriores, en particular, ver Fallos 311:401.

El juez Zaffaroni votó insistiendo en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos integra el ordenamiento jurídico argentino y tiene supremacía sobre las leyes internas que pretendan desconocerlo. Estimó el prestigioso jurista, además, que la modificación del carácter amnistiable de estos delitos no constituye alteración alguna al principio de legalidad.

Finalmente, el juez Lorenzetti apeló en su voto a los principios morales básicos que informan *per se* a todo el ordenamiento jurídico. Sostuvo que ellos son evidentes y que nadie puede alegar su ignorancia o desconocimiento. Coincidio —como también lo hizo Zaffaroni en su voto— en que la decisión de declarar amnistiables o no amnistiables a determinados delitos no integra la regla de legalidad. Resalta que los jueces tienen que interpretar la concepción de justicia que la sociedad posee al momento en que el fallo es dictado.

Respecto de la disidencia al fallo, sólo sostenida por el juez Fayt, señaló simplemente que es imposible aplicar retroactivamente y en contra del imputado, una disposición penal, aun cuando ella esté consagrada en un instrumento internacional. Es que, según Fayt, no se puede alegar costumbre internacional frente a las claras exigencias de la ley escrita.

5 | Para concluir

Podemos decir, entonces, que en su actual etapa de integración, la CSJN ha diseñado una línea argumental que denota un cambio respecto de la jurisprudencia generada en la etapa que va de la recuperación democrática (1983) a la reforma constitucional de 1994⁽⁹¹⁾. Bien destaca Andrés Gil Domínguez⁽⁹²⁾ la prevalencia de dos de sus argumentos, a saber: a) la invocación del art. 75, inc. 22 CN y de la jurisprudencia de la COIDH como regla de reconocimiento constitucional; y b) que es función de la CSJN velar por el cumplimiento y aplicación del *ius cogens* respecto de la desaparición forzada de personas.

(91) Destacamos como jurisprudencia paradigmática de tal período, aquella que convalidó la ley de Obediencia Debida con voto disidente del Ministro Bacqué, quien declaró su inconstitucionalidad (Cfr. CSJN, Fallos 310:1162 del año 1987)

(92) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, op. cit., p. 163.

Y, además, estimamos necesario enfatizar que con este último precedente en particular, la CSJN propicia lo que en doctrina⁽⁹³⁾ se ha dado en llamar el “salto paradigmático” que propugna internalizar social y jurídicamente la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no autoriza ya más al Estado argentino a realizar ponderaciones que convaliden los actos aberrantes, que a modo de delitos de lesa humanidad o aun de genocidio, permitan su violación e impunidad posterior.

La sociedad argentina reclama ahora por su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación frente a tales horrores del pasado y la justicia argentina simboliza con estos fallos paradigmáticos, que no se puede ya más renunciar a la persecución de tales delitos.

Entiéndase bien, hablamos aquí de la búsqueda de la verdad y la justicia por caminos lícitos que transiten los parámetros de legítimo arbitrio que ofrece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde hace ya muchos años, y no de venganza.

Es que la sociedad argentina del tercer milenio logrará, con la definitiva consolidación de su democracia, demostrar que en estas horrendas cuestiones, por volar más alto que sus otrora represores, ha podido ver más lejos y otear en el horizonte la real pacificación de sus generaciones venideras.

Desde la impronta de la verdad, la justicia y la reparación.

.....
.....
(93) BRUERA, MATILDE en AAVV *Delitos de Lesa Humanidad*, Ed. Ediar, p. 9.

Neogolpismo y golpe de Estado en Paraguay

por BEINUSZ SZMUKLER⁽¹⁾

I | Neogolpismo en América Latina. Algunos aspectos conceptuales preliminares

El concepto “golpe de Estado” tiene su origen en Francia en el siglo XVIII, y define acciones violentas y arbitrarias del monarca, al margen de toda norma legal o ética, cuando consideraba que su trono estaba en peligro, para desplazar algunos de sus propios funcionarios, acusados de conspirar contra él. En el siglo XIX, el término extendió su significado al accionar violento de las fuerzas armadas, con el fin de desplazar a la cabeza del gobierno o a los tres poderes, de ser necesario⁽²⁾.

.....

(1) Abogado (UNLP). Presidente del Observatorio de la Justicia Argentina y del Consejo Consultivo Continental de la Asociación Americana de Juristas. Ex presidente de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Ex profesor titular por concurso de Derecho Constitucional de la Universidad de Lomas de Zamora. Ex Consejero del Consejo de la Magistratura de la Nación.

(2) En 1930 Malaparte, Curzio, publicó “Técnica del colpo di Stato (Técnica del Golpe de Estado, Editorial Planeta, Barcelona, España, 2009), obra en la que, a partir del análisis crítico de las acciones del fascismo y el nazismo, aplica el concepto tanto a una operación ejecutada por integrantes del Estado como por poderes civiles, que mediante acciones sorpresivas de escasa duración orientadas a generar caos social, provocan la desestabilización del gobierno, su caída, y acceden al poder, tratando de reducir “al mínimo el tamaño y la intensidad de la confrontación armada”. El libro generó enormes polémicas en la época de su aparición, con críticas y elogios, tanto en la derecha como en la izquierda.

En el curso del siglo XX, se consolidó y transformó en típica la significación de una acción de las Fuerzas Armadas desplazando por la fuerza al gobierno establecido⁽³⁾. En casi todos los casos, y en todos los continentes, su concepción, financiación y materialización, respondía a la decisión de las organizaciones representativas de las clases dominantes, en acuerdo con "la embajada"⁽⁴⁾, la cual muchas veces tomaba la iniciativa y garantizaba la legitimación internacional posterior del nuevo gobierno. Ese poderoso conglomerado preparaba el terreno para obtener consenso social y las fuerzas armadas o un sector decisivo de éstas se encargaban de la ejecución⁽⁵⁾.

En la década de 1980, con el colapso de las dictaduras latinoamericanas y la desaparición de la Unión Soviética, el "peligro comunista" perdió entidad justificatoria para el mantenimiento de la "doctrina de la seguridad nacional"⁽⁶⁾. Ello determinó que, ante el triunfo de fuerzas políticas que se proponen cambios profundos de las estructuras económico-sociales, los golpes de Estado hayan ido adoptando formas más complejas y menos evidentes, mediante técnicas de desestabilización económica ("golpes de mercado"), generación de climas de caos social (saqueos, huelgas, etc.), agudizados por el uso de medios de comunicación de masas, cada vez más concentrados y entrelazados con el poder económico.

Conviene destacar que, al irse consolidando las instituciones democráticas, varios textos constitucionales siguieron el ejemplo de la norma fun-

(3) Un análisis de la tipología de golpes de Estado de ese período fue realizado en 1962 por SAMUEL FINER (*Los militares en la política mundial*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1969).

(4) Esa era la denominación generalizada de la representación diplomática de los Estados Unidos de América. Un caso paradigmático de intervención descarada y de enorme volumen, fue el del derrocamiento del Presidente de Chile, Salvador Allende.

(5) Numerosos son los casos de ese tipo en América Latina que instauraron feroces dictaduras de terrorismo de Estado. Los más representativos fueron: en 1954, Guatemala, derrocamiento de Jacobo Arbenz; en 1955, derrocamiento del Gral. Juan D. Perón; en 1963, República Dominicana, derrocamiento del presidente Juan Bosch; en 1964, Brasil, derrocamiento de João Goulart; en 1966, derrocamiento de Arturo Umberto Illia; en 1973, en Uruguay, Juan María Bordaberry disuelve la Asamblea General con el apoyo de las Fuerzas Armadas y Chile, derrocamiento de Salvador Allende; y en 1976, en Argentina es derrocada María Estela Martínez de Perón.

(6) Sobre el tema, ver LOZADA, SALVADOR M.; BARCESAT, EDUARDO S.; ZAMORANO, CARLOS M. y VIAGGIO, JULIO J., *La ideología de la Seguridad Nacional*, Buenos Aires, El Cid Editor, 1983.

damental italiana (art. 54) e insertaron normas específicas para prevenir y castigar a los responsables de la comisión de golpes de Estado⁽⁷⁾.

El juicio político contra el Presidente de Paraguay, Fernando Lugo, debe analizarse no sólo a partir de las circunstancias nacionales, sino en el marco de las señaladas tentativas de interrupción del orden institucional que se han producido en la última década en la región y que, más allá de su éxito (sólo en este caso y en el de Honduras) o de su fracaso, presentan causas comunes y modalidades diferenciadas en cada país, pero siempre tratando de evitar reproducir la imagen habitual del pasado latinoamericano del golpismo protagonizado por las Fuerzas Armadas y la asunción por éstas del gobierno, con la clara intervención de los Estados Unidos. Sin embargo, se mantienen los elementos centrales de todos los tiempos: el rol jugado por los medios de comunicación, mucho más significativos ahora por su acrecido poder multimediático, y las organizaciones representativas del poder económico en riesgo de perder algunos de sus privilegios por la acción de gobiernos democráticamente electos que pretenden cumplir los compromisos con su base popular, mejorando las condiciones de vida de la inmensa mayoría de la población, a partir de generar un desarrollo económico independiente, consolidando los gémenes de la integración y la unidad regional latinoamericana y caribeña.

Las manifestaciones en este último aspecto (afianzamiento del MERCOSUR, constitución de la UNASUR —que jugó, con la relevante y hábil gestión de su Secretario General, Néstor Kirchner, un papel decisivo en el freno a los intentos golpistas en Bolivia y Ecuador— y los avances en la naciente CELAC —con la perspectiva de la sustitución de la desprestigiada OEA—) junto a la defunción del ALCA en la Cumbre de Mar del Plata (2005) provocan, sin lugar a dudas, una fuerte preocupación del Gobierno de los Estados Unidos, cualquiera sea su signo. Por tanto, frente a las —para ellos— desfavorables condiciones del contexto regional, los autores materiales tratan de encubrir el golpismo con algún tipo de justificación formal-legal, aunque sea burda, y el Gobierno estadounidense no se muestra como antes en la organización y el apoyo público del quebrantamiento del orden institucional, limitándose a una neutralidad. Sin embargo, ello es sólo aparente ya que, con el correr de los días, favo-

(7) Art. 36 de la Constitución de la Nación Argentina (CN).

recen a los usurpadores del gobierno, a los que terminan reconociendo con el argumento de su dominio territorial, un mentido mantenimiento del orden y la disposición a nuevas elecciones. Así operaron en Honduras. En 2009, en ocasión del golpe en Honduras, Tokatlian caracterizaba, este nuevo fenómeno de neogolpismo afirmando que: “a diferencia del golpe de Estado tradicional (...) está encabezado más abiertamente por civiles y cuenta con el apoyo tácito (pasivo) o la complicidad explícita (activa) de las Fuerzas Armadas, pretende violar la constitución del Estado con una violencia menos ostensible, intenta preservar una semblanza institucional mínima (por ejemplo, con el Congreso en funcionamiento y/o la Corte Suprema temporalmente intacta), no siempre involucra a una gran potencia (por ejemplo, Estados Unidos) y aspira más a resolver un *impasse* social o político potencialmente ruinoso que a fundar un orden novedoso”⁽⁸⁾. La caracterización parece replicarse para el caso paraguayo.

En el mismo sentido, Errejón y Serrano sostienen que el reciente golpe de Estado en Paraguay puede enmarcarse en una nueva y peligrosa tendencia regional que denominan “golpismo blando”, que se caracterizaría por seguir un patrón “en el que los poderes conservadores provocan o se aprovechan de situaciones de crisis a partir de las cuales alteran la correlación de fuerzas en el Estado para destituir al presidente, pasando por encima de la soberanía popular, pero relativamente dentro de la procedimentalidad institucional” y donde “la violencia reaccionaria nunca está ausente, pero juega sólo un papel auxiliar, comparada con el de los medios de comunicación empresariales como generadores de la narrativa de la crisis, de la representación del gobierno como ‘aislado’ —pese a contar con un apoyo popular mayoritario pero invisibilizado— y de la conflictividad y el enfrentamiento, que requerirían una ‘restauración conservadora’ de la democracia, que ponga fin a su mal uso por mandatarios ‘populistas’”⁽⁹⁾.

Las causas que ambos autores señalan en el artículo mencionado pueden resumirse como el resultado de la contradicción al interior del Estado de los resabios oligárquicos y neo-liberales heredados de la década pasada y la irrupción de los gobiernos post-neoliberales y populares por un

(8) TOKATLIAN, JUAN G., “Neogolpismo”, en Diario Página/12, Buenos Aires, 13/07/2009.

(9) ERREJÓN, IÑIGO y SERRANO, ALFREDO, “El nuevo golpismo en América Latina”, en *diario Página/12*, Buenos Aires, 26/06/2012.

lado; y la tensión entre una creciente integración regional y los patrones de inserción subordinada al sistema y mercado internacional de las élites o sectores locales, por otro⁽¹⁰⁾.

Nils Castro, por otro lado, parece ver una simple variante enmascarada del viejo golpismo, que "consiste en 'desmilitarizar' el procedimiento así 'legitimado' por los grandes medios periodísticos. En Honduras, a través de un golpe 'correctivo', es decir, con la intervención abreviada de un ejército que acto seguido entregó el gobierno a la derecha civil. En Paraguay, valiéndose de un bloque parlamentario seducido por el anhelo de prerrogativas para los congresistas implicados en una interpretación torcida de la legalidad (...) El propósito, en cualquier caso, es el mismo de antaño, encubierto con nuevos modos de enmascararlo y evadir las sanciones internacionales"⁽¹¹⁾.

Por ultimo, resulta interesante la caracterización que hace del neogolpismo quien fuera Canciller de Brasil y Alto Representante General del Mercosur durante la presidencia de Lula Da Silva, Samuel Pinheiro Guimaraes: "El neogolpismo reconoce que los gobiernos fueron electos democráticamente, pero argumenta que ellos no gobernan democráticamente. Crea imágenes de esos gobiernos como dictaduras y genera un clima que justifique un golpe de Estado, inclusive por medios no militares". Guimaraes agregó también que "las fuerzas tradicionales se imponen sobre la voluntad electiva. En Sudamérica candidatos a cargos mayoritarios son elegidos con votos de las mayorías, que son pobres. Por otro lado, en los poderes legislativos las fuerzas hegemónicas se hacen representar"⁽¹²⁾. Es decir, las nuevas formas de golpe de Estado responderían, por un lado, a un litigio sobre la democracia misma (qué se considera democrático o no democrático) y, por otro lado, al resultado de una contradicción entre los cargos mayoritarios y populares y la representación legislativa (generalmente pluralista), donde sobrevivirían las fuerzas "tradicionales"⁽¹³⁾. Esta posición

(10) ERREJÓN, IÑIGO y SERRANO, ALFREDO, op. cit.

(11) CASTRO, NILS, "Nuevos ropajes para las derechas de siempre", Buenos Aires, en diario Página/12, 23/07/2012.

(12) PINHEIRO GUIMARAES, SAMUEL, "Paraguay: temporada de neogolpismo", en *Últimas Noticias*, Quito, 01/07/2012.

(13) Ver también, para otras caracterizaciones sobre neogolpismo: Abrevaya, Sebastian, "Nuevas formas de golpismo en la región", en diario Página/12, Buenos Aires, 04/07/2012; y

pone en cuestión la vieja reivindicación de la izquierda en orden al carácter de la representación proporcional como el sistema electoral más democrático, aunque básicamente correcto, requeriría la realización de elecciones parlamentarias y presidenciales contemporáneas, ya que siendo parciales, la composición del poder legislativo resulta, o puede resultar, contraria a la voluntad ciudadana, al dejar en minoría a la fuerza política triunfante en la última elección, y sometida a acuerdos que le impiden el cumplimiento de su programa. Se trata de un tema polémico que requiere un profundo debate, que supera los límites y el objeto de este trabajo.

2 | Otros casos de neogolpismo en América Latina. Venezuela, Bolivia, Haití, Honduras, Ecuador y Costa Rica

En el artículo mencionado *supra*, Tokatlian contabilizaba que “desde 2000 a la fecha se han llevado a cabo 24 golpes de Estado, unos exitosos y otros fallidos, en África, Asia y América latina y el Caribe. Los dos últimos, en 2009, se han producido en Madagascar y Honduras”⁽¹⁴⁾. Y en un artículo más reciente, los enumera: “la remoción “legal” de Jamil Mahuad, en Ecuador, en 2000; el derrocamiento “institucional” de Hugo Chávez, en Venezuela, en 2002; la “salida” forzada de Jean-Bertrand Aristide, en Haití, en 2004; la sustitución “constitucional” de Zelaya, en Honduras, en 2009, y el “putch” policial contra Rafael Correa, en 2010”⁽¹⁵⁾. Al desplazamiento del rol golpista y desestabilizador de las fuerzas armadas a sectores policiales que se vio en Ecuador, se sumó tiempo después el motín policial contra el Gobierno de Evo Morales en Bolivia en 2012 (que venía de resistir también los embates desestabilizadores de los sectores autonomistas de Santa Cruz de la Sierra, responsables de la masacre de Pando, investigada por la UNASUR bajo la dirección del embajador argentino Rodolfo Mattarollo).

Goldstein, Ariel, “La naturaleza de los procesos destituyentes”, en *diario Página/12*, Buenos Aires, 11/07/2012.

(14) TOKATLIAN, JUAN G., op cit.

(15) TOKATLIAN, JUAN G., “El auge del neogolpismo”, en *La Nación*, Buenos Aires, 24/06/2012.

Tokatlian destaca la modificación que se sucede de los casos venezolano y haitiano (intentos fallidos) respecto de los casos hondureño y paraguayo (exitosos). Al respecto señala que:

"(en el golpe de 2002 en Venezuela) la coalición cívico-militar venezolana terminó consumando un golpe ortodoxo y autoritario que, no obstante, resultó fallido: el detenido Hugo Chávez retornó a la presidencia".

"Dos años más tarde, en 2004, se produjo la salida forzada de Jean-Bertrand Aristide en Haití. Tal como en Venezuela, en el ejemplo haitiano los golpistas insistieron en que Aristide fue el que provocó, con su comportamiento, la crisis institucional que lo llevó a su remoción del gobierno: de ese modo se justificó la destitución del presidente".

"Así llegamos al primer golpe de Estado exitoso en Centroamérica en el siglo XXI: el 28 de junio fue derrocado el presidente de Honduras, Manuel Zelaya. El presidente del Congreso, Roberto Micheletti, asumió como mandatario de facto. Los militares irrumpieron en la residencia oficial de Zelaya, lo detuvieron y lo trasladaron a Costa Rica. Los golpistas de la poderosa coalición cívico-militar aprendieron las lecciones de Venezuela y Haití: preservando el funcionamiento del Legislativo y del Judicial, expulsaron del país al mandatario constitucional. Sin embargo, en esta oportunidad el rechazo y repudio general fueron elocuentes (a diferencia del caso Venezolano que contó con la justificación pública del Gobierno de Bush)"⁽¹⁶⁾.

No obstante, el proceso posterior, bajo el impulso de los Estados Unidos y de la OEA, pese a la firme resistencia de los gobiernos de Argentina y Brasil, terminó convalidando el golpe. Es prudente recordar que las invocaciones de los golpistas sobre presuntas violaciones a normas constitucionales por parte del presidente Zelaya, como fundamento de la ruptura del orden institucional, carecen del mínimo sustento, tal como lo ha señalado el informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, Frank La Rue, del 10 de agosto de 2009.

Son sólo una pantalla de las élites del concentrado poder económico, sus políticos beneficiarios, los dueños de los más grandes medios de comuni-

(16) TOKATLIAN, JUAN G., "Neogolpismo", op cit.

cación audiovisual e impresa, las Fuerzas Armadas a su servicio, la cúpula eclesiástica, y un Poder Judicial sumiso y corrupto, que han violado los arts. 1, 2, 3, 4, 45 y 245, inc. 16 de la Carta Magna de Honduras, amparándose en una cláusula pétrea, contradictoria con la pirámide jurídica establecida por la misma Constitución hondureña, y de los principios universalmente consagrados de autodeterminación de los pueblos y de soberanía popular, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La convocatoria al pueblo para una “encuesta no vinculante” —ajustada al art. 5 de la Ley de Participación Ciudadana, aprobada por el mismo Congreso Nacional partícipe del golpe— a realizarse al mismo tiempo de las elecciones de noviembre (en las que Zelaya no podría ser candidato a la reelección), para saber si desea una Asamblea Nacional Constituyente, no sólo no viola norma alguna, sino que es propia de la esencia del sistema republicano por lo que la pretensión de impedir su realización es una aberración jurídica y política. El objetivo real fue frenar un proceso orientado hacia una democracia participativa, protagonizado por el pueblo (el Presidente Zelaya dispuso el aumento del salario mínimo, la implantación de una canasta básica para la subsistencia alimentaria y otras medidas destinadas a mitigar las profundas desigualdades económicas, además del acercamiento al ALBA y la eliminación de intermediarios en la compra del petróleo)⁽¹⁷⁾.

El resultado es el Gobierno de Lobo, instaurado en las elecciones amañadas, que se caracteriza por ejecuciones, asesinatos (entre ellos, de numerosos periodistas), amenazas, torturas, persecución y exilio forzoso de opositores⁽¹⁸⁾.

Extrapolando estas conclusiones, puede considerarse que en el caso paraguayo el modelo exitoso de Honduras opera efectivamente en la fachada

(17) Ver “Declaración de la Asociación Americana de Juristas (AAJ)” del 5 de agosto de 2009.

(18) El 28 de junio de 2009, luego de un golpe militar, Zelaya fue deportado. La Organización de los Estados Americanos (OEA) repudió el golpe. Argentina y Brasil fueron más allá, dijeron que sentaba un precedente peligroso luego de una etapa inédita de estabilidad institucional en la región. El entonces presidente Lula acompañó la declaración con un gesto concreto: Zelaya volvió a Honduras y utilizó la hospitalidad extraterritorial de la embajada brasileña. Cristina Fernández de Kirchner, que iba por su primer mandato, viajó a América Central para seguir la suerte de Zelaya y la Argentina actuó en coordinación con el gobierno brasileño. Poco a poco la OEA fue variando su posición y la siguieron casi todos los países centroamericanos y los demás terminaron reconociendo al nuevo gobierno.

institucional y en la preservación del funcionamiento legislativo, pero se evidencia una presencia muchísimo menor de las Fuerzas Armadas y una centralidad mayor en el Poder Legislativo como motor del “golpe constitucional”.

3 | La destitución de Fernando Lugo. La acusación

Lugo llega al poder en las elecciones de 2008 apoyado en la llamada “Alianza Patriótica para el Cambio”, una coalición entre el Partido Liberal Radical Auténtico y una serie de movimientos sociales y pequeños partidos progresistas de la que formaba parte Lugo (quien se registró en el pequeño Partido Demócrata Cristiano, en 2007, para poder presentar su candidatura). Ya para 2009, el Partido Liberal y el vicepresidente Franco habían pasado a la oposición, explicitando como causa su evaluación de una injusta representación del Partido en el gobierno⁽¹⁹⁾, dejando al gobierno electo con una representación parlamentaria casi nula⁽²⁰⁾.

Desde la crisis de la coalición que lo llevó a la presidencia del Paraguay, Lugo sufrió en total veintitrés intentos de llevarlo a juicio político.

Era una cuestión de tiempo que el Presidente pagara muy caros sus errores, debidos tal vez a su inexperiencia política y a la mala elección de va-

(19) Ver: “Se irán los socios de Lugo”, en diario *Página/12*, Buenos Aires, 02/07/2009.

(20) La dupla Lugo-Franco ganó las últimas elecciones (2008) a la candidata colorada, para que por primera vez en la historia del país un presidente entregara el poder a otro de un partido diferente sin mediar revoluciones o golpes. No obstante, Franco y muchos sectores liberales nunca se contentaron con la parte del gobierno que les tocó e intentaron diversas maniobras para sacar a Lugo del medio, hasta que lo consiguieron; con el apoyo del Partido Colorado, también deseoso de perturbar la alianza triunfadora que lo sacó del poder, la de las izquierdas, movimientos sociales y el Partido Liberal. Faltando poco para las elecciones de 2013 se desató la crisis en el Partido Liberal, tras la consulta popular realizada por los candidatos a la presidencia, con el fin de evitar una interna partidaria y llegar “más unidos”. Nuevamente, el ganador lo hizo por estrecho margen y en medio de numerosas denuncias de fraude. Blas Llano, presidente del partido y uno de los pilares de Lugo, habría logrado el primer lugar frente a Efraín Alegre (un antiguo aliado y exministro de Lugo); el vicepresidente Federico Franco, quien terminó en tercer lugar; y otros dos candidatos que quedaron muy lejos. (LAMBARÉ, BERTO, “El neogolpismo como estrategia transnacional-‘poligárquica’ contra la democracia paraguaya”, en Rebelion.org: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=153237#sdfootnote9sym>, 2012).

rios de sus colaboradores. Su último gran aliado en el Partido Liberal, Blas Llano, terminó por realizar una alianza velada con los colorados y varios de los principales dirigentes de su partido para urdir la trama del derrocamiento aprovechando el *shock* producido por la balacera en Curuguaty.

La acusación realizada por el Poder Legislativo y aprobada en tiempo record (unas pocas horas), es una clara demostración del desprecio por el más elemental derecho, cuando con desparpajo afirma: "Todas las causales mencionadas más arriba, son de pública notoriedad, motivo por el cual no necesitan ser probadas". Completando el cuadro, para ejercer su defensa se le concedió a Lugo hasta las 12.00 horas del día siguiente en el Senado, encargado de celebrar el juicio político (la propuesta del Senador oficialista, Carlos Filizzola, de dar un tiempo de tres días para la defensa del titular del Poder Ejecutivo, sólo obtuvo tres votos)⁽²¹⁾. Y ese mismo día en un "juicio político" inédito en el mundo entero⁽²²⁾, la mayoría del Senado de la República del Paraguay, dominado completamente por derechistas afectos al viejo régimen dictatorial, las mafias y los sectores empresariales y políticos más conservadores y reaccionarios —que difícilmente actuarían sin un guiño de la embajada de Estados Unidos— desplazaron a Lugo de la Presidencia. Si alguna duda hubiera sobre la aquiescencia de la princi-

(21) Ver: "Lugo será sometido a un 'juicio político express'", en diario *Página/12*, Buenos Aires, 21/06/2012; y BROM, DIEGO, "El Congreso paraguayo acuerda voltear a Lugo", en diario *Página/12*, Buenos Aires, 22/06/2012.

(22) El 26 de mayo de 1992, las acusaciones de corrupción contra el presidente de Brasil, Collor de Mello, y una inmensa movilización popular que exigía su renuncia, determinaron que la Cámara de los Diputados aprobara iniciarle un proceso de enjuiciamiento. Ello no impidió que fuera el anfitrión en Río de Janeiro de la II Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED), del 3 al 14 de junio de 1992, y que visitara oficialmente España en julio de 1992. El 26 de agosto de 1992 la comisión de investigación concluyó que había suficientes indicios de delito para procesar a Collor de Mello y recién el 29 de septiembre la Cámara de Diputados aprobó separarle temporalmente del cargo por 441 votos a favor, 38 en contra y 23 ausentes, un resultado que dejaba a las claras la soledad política del presidente; al día siguiente, el Senado instauró el proceso de enjuiciamiento y eventual destitución, o *impeachment*. El 2 de octubre la Cámara baja resolvió que el vicepresidente Itamar Franco (quien se había distanciado ostensiblemente de su superior desde el comienzo del escándalo) asumiera las funciones presidenciales hasta que el Congreso concluyera el proceso de *impeachment* contra Collor de Mello, el cual se rodeó de abogados dispuesto a dar batalla legal, aunque apenas había dudas de que su suerte política estaba echada. La crisis institucional terminó el 29 de diciembre de ese año, cuando Collor de Mello, anticipándose en unos minutos al comienzo de la votación de destitución en el Senado, dimitió formalmente y Franco asumió la titularidad de la Presidencia para completar el mandato que expiraba el 1º de enero de 1995. Más de nueve meses tuvo Collor de Mello para su defensa.

pal potencia mundial, recordemos que Paraguay era el único obstáculo para la incorporación plena de Venezuela al Mercosur y que lo primero que hizo Franco al asumir la presidencia fue asegurar que mantendría esa posición. Conviene señalar que el efecto fue contraproducente porque, al ser suspendido Paraguay, Venezuela se ha incorporado de pleno derecho al bloque. Algunos errores que puede haber cometido Lugo durante su mandato —para peor, en beneficio de sus verdugos— y aun en el mismo acto de su destitución, no justifican de ninguna manera que se violente la vigencia del Estado de Derecho, el derecho de defensa y el debido proceso legal.

Si bien el juicio político, por su naturaleza, no es equivalente a un proceso penal⁽²³⁾, sobre todo cuando el enjuiciado es el Presidente de la República, elegido en elecciones libres y transparentes, debe realizarse en condiciones reglamentarias que aseguren el derecho de defensa del imputado e impidan la arbitrariedad en el juzgamiento, bajo pena de incurrir en la violación del principio de soberanía popular, base sustancial del sistema republicano⁽²⁴⁾. Es decir, que las causales “políticas” —y si hubiera imputación de comisión de delito, con mayor razón— deben probarse incuestionablemente.

Para una mejor comprensión, conviene poner de resalto los “hechos”, sin prueba alguna que los convalide, que se imputaron a Lugo. Son cinco:

- a. el uso de las dependencias del Comando de Ingeniería de las Fuerzas Armadas para un acto de las juventudes socialistas en 2009, “financiado por instituciones

(23) González Calderón transcribe la definición del senador norteamericano Summer, en el caso del Presidente Johnson: “En su verdadero carácter, el juicio político, tal como he podido entenderlo y debo declararlo, es un procedimiento político, con propósitos políticos, que está fundado en causas políticas, cuya consideración incumbe a un cuerpo político y subordinado a un juzgamiento político tan sólo. Aun en los casos de traición y soborno el juzgamiento es político y nada más”. (*Derecho Constitucional Argentino*, 2^a ed., Buenos Aires, 1926, t. III, p. 344). Ver también BIELSA, RAFAEL, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 599; y PRITCHETT, C. HERMÁN, *La Constitución Americana*, Buenos Aires, Ed. Tea, 1965, p. 243.

(24) El art. 33 de la Constitución argentina establece: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Son concordantes el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 23 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

del Estado, incluyendo a la Entidad Binacional Yacyreta (...) varios importantes funcionarios del Gobierno participaron del evento pronunciando discursos instigando a la lucha de clases". El argumento no sólo es deleznable porque no hubo violencia de ningún tipo, ni se indica consecuencia alguna, sino que, de considerarse motivo de enjuiciamiento, no se explica por qué demoraron tres años en la acusación.

- b. Ser "único responsable como instigador y facilitador de las recientes invasiones de tierras en la zona de Ñacunday (...) ha utilizado a las fuerzas militares para generar un verdadero estado de pánico en toda esa región, violando el derecho de propiedad e ingresando a inmuebles de colonos, so pretexto de realizar el trabajo de amojonamiento de la franja de exclusión fronteriza (...) esos trabajos eran acompañados por dirigentes de la Asociación de Carceros, quienes abiertamente dirigían la labor de los técnicos y de los integrantes de las fuerzas militares, que han dado lugar a interminables denuncias de los propietarios y también incontables publicaciones periodísticas referidas a esa situación (...) se mostraba siempre con puertas abiertas a los líderes de esas invasiones". Esta imputación expresa a quiénes representan los acusadores ya que "sólo el dos por ciento de los propietarios concentran el 85,5% de las tierras paraguayas, obtenidas, en casi todos los casos, mediante el despojo, la corrupción y el reparto ilegal realizado por Stroessner durante los 35 años de su dictadura. 300.000 familias campesinas no poseen ni un centímetro de tierra para cultivar De sus 6,4 millones de habitantes, el 38% se encuentra en la pobreza y el 19% en la miseria. Los diputados y senadores que se coaligaron para el golpe institucional representan los intereses de esos sectores retardatarios, movilizados desde el primer día del gobierno de Lugo, orientado a suprimir los privilegios, combatir las mafias y la corrupción, y afianzar la participación democrática de amplios sectores ciudadanos"⁽²⁵⁾. Esa "orientación" del gobierno sólo ha podido manifestarse muy débilmente, por la tremenda resistencia del Congreso, en el que carecía de fuerza propia. Con independencia de la ausencia total de pruebas, el sólo hecho de desplazar a un Presidente por pretender hacer amojonamiento para una política agraria que revierta la situación de vasallaje del campesino, es indicativa de los intereses que representan sus acusadores.
- c. Haber "sido absolutamente incapaz de desarrollar una política y programas que tiendan a disminuir la creciente inseguridad ciudadana (...) la falta de voluntad del Gobierno para combatir al Ejército del Pueblo Paraguayo (...). Los costosos operativos dispuestos por el Gobierno durante los dos estados de excepción no han dado resultado alguno (...) es responsable también por haber

(25) Declaración del 24 de junio de 2012 de la Asociación Americana de Juristas, ONG con estatuto consultivo en la ONU.

mantenido por tanto tiempo como Ministro del Interior a una persona absolutamente inepta e incapaz para ocupar ese cargo”.

- d. “La matanza en los Campos Morombí, Curuguaty, Departamento de Cañideyú (...) la patente inoperancia, negligencia, ineptitud e improvisación de este gobierno (...) representa lo más nefasto para el pueblo paraguayo (...) desde que asumió la conducción del país, gobierna promoviendo el odio entre los paraguayos, la lucha violenta entre pobres y ricos, la justicia por mano propia y la violación del derecho de propiedad (...) con la única finalidad de crear las condiciones de crisis social y conmoción interna, que justifiquen un asalto del presidente Fernando Lugo y sus seguidores a las instituciones de la República, con el propósito de instalar un régimen contrario a nuestro sistema Republicano”. Ninguna mención se hace a la decisión de Lugo de constituir una comisión investigadora bajo el control de la OEA⁽²⁶⁾. De la lectura completa del acta acusatoria se ve que las 4 imputaciones relatadas refieren a la misma cuestión: la “inseguridad” de los latifundistas, ante las acciones campesinas de toma de tierras y las remotas posibilidades de que Lugo pretendiera efectivizar la prometida reforma agraria, que junto con la lucha contra la corrupción fueron el programa por el cual la gente le dio su voto. Al mismo tiempo, revelan que las inconsecuencias de Lugo al ceder ante la presión de sus enemigos y reprimir la protesta le fueron muy útiles a estos, ya que debilitaban su imagen ante sus propios votantes.
- e. La última acusación fue “la firma del Protocolo de Ushuaia II, que autoriza a los países del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) a bloquear a los países en los que se registren amenazas contra el orden democrático”, al considerar que “constituye un atentado contra la soberanía de Paraguay”. Parece que para los

(26) El luctuoso 21 de junio, cuando la policía, bajo las órdenes de fiscales del Poder Judicial, se acercó a negociar con campesinos que, en protesta por la falta de tierras para cultivar, se hallaban invadiendo un terreno en Moromí, cerca de la ciudad de Curuguaty a unos 240 kilómetros de la capital. La respuesta directa fueron disparos de armas de fuego; y aunque aún no se sabe quiénes empezaron los mismos, hay grandes sospechas de que habrían sido infiltrados y/o francotiradores ajenos a los hechos. Murieron 11 policías y 6 campesinos, y las fuertes críticas en el país llevaron a la renuncia del jefe de la policía y del Ministro del Interior Carlos Filizzola, exalcalde de Asunción (2001-2006) y miembro del Senado por un partido socialista (PPS). Las versiones de “montaje” con el fin de desestabilizar al gobierno de Lugo surgieron desde el comienzo; aun así, el Presidente cometió el error de nombrar a un colorado como nuevo ministro, el ex Fiscal General del Estado, Rubén Candia Amarilla, allegado al ex ministro de Emergencia Nacional, Camilo Soares, y acusado de ayudarlo durante el proceso que se le sigue por denuncias de corrupción (por perjuicio patrimonial de 1224 millones de guaraníes debido a compras sobre facturadas en la Secretaría a su cargo), pero también acusado de promover al menos mil imputaciones a luchadores sociales y de violaciones de los derechos humanos. Casualmente, las tierras estaban en poder de Blas N. Riquelme, ex senador y ex presidente del Partido Colorado, el núcleo que inició el “juicio político”; poco después, se descubriría que dichas tierras en realidad pertenecían al Estado paraguayo y que debían destinarse a la reforma agraria.

"legisladores" paraguayos toda medida contraria a la usurpación del poder constituye una violación de la soberanía⁽²⁷⁾. Resulta coherente con el contenido general del acta acusatoria, tanto en el fondo como en la forma, propia del período de vigencia de la doctrina de la "seguridad nacional", cuando las dictaduras genocidas asolaron el continente, cometiendo brutales crímenes de lesa humanidad.

En cuanto a la fundamentación de derecho, sólo se presenta el poco específico art. 225⁽²⁸⁾ de la Constitución paraguaya, casi idéntico al pertinente de la Constitución argentina, sin ningún tipo de aclaración sobre normas procedimentales, derecho a la defensa, o plazo alguno. No se hace la más mínima referencia a antecedentes de aplicación del juicio político, obviando, por ejemplo, el caso del Presidente Raúl Cubas Grau, a quien, con similares irregularidades, se le permitió un tiempo de algunos días para preparar su defensa.

La Asociación Americana de Juristas, en su declaración del 25 de junio de 2012, fue categórica:

1º) el funcionamiento de las instituciones democráticas no se satisface sólo con el cumplimiento de las formalidades sino que adquiere legitimidad cuando la actuación de cada uno de los poderes del Estado se realiza con respeto pleno del sentido profundo de todas las reglas establecidas para la efectiva vigencia del principio de soberanía popular y la garantía de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional y en los pactos internacionales de derechos humanos y de integración regional.

.....

(27) "El documento firmado en Montevideo, en diciembre de 2011, para remplazar al Protocolo de Ushuaia (Carta Democrática del Mercosur), tiene sus orígenes en un documento previo, presentado ante la Unasur (Unión de Naciones Suramericanas), que fue pergeñado por los presidentes de la región para protegerse unos a otros." Se refieren al indicado en la nota de Jorge Arguello.

(28) "El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. (...) La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Correspondrá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos, En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria" (Constitución del Paraguay, Sección VI, "Del Juicio Político", art. 225, "Del Procedimiento").

.....

2º) si bien un juicio político no es un procesal penal, es evidente que la destitución del Presidente Lugo fue el resultado de una farsa institucional, una especie de ejecución sumaria, sin posibilidad de derecho de defensa, y de una hipocresía inigualable ya que la mayoría de los senadores han sido parte y beneficiarios de la criminal dictadura stroessnerista y responsables del despojo de las tierras a sus verdaderos dueños: los campesinos y los pueblos originarios.

3º) es inaceptable que en pocas horas, sin escuchar el clamor de organizaciones sociales, populares y políticas, sin un amplio diálogo social, se haya derrocado al Presidente Lugo, que hace cuatro años triunfó en las urnas con un programa de cambios sociales, económicos e institucionales que, con lentitud y tropiezos debidos a la falta de apoyo parlamentario, estaban en marcha”.

4 | El concepto de golpe de Estado y la reacción del Mercosur y de la Unasur

El embajador permanente de Argentina en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Jorge Argüello, decía en noviembre de 2010⁽²⁹⁾:

“Forzada por la realidad y más allá del estereotipo sudamericano del derrocamiento de un gobierno civil por militares, la categoría política del golpe de Estado fue adquiriendo muchos matices, a los que hoy vale la pena prestar atención en nuestra región.

(...) la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), en Guyana, tomará nuevos recaudos después del intento encabezado por los policías contra el presidente Rafael Correa. La Unión aprobará una nueva Cláusula Democrática para evitar que cualquier régimen ilegítimo se instale en los países miembros (...) terminará así el formidable trabajo que había comenzado el ex presidente Néstor Kirchner desde Argentina como secretario general del organismo, cuando impulsó la cláusula con el apoyo de todos los mandatarios de la región.

(29) ARGÜELLO, JORGE, “La Unasur frente a los golpes de Estado”, en diario Página/12, Buenos Aires, 20/11/2010.

Pero esta respuesta política, contundente como es, involucra un arco de definiciones que nos lleva nuevamente al principio. ¿Qué es hoy un golpe de Estado? ¿O acaso lo que sufrió el presidente Correa fue apenas un ‘motín policial’ en el que un grupo de alocados oficiales osó llamar por radio a sus colegas rebeldes a ‘matar al presidente’? (...) Se han oído razonamientos de este tipo: no puede calificarse propiamente como ‘golpe de Estado’ el intento contra Correa porque ni hubo intento claro de toma de poder de parte de los autoacuartelados en armas, ni se expresó un programa de gobierno ni se expuso un liderazgo único que coordinara a los rebeldes. La aproximación es objetable, hay golpes de Estado como los que Argentina soportó entre 1930 y 1983: dictadores militares que terminaron gobernando con el título de ‘presidentes’. Pero la región también conoció otras variantes del mismo canon, como el “autogolpe” de Alberto Fujimori en los ‘90, o la ‘destitución’ de Manuel Zelaya en Honduras en 2009 (...) el caso de Frondizi (...) reemplazado por José María Guido. Entonces, aceptada la variedad de posibilidades, lo que está en juego es la necesidad de caracterizar ampliamente el fenómeno político de golpe de Estado, para evitar fisuras y mantener a nuestra región unida bajo lo que la Unasur ya denominó en su carta como ‘valores compartidos’ y ‘enfoques comunes’. En el caso de Ecuador, fue clave (...) la Declaración de Buenos Aires que firmaron los presidentes de la región convocados de urgencia por Kirchner, en defensa del gobierno de Correa. Esa declaración incluyó un artículo específico que —en este mes de noviembre— en la IV Cumbre de la Unasur de Guyana, se convertirá en la Cláusula Democrática de la Unión. Una vez aprobada, cualquier golpista sabrá que además de repudio enfrentará cierre de fronteras, restricciones de comercio, de tráfico aéreo, de provisión de energía y de otros suministros que impidan la instalación de un poder ilegítimo”.

La mencionada cláusula democrática fue firmada en Ushuaia por los cuatro miembros plenos, en compañía de Bolivia y Chile.

Es preciso señalar que, también en relación al caso de Paraguay, comentaron a oírse voces que sostenían que no hubo golpe de Estado y que la situación se encaminaba a la normalidad⁽³⁰⁾.

(30) “La alta representante de la Unión Europea, Catherine Ashton, dijo estar alarmada por la destitución del presidente. En un comunicado, Ashton mencionó la rápida reacción de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) y expresó su preocupación por la gestión del proceso, en referencia a la crisis política de Paraguay (...) Por su parte, Estados Unidos pidió a los paraguayos

Sin ninguna duda, la posición más clara y contundente la dieron el Mercosur y la Unasur. Lugo fue invitado a la reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur, realizada en Mendoza el 28 y 29 de junio y se resolvió la no participación del gobierno de Franco, porque en Paraguay se produjo una "ruptura del orden democrático".

que reaccionen con calma y responsabilidad tras la separación de Lugo del Ejecutivo. "Instamos a todos los paraguayos a que actúen de forma pacífica, conforme al espíritu de los principios democráticos de Paraguay", dijo una portavoz del Departamento de Estado.

En tanto, el gobierno español en manos de Mariano Rajoy sostuvo en un comunicado que siguió con atención el desarrollo del juicio político a Lugo y aseguró haber tomado nota de su decisión de acatar la resolución del Senado. Tras reunirse en el palacio de gobierno con Federico Franco, el ministro alemán de Cooperación Económica y Desarrollo, Dirk Niebel, dijo que no existen señales de que el cambio de mando haya sido inconstitucional.

La Secretaría de Estado para el continente americano, Diane Ablonczy, dijo a través de un comunicado que "Canadá observa que Fernando Lugo ha aceptado la decisión del Senado paraguayo de impugnarlo y que un nuevo presidente, Federico Franco, ha tomado posesión (del gobierno)". Canadá, a través de Ablonczy, se limitó a señalar: "Solicitamos la calma en Paraguay y continuaremos siguiendo los desarrollos de forma estrecha". La funcionaria añadió que la estabilidad y respeto por la democracia que actualmente existe en la región ha sido ganada de forma trabajada y debe ser protegida. En 2009, tras el golpe de Estado en Honduras contra el presidente Manuel Zelaya, Canadá también se apartó de la posición adoptada por otros países americanos, que solicitaron la restitución del presidente constitucional.

La Iglesia Católica también dijo lo suyo. El nuncio apostólico del Vaticano, Eliseo Ariotti, se reunió el fin de semana con Franco. Ariotti dijo haber ido a honrar a las autoridades paraguayas.

El presidente de Chile, Sebastián Piñera, llamó a su embajador en Asunción y afirmó que respetará los acuerdos que se alcancen en el seno de la Unasur acerca de la situación en Paraguay y sostuvo que en el juicio político a Lugo "no se respetaron las normas del debido proceso". La decisión de convocar al embajador Cristian Maqueira para analizar la situación en Santiago es similar a la que adoptaron los gobiernos de la Argentina, Brasil y Uruguay. Perú hizo lo propio con Jorge Antonio Lázaro, su embajador en Paraguay. El presidente Ollanta Humala estimó que su gobierno evaluaba el retiro de su embajador como parte de un conjunto de medidas a nivel regional para expresar el rechazo de la comunidad internacional a la infeliz decisión paraguaya.

Venezuela no sólo retiró al embajador sino que anunció el corte de las exportaciones de hidrocarburos y derivados a Paraguay. Según el diario ABC Color, el 30 por ciento del gasoil que se consume es venezolano y Paraguay tiene una deuda de 300 millones de dólares con la petrolera estatal venezolana PDVSA.

La sorpresa la dio el presidente de Honduras, Porfirio Lobo: "La salida de Lugo ha sido una profunda herida a la democracia entre los pueblos, donde el desenlace no es bueno para los pueblos". El presidente de El Salvador, Mauricio Funes, desconoció al nuevo gobierno paraguayo y pidió a los países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) tomar una posición en la misma línea.

Sin que cada país haya hecho exactamente lo mismo, porque la Argentina retiró a su embajador y Brasil llamó al suyo en consulta, una forma de protesta diplomática, los dos Estados más grandes de Sudamérica funcionaron otra vez en sintonía ante la destitución de Lugo. La Presidenta Cristina Fernández de Kirchner dijo que “fue un golpe” y la Presidenta brasileña Dilma Rousseff advirtió desde un principio, que Paraguay podría ser separado de la Unasur.

La cláusula democrática del Mercosur, en su art. 4 estipula que: “en caso de ruptura del orden democrático en un Estado Parte del presente Protocolo, los demás Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado”. El art. 5, por su parte, dispone que: “cuando las consultas mencionadas en el artículo anterior resultaren infructuosas, los demás Estados Partes del presente Protocolo, según corresponda de conformidad con los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente”. Las medidas “abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos”. Uno de esos derechos y obligaciones es la ratificación de la entrada de un miembro pleno.

Los Estados Parte y los Estados Asociados del Mercosur se pronunciaron mediante una declaración, expresando su más enérgica condena a la ruptura del orden democrático en la República del Paraguay. En dicha declaración, Argentina, Brasil, Uruguay, Venezuela, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú suspendieron la participación del Paraguay en la Cumbre de Presidentes del Mercosur y en sus reuniones preparatorias (Mendoza, 25 al 29 de junio de 2012). A su vez, trasladaron “ulteriores medidas a ser adoptadas” al encuentro de Jefes y Jefas de Estado que tuvo lugar el 29 de junio⁽³¹⁾.

(31) Declaración de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre la Ruptura del Orden Democrático en Paraguay:

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, La República del Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador y la República del Perú;

Considerando que, de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR suscrito el 24 de julio de 1998, la plena vigencia

En ese encuentro, se reiteró la condena a la ruptura del orden democrático producida en la hermana República del Paraguay, se subrayó que el restablecimiento de las instituciones democráticas es condición indispensable para el desarrollo del proceso de integración y se decidió suspender, en el marco del "Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático del MERCOSUR", el derecho de ese país a participar en los órganos del Mercosur. Asimismo, se resaltó el compromiso con que los efectos de la aplicación de esta medida no causen perjuicios al pueblo paraguayo. La suspensión cesará cuando, de acuerdo a lo establecido en el art. 7 del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en el Paraguay.

En la Cumbre de Jefes y Jefas de Estado de la UNASUR, por unanimidad, se decidió igualmente suspender a Paraguay de participar en las diversas instancias de este órgano regional.

Tales medidas para el aislamiento internacional de los golpistas son de extraordinaria importancia, aunque difícilmente determinen el retorno a la presidencia de Lugo⁽³²⁾, porque expresan una inédita voluntad de los gobiernos de la región, con independencia de su identidad política, de resistir colectivamente la vulneración de la institucionalidad democrática.

..... de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo del proceso de integración.

DECIDEN:

1.- Expresar su más enérgica condena a la ruptura del orden democrático acaecido en la República del Paraguay, por no haberse respetado el debido proceso.

2.- Suspender al Paraguay, de forma inmediata y por este acto, del derecho a participar en la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, así como de las reuniones preparatorias, que tendrán lugar en la ciudad de Mendoza, entre el 25 y 29 de junio de 2012.

3.- Considerar, a nivel de Jefas y Jefes de Estado en la Reunión Cumbre del MERCOSUR del día 29 de junio, ulteriores medidas a ser adoptadas.

(32) El amparo interpuesto por Lugo ante la Corte Suprema, conociendo su composición y sus antecedentes, seguramente será rechazado directamente, encajonándolo o disponiendo medidas destinadas sólo al transcurso del tiempo, para transformarlo en políticamente abstracto, dada la proximidad de las elecciones (abril de 2013). Supongo que fue interpuesto ante la necesidad de agotar la jurisdicción nacional o demostrar su inutilidad, para llevar el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que resolverá la cuestión dentro de unos años. De todos modos, no es inútil si se utiliza como un instrumento de denuncia y para asegurar elecciones limpias.

Resulta evidente que el impulso integrador que recorre el continente y su plena independencia del poder dominante de los Estados Unidos, aun con contradicciones y dificultades, se constituye, junto con la movilización ciudadana, en la garantía del respeto a la soberanía popular y nacional de cada Estado, y de la construcción de sociedades más justas y solidarias, con la vigencia real de los derechos humanos consagrados en los pactos internacionales⁽³³⁾.

.....

(33) El autor agradece la colaboración del Lic. Facundo Rocca en el aporte y el control de las fuentes.

Los derechos humanos en el marco del proceso de integración regional en el Cono Sur

Sobre la creación del Instituto de políticas en derechos humanos del Mercosur

por VÍCTOR ABRAMOVICH⁽¹⁾

I | Introducción

En el año 2009 los Estados que integran el MERCOSUR acordaron crear el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH), como una instancia de cooperación técnica, investigación aplicada y apoyo a la coordinación de políticas públicas en derechos humanos en la región, y un ámbito para aportar ideas sobre los derechos humanos como uno de los ejes fundantes del proceso de integración regional. El nuevo Instituto tiene su sede en la ciudad de Buenos Aires y se espera que en su momento funcione —junto a otras organizaciones— en las instalaciones de la antigua Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), que se ha convertido en un

.....
(1) Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Este artículo fue elaborado sobre la base de ponencias y presentaciones realizadas por el autor en diversos foros y ámbitos del MERCOSUR.

espacio de memoria, verdad y justicia con relación al terrorismo de Estado padecido en la Argentina entre mediados de la década del 70 y principios de la década del 80.

Dentro del MERCOSUR, el IPPDH funcionará vinculado a la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADDHH). La RAADDHH es un espacio de coordinación intergubernamental sobre políticas públicas de derechos humanos, que reúne semestralmente a las principales autoridades en la materia de cada país miembro y asociado al MERCOSUR.

La definición política de los gobiernos al crear esta nueva institución en el MERCOSUR y acordar su localización en la ex ESMA, tiene un significado importante, porque marca la existencia de un pasado común entre los Estados que lo integran, una historia común de violaciones masivas y sistemáticas que debe ser enfrentada y que, al mismo tiempo, proyecta compromisos hacia el presente y el futuro. Se trata de un pasado común que al mismo tiempo nos ayuda a definir culturalmente “en contraposición con el terror de Estado”, el rechazo a todas las formas de autoritarismo, de opresión, de persecución, de avasallamiento de la dignidad humana. Contribuye a la formación de una conciencia regional orientada al respeto de un piso mínimo de derechos fundamentales que deben ser siempre resguardados, y a la afirmación de reglas y principios éticos básicos para articular la convivencia social en democracia. De allí que la cuestión del respeto a los derechos humanos ha sido un tema central en las transiciones en nuestros países y hoy está íntimamente ligada con la idea de democracia que tenemos los sudamericanos.

Se trata también de un elemento central para pensar en el proceso de construcción de ciudadanía y de derechos a nivel regional, vale decir, los derechos que los Estados miembros del MERCOSUR reconocen a favor de los ciudadanos de los demás países que conforman el proceso de integración, y los derechos humanos que reconocen los países del bloque a nivel general más allá de la nacionalidad de las personas. Por eso pese a que el MERCOSUR se concibe en sus orígenes como un espacio de integración comercial y económica, varios documentos constitutivos de la identidad del bloque regional —en particular el Protocolo de Asunción de 2005— señalan que el goce efectivo de los derechos humanos es

una condición indispensable del proceso de integración. En ese sentido, apuntan a consolidar una dimensión social y política del proceso de integración.

La memoria activa y en permanente construcción y definición, acerca de ese pasado de violencia y vulneración de derechos que lamentablemente compartimos, es clave para pensar en la construcción social de identidades regionales que acompañen esta idea de ciudadanía: identidades que expresan a nuestros pueblos, identidades que funcionan como base para que el MERCOSUR sea concebido no sólo como un mercado común, sino también como una incipiente comunidad política. Memorias, identidades y ciudadanía son algunos elementos decisivos para pensar en la conformación gradual de una comunidad política regional, y los derechos humanos son un factor, en nuestra opinión, muy relevante en esa construcción colectiva.

La segunda definición política clave de los gobiernos al crear el IPPDH consiste en que los Estados miembros del MERCOSUR concibieron a este ente no sólo como un instituto de derechos humanos sino como un instituto de políticas públicas en derechos humanos. Esto marca el énfasis en las iniciativas de los Estados, y en particular de los gobiernos, por garantizar el ejercicio de los derechos. En la experiencia histórica de nuestros países, los derechos humanos se han visto fundamentalmente atados a la resistencia a las dictaduras y los debates de transición; están pensados como límites al funcionamiento del Estado; responden a la preocupación sobre cómo limitar los abusos del poder estatal. Esta idea está vinculada a una noción tradicional liberal de los derechos como límite al ejercicio abusivo de poder de los Estados. Se trata de una visión muy clásica de los derechos humanos que —de alguna manera— fue construida bajo el paradigma liberal de los derechos, que concebía a los derechos humanos como un límite a la acción estatal, como una suerte de decálogo de prohibiciones.

Sin embargo, en la actualidad las demandas por derechos son mucho más complejas: no se demanda del Estado solamente el respeto de los derechos, sino acciones efectivas para garantizar el ejercicio de esos derechos. Especialmente, cuando esas demandas provienen de sectores que se encuentran en situación de desigualdad estructural que sufren

patrones de violencia o de discriminación de índole social, étnica, racial o de género. Esto implica una relectura de todos los derechos humanos y su consideración bajo otro enfoque más cercano a la noción de los derechos sociales.

En ese sentido, hoy reconocemos que los derechos humanos tienen una dimensión colectiva además de su dimensión individual. También reconocemos que la expectativa sobre el rol del Estado es mucho más exigente: se demanda de los Estados acciones, estrategias y políticas. Los instrumentos jurídicos internacionales y las normas constitucionales nacionales, obligan a proteger a determinados sectores sociales, restablecer equilibrios, asegurar condiciones de igualdad social que no asegura el mercado. El concepto no pierde la noción de límite a los abusos de la autoridad pública sino que incorpora una dimensión más compleja. Esa transformación está relacionada con los cambios que se dan en las distintas demandas de igualdad estructural. Esto implica un cambio también en la concepción del rol del Estado: no basta con Estados respetuosos de los derechos, sino que deben ser también garantes de esos derechos. Para garantizar derechos se requiere de instituciones públicas que definan políticas, de estrategias de intervención pública y de capacidad técnica y política de llevarlas adelante.

Si hoy pensamos la región en términos de la posibilidad de desarrollar políticas públicas adecuadas en respuesta a estas demandas, los desafíos que aparecen son enormes en términos de las brechas pendientes en los procesos de consolidación de nuestras democracias. Si bien se han registrado avances muy importantes en términos de institucionalidad pública y social, en sistemas judiciales, en sistemas electorales y vías de participación política, persisten deudas sociales aún significativas. Por eso es muy importante que las áreas gubernamentales que trabajan en derechos humanos, además de fortalecerse en sí mismas, puedan entrar en diálogo con otras áreas de gobierno que implementan políticas específicas en las que se ponen en juego los derechos fundamentales.

Pensemos, por ejemplo, en las discusiones sobre políticas sociales, políticas judiciales, o políticas carcelarias. En el ámbito de las políticas sociales se habla de un enfoque de derechos para referir a una forma de concebir las políticas sociales basada en la ciudadanía y los títulos de exigibilidad que se reconocen a los destinatarios de los servicios y beneficios sociales.

Las políticas judiciales tienen como un eje prioritario el del acceso a la justicia y la definición de esta idea se basa en desarrollos realizados en el ámbito de los derechos humanos. Las políticas carcelarias deben seguir como marco orientador la protección de la integridad física y evitar la tortura y el trato inhumano y degradante, de modo que es inconcebible pensar en las políticas carcelarias sin considerar los derechos humanos como un punto de partida. Es decir que los derechos humanos pueden ser pensados como un campo específico de política pública, y también como un enfoque que tiene que ser incorporado en los distintos ámbitos que definen políticas gubernamentales.

Sin duda esto pone en el eje de la discusión la cuestión de las políticas públicas. De allí que el IPPDH no se conciba como una instancia de supervisión o fiscalización sino básicamente como una instancia de investigación aplicada, de cooperación técnica y de apoyo a los gobiernos e instancias públicas para mejorar la coordinación de políticas regionales.

La tercera definición política importante de los gobiernos es pensar en una agenda amplia de derechos humanos para MERCOSUR vinculada por un lado al reto de enfrentar el legado de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos cometidas durante las dictaduras, y a la vez abierta a los desafíos en materia de derechos humanos que enfrentan los sistemas democráticos en los países del cono sur. Es importante señalar que los países del MERCOSUR cuentan con un activo institucional relevante en términos de organismos gubernamentales especializados que piensan y desarrollan políticas en derechos humanos con una visión amplia, que cubre no sólo los temas acuciantes de derechos civiles sino también temáticas usualmente asociadas al ejercicio efectivo de derechos sociales, económicos y culturales.

En la última reunión del Consejo de Representantes Gubernamentales del Instituto se aprobaron cuatro ejes temáticos prioritarios para el trabajo futuro de la institución que a la vez constituyen ejes principales del MERCOSUR, en el campo de los derechos humanos: a) políticas de memoria, verdad y justicia por graves violaciones a los derechos humanos; b) políticas de seguridad ciudadana y prevención de la violencia institucional; c) políticas de igualdad y acceso a derechos económicos, sociales y culturales; d) fortalecimiento de la institucionalidad pública en derechos humanos.

2 | Políticas sobre memoria, verdad y justicia por graves violaciones

El primer eje temático consiste en mejorar los esfuerzos de coordinación en las políticas de memoria, verdad y justicia.

Los procesos de verdad y justicia abiertos en los países del Cono Sur para revisar, investigar y juzgar los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el Estado en las décadas 70 y 80, constituyen uno de los acontecimientos más relevantes en materia de derechos humanos en la región, a la vez que son un eje fundamental de las políticas de cooperación e integración entre estos países. También son de vital importancia en el marco del debate que se da en la comunidad internacional en torno a la posibilidad de juzgar crímenes atroces cometidos por regímenes dictatoriales.

Los procesos judiciales relativos a las graves violaciones a los derechos humanos, activaron complejas discusiones en cuanto a la imprescriptibilidad y la prohibición de amnistías de los crímenes de lesa humanidad, la intervención de tribunales militares, las garantías de los imputados, las dificultades probatorias y procesales para casos con múltiples víctimas e imputados ocurridos hace muchos años, las complicidades de los operadores judiciales, la cooperación o renuencia de las fuerzas armadas y de seguridad con las investigaciones, y los mecanismos para proteger de modo integral a víctimas, testigos y funcionarios, entre otras cuestiones.

Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos ha estipulado una serie de obligaciones en materia de verdad, memoria y reparación que los Estados deben asumir luego de atravesar períodos caracterizados por la comisión sistemática y generalizada de violaciones a los derechos humanos. Estos compromisos influyeron en el diseño e implementación de políticas tendientes a efectivizar el derecho que tienen tanto las víctimas y sus allegados, como las sociedades en su conjunto, a conocer la verdad de lo sucedido en torno a dichas violaciones. También se reflejaron en otros temas especialmente sensibles en estos contextos, como el contenido y alcance de las políticas de memoria; las iniciativas tendientes a la depuración de las fuerzas armadas, de seguridad y hasta de cargos polí-

ticos; las políticas de desclasificación de archivos; o las discusiones sobre los niveles de responsabilidad penal y política de diversos sectores de la sociedad en el sostenimiento de los regímenes militares.

Si bien los procesos nacionales exponen diferencias, en muchos casos notorias, en cuanto a los tiempos en los que han surgido los debates, los temas de discusión, las políticas adoptadas, el interés público y los actores sociales y políticos que resultaron relevantes para su surgimiento y sostenimiento, lo cierto es que también existen numerosos elementos comunes y una fuerte vinculación entre las experiencias locales. Además, aparecen rasgos compartidos por estos procesos que distinguen al conjunto de los países de la región de otras experiencias en materia de verdad, justicia y memoria relativas a violaciones a los derechos humanos en el resto del mundo.

En tal sentido, en general, los procesos de justicia de nuestra región se caracterizan por ser impulsados mediante políticas públicas diseñadas e implementadas a nivel doméstico y no utilizando leyes o tribunales especiales, sino apelando a la legislación propia y a los jueces naturales. Así también, estos procesos de verdad y justicia contaron con un fuerte involucramiento de las víctimas, familiares y las organizaciones sociales, a la vez que se desarrollaron respetando los compromisos internacionales derivados de los instrumentos de derechos humanos más relevantes en la materia.

Pero, además, son procesos que reflejan una realidad regional en tanto se encuentran recíprocamente influenciados y enriquecidos. Al respecto, existen múltiples espacios de articulación, cooperación e intercambio de experiencias en los que participan las autoridades judiciales y políticas y las diversas organizaciones sociales (organizaciones de víctimas y familiares, ONG, centros de estudios e investigación académica, etc.) que dan seguimiento a estos procesos.

Hoy este es un tema central en la Argentina donde se han dado avances históricos e importantes a nivel mundial en términos del juzgamiento de crímenes de lesa humanidad ante tribunales nacionales, por aplicación de leyes nacionales. El número de casos juzgados y de personas condenadas también es un dato inédito a nivel mundial.

Los objetivos planteados por el IPPDH consisten principalmente en contribuir a apuntalar y difundir esos procesos judiciales, sostener el funcionamiento de una instancia de coordinación sobre información y archivos públicos relacionados con el plan Cóndor, a la cual el IPPDH le presta asistencia técnica, mejorar los esfuerzos por coordinar las políticas e iniciativas de preservación de sitios de memoria, y apoyar el trabajo de la nueva Comisión de la Verdad creada en Brasil⁽²⁾.

Sobre la coordinación gubernamental en materia de archivos y gestión de información, es importante mencionar la creación de Grupo Técnico de obtención de datos, informaciones y relevamiento de archivos de las Coordinaciones Represivas del Cono Sur y en particular de la Operación Cóndor se en el marco de la XX RAADDHH, que está conformado por representantes de los Estados Miembros y Asociados del bloque regional y que tiene apoyo técnico del IPPDH.

Conforme la resolución que lo crea, dicho Grupo Técnico tiene las siguientes funciones principales: 1) relevar los datos e información de fuentes públicas y de la sociedad civil existentes en cada uno de los Estados miembros y asociados; 2) relevar la normativa, estado de accesibilidad de los archivos y sus niveles de reserva; 3) favorecer el intercambio de datos e información obrante en cada uno de los Estados Miembros y Asociados y elaborar un sistema regional de datos; 4) coordinar con las áreas nacionales pertinentes la realización de investigaciones⁽³⁾.

Uno de los principales objetivos del Grupo Técnico es favorecer el intercambio de información entre los países de la región con el objeto de efectivizar la cooperación judicial, cabe señalar que a la fecha en Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay, se sustancian diversas causas, con niveles de avance heterogéneo, relativas a hechos vinculados con las

(2) Durante la "Jornada para corresponsales extranjeros y periodistas especializados. Perspectivas comparadas de los procesos de memoria, verdad y justicia en el Cono Sur. Su cobertura en la prensa internacional", realizado el 22 de noviembre de 2011 en el Centro Cultural de la Memoria Haroldo Conti (ex ESMA), el IPPDH distribuyó un documento que presenta una síntesis de los puntos más relevantes de los procesos de verdad y justicia de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, a efectos de complementar las disertaciones y debates desarrollados en el marco de la jornada. Disponible en <http://www.mercosur.int/ippdh>.

(3) MERCOSUR/RAADDHH/ACTA N° 02/11. Anexo VI. Disponible en <http://www.mercosur.int/ippdh>.

graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el marco de la Operación Cóndor.

También los países del MERCOSUR están procurando articular sus iniciativas públicas en materia de políticas de preservación de sitios de memoria. De acuerdo con un mandato otorgado por los Estados en la XIX RAADD-HH, el IPPDH elaboró un documento sobre principios fundamentales para las políticas públicas en materia de sitios de memoria, que tomó como base los aportes realizados por los Estados, instituciones públicas y sociales que gestionan sitios de memoria en los países de la región, y por diversas organizaciones sociales e instituciones académicas que trabajan en el tema⁽⁴⁾.

El documento sistematiza los estándares generales del derecho internacional de los derechos humanos aplicables a las políticas públicas de memoria, a la vez que da cuenta de muchas de las experiencias que hay en la región y de las principales discusiones que existen en la materia.

Sobre esa base, se sugieren 29 principios que establecen pautas comunes para el diseño e implementación de políticas públicas sobre sitios de memoria. Estos principios incluyen obligaciones específicas en materia de preservación de los lugares donde se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, a la vez que pautas generales para las tareas de identificación, señalización, determinación de contenidos y gestión de los sitios de memoria.

3 | Políticas de seguridad ciudadana y prevención de la violencia institucional

El segundo eje de trabajo del IPPDH son las políticas de prevención de la violencia institucional y de seguridad ciudadana, porque es coherente, además de trabajar en el legado de las dictaduras y las violaciones masivas, enfrentar los temas de la violencia estatal aún hoy vigente en muchos

(4) (IPPDH) "Principios fundamentales para las políticas públicas en materia de sitios de memoria. Versión Preliminar", marzo 2012. Y (IPPDH) "Cuestionario dirigido a los estados y organismos de la sociedad civil", septiembre 2012. Ambos documentos disponibles en <http://www.mercosur.int/ippdh>.

de nuestros países. Todavía hay problemas de violencia policial, de hacinamiento, de superpoblación carcelaria, y corresponde mejorar los mecanismos de control y prevención. Más allá de los avances en relación con el tratamiento de los temas vinculados con las dictaduras del pasado en la región, hoy también enfrentamos violaciones y conflictos de derechos humanos que no se manifiestan en forma aislada, sino que reflejan muchas veces patrones estructurales de violencia y de discriminación. Estos conflictos reflejan déficits importantes de los sistemas democráticos que hemos construido en estos años, que se manifiestan en formas de violencia que obedecen a causas estructurales, a prácticas complejas de las instituciones de seguridad y carcelarias que no hemos logrado desactivar o modificar.

De allí que un tema prioritario en el programa de trabajo acordado por los gobiernos para el IPPDH es el de las políticas de seguridad y de prevención de diversas formas de violencia social e institucional. Para ello, tomamos como punto de partida de nuestra actuación el concepto de seguridad ciudadana, que en nuestra región tiene un alcance que vincula las agendas y preocupaciones de la comunidad de derechos humanos con el campo de las políticas de seguridad. En el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2009, se reafirma que la concepción que debe guiar a las políticas de seguridad, es aquella que incorpora a los derechos humanos como su materia específica y que, en consecuencia, apunta a la protección de las personas y de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, seguridad ciudadana aparece contrapuesta a una idea de seguridad pública, pues esta última pone el eje, la prioridad, en la preservación del orden público y la seguridad definida desde los propios intereses del Estado. En cambio, tal como sostuvo la CIDH en ese informe mencionado, desde la concepción de seguridad ciudadana, resulta fundamental priorizar las estrategias coordinadas e integrales de prevención de las distintas formas de violencia: la institucional, o sea la violencia generada desde los propios aparatos del Estado; y la social, en particular aquellas situaciones de conflicto que están atravesadas por problemas de desigualdad, de discriminación, y que en muchos de nuestros países, presentan todavía características de problemas de naturaleza estructural.

Las políticas basadas en un enfoque de seguridad ciudadana requieren como condición de posibilidad construir una determinada institucionali-

dad pública. Por eso es importante fortalecer el gobierno político de la seguridad, como eje contrario a la autonomía de las fuerzas policiales, y también al del uso de las fuerzas militares para enfrentar problemas de criminalidad y violencia, como ocurre aún en algunos países de la región. El concepto de gobierno político de la seguridad necesita también una estrategia desde el propio Estado, para construir capacidades estatales que sepan gestionar esas políticas públicas.

Es preciso construir capacidades técnicas en las burocracias estatales que sepan y puedan gestionar la conducción y el control de las distintas instancias encargadas de la seguridad. En ese sentido, existen tres aspectos que resultan centrales para fortalecer la institucionalidad pública en seguridad. En primer lugar, modificar la orientación en la formación de los funcionarios responsables de la seguridad, no sólo de los policiales sino también de los cuadros técnicos políticos y de gestión. En segundo lugar, mejorar los procesos de producción de información estadística. Se planteó que el MERCOSUR puede servir como un espacio que contribuya a coordinar esos procedimientos y articular los datos elaborados. Al respecto, es importante tener estadísticas comparables, y al mismo tiempo poder homologar regionalmente las rutinas de producción de información. Y en tercer lugar, se debería fortalecer la producción y gestión de conocimientos, que consiste en la puesta en valor, en contexto, de esa información, como una herramienta esencial para definir políticas a partir de diagnósticos precisos. Por ello, el IPPDH pretende promover el intercambio de las experiencias concretas de formación, de información y de conocimiento entre los gobiernos del MERCOSUR y el UNASUR.

Como ya dijimos, otra cuestión que se deriva de esta concepción de seguridad ciudadana es la prioridad que deben tener las políticas de prevención de diversas formas de violencia, que deben incluir tanto la violencia social como la que se genera desde los propios aparatos estatales. Creemos entonces que en materia de prevención de la violencia el abordaje debe ser integral. Por el contrario, muchas veces se sostiene, erradamente, que el aumento de la violencia estatal puede contrarrestar la violencia criminal. Desde esta postura, se plantea la seguridad en términos de "guerra contra el delito", como si hubiera dos instancias de poder de fuego contrapuestas, y que, por tanto, la violencia social debe ser respondida con mayor violencia desde las instituciones policiales. No obstante, los circuitos de

violencia se retroalimentan: las respuestas violentas de las fuerzas públicas suelen generar mayor violencia social, y no han demostrado ser eficaces en la reducción de los índices de delitos. Por eso, es necesario reducir la violencia que las propias instituciones estatales promueven, y en particular elaborar a nivel nacional y regional estrategias y políticas que contribuyan a aplicar principios de proporcionalidad a situaciones particulares.

Al respecto, en muchos de los países de la región sigue siendo preocupaante el uso de la fuerza estatal en situaciones de alta conflictividad social, tal como destacan las instancias internacionales de protección de derechos humanos desde hace varios años. Es éste, sin dudas, un ámbito crucial para elaborar iniciativas públicas que reduzcan la violencia, que deben contemplar no sólo las definiciones operativas sino también las simbólicas, pues los discursos de “mano dura”, o de “guerra contra el delito” tienen un valor simbólico y cultural muy fuerte, y un impacto concreto en la generación de respuestas violentas y desproporcionadas.

En definitiva, nuestra región atraviesa una etapa de discusión sobre políticas de seguridad en la que se enfrentan diferentes modelos en pugna. Existen contradicciones evidentes entre un modelo de políticas pensado desde la idea de seguridad ciudadana y otro que parte del concepto de seguridad pública; entre una estrategia de gobierno político de la seguridad, frente a una de delegación y autonomía policial. No se trata de un debate teórico, sino de una discusión política de primer orden, a nivel nacional y regional, en la que nos interesa participar, profundizar y complejizar. Y entendemos que el MERCOSUR y el UNASUR son espacios que pueden permitir el intercambio de experiencias y de información, y además funcionar como ámbitos propicios para desarrollar estrategias y políticas regionales.

El IPPDH ha venido desarrollando diversos seminarios de discusión y actualmente está avocado a diversos proyectos de investigación en esta temática. Por un lado ha desarrollado un estudio sobre el estado de implementación de los mecanismos nacionales de prevención de la tortura en cumplimiento del Protocolo Adicional a la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas⁽⁵⁾. También se ha desarrollado una investigación en los

(5) Aportes para la implementación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura en los países del MERCOSUR. Documento de Trabajo. IPPDH, junio 2012. Disponible en <http://www.mercosur.int/ippdh>.

cuatro países del MERCOSUR sobre procesos de producción de información estadística sobre violencia por parte de agencias policiales, y estamos en el comienzo de un proyecto de investigación regional sobre políticas de prevención de la violencia en el espacio carcelario⁽⁶⁾.

4 | Políticas de Igualdad. Derechos de los migrantes en el Mercosur

El tercer eje de trabajo del IPPDH son las políticas de igualdad y no discriminación destinadas tanto a pensar políticas que en sí mismas favorezcan mejores condiciones de igualdad como a recuperar el enfoque de derechos en las políticas y los servicios sociales del Estado. Como expresión de las políticas de igualdad consideramos especialmente aquellas destinadas a garantizar inclusión social, y acceso a derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, se busca trabajar coordinadamente con el Instituto Social del MERCOSUR y con el proceso de implementación del PEAS (Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR). Hay un nuevo modelo de políticas sociales en los países del Cono Sur, que de alguna manera recoge la idea de los derechos y de la ciudadanía.

Dentro del tema de las políticas sociales y de igualdad estructural, la situación de los migrantes y sus derechos constituye un punto estratégico atado a la discusión del estatuto de ciudadanía del MERCOSUR, vale decir, los derechos que serán reconocidos por los países del MERCOSUR a los ciudadanos de los demás países. Esto requiere pensar en un núcleo básico de derechos reconocidos para todos, más allá de la nacionalidad, para que la ciudadanía regional no funcione como un factor excluyente de derechos, sino como un agregado sobre ese piso común.

(6) Informe de Consultoría Proyecto "Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos en el MERCOSUR", marzo 2012. El documento fue elaborado por María Victoria Pita y Ana Paula Mendes de Miranda, consultoras del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH) para el proyecto "Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos en el MERCOSUR", que cuenta con el apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina Regional para América del Sur (OACNUDH). Por otro lado, el IPPDH y la OACNUDH han acordado llevar adelante un proyecto de investigación sobre prevención y sanción de la tortura, con el objetivo de identificar y analizar políticas públicas eficaces de la prevención y sanción de la tortura en los países que integran el MERCOSUR.

En una iniciativa sin precedentes en la Región los cuatro países miembros del MERCOSUR, firmaron y presentaron conjuntamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes. Asimismo, los cuatro gobiernos formalizaron dicha presentación en una Audiencia con los jueces de la Corte IDH en el marco de su 92º Período de Sesiones. La Corte IDH declaró su admisibilidad y fijo un plazo para la presentación de observaciones escritas respecto de la solicitud mencionada. Esta es una experiencia inédita, ya que es la primera vez que se presenta ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) un pedido de opinión consultiva por cuatro Estados, el cual expresa una posición común de los países Miembros del MERCOSUR sobre un tema de importancia central para la vigencia de los derechos humanos en el continente americano⁽⁷⁾.

El respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias es un tema destacado en la agenda de los países del Bloque Regional y del resto de los países de América Latina y el Caribe. Esto ha quedado demostrado a través de la firma de acuerdos bilaterales, regionales y subregionales que reconocen derechos humanos de los migrantes con independencia de su condición migratoria, así como a partir de la ratificación de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos y en particular sobre derechos del niño, y de la sanción de legislaciones internas que promueven la protección de los derechos de este grupo.

Igualmente, es importante destacar el trabajo llevado adelante por la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADDHH), y específicamente por su Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur, desde donde se han impulsado distintas acciones de promoción y protección de los derechos de los niños migrantes a nivel regional.

(7) Solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentada por los Gobiernos de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay el 7 de julio de 2011. La solicitud y los documentos relativos a la misma se encuentran disponibles en: <http://www.mercosur.int/ippdh>.

ABRAMOVICH, VÍCTOR y SALDIVIA, LAURA, "El MERCOSUR como espacio de coordinación de políticas en derechos humanos. Antecedentes de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH sobre derechos de la niñez migrante", en *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Víctor Abramovich (et.al.), 1^a ed, Remedios de Escalada, UNLa (Universidad Nacional de Lanús), 2012. Disponible en: <http://www.mercosur.int/ippdh>.

La solicitud de Opinión Consultiva fue elaborada con la asistencia técnica del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), un organismo creado por el Consejo de Mercado Común en el año 2009, que tiene como función principal la cooperación técnica, la investigación aplicada y la coordinación en el campo de las políticas públicas en derechos humanos en el ámbito de los países del MERCOSUR. Luego, este documento fue discutido al interior de la Comisión Permanente Niñ@Sur y aprobado por la RAADDHH en el mes de abril de 2011 en la Ciudad de Asunción, Paraguay.

La elaboración de la opinión consultiva se inserta en un marco de diálogo de los gobiernos con el sistema universal y con el sistema interamericano, como así también en un contexto más amplio de trabajo y articulación regional entre los países signatarios. Esto es fundamental para la discusión y fortalecimiento de ambos sistemas y de las políticas públicas en derechos humanos de los gobiernos. La decisión de presentar mancomunadamente una solicitud de opinión consultiva ante el tribunal del sistema interamericano expresa una tendencia hacia la coordinación de posiciones entre los Estados sobre aquellos temas de alto interés público que tienen una incidencia fundamental para la vigencia de los derechos humanos en la región.

La idea de elaborar una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes surgió en virtud de la concreta existencia de una situación grave y pendiente de afectación los derechos humanos de este grupo que migra por motivos económicos, sociales, culturales o políticos en el continente.

A modo de síntesis, los números ilustran que en América Latina y el Caribe alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norteamérica y Europa, mientras que otros seis millones han migrado a otros países dentro de la región⁽⁸⁾. De ellas, una cantidad creciente, aunque todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes algunos de los cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros lo hacen, de manera creciente, en forma no acompañada o separada.

(8) Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Santiago, agosto 2006, p. 73.

No obstante, los niños, niñas y adolescentes afectados de una u otra forma por la migración internacional representan un número significativamente más alto, ya que no se contabilizan, por ejemplo, a muchos hijos e hijas de migrantes nacidos con posterioridad a la migración de sus padres, quienes por lo general adquieren la nacionalidad del país de destino en razón del principio *ius soli* que rige en casi toda la región. Tampoco se incluye a muchos niños, niñas y adolescentes que permanecen en el país de origen cuando sus padres deciden migrar. La cantidad de niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular en la región es otro dato del que no se tiene certeza. De ahí que sea posible aseverar que las cifras citadas al comienzo resultan acotadas respecto de la cantidad real de población infantil migrante.

El tema objeto de la opinión consultiva presentada ante la Corte IDH surge principalmente de los problemas que en la práctica se suscitan por la correspondiente falta de articulación entre varias leyes y políticas migratorias con el sistema de protección de derechos del niño. Este déficit limita la posibilidad de las instituciones públicas de definir de forma adecuada las medidas de protección de derechos que tienen que adoptar cuando ingresa un niño, niña o adolescente al país de manera irregular.

Dicha falta de articulación entre políticas migratorias y políticas de protección de derechos de la infancia genera problemas muy apremiantes que son tratados en los distintos apartados de la consulta donde los Estados signatarios de la misma enuncian sus posiciones acerca del alcance que consideran debe darse a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los temas propuestos.

La primera cuestión que se pone a consideración de la Corte IDH, y que sirve como antecedente y marco general para los restantes temas consultados, es el concerniente a los procedimientos y mecanismos institucionales para identificar las distintas situaciones de riesgo en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes para el ejercicio de derechos. Es notoria la ausencia de tales procedimientos en los países de la región, ausencia que impide identificar en los flujos migratorios mixtos las diversas necesidades de protección internacional que pueden presentar los niños, niñas y adolescentes migrantes que han ingresado o procuran ingresar al territorio del Estado

La ausencia de un enfoque basado en la protección de los derechos del niño y de su vinculación con políticas migratorias también puede observarse en la falta, en varios sistemas legales, de garantías procesales básicas de debido proceso, adecuadas a su edad que deben contemplarse en relación con las medidas aplicables a los niños, niñas y adolescentes en el marco de procedimientos migratorios en los cuales puedan defender sus derechos.

Por otra parte, y más allá de que sea posible hablar de un principio de no criminalización de la migración irregular reconocido por nítidas posiciones de los Estados de la región, el cual se ve a su vez reforzado por los estándares fijados por la Corte IDH y por diversos organismos internacionales de protección de derechos humanos sobre esta cuestión, todavía muchos sistemas legales permiten que los niños, niñas y adolescentes vean restringida su libertad personal por motivos migratorios, cualquiera sea la denominación que estas medidas reciban en los diferentes países, en algunas circunstancias sin resguardos de mínima razonabilidad, ni evaluación de medidas alternativas, ni las correspondientes garantías de debido proceso.

De esta manera, mientras que algunos países prevén la detención de migrantes (sin perjuicio de su edad) como sanción penal por infringir la legislación migratoria, en otros se dispone la detención administrativa como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios sin contemplar medidas que no impliquen restricciones a la libertad ambulatoria o detención.

Asimismo, carencias importantes respecto de la autoridad competente (por ej. falta de intervención del poder judicial), la no estipulación de plazos de tales medidas y la ausencia de garantías elementales del debido proceso para dictar y ejecutar medidas de procedimiento respecto de los niños/as pueden implicar restricciones a la libertad y llegar a la detención de adultos y niños, niñas y adolescentes migrantes.

Otra circunstancia que tiene un impacto directo sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes es la propia condición migratoria de sus padres. Esto se da por ejemplo, cuando son obligados a alojarse con sus padres en estaciones migratorias, o cuando sufren el alojamiento

en instituciones migratorias cerradas como consecuencia de medidas cautelares aplicadas a sus padres en razón de su condición migratoria, o cuando deben acompañar a sus padres expulsados pese a ser nacionales de un país, o cuando sufren la expulsión de sus padres y la ruptura del vínculo familiar. Por ello, al analizar la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes es indispensable vincularla a los derechos de los adultos migrantes.

Los países signatarios de la opinión solicitada ponen el acento en que el deber prioritario de los Estados consiste en diseñar e implementar mecanismos de protección específicos para niños, niñas y adolescentes migrantes dirigidas a asegurar su protección de derechos sin que éstas incluyan la privación de libertad como posibilidad. Para ello, solicitan a la Corte IDH que especifique las obligaciones del Estado relativas a disponer de otras medidas alternativas a la restricción de la libertad, basadas en la familia y en la comunidad, que sean obligatorias y de previa implementación a cualquier medida de institucionalización para que tornen a la restricción de la libertad en un último recurso.

El tema relativo a las características que debería tener la adecuación de las garantías procesales y sustantivas a la situación de los niños, niñas y adolescentes es otra de las consultas formuladas a la Corte IDH. La aplicación de dicho sistema de garantías relacionadas con restricciones a la libertad personal debe reunir elementos específicos y diferenciados cuando está en juego la libertad personal de niños, niñas y adolescentes.

En la región también es notoria la ausencia de un enfoque basado en los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ya sean migrantes e hijos de migrantes) en el marco de procedimientos de expulsión de migrantes como sanción a infracciones a la regulación de las condiciones de ingreso y residencia a un país. El principio del interés superior del niño, entendido como la satisfacción integral de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, resulta medular en los procedimientos migratorios. Componentes claves del derecho internacional de los derechos humanos como el principio de no devolución exigen la adopción de medidas específicas en el marco de los mencionados procesos que incluyen una serie de estándares concretos (entre otros, emanados del Comité de Derechos del Niño) dirigidos a asegurar los derechos del niño.

Por otro lado, en el contexto de aumento de flujos migratorios mixtos se hace también necesario contar con sistemas adecuados para identificar de manera oportuna el ingreso de niños, niñas y adolescentes eventuales solicitantes de asilo o refugio, y tener disponibles procedimientos claramente establecidos para resolver medidas adecuadas de protección antes y después de reconocida su condición de refugiado. Las decisiones que se adopten en el marco de los procedimientos especiales sobre solicitud de asilo o refugio deben partir también de un enfoque basado en la protección de los derechos del niños, niñas y adolescentes, a la luz del principio del interés superior, por ejemplo al decidir su esquema de garantías procesales, los acuerdos sobre soluciones temporales y definitivas, entre otras situaciones.

Finalmente, el último punto puesto a consideración de los miembros de la Corte IDH se refiere a los mecanismos de expulsión de padres de niños, niñas y adolescentes residentes o nacionales de países de destino, los cuales también requieren de una profunda revisión desde un paradigma basado en el respeto a los derechos de niño, niñas y adolescentes que priorice, entre otros, el derecho a la vida familiar y el derecho a un desarrollo integral.

Los países miembros del MERCOSUR pensaron en la intervención de la Corte IDH por vía de su competencia consultiva a los efectos de profundizar y precisar los estándares y principios que han sido sentados en sus precedentes sobre niñez y migraciones. Ello con la idea de fijar tanto un piso común de estándares como un marco conceptual a ser reconocidos por los países de la región que les sirvan de referencia insoslayable para ajustar y revisar las leyes y las políticas públicas en esta materia y fortalecer los diálogos que los gobiernos de la región tienen a nivel regional.

Asimismo, hay otros objetivos de carácter político que se alcanzan por medio de la iniciativa de consulta ante la Corte IDH que van más allá del tema concreto de la consulta y que se refieren al fortalecimiento del MERCOSUR como bloque.

Por un lado, ésta es la primera opinión consultiva presentada ante dicho tribunal por un bloque subregional lo cual contribuye a consolidar al MERCOSUR como un proceso de integración social y político, y no sólo económico-comercial. Igualmente, sirve como vector para afirmar los derechos

humanos como un tema de identidad común del bloque; y promueve el fortalecimiento del diálogo entre el MERCOSUR y el sistema interamericano de la OEA. Finalmente, esta solicitud de opinión consultiva presenta al MERCOSUR como un ámbito de coordinación de políticas y posiciones comunes en materia de derechos humanos.

5 | Fortalecer la institucionalidad pública en derechos humanos

El cuarto eje de trabajo del IPPDH es lo que denominamos infraestructura en derechos humanos, esto es, cómo fortalecer una institucionalidad pública y social para hacer políticas en derechos humanos en el MERCOSUR y cómo mejorar las capacidades técnicas y políticas y la jerarquía institucional de los organismos gubernamentales que hacen política de derechos humanos en nuestros países. También los que hacen políticas públicas en espacios judiciales y legislativos, así como las instituciones estatales de control y supervisión, como las defensorías del pueblo y los institutos nacionales.

Cuando nos referimos al fortalecimiento de la institucionalidad pública en derechos humanos debemos considerar el peso o el valor de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados parte. Una misión del IPPDH es colaborar en los procesos de adecuación y armonización normativa en relación con las obligaciones, los principios y estándares internacionales de derechos humanos vigentes en nuestros países.

Además el IPPDH ha colaborado recientemente en una misión de apoyo técnico al gobierno de Perú en la puesta en marcha de un viceministerio de derechos humanos en el ámbito del Ministerio de Justicia. También está colaborando activamente en la puesta en marcha del nuevo Instituto Nacional de Derechos Humanos de Uruguay y realizando acciones conjuntas con el nuevo Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile.

Una vía para apoyar ese proceso de mejora de capacidades técnicas consiste en activar redes de investigación académica y alianzas estratégicas entre universidades, centros de investigación, productores de conocimiento y áreas de gestión pública. Existe, en el espacio del MERCOSUR, un

incipiente campo académico especializado en esta temática que incluye centros universitarios, maestrías, proyectos de investigación y organizaciones sociales con experiencia y capacidad de producción de información, que podrían mejorar su integración a la gestión pública, a los diagnósticos, y a la formulación e implementación de políticas. En la medida en que los temas de derechos humanos se tornan más complejos y las violaciones de derechos responden a patrones estructurales, las estrategias públicas pensadas desde la política, requieren abordajes complejos, sostenidos en diagnósticos precisos y en respuestas afinadas técnicamente. En nuestras actividades y proyectos de investigación hemos buscado apuntalar las redes y consorcios universitarios dedicados a la temática de los derechos humanos y los estudios de ciudadanía en la región, buscamos vincular productores de conocimiento con áreas de gobierno y con las instituciones de protección.

Otra vía para fortalecer la institucionalidad en derechos humanos en el MERCOSUR consiste en activar la participación social. La experiencia histórica de la resistencia a la dictadura y las estrategias de quiebre de la impunidad en nuestros países marcan un elemento central para la definición de esta cuestión: las políticas en derechos humanos son importantes desde la perspectiva del rol del Estado, pero trascienden el ámbito gubernamental y deben incorporar el aporte de los movimientos sociales, los movimientos de víctimas, los sindicatos y las organizaciones sociales. No es posible pensar hoy en el avance de los procesos de justicia en la región sin el aporte decisivo de las organizaciones sociales y de las redes coordinadas de activismo social. Las organizaciones sociales tienen un rol central en el plano de los derechos y el activismo pone temas en la agenda, convierte demandas en cuestiones de política pública, y muchas veces se involucra también en procesos de implementación o de evaluación de esas políticas.

Un punto a considerar también a nivel de MERCOSUR, consiste en abrir los canales a la participación social en las decisiones que se toman en el ámbito de las reuniones de autoridades de derechos humanos (RAADH) y en otros espacios de decisión en materia de derechos humanos⁽⁹⁾. En

(9) Propuestas para el fortalecimiento de la RAADDHH: Mejoras en sus procedimientos y mecanismos de participación social. IPPDH, 2012. Documento disponible en <http://www.mercosur.int/ippdh>.

el MERCOSUR existe un activo institucional valioso para hacer políticas públicas de garantía de derechos: organizaciones sociales movilizadas, activas, dispuesta a controlar y a impugnar, pero también a participar de la discusión política, a dialogar y acordar con los gobiernos, a participar de proyectos políticos amplios de transformación y cambio social, como los que están en curso en nuestra región. La participación social es clave para la legitimidad de las políticas sobre derechos humanos del MERCOSUR. También lo es para afirmar esta fase del proceso de integración del MERCOSUR, pensado como la construcción de una incipiente comunidad política regional.

Una mirada regional para el ejercicio de los derechos individuales desde la perspectiva del Mercosur y sus estados asociados

por JUAN J. CERDEIRA⁽¹⁾

I | Introducción

A través del presente esquema se propone pasar revista a las especiales características que reviste la circulación de las personas físicas entre diferentes territorios nacionales que conforman el espacio Mercosur y el de sus Estados Asociados. En esa línea se podrá advertir las particulares consecuencias que conlleva el actual desarrollo de los flujos migratorios, a la luz de la nueva realidad regional, que comprende, a la fecha, casi la totalidad de los países de Sudamérica.

.....

(1) Doctor en Derecho Internacional —Universidad Notarial Argentina—, abogado U.B.A., Profesor de Derecho Internacional Privado en la U.B.A., en la Universidad de Flores y en la Universidad de Belgrano. Profesor de Derecho de la Integración de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Ha sido becario e investigador del Instituto Max Planck de Hamburgo, Alemania y de la Academia de La Haya y del Instituto Asser de Holanda. Es investigador de la Universidad Nacional del Litoral. Es autor de diferentes artículos en libros y revistas especializadas. Es Representante y Negociador por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en diversos foros internacionales. Es miembro de distintas instituciones nacionales e internacionales que se abocan al estudio de la materia.

A partir de esa realidad se irá describiendo la forma que el esquema de integración regional ha elegido para enfrentar los desafíos que un proceso de este tipo de desarrollo acarrea. De esa manera se tratará de visualizar, desde la perspectiva argentina, cómo en la última década se ha promovido un desenvolvimiento sistemático de las soluciones para lograr garantizar, a la postre, el respeto a los derechos esenciales de los individuos que habitan la región como una manifestación última del respeto de sus derechos humanos.

2 | El sistema institucional del Mercosur

El esquema de integración que nace en los años '90 con una impronta preponderantemente inclinada a lo económico comercial, comienza a vislumbrar, una década después, la necesidad de incorporar otros elementos. Éstos, si bien fueron esbozados ya en el Tratado fundacional, necesitan complementarse y fortalecer el esquema regional incorporando, entre otros aspectos, el respeto a los derechos individuales de las personas, y privilegiando un mayor acceso a la justicia social entre todos los habitantes de la región, en un pie de igualdad entre ellos.

Cabe recordar que el proceso de integración regional se inicia en marzo de 1991, entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, mediante la suscripción en Asunción (Paraguay) del "Tratado para la Constitución de un Mercado Común"⁽²⁾, que será denominado Mercosur y que tendrá como objetivo principal llevar adelante un proyecto político-económico.

En ese marco, el objetivo central —señalado en el Tratado— era la conformación de un mercado común, y para ello se estableció inicialmente una libre circulación de bienes, servicios y factores productivos en el espacio integrado.

Para alcanzar los objetivos enunciados en el Tratado, los Estados Parte del Mercosur se comprometieron a avanzar sobre una serie de metas⁽³⁾, entre

(2) Se puede consultar el texto completo en el Portal Oficial del Mercosur www.mercosur.int

(3) Las otras metas enunciadas son: 1) adoptar un programa de liberación comercial con desgravaciones progresivas, automáticas y lineales para todo el universo arancelario; 2)

las que destacaremos particularmente la de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes, con vistal al fortalecimiento del proceso de integración regional.

Es esta meta, en especial —en su interacción con las otras—, en la que se enfocará el presente trabajo, destinado a advertir sobre las necesidades político-sociales de los habitantes del espacio común y sobre las respuestas adoptadas y a adoptar para su logro.

En consecuencia, la presente perspectiva, el Tratado de Asunción, tal como se abordará desde no será abordado desde un enfoque tradicionalmente económico-comercial, sino desde uno jurídico-social.

Las propuestas que se analizarán son el producto de la interacción entre los diferentes intereses nacionales en juego en cada Estado y de su plasmación en la negociación conjunta, con miras a un constituir un panorama armónico, que luego se refleje en las respectivas realidades.

La estructura orgánica originalmente diseñada para el proceso de integración regional cumple con dos funciones básicas esenciales, que hacen a la dinámica institucional. Por un lado, la de facilitar la concertación de intereses nacionales y, por el otro, la de desarrollar y preservar la identificación de intereses comunes. La interacción entre sus órganos e instituciones tendrá en miras establecer un equilibrio entre lo nacional y lo regional, para lograr de mayor eficacia en los resultados.

Otro aspecto que vale reforzar es que el sistema de adopción de decisiones en el ámbito regional mercosureño es el del consenso. Ello implica que los cuatro Estados deben formular sus respuestas mediante un criterio único y común.

Es relevante mencionar que ésta es una postura sostenida tradicionalmente por los países latinoamericanos para “los sistemas de adopción de decisiones en los esquemas de integración de la región que se asientan

establecer un arancel externo común y adoptar una política comercial común con relación a terceros Estados; 3) coordinar sus políticas macroeconómicas y sectoriales de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transporte y comunicaciones y otras que se acuerden *a posteriori*, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Parte.

sobre criterios que tienden a preservar la igualdad, la independencia y la autonomía de los países participantes”⁽⁴⁾.

Por su parte, al momento de establecerse el Mercosur, la visión de los actores públicos, privados y analistas especializados era concomitante respecto de mantenerse dentro de los límites de lo intergubernamental para preservar el derecho de cada uno de los Estados. Este pensamiento era coincidente con lo que se sostenía desde la teoría de las relaciones internacionales en el sentido de que, para formar parte de un esquema de integración regional, se requieren, por un lado, la asunción de políticas estatales activas que fortalecen el rol del Estado y, por otro lado, el reconocimiento de que sólo se produce una pérdida relativa de soberanía⁽⁵⁾.

El “Protocolo de Ouro Preto” adopta, en consecuencia, como estructura institucional para el Mercosur, la intergubernamental, manteniendo la posición establecida en el Tratado de Asunción. Ese carácter intergubernamental se traduce posteriormente en “un sistema de múltiples reuniones conjuntas, a diferentes niveles de funcionarios de los países miembros, acompañado de un sistema de toma de decisiones por consenso y con la presencia de todos los Estados Parte”⁽⁶⁾.

El “Protocolo de Ouro Preto” constituye un Acuerdo de la misma jerarquía que el Tratado de Asunción y es parte integrante del mismo. Ambos instrumentos podrían considerarse derecho originario y, a través del último, se asigna al Mercosur una personalidad jurídica de derecho internacional.⁽⁷⁾

En el Tratado de Asunción el esquema de integración fue dotado de una estructura orgánica pequeña con carácter evolutivo y flexible, y de un sistema de solución de controversias que avanzara con la idea de ir adaptándose al ritmo del proceso de integración y alcanzara luego una

(4) VACCHINO, JUAN M., “La dimensión institucional en la integración latinoamericana”, en Revista *Integración Latinoamericana* N°185. BID/INTAL, Buenos Aires, diciembre de 1992, p. 8.

(5) FOHS, MARTA, “MERCOSUR: punto de partida e institucionalidad”, www.infojus.gov.ar, noviembre 2011.

(6) VACCHINO, JUAN M., op. cit., p.13.

(7) BOLDORINI, MARÍA C. y CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA. “La estructura jurídico-institucional del MERCOSUR después del Protocolo de Ouro Preto”, en Boletín Informativo Techint N° 283, Buenos Aires, julio-septiembre de 1995, pp. 73/90.

estructura institucional definitiva, propia de los órganos de administración del futuro mercado común.

En cuanto a ese sistema de solución de controversias, luego de su inclusión como un capítulo del Tratado fundacional, y a partir, de la sanción del Protocolo de Brasilia, se implementó un sistema más reforzado, que rigió hasta el 2002; año en el que entró en vigencia el Protocolo de Olivos⁽⁸⁾, que es el que actualmente se encuentra en vigor. En ninguno de estos instrumentos hay una especial consideración respecto de la preservación de los intereses de los particulares y, menos aún, de la interacción personal entre ellos.

Como se manifestara más arriba, de la multiplicidad de aspectos que abarca el proceso de integración, en este análisis se enfocarán, principalmente, las cuestiones jurídico-sociales que coadyuvarán a la "bajada a tierra" del proceso, desplegándolo en beneficio de los derechos de todos los habitantes de la región.

Antes de concluir con el encuadre institucional del Mercosur, es de gran relevancia referirse a un instrumento que marca claramente la tendencia de todos los Estados Parte y asociados, y que muestra el compromiso que significa vincularse al esquema regional. Ese documento es el "Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático del Mercosur", suscripto en 1998 y aprobado en la Argentina en 1999 por ley 25.133. En opinión del autor, dicha ley integraría también el llamado derecho originario del Mercosur, juntamente con los ya referidos Tratado de Asunción y Protocolo de Ouro Preto.

3 | Qué se entiende por nueva realidad regional

En la actualidad, el Mercosur está integrado por cuatro Estados fundadores (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay) y, sin perjuicio del proceso de incorporación en que se encuentra la República Bolivariana de Venezuela, a partir de 1996 se incorporan en calidad de Estados Asociados, la Repú-

(8) Información obtenida del Portal Oficial del Mercosur: www.mercosur.int

blica de Chile y el hoy Estado Plurinacional de Bolivia. Posteriormente lo hacen, en la misma calidad de asociados, los Estados de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), con lo que hoy, como dijéramos, podemos considerar que el Mercosur y sus Estados Asociados abarcan casi la totalidad de Sudamérica.

4 | Hacia un espacio de interacción jurídico institucional con respeto a los derechos humanos y tomando en miras el desarrollo de una justicia social

4.1 | Introducción

A continuación se efectuará un cuadro de situación, tanto del esquema de integración a la luz de la realidad plasmada en la región como consecuencia de una mayor circulación e interacción entre sus habitantes y, como de las dificultades que se hace necesario enfrentar para la solucionar sus consecuentes derivaciones.

Sobre el final del trabajo, previo a las conclusiones, nos referiremos otra vez a las particularidades del sistema en el contexto regional, pero ya con la inclusión de respuestas que se aportan como “propuestas” y que pretenden ser creativas e innovadoras, aprovechando al máximo los elementos de la cooperación para su solución.

Enfrentar las asimetrías jurídico-sociales y las necesidades de los justicia bles de la región ha constituido —y sigue constituyendo— uno de los mayores desafíos a encarar por el bloque, si se quiere garantizar efectivamente el desarrollo de los derechos de sus habitantes. Un punto de partida para su logro es promover la acción en consenso y afianzar la interacción institucional.

Se debe partir, entonces, de la base de que el Mercosur conforma un bloque regional que se vincula “intraespacio”, comprendiendo en el concep-

to a los Estados Parte y a los Estados Asociados, desde el esquema intergubernamental. Esto quiere decir que no se cuenta a la fecha con órganos supranacionales que marquen una línea común a seguir. En función de ello, las respuestas a la problemáticas particulares, hay que encontrarlas dentro de ese marco referencial⁽⁹⁾: el intergubernamental.

En esa línea, la tarea armonizadora cobrará mayor relevancia. Se trata de un ejercicio que, inicialmente, fue realizado en el marco de los foros productores de normas del Mercosur y, que dentro de sus características y posibilidades, procuró soslayar los obstáculos que muchas veces se presentaban.

No puede pasarse por alto, sobre el particular, que de los cuatro miembros fundadores, dos están organizados en un sistema federal (Argentina y Brasil) y dos en un sistema unitario (Paraguay y Uruguay). Eso redundará en diferencias en la organización de la respuesta en materia procesal, según se encaucen en uno u otro sistema.

4.2 | Características

4.2.1. Lo Intergubernamental

Atento que las decisiones a tomar debían ser consensuadas, las soluciones que se dieron en materia jurídica siguieron, en una primera fase, la línea tradicional de creación de tratados de asistencia jurídica en determinadas materias específicas y en su posterior espera hasta su efectiva puesta en vigencia (como cualquier otro tratado internacional). Ésa fue la forma en que inicialmente se hizo frente a los reclamos de todos los habitantes de la región, especialmente en su carácter de justiciables, ya sea a nivel interno, como a nivel bilateral, regional o multilateral.

En ese contexto, cabe destacar la gran importancia que revistió la actividad convencional desarrollada en materia de cooperación internacional, que se canalizó en los tratados elaborados por la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur o en aquellos otros elaborados por la Reunión de Ministros de Interior (comprensiva de aspectos migratorios y de seguridad).

(9) DREYZIN DE KLOL, ADRIANA, *MERCOSUR*, Zavalía, Buenos Aires, 1997.

En el trabajo realizado en esos ámbitos, se tomaron en cuenta, especialmente, los principios tradicionales de habilitar un mayor acceso a los tribunales y a las instituciones para los habitantes de cada uno de los países. Es decir, se buscó, para generar una propuesta creativa e innovadora que permitiera, a partir del nuevo espacio regional, una sustancial mejora en el nivel de goce de sus derechos, en comparación con el que permitían hasta ese momento sus respectivas legislaciones nacionales de manera individual.

4.2.2. Entrada en vigencia de la normativa

La entrada en vigencia de las fuentes bilaterales o regionales que se concluyeron inicialmente en el espacio Mercosur y en el de sus Estados Asociados, debía seguir el procedimiento usual en cada país: los mismos criterios que prevé el articulado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y lo especificado en la cláusula respectiva de cada convenio.

Sin embargo, posteriormente, la modalidad se transformó como consecuencia de lo establecido en el articulado del Protocolo de “Ouro Preto”—de ordenamiento institucional del Mercosur— y en decisiones concordantes aprobadas por el Consejo del Mercado Común. Se estableció así que, para que entren en vigencia los Protocolos y Acuerdos que revistan el carácter de convenios internacionales, se requiere la aprobación legislativa por todos los Estados Parte, la ratificación a la Secretaría del Mercosur y el cumplimiento de un plazo de 30 días después de comunicada ésta por el último de los Estados Parte.

Con respecto a los acuerdos “espejo” con los Estados Asociados, deben ser aprobados por todos los miembros plenos del Mercosur y luego, uno o más de los asociados, según lo exprese el acuerdo.

4.2.3. Proliferación legislativa

Los tratados del Mercosur son cerrados y no permiten la adhesión de Estados que no sean Miembros Plenos del bloque. Para solucionarlo, y dado que los Estados Asociados lo son a través de un sistema de acuerdos inscriptos en el marco de la ALADI, como Acuerdos de Complementación

Económica, se buscó la forma de ir elaborando acuerdos “espejo” con los Estados Asociados.

No obstante, un nuevo problema surgió en torno a la cuestión y fue la incorporación de nuevos Estados Asociados, como el caso de países de la Comunidad Andina. Ello planteó la problemática de generar nuevos convenios “espejo” y continuar contribuyendo a la indeseada proliferación legislativa sobre las mismas materias. En consecuencia, y advirtiendo el problema, el Mercosur buscó entonces una salida que fue la celebración de un solo Acuerdo entre los Estados que lo negocien y el establecimiento de un modelo de cláusula de adhesión a futuros asociados que tanto contemple la entrada en vigencia, como los mecanismos de solución de controversias, según el supuesto, dentro de las disposiciones finales.

Cabe advertir que en la región conviven, además de los tratados sobre las mismas materias que las abordadas por las Reuniones de Justicia o Interior, otros muchos entre las mismas partes y sobre similares asuntos. Asimismo, fuera de las fuentes mencionadas, hay otras elaboradas en el marco de foros internacionales productores de normas, como es el caso de la ONU o la OEA, entre otros, también sobre aspectos similares. Como consecuencia, puede apreciarse, entonces, el engoroso panorama de dispersión y proliferación normativa sobre estas materias y las dificultades que su conocimiento y aplicación conlleva.

Para más, existen las cláusulas clásicas que preservan la aplicación de tratados entre las mismas partes y en la misma materia en tanto beneficien la cooperación, con lo que termina de empeorarse el panorama al necesitar los operadores de la justicia, o los mismos justiciables, conocer la fuente aplicable a su particular situación, en el plano normativo a nivel regional.

4.2.4. Características institucionales

Ante la falta de instituciones supranacionales, por el ya referido carácter intergubernamental del espacio regional, el bloque debió encarar la tarea institucional coordinadora y armonizadora, desarrollada por la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur y por la Reunión de Ministros de Interior

del Mercosur⁽¹⁰⁾, para poder dar respuestas desde ese nivel a los múltiples planteos que le hacían los particulares, en general, y las personas físicas en su interacción entre ellas, en especial.

En el marco de la reunión de Ministros de Justicia del Mercosur se han elaborado una serie de convenios de cooperación que han intentado un entrelazado de contactos entre las autoridades de aplicación de convenios internacionales con el propósito de tratar las problemáticas comunes que surjan de la aplicación de aquéllos elaborados en su seno y de los reclamos que les llegue por parte de los individuos que se mueven por la región.

Se hace necesario apuntar que la Reunión de Ministros de Justicia ha sumado a su inicial tarea de armonización legislativa, canalizada en la elaboración de normas regionales, la tarea de seguimiento de la aplicación y evolución de la eficacia de los protocolos y acuerdos surgidos en su marco. Asimismo, ha encarado el desafío de relevar el grado de compatibilidad de los nuevos convenios con los otros ya existentes, de fijar niveles de aplicación y de elaborar buenas guías orientativas con prácticas ágiles y eficaces que faciliten la tarea de los operadores de la justicia y lleguen al ciudadano común o a los grupos más vulnerables que resulten de la integración regional.

Por otra parte, y con el mismo propósito de llegar a satisfacer las necesidades y los problemas que aquejan a la totalidad de los justiciables, la Reunión de Ministros del Interior concluyó acuerdos de intercambio de información y datos en materia de seguridad entre fuerzas de seguridad e instituciones civiles, con el fin de crear un banco de datos, de intercambio de información sensible a nivel regional. El sistema se llama SISME —Sistema de intercambio de información de Seguridad del Mercosur— y tiene

(10) Tales los casos de los siguientes decretos, todos en www.infojus.gov.ar: Dec. 28-02 - Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del MERCOSUR.

Dec. 28-02 – Residencia para Nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR.

Dec. 5-92 – Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.

Dec. 1-94 – Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.

Dec. 27-94 – Protocolo sobre Medidas Cautelares.

Dec. 2-96 – Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales.

Dec. 49-00 – Acuerdo sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Parte del MERCOSUR.

como meta recabar información sensible sobre el movimiento de personas, antecedentes policiales, penales; reincidencias, etc.

Como parte de un todo en el beneficio de los habitantes de la región, se destaca la imprescindible cooperación entre autoridades migratorias, de aduana y de seguridad, mediante la celebración de convenios binacionales de libre circulación, en los que se avanza en la búsqueda de soluciones a conflictos potenciales, mediante programas, planes y proyectos.

4.2.5. Obstáculos

4.2.5.1. Constitucionales

La carencia de órganos supranacionales o la reticencia respecto de la transferencia de soberanía hacia ellos, es una particularidad de la región. Cabe referir, al respecto, que si bien la República Argentina y la República del Paraguay reformaron sus constituciones incorporando en sus articulados la posibilidad de delegar potestades en órganos de características supranacionales⁽¹¹⁾, no ocurre lo mismo con otros países de la región que deberían buscar salidas en atajos interpretativos más forzados.

4.2.5.2. Extensión Territorial

Los países de la región suelen tener una gran extensión territorial y muchas veces los aplicadores de convenios están muy lejos de los centros de tramitación de los pedidos y de las autoridades centrales de aplicación de los convenios esto se traduce en la dificultad de conocer. En muchos casos la totalidad de los convenios vigentes sobre una materia y las bondades de utilizar uno u otro instrumento. Ello también genera quejas respecto del retraso de soluciones para situaciones que requieren un accionar sin demoras y finalmente origina reclamos de comunicación directa entre operadores del derecho y la necesidad de una mayor cercanía entre ellos y los justiciables.

4.2.5.3. Falta de medios

En muchos casos, la falta de recursos es un tema que dificulta la búsqueda de respuestas a los habitantes del espacio regional, por ejemplo, a la hora de instalar los ya referidos “nodos” nacionales de intercambio de

(11) Así lo establece el art. 75. inc. 22 de la Constitución argentina y el art. 146 de la Constitución paraguaya.

información, la informatización de controles fronterizos, la instrumentación de bancos de datos regionales o la necesidad de instalar nuevas tecnologías de comunicación —correos electrónicos o equipos de video conferencia—.

4.2.5.4. *Falta de coordinación y control*

La región se caracteriza por una gran dispersión de recursos logísticos, a lo que se suma una falta de coordinación entre las instituciones responsables de dar respuestas a los reclamos que individualmente se les presentan. Así, se hace imprescindible la colaboración entre ellas, principalmente entre las migratorias, de justicia, de salud, de educación y de desarrollo social. Pero, a la vez, los diferentes grupos de trabajo deben coordinarse entre sí y, aún más, con otras instituciones gubernamentales como aduana, registros civiles o registros de datos criminales, entre otras.

5 | Respuestas para la circulación de personas y propuestas ante los desafíos que implica la nueva realidad regional

5.1 | Introducción

La circulación de las personas es un fenómeno que, desde su origen más remoto, hizo pensar en potenciar el desarrollo de las diferentes ramas del derecho internacional, se llame público, privado, comunitario, de la integración o de la cooperación internacional, a las que hoy se le ha sumado la necesidad de enfocar todo el desarrollo de esas ramas desde la perspectiva de los derechos humanos.

Cabe recordar que desde la época del derecho romano se ha advertido la necesidad de resolver conflictos entre ciudadanos y peregrinos, hasta llegar a nuestros tiempos, donde prevalece una tendencia a explorar la solución de conflictos interpersonales entre migrantes que se mueven en un mundo globalizado y entre esquemas de integración que establecen relaciones jurídico-familiares entre personas de distintos países.

Puede afirmarse que el aceleramiento de la globalización y su contracara, la integración, desde fines del siglo pasado ha demandado otras respon-

tas del mundo jurídico para reglar el nuevo escenario, tomando en cuenta la creciente necesidad de preservar los derechos fundamentales del individuo en un contexto regional armado desde el esquema internacional, pero que se encause dentro de la óptica de la garantía de los derechos humanos y la justicia social.

En ese camino, las respuestas que dan las ramas del derecho por sí solas no alcanzan, y se hace necesario la interconexión de muchas de ellas y su potenciación exponencial para dar verdaderas soluciones a los reclamos que se presentan a los habitantes de nuestras sociedades.

El reconocimiento de la libertad de circulación de los habitantes, trabajadores y sus familias, con las necesidades que su interacción acarrea cuando se producen en un espacio integrado, hace que las relaciones jurídicas cuyos elementos se localizan en los distintos Estados de uno u otro esquema se multipliquen exponencialmente. Esta internacionalización de la vida de las personas explica el interés que adquieren las cuestiones migratorias para los especialistas del derecho, ya que sus consecuencias no son objeto de una rama determinada.

Desde esa perspectiva, se pasará a revisar la normativa que se viene elaborando en el marco del esquema de integración del Mercosur y sus Estados Asociados, con miras a facilitar la libre circulación de las personas en ese espacio integrado.

En primer lugar, se tomarán como referencia los progresos alcanzados en el campo migratorio, tanto a nivel convencional como interno de la República Argentina, para proseguir por la necesidad de potenciar la cooperación en materia de circulación de documentos de estado civil porque, para que las personas circulen en el nuevo espacio integrado, es necesario que los actos y documentos que acreditan sus derechos como ciudadanos de un espacio común, les sean reconocidos.

En ese contexto, cabe referirse a los acuerdos sobre residencia, uno para nacionales de los Estados Parte del Mercosur y el otro para nacionales de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados. En ese mismo marco pueden citarse también los acuerdos sobre regularización migratoria interna, nuevamente el primero para los ciudadanos del Mercosur y el segundo para los ciudadanos del Mercosur y Estados Asociados.

Los cuatro acuerdos fueron aprobados en el año 2002 y han sido ratificados, a la fecha, por los cuatro miembros fundadores del Mercosur, avanzando hacia su puesta en vigencia por la mayoría de los Estados Asociados

El objeto de ambos pares de acuerdos es diferente, aunque su finalidad sea la misma: fortalecer y profundizar el proceso de integración, a través de la implementación de una política de libre circulación de personas en la región.

Los acuerdos sobre residencia permiten a los nacionales de un Estado Parte que desean residir en otro Estado Parte, obtener una residencia legal en este último, sin necesidad de contar con una oferta de empleo o la admisión en una universidad o de ser pariente de un nacional u otra de las causales exigidas por la legislación interna del país de recepción para inmigrar. Los requisitos son simples: esencialmente acreditar la nacionalidad de uno de los Estados Parte, la carencia de antecedentes policiales y la aptitud psicofísica, de conformidad con la legislación interna del país de recepción.

Por su parte, los acuerdos de regularización migratoria permiten que los nacionales de un Estado Parte que se encuentran en otro Estado Parte, puedan tramitar la residencia en este último de conformidad con las categorías migratorias previstas en su legislación interna, pero sin necesidad de regresar a su país de origen ni que su situación migratoria irregular en el país de recepción lo inhabilite para obtenerla.

Finalmente, la Argentina, desde la misma perspectiva, adoptó el programa denominado “Patria Grande”, cuyo nombre oficial es “Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria para Extranjeros Nativos de los Estados del Mercosur”, que viene a subsumir diferente normativa de regularización migratoria que se venía llevando adelante esporádica pero reiteradamente en nuestro país.

A los efectos de tramitar la residencia, los acuerdos del Mercosur establecen un procedimiento de legalización de las partidas de estado civil y otros documentos públicos exigibles —como los relativos a la carencia de antecedentes policiales y a la aptitud psicofísica—. Cuando la residencia se tramita ante un consulado, basta la certificación de su autenticidad conforme a los procedimientos vigentes en el país del cual el documento procede.

Se puede apreciar, entonces, que la circulación de las personas es consecuencia de la profundización del Mercosur y que ello promete multiplicar y diversificar las relaciones entre las diferentes ramas del derecho, permitiendo de esta manera apreciar, por ejemplo, la necesidad de aplicación del derecho administrativo a muchos de estos aspectos⁽¹²⁾.

5.2 | Propuestas

5.2.1. La perspectiva de la regionalización como respuesta y esquema de enfoque

Como corolario de lo manifestado anteriormente, se puede vislumbrar que las respuestas a aportar a los justiciables para la plena validez de sus derechos fundamentales, no se pueden dar a través de las políticas públicas que instrumente un solo Estado. En ese contexto, la regionalización de las decisiones que encaren los gobiernos, la armonización de sus normativas y la interacción de sus autoridades e instituciones a nivel horizontal, para su posterior proyección "hacia afuera", resultarán las herramientas básicas para poder empezar a dar soluciones realistas, basadas en un profundo criterio de respeto a las necesidades básicas de todos los habitantes de un espacio de integración.

5.2.2. Ámbito material, espacial y temporal de los Acuerdos del Mercosur

Los protocolos y acuerdos del Mercosur, que se han abordado en forma genérica, quedarían en letra muerta si cada uno de los Estados de la región no generaran políticas comunes para garantizar su efectiva puesta en práctica.

(12) Referencias de investigación: FERNÁNDEZ-ARROYO, DIEGO (coord.), *Derecho Internacional privado de los Estados de MERCOSUR-Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 2003; Novick, SUSANA, "La reciente política migratoria argentina en el contexto del MERCOSUR", en <http://webiigg.sociales.uba.ar/pobmigra/mercosur.htm>; Novick, SUSANA, HENER, ALEJANDRO y DALE, PABLO, "El proceso de integración Mercosur: de las políticas migratorias y de seguridad a las trayectorias de los inmigrantes", en *Documentos de Trabajo*, nº 46, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, pp. 1/63; OYARZABAL, MARIO, "Los actos de estado civil en el derecho internacional privado y la competencia específica de los agentes diplomáticos y consulares argentinos", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2004, pp. 125/140.

La materia abordada serán los instrumentos alcanzados en los ámbitos de Justicia que parten del acceso a la jurisdicción, para proyectar luego su despliegue en una llegada más directa a los justiciables, especialmente, a los sectores más vulnerables. Es en ese punto donde la materia "justicia" coincide con el ámbito material de los acuerdos en materia de regularización migratoria y de residencia del Mercosur y Asociados.

Temporal y espacialmente, los acuerdos alcanzados en el ámbito de Justicia han entrado en vigencia hace ya varios años entre los Estados Parte y actualmente puede verse una adhesión creciente entre los Estados Asociados a partir de la renovada propuesta regional en torno al tema de ir más allá del concepto clásico consagrado en su articulado, de utilizar sus mejores prácticas o soluciones y de llevarlas a través de "Guías" o "Manuales de Buenas Prácticas" hacia la totalidad de los individuos.

En lo que a acuerdos migratorios se refiere, sólo basta constatar que tras un lento proceso inicial de incorporación a los derechos internos de los Estados Parte —que en muchos casos llevó a la necesidad de "ilateralizarlos" entre varios Estados para permitir su aplicación—, le siguió luego un proceso de socialización positiva que, más allá de su efectiva puesta en vigencia entre los cuatro fundadores, suma cada vez más cantidad de Estados Asociados.

5.2.3. El derecho de la integración y los derechos contribuyentes

De esta forma, puede considerarse un derecho genérico y omnicomprensivo, o interrelacionado, que sería un derecho de la integración *sui generis* del que derivarían una cantidad de preceptos, pautas, principios y valores fijados por los tratados fundacionales, y que sigue manifestándose en una evolución normativa derivada, de carácter intergubernamental, donde prima el consenso y donde se avanza hacia a la armonización de criterios en cuanto a su aplicación práctica, tomando siempre como horizonte de referencia a la realidad diaria de los habitantes y a las renovadas necesidades que se plantean a medida que avanza el proceso de integración y se interrelacionan con otros individuos del mismo espacio.

En esa tarea no queda fuera ninguna rama del derecho sino que todas deberán aportar el correspondiente auxilio, la adaptación de sus regulaciones según se van presentando los diferentes planteos.

En ese camino, y pensando nuevamente en los intereses de los habitantes de la región y en la garantía de sus derechos, es que se ha avanzado en instrumentos que los protejan de las consecuencias indeseadas de la globalización y de la libre circulación, como es el avance del delito más allá de las fronteras nacionales. Esta circunstancia ha hecho también que el derecho penal y la cooperación penal constituyan otras de las ramas que deberán colaborar con el proceso de integración, para el cabal logro de sus objetivos.

No queda fuera, tampoco, el derecho administrativo, en cuanto a la interacción de los diferentes grupos y subgrupos o instituciones nacionales involucradas, que implicará adaptar sus características a las necesidades comunes de los habitantes de un solo espacio. Un párrafo aparte merece el derecho laboral y el previsional, llamados a regular las relaciones de trabajo de los migrantes que se mueven más allá de sus respectivos países y la necesaria compensación de sus aportes en lo que a derechos previsionales se refiere.

Tampoco es menor la importancia del derecho internacional privado a la hora de enfrentar necesidades alimentarias o asistenciales surgidas de la interacción de personas que se mueven en el contexto regional. Los derechos de niños, niñas y adolescentes, desde la preservación de su identidad, del idioma y la educación hablan de la "multiculturalidad" del proceso encarado.

Se ha dejado para el final al gran contribuyente de todas las ramas del derecho y que es el paradigma de referencia del esquema Mercosur y Asociados. Es el caso de los derechos humanos, bajo cuyo tamiz deberán pasar, sin duda, todas las manifestaciones jurídicas referidas.

5.2.4. Respuestas, herramientas, instrumentos e instituciones para enfrentar el desafío que impone la realidad regional

A continuación se pasará revista a algunas propuestas que han empezado a ensayarse para enfrentar los desafíos planteados, varios de los cuales aún subsisten en los Estados de la región. Desde una perspectiva social, tales desafíos serían:

1. Búsqueda de la reunión familiar más allá de las fronteras.
2. Igualdad de derechos de los nacionales de todos los Estados.

3. Derechos fundamentales para los hijos de los habitantes de la región (educación/salud).
4. Legislación innovadora para compensar asimetrías subsistentes.
5. Consideración de nuevos aspectos surgidos a partir de la nueva realidad regional.
6. Utilización de las nuevas tecnologías y el “soft law”, como contribuyentes.
7. La necesidad de coordinación interinstitucional y de descentralización administrativa

En la región Mercosur se puede palpar a diario la necesidad de trabajar en forma conjunta en un mismo sentido y con los mismos fines, no sólo a nivel regional sino también, y previamente, dentro de cada Estado, entre las diferentes reparticiones y poderes que integran un mismo accionar de políticas en torno a comunes problemáticas sociales.

Así, los intercambios de experiencias y encuentros conjuntos entre autoridades e instituciones de la Justicia y de ámbitos relacionados con el pleno ejercicio de los derechos de los habitantes, se tornan un objetivo primario del bloque regional. Un muy buen punto de partida para la difusión de las nuevas herramientas o programas que se encaren en un país será la de instrumentar esas buenas prácticas a través de un intercambio de información y del establecimiento de pautas para la aplicación de la experiencia, que permitan avanzar hacia el logro de los objetivos.

Con miras al cumplimiento de lo establecido en las metas originarias, ya esbozadas en el Tratado de Asunción, puede apreciarse actualmente la tarea que se ha desarrollado en algunos ámbitos vinculados a esa realidad político-social.

En ese sentido, se ha venido trabajando desde un doble objetivo: por un lado, acotar las diferencias entre la legislación interna sustantiva; por otro lado, tornar operativas muchas de las normas programáticas volcadas en recientes convenciones internacionales.

En ese marco de acción se propusieron distintos caminos, desde la identificación de elementos comunes y posturas de consenso en foros internacionales o regionales productores de normas, hasta la elaboración de folletos, manuales o guías orientativas que tomaran en cuenta los caracteres

comunes de cada sistema nacional para que pudieran luego ser trasladadas a su normativa interna o reflejadas en acciones concretas que llegaran a la totalidad de los habitantes del espacio regional.

Como respuesta a la proliferación legislativa interna, regional y convencional y a la falta de operatividad de muchas de sus disposiciones, se generó un importante relevamiento de fuentes aplicables a determinadas cuestiones de profundo contenido social y de justicia, para que se evalúe su grado de efectividad y de llegada a cada uno de los habitantes y a los operadores del derecho.

Un ejemplo de lo manifestado podría ser incorporar entre las "disposiciones generales" de los nuevos convenios de cooperación que se concluyan, cláusulas por las que la entrada en vigencia de los nuevos convenios derogue los anteriores que se ocupen de los mismos temas. Como antecedente de tal propuesta, puede citarse la solución plasmada en la Convención de La Haya sobre Obligaciones Alimentarias⁽¹³⁾ o, en el ámbito comunitario europeo, la Convención de Bruselas sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias⁽¹⁴⁾.

En la misma sintonía, se impone también una amplia tarea de difusión de las normas más novedosas, con prácticas y acciones más efectivas entre todos los operadores de la justicia, y la edición de publicaciones o "folletería" accesible para repartir y socializar, principalmente entre los sectores más vulnerables.

Otra cuestión a considerar es que, ante la falta de órganos regionales supranacionales que entrelacen la tarea de las diferentes instituciones involucradas y supervisen un accionar conjunto entre los diferentes actores jurídicos o instituciones a nivel trsnacional, se constituya una autoridad que podría coordinar y oficiar de nexo entre las autoridades de las diferentes instituciones involucradas.

Estas "autoridades de coordinación" colaborarían entre sí, guiando respecto de las modalidades a instrumentar por cada una de ellas, para lo

(13) Artículo 18 de la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias de la Convención de La Haya.

(14) Artículo 52, Convención de Bruselas sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias.

grar una más rápida aplicación de los convenios y buenas prácticas a nivel regional. Asimismo, serían las encargadas de velar para garantizar la aplicación armónica de unos y otras en cada país.

Una de principales funciones que se propone promover, también, es la de facilitar una estrecha colaboración entre las diferentes autoridades nacionales de cada Estado Parte, en lo que hace a las diferentes cuestiones sociales, con el fin de facilitar la ejecución de diligencias y medidas. Esas autoridades deberían officiar de nexo entre sí, y podrían estar constituidas por funcionarios de enlace de los ministerios o reparticiones de cada país. Se trataría de un sistema interconectado de coordinación interinstitucional.

Ese fomento de la cooperación con otras áreas también involucradas —aduanas, migraciones, registros—, podría lograrse mediante el auspicio de la colaboración con controles fronterizos más sistemáticos dentro de la región y un mayor intercambio de información respecto de la documentación otorgada por cada Estado.

Este sistema interconectado de autoridades debería estar orientado a estudiar y promover la actuación coordinada de las autoridades involucradas de cada Estado Parte y, a la vez a propiciar una aplicación armónica de los convenios de cooperación regionales.

Finalmente, entonces, con los aportes efectuados como herramientas, acciones o buenas prácticas, la pretensión es seguir avanzando en un espacio regional que privilegie cada día más el bienestar de sus habitantes y les garantice en forma ágil y eficiente el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado constitucional social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la “relación de causalidad”

por PATRICIO M. SAMMARTINO⁽¹⁾

I | Introducción

La relación de causalidad es un requisito *ineludible*⁽²⁾ del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad patrimonial del Estado. Descripto con sencillez, el referido sintagma alude al vínculo fáctico que conecta, anuda y liga el daño jurídico con el obrar —positivo o negativo— de los poderes públicos.

El nexo de causalidad, además de amalgamar a los elementos estructurales del supuesto de hecho que lleva a la indemnizabilidad, cumple una

(1) Magíster en Derecho Administrativo. Profesor de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires, Austral y E.C.A.E (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado), entre otras.

(2) Fallos 332: 1367 (“Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ EN”, cons. 6º, de 2009). En Fallos 328:2509, se la califica como “presupuesto de la pretensión indemnizatoria”.

función de extraordinaria relevancia: fija el alcance de las consecuencias que, en cada caso, corresponderá imputar al *factum* lesivo a los fines de la reparación.

Los problemas tradicionales que plantea la causación en el derecho civil, adquieren, en el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho, un talante propio, particular. En efecto: en el terreno de la responsabilidad del Estado, la relación de causalidad plantea dudas con respecto al contenido jurídico del concepto; a los criterios que gobiernan, en la actualidad, a la atribución de consecuencias; a la viabilidad, o no, de admitir las denominadas presunciones de causalidad; a la posibilidad de aceptar el concurso de causas y de reconocer factores de atenuación o supresión de la relación causal.

Si bien, como se observa, las dificultades se concentran en un elenco heterogéneo de cuestiones, nuestro tema suscita el interrogante en torno a la gravitación jurídica que ejercen los factores de atribución sobre la cadena de resultancias imputables a la autoridad pública. La recíproca dependencia entre el factor de atribución y la relación de causalidad es una de las preocupaciones que guiarán este trabajo.

Sobre estas bases examinaremos la relación de causalidad en la responsabilidad del Estado no sin antes efectuar algunas aclaraciones acerca del anclaje que tiene esta parcela del derecho administrativo en el Estado constitucional vigente en la república.

2 | La responsabilidad del Estado en el Estado constitucional social de derecho

El reingreso del principio de juridicidad desde los valores y principios que sostienen al Estado constitucional social de derecho, irradia su fuerza transformadora sobre todo el régimen jurídico de la función administrativa.

Los compromisos jurídicos fundamentales incorporados al ordenamiento jurídico argentino por la reforma constitucional de 1994, al tiempo que estrecharon los márgenes del obrar de la Administración, le impusieron

a todos los órganos y entes que despliegan esa función nuevos deberes sustanciales de actuación.

Esos nuevos vínculos jurídicos negativos y positivos —cuya clave de bóveda normativa se aloja en el art. 75.22 de la CN— orientan teleológicamente a la función administrativa en la satisfacción inmediata del interés público consustanciado con el principio de dignidad humana.

En efecto: en el Estado constitucional social de derecho, la *fuerza normativa* de la Constitución y el consecuente carácter vinculante de los derechos fundamentales allí reconocidos, hacen posible predicar que en el *núcleo del interés público* se funden y anudan, cualitativamente, los fines prácticos que inspiran el desarrollo de la función administrativa con el sistema de derechos humanos que la Ley Suprema reconoce, garantiza y promueve.

Por cierto, el principio de dignidad humana gravita de modo directo sobre la estructura sistemática de ordenación de la función administrativa, el procedimiento administrativo, y se proyecta sustancialmente sobre los productos formales que emanan de ella, el acto y el reglamento administrativo. A la vez, este principio basilar condiciona a las técnicas instrumentales de organización y distribución de tareas de los órganos y entes que desarrollan función administrativa, es decir la organización administrativa.

Dentro de las tareas de acomodamiento del derecho administrativo a los principios cardinales del Estado constitucional social de derecho, no es posible soslayar que, en ese modelo de organización, la responsabilidad patrimonial del Estado es una pieza capital.

Abandonada por completo la teoría de la inmunidad soberana como sustento de la infalibilidad estatal y, por ende, de su irresponsabilidad, la doctrina administrativa no exhibe uniformidad a la hora de exponer el fundamento de la responsabilidad del Estado. Si bien alguna posición considera que esta cuestión carece de relevancia, no es menos cierto que, bajo el influjo de los principios del Estado de derecho, los autores asumieron este problema desde vértices diferentes.

Así, no son pocos los que proclaman que el fundamento de la responsabilidad estatal reside en la justicia y en la equidad. Otros, en sustento de aquélla, proponen los principios de solidaridad, legalidad o, lisa y llanamente, la idea de bien común. Dentro de este catálogo hay quienes

explican este instituto a través de la teoría del sacrificio especial, de la expropiación, del enriquecimiento sin causa, del derecho de propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas.

Más allá de la inexcusable parcela de verdad que encierra cada una de las tesis enunciadas, pensamos que el cimiento sobre el que se apoya la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho es el principio de dignidad humana.

El principio antes mencionado, y la inescindible nota de alteridad jurídica que él acarrea, justifican incluir a la responsabilidad estatal dentro del elenco de principios basilares del Estado constitucional social de derecho contemporáneo. Es que el derecho a obtener una reparación que, en la medida de lo posible, restablezca al particular afectado en la posición que hubiera tenido si el hecho lesivo no se hubiera producido, no sólo concierne a la protección del derecho de propiedad⁽³⁾ e igualdad. Hace también, en primerísimo lugar, al efectivo y previsible respeto que se le debe dispensar, en las dimensiones horizontal y vertical, a la integridad (física, psíquica y moral) de la persona y de todas las personas.

3 | Características generales de la responsabilidad del Estado en la Argentina

- I. De inicio, resulta fácilmente constatable que en la Argentina no existe una regulación normativa orgánica de la responsabilidad del Estado. Salvo algunas normas aisladas —como el art. 130 de la ley 24.156⁽⁴⁾ o el art. 1112 del Código Civil⁽⁵⁾— lo concreto es que el régimen jurídico de la responsabilidad estatal se sustenta, básicamente, en la jurisprudencia de la Corte federal.
-

(3) Constitución Nacional, artículos 14, 17 y 75.22 (CADH, art. 21).

(4) Art. 130. — Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encuentre comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial.

(5) Art. 1112. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están

El régimen (jurisprudencial) de la responsabilidad del Estado vigente en nuestro país, exhibe dos notas particulares: la autonomía y su carácter esencialmente local.

A estas se les agregan la impronta esencialmente *objetiva* de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima —en ese supuesto se enjuicia la adecuada prestación del servicio, mas no la conducta de los agentes⁽⁶⁾— y el carácter *directo* que la doctrina CSJN le asigna a este supuesto de responsabilidad: el Estado responde directamente por la falta de una regular prestación de su función pues aún cuando la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio⁽⁷⁾.

En efecto, en el derecho público argentino actual la responsabilidad del Estado se presenta como una materia que es propia del *derecho administrativo*. Como lo revela la consolidada jurisprudencia del Tribunal, la responsabilidad del Estado aparece como una materia extraña al Código Civil.

Va de suyo que la regulación jurídica de la responsabilidad del Estado, en tanto cuestión propia del derecho administrativo —que es derecho público local— corresponderá a la autoridad nacional, provincial o de la ciudad autónoma, según resulte pertinente.

2. Esas dos notas iniciales —autonomía y carácter local de la responsabilidad estatal en la Argentina— aparecen con toda elocuencia en “Barreto”⁽⁸⁾ y se reitera en fallos posteriores⁽⁹⁾.

.....
impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título (se refiere al TITULO IX (“De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”) de la Sección segunda (De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones) del Libro II (de los derechos personales en las relaciones civiles) del código civil de Vélez Sarsfield.

Va de suyo que si bien los fallos del Alto Tribunal enarbolan al art. 1112 del CC como sustento normativo de la responsabilidad por actividad ilegítima del Estado, lo cierto es que esa previsión normativa no tuvo por finalidad regular la responsabilidad del Estado. Esta es una materia que resulta extraña al Derecho civil. El propósito del codificador se extrae con toda claridad del artículo 2611 CC y de su nota al pie.

(6) Según el art. 1722 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado el factor de atribución es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”

(7) Conf. Fallos 333: 1404 (“Morrow de Albanesi” y sus citas)

(8) Fallos 329:759 (cons. 10 a 12).

(9) Fallos 331:2534 (“Schiavone”).

En su actual composición, la CSJN sostiene que la responsabilidad del Estado “corresponde al campo del derecho administrativo”. Y agrega, respaldándose en las autorizadas opiniones de Marienhoff y Fiorini, que la responsabilidad estatal “encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado”.

En ese mismo pronunciamiento el Tribunal destaca que ese supuesto es de resorte exclusivo de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional.

3. Como se ve, la doctrina actual del Tribunal es clara: la responsabilidad del Estado está gobernada por reglas propias y especiales del derecho público. Es una materia que pertenece al campo del derecho administrativo y por ello adquiere autonomía con respecto a la responsabilidad civil.

En este punto el fallo de la Corte nacional es tributario de la doctrina labrada por el Tribunal de Conflictos francés en 1873 en el célebre *arrêt Blanco*.

En esta decisión —que tenía en miras deslindar competencias entre la justicia ordinaria y el Consejo de Estado— el Tribunal de Conflictos puntualiza que la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en un servicio público no puede estar regida por los principios establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Y más adelante añade: la responsabilidad (del Estado) tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado y los derechos de los particulares⁽¹⁰⁾.

4. En congruencia con la doctrina actual del Alto Tribunal, el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso establece que “[...]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (art. 1765). A su vez, el artículo anterior prescribe que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”⁽¹¹⁾.
-

(10) “T.C. 8 de febrero de 1873; Blanco”, en Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2000, p. 1 y ss.

(11) Los artículos 1764 y 1765 del Proyecto de Código civil y Comercial Unificado enviado por el P.E. al Congreso fueron introducidos por el Poder Ejecutivo en sustitución de los artículos

La relevancia jurídica de las normas proyectadas es incontestable.

En primer lugar, los arts. 1764 y 1765 del Proyecto conllevan el reconocimiento positivo de la responsabilidad del Estado, hoy inexistente.

Ambas proposiciones normativas, de convertirse en ley, habrán de concretizar, en el plano legislativo, uno de los principios cardinales sobre los que se sustenta el Estado constitucional social de derecho, la responsabilidad del Estado. Como dijimos, la responsabilidad del Estado no sólo reposa en la protección del derecho de propiedad y de igualdad. En el Estado constitucional social de derecho –en la medida que la reparación por la actividad estatal ilegítima esté llamada a reubicar a la persona perjudicada, dentro de lo posible, en la misma situación en la que hubiera estado si el evento dañoso no se hubiera producido⁽¹²⁾ la responsabilidad estatal queda asociada con la efectiva tutela de la integridad de la persona y de los atributos que le son inherentes en su condición de tal, como el patrimonio.

En segundo término, el art. 1765 del Proyecto, en tanto dispone que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda, consagra la doble autonomía de la responsabilidad estatal, según lo sostiene el Alto Tribunal nacional.

1764 y 1766 originalmente propuestos por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado presentado por la Comisión Decreto 191-11. El art. 1764 del Anteproyecto, regulaba la responsabilidad por actividad estatal ilegítima, el art. 1766, en cambio, contemplaba la responsabilidad por actividad lícita del Estado.

(12) La primera parte del art. 1083 del Código Civil vigente establece que el resarcimiento de los daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. La segunda parte de la norma dispone que el damnificado podrá optar por la indemnización en dinero.

Por su parte, el art. 1740 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado elaborado por la Comisión 191-11 exhibe una posición diferente pues, luego de establecer que la reparación plena consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, consagra, a favor de la víctima la opción por el reintegro específico excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.

De consiguiente, mientras en el CC el principio es la reparación in natura con opción a favor del damnificado por la indemnización en dinero, en el Anteproyecto el principio es la restitución de la situación del estado anterior en dinero, con opción del damnificado al reintegro específico, con excepciones

De un lado, la norma proyectada establece que la responsabilidad del Estado queda sometida a principios, estándares y reglas propias y particulares, diferentes de los que rigen a la responsabilidad civil. Y es enteramente lógico que así sea: no hay que olvidar que el Código Civil y Comercial Unificado habrá de regular las relaciones de derecho privado, entre particulares, según los criterios de la justicia comutativa. Los estándares de ésta son bien distintos a los principios de justicia distributiva que rigen las relaciones entre las prerrogativas estatales y las garantías (sustanciales y adjetivas) de los particulares.

Por cierto asumir que la responsabilidad del Estado goza de autonomía jurídica científica, legislativa y hasta pedagógica con respecto a la civil, significa tan sólo afirmar que el régimen jurídico del responder estatal está sujeto a los criterios específicos y propios del derecho público y que éstos guardan preeminencia sobre cualquier otro. Así, por ejemplo, la responsabilidad derivada de la actividad normativa legítima de las autoridades públicas (leyes, acordadas, reglamentos) como también la revocación de un acto administrativo regular por razones de interés público, son cuestiones de derecho público complejas que reciben solución justa desde el derecho administrativo⁽¹³⁾ pero que sólo muy forzadamente podrán encontrar respuesta adecuada en las normas de la responsabilidad civil. Al respecto, basta recordar las afirmaciones de la Corte Suprema en el caso "Motor Once"⁽¹⁴⁾. Iguales o mayores dificultades hallaremos al momento de configurar el supuesto de hecho que genera indemnizabilidad por omisión ilegítima del Estado. Obviamente que las soluciones que frente a estos supuestos puede brindar el derecho civil no encajan satisfactoriamente con los principios de justicia distributiva que gobiernan al derecho administrativo.

De otro lado, el proyectado art. 1765, en consonancia con el art. 121 de la CN y según lo dejó claramente expresado la CSJN en "Barreto", estable-

(13) Ver: Consejo de Estado francés, arret "La Fleurette" 14-1-1938.

(14) CSJN, "Motor Once", del 9-5-1989, LL 1989-D-31.

En este pronunciamiento la Corte se remite al dictamen de la Procurador Fiscal. El dictamne de la Dra. Reiriz, en lo pertinente, sostuvo: "La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos. La solución solo puede deducirse de los principios del derecho público".

ce que la responsabilidad estatal se regirá por el derecho nacional o local, según corresponda. De este modo la norma propuesta enfatiza el carácter local del derecho administrativo y se adecua a la distribución de competencia que programa el documento constitucional.

En este orden se ha señalado, con razón, que el enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado olvida que según el régimen federal adoptado por el art. 1º de la Constitución Nacional, el derecho administrativo argentino es de carácter local y nacional, de lo cual se deriva la facultad de las provincias para regular la responsabilidad estatal⁽¹⁵⁾.

Ciertamente, las previsiones normativas estructurales del ordenamiento privado se podrán aplicar sólo analógicamente —esto es, adaptándolas a las normas, estándares y principios del derecho público⁽¹⁶⁾—, solamente cuando no existan normas específicas regulatorias de la responsabilidad del Estado. En tal caso, como dice la propia Corte Suprema en “Barreto”, se deberá tener en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate.

La técnica de analogía fue utilizada por la CSJN en “Ganadera Los Lagos S.A.”, de 1941⁽¹⁷⁾. Casi sesenta años más tarde, en “Organización Coordinadora Argentina S.A. c/ Secretaría de Inteligencia del Estado”⁽¹⁸⁾, el Alto Tribunal sostuvo que la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso.

(15) PERRINO, PABLO “Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado”, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario Público, Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral*, Rap, buenos Aires, 2009, p.797.

(16) La técnica de analogía fue utilizada por la CSJN en Fallos 190:142 (“Ganadera Los Lagos S.A.”, de 1941). Casi sesenta años más tarde, en la causa “Organización Coordinadora Argentina SA c/ Secretaría de Inteligencia del Estado (Fallos 321:174) el Alto Tribunal sostuvo: “Que las disposiciones del Código Civil, entre ellas las relativas a las nulidades de los actos jurídicos, son aplicables a la esfera del derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último (Fallos 190:141; 304:919; y 310:1578). Pero la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso” (cons. 8).

(17) Fallos 190:142

(18) Fallos 321:174, cons. 8.

En ese entendimiento, y dado que en la hora actual no existe un sistema normativo que regule la responsabilidad del Estado, creemos oportuno reexaminar, desde el vértice que nos ofrece la antedicha analogía, los diferentes problemas y situaciones jurídicas que presenta la relación de causalidad en la responsabilidad del Estado.

4 | La relación de causalidad es un requisito indispensable del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad patrimonial del Estado

La relación de causalidad es un elemento “común” a la responsabilidad civil como a la del Estado, sea por actividad ilícita como legítima.

En efecto; dentro del derecho privado, si bien los autores difieren en cuanto a los requisitos generales de la responsabilidad civil por actividad ilícita —ora la responsabilidad aquiliana, ora la derivada del incumplimiento de la decisión privada lícita— todos ellos no vacilan en reconocer al nexo de causalidad como un elemento esencial⁽¹⁹⁾ del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad.

Algo similar ocurre con la responsabilidad patrimonial del Estado.

(19) Así, Salvat consideraba que eran tres los elementos del hecho ilícito civil: que haya daño causado; que al autor del hecho se le pueda imputar dolo , culpa o negligencia que exista la relación de causalidad entre el hecho y el daño. Como noción general de esta última señalaba que la relación de causalidad existe cuando, sin el hecho considerado, el daño no se hubiese producido (SALVAT, RAYMONDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Tº VII, Ed. La Ley, 1946, pp.13 y ss.). Boffi Boggero, en monumental tratado de Derecho de las Obligaciones, postulaba siete elementos: acción u obrar humano; antijuridicidad; imputabilidad; culpabilidad subjetiva; daño; relación causal (en tanto une al acto antijurídico y culpable con el daño); no frustración de la indemnizabilidad (Boffi Boggero, Luis M., *Tratado de las Obligaciones*, Astrea, 1973, Tº II, pág. 311 y ss). Para Guillermo Borda el nacimiento de la responsabilidad civil requiere la transgresión a la ley en virtud de un acto positivo o negativo; daño causado a un tercero; relación causal entre el acto y el daño; imputabilidad del acto al autor (*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, TºII, cuarta edición, p.236 y ss). Jorge Mosset Iturraspe exige los siguientes elementos: antijuridicidad; imputabilidad; dañosidad; causalidad (la responsabilidad civil presupone una relación de causalidad entre la conducta antijurídica y las consecuencias dañosas).

Así, la Corte Suprema —en su actual integración— sostiene⁽²⁰⁾ que, en principio, la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita debe reunir los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una *falta de servicio* (art. 1112 del Código Civil) por acción u omisión⁽²¹⁾ (algunos fallos del Tribunal aluden a la ejecución irregular del servicio⁽²²⁾); b) la actora debe haber sufrido un *daño*, cierto y actual⁽²³⁾; y, c) debe existir una *relación de causalidad* entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue⁽²⁴⁾.

En cuanto concierne al tercer elemento, el Alto Tribunal reiteradamente sostuvo que la mentada relación causal entre la conducta de la persona pública demandada y el daño cuya reparación se pretende debe ser

(20) Fallos 334: 376, cons, 3º ("Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", de 2011); 332: 1367 ("Zonas Francas Santa Cruz c/ EN", cons. 6º, de 2009); Fallos 328:2547, considerando 7º ("Ramos").

(21) En lo que atañe a la falta de servicio por omisión la CSJN puntualiza con énfasis que se debe "distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible". Y agrega: "La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar"(Fallos 330:563, "Mosca"; en el mismo sentido "P. de F. v. Laboratorios Huilén y otros" del 20-10-2009)

(22) Fallos 331:1690 ("Reynot" de 12-8-2008, cons. 6º).

La falta de servicio es definida por la Corte federal como "una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular". Según lo sostuvo en "Zacarías" (Fallos 321:1124) y "Mosca" (330:563, considerando 6º) para determinar la concurrencia de ese elemento es necesario apreciar en concreto: la naturaleza de la actividad; los medios de que dispone el servicio; el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.

(23) Fallos 333: 1404 ("Morrow de Albanesi" cons. 7, del 17-8-2010).

(24) La CSJN, en Fallos 328:2509, le asigna al nexo de causalidad el carácter de "presupuesto de la pretensión indemnizatoria".

También se ha señalado que "[...]a existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se le imputa a la Administración y el daño producido es una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquélla el deber de resarcir ese daño" (CNCAF, sala II, Transporte Rio de la Plata c/ E.N. , sent. del 1-6-00).

Como indicamos en el texto, pensamos que la relación de causalidad debe ser asumida como un elemento indispensable, esencial, del supuesto de hecho antecedente que lleva a la indemnizabilidad.

"directa"⁽²⁵⁾. Más adelante examinaremos el alcance jurídico que corresponde asignarle a esta locución.

De otro lado, para que proceda la responsabilidad estatal por su actividad legítima deben concurrir los siguientes requisitos⁽²⁶⁾: a) daño: perjuicio patrimonial cierto y actual, entendida como una lesión a una situación jurídica protegida; b) relación de causalidad; c) imputabilidad jurídica del daño al Estado: la atribuibilidad de la conducta al Estado se basa en la relación orgánica, en consideración de que sus agentes son órganos de aquél y no representantes ni mandatarios; d) ausencia del deber jurídico de soportar el daño —Julio R. Comadira puntualizaba que el particular tiene, sin embargo, la obligación de soportar la conducta dañosa del Estado, más no el perjuicio que de ella se deriva— e) sacrificio especial, entendido como el verdadero factor de atribución. La especialidad del daño se debe referir al sufrimiento del perjuicio de manera desigual y desproporcionada respecto del conjunto local; un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad⁽²⁷⁾.

De la comparación precedente es dable concluir que el nexo de causalidad se presenta como un elemento esencial, indispensable, que atañe tanto a la responsabilidad civil como del Estado. Dentro de esta última se presenta en ambos subsistemas, el derivado de la irregular o inadecuada prestación del servicio como el que emerge de la actuación legítima.

Sin embargo, ese carácter de elemento común no nos puede hacer perder de vista que el nexo de causalidad en el régimen jurisprudencial de

(25) Fallos 334:376 ("Baeza", de 2011); 331:1690 ("Reynot" de 2008, cons. 6º).

(26) COMADIRA, JULIO RODOLFO, "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de Juridicidad y Responsabilidad del Estado", en *Derecho Administrativo*, 2da. ed., Lexis Nexis, 2003, pp. 372 y ss.

(27) La CNCAF, sostiene que "[e]l reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad —lícita o ilícita— exige para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es: la existencia de un daño cierto; la relación de causalidad entre el obrar del Estado o de sus entes y el perjuicio, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al Estado. A ello se añade, tratándose de actividad lícita: la necesaria verificación de la existencia de un sacrificio especial en el afectado, como así también la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño —no significativamente anormal o grave—" (CNCAF, sala II, en "Copromaneu S.A. v. SENASA. y Calidad Agroalimentaria", del 14-12-06; Sala IV, in re, Barroso Fernando c/ E.N. (Mº de Economía) s/ proceso de conocimiento, Causa: 52.552/95 sent. del 19/09/96 y sus citas).

la responsabilidad estatal tiene sus propios dilemas y presenta contrastes y fracturas con respecto al régimen de la causación de la responsabilidad civil. Y los problemas son iniciales. Obsérvese que mientras el sistema de las consecuencias de los actos ilícitos en el derecho privado —arts. 901 a 906 del Código Civil— se articula primordialmente sobre un factor de atribución subjetivo (si bien aparece morigerado luego del decreto-ley 17.711/68), el sistema general de la responsabilidad del Estado, reposa, en cambio, sobre factores de atribución objetivos.

5 | Relación de causalidad: noción y contenido

- I. El nexo de causalidad tiene por función ligar las piezas indispensables que integran el supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad del Estado. Ciertamente, la ausencia de vínculo causal, o su insuficiente prueba, imposibilita la concreta configuración de la responsabilidad estatal.

El sintagma “relación de causalidad” es portador de una pluralidad de significados. Su polisemia se exhibe tanto en el plano filosófico⁽²⁸⁾ como en el jurídico.

Efectivamente, desde el derecho civil argentino tradicional se afirma que para que tenga lugar una condenación por daños e intereses de un hecho

(28) En el plano filosófico la locución causalidad tiene un triple significado. Así, se la emplea para designar una categoría, la correspondiente al vínculo causal; un principio, la ley general de causación; y una doctrina, aquella que sostiene la validez universal del principio causal, excluyendo los demás principios de determinación. La causalidad como *causación*, remite a la conexión causal en general así como a todo nexo causal particular (tal como el que existe entre las llamas y las quemaduras por ellas producidas en general y entre una llama particular dada y una quemadura particular por ella producida); como *principio causal* o principio de causalidad, concierne al enunciado de la ley de causación: la misma causa siempre produce el mismo efecto, así: las llamas invariablemente causan quemaduras en la piel humana; y, finalmente, el *determinismo causal* o *causalismo* o simplemente causalidad, se refiere a la doctrina que afirma la validez universal del principio causal y se lo formula mediante afirmaciones como las siguientes: todo tiene una causa; nada sucede en el mundo sin causa; nada puede existir ni dejar de existir sin causa; todo lo que llega a ser, nace por obra de alguna causa; cuanto tiene comienzo debe tener alguna causa. En resumen, mientras el principio causal enuncia la forma del vínculo causal (causación), el determinismo causal afirma que todo ocurre de acuerdo con la ley causal (conf. BUNGE, MARIO “*La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*”, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1997, pp.17 y ss).

ilícito, no basta que el hecho sea imputable, es decir que haya mediado dolo o culpa del autor y que exista un daño causado; es necesario también que entre el hecho ilícito y el daño exista una relación de causalidad, que el primero pueda ser considerado la causa del segundo. En ese sentido se señala que la existencia de esta relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño constituye una cuestión de hecho: ella existe cuando, sin el hecho considerado, el daño no se hubiese producido⁽²⁹⁾.

Bustamante Alsina ha dicho, sobre la relación de causalidad, que es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. También señala que el nexo de causalidad es un elemento objetivo que alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa⁽³⁰⁾.

Desde otra posición se sostiene que la relación causal une y vincula al acto antijurídico subjetivamente imputable, y el daño. Se enfatiza aquí que el vínculo no es solamente entre un mero hecho y el daño sino entre el obrar, formalmente antijurídico y atribuible subjetivamente al autor del acto y el daño causado⁽³¹⁾.

Isidoro Goldenberg caracteriza al nexo causal como enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente⁽³²⁾. En doctrina se lo conoce como imputabilidad o atribuibilidad objetiva o vínculo material. La determinación del vínculo de causalidad permite establecer cuándo una consecuencia debe ser atribuida a la acción u omisión de una persona⁽³³⁾.

(29) SALVAT, op. cit. p.22

(30) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad*, LL 1991-E-1278.

(31) Ver BOFFI BOGGERO, Luis M., *Tratado...op.cit.* p. 311.

(32) GOLDENBERG, ISIDORO, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2da. ed., 2000, p. 39.

(33) Idem, p.44. Señala Goldenberg que “[e]n el iter causal, el plexo jurídico solo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener en el plano ontológico la calidad de consecuencias”.

Santos Briz, en España, ha señalado, citando a Esser, que actualmente se habla de causalidad en un doble sentido: por un lado, la conducta del agente que realiza el supuesto de hecho de la norma que sanciona la responsabilidad (causalidad como fundamento); por otro, el daño producido ha de ser precisamente una consecuencia de la infracción prevista en dicho supuesto (causalidad como complemento)⁽³⁴⁾.

Se ha dicho también que la relación de causalidad se trata tan sólo de una relación material que responde a las leyes físicas y que trata de saber si un daño es consecuencia de un hecho anterior⁽³⁵⁾.

Desde el derecho administrativo Cassagne sostiene que mediante la relación de causalidad se trata de indagar la causa eficiente que origina el daño, lo que responde al principio lógico de razón suficiente, conforme al cual todo lo que es, tiene su causa en alguna razón⁽³⁶⁾.

En el derecho francés contemporáneo la responsabilidad administrativa nacerá si se demuestra que entre el perjuicio invocado y la actividad administrativa existe un vínculo directo de causalidad. Al respecto, la doctrina de ese país señala que la determinación del vínculo directo entre la causa y el efecto no se puede establecer por adelantado sino más bien responde a una actitud pragmática asumida por la justicia administrativa⁽³⁷⁾.

2. El nexo de causalidad se presenta como un elemento esencial del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal. Por su conducto un resulta-
-

(34) SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, 3º edición, Madrid, 1981, p. 209. Explica el autor: "La declaración de responsabilidad civil, ya proceda de acto ilícito no penal o derive de hecho delictivo, exige como uno de sus elementos esenciales la relación o nexo causal entre el hecho que se estima productor del daño y éste, es decir, que haya una relación de causa a efecto entre uno y otro. Y para que proceda la indemnización no basta que existe el nexo causal indicado: es preciso, además, la prueba del mismo".

(35) TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. nº 4912/06 "T., S. N. y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. Médica) s/ recurso de apelación ordinario concedido" ,en expte. nº 6400/0, del 6 de noviembre de 2007, voto del Dr. Casás.

(36) CASSAGNE, JUAN C., *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, séptima edición, T. I, p. 504.

(37) PAILLET, MICHEL, *La responsabilidad administrativa*, (Título original: *La responsabilité administrative*), Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 85 y ss.

do considerado jurídicamente dañoso (daño), que el damnificado no tiene ni el deber ni la obligación de soportar, se conecta y anuda con una actuación estatal antecedente, ora jurídica, ora material, subsumible en alguno de los factores de atribución reconocidos como tales por la jurisprudencia.

No basta probar la existencia de daño. Tampoco alcanza con justificar que la autoridad administrativa incurrió en inobservancia de sus compromisos normativos. El nacimiento de la responsabilidad del Estado exige demostrar que la lesión es una derivación secuencial de la actuación, positiva o negativa, de un órgano estatal.

Así, en los casos de responsabilidad por actividad ilegítima (ora nacida de actos o reglamentos ilegítimos o leyes inconstitucionales, ora producida por actuaciones materiales o por situaciones de inactividad u omisión anti-jurídica), es evidente que quien postula una pretensión reparatoria asume la carga procesal de demostrar la presencia de un encadenamiento de sucesos relevantes que conectan el daño jurídico cierto y probado con una actuación imputable a un órgano del Estado.

3. La causación no se confunde ni subsume en la imputabilidad, ni en el daño. Es un requisito técnico por conducto del cual se aprehende, jurídicamente, el complejo encadenamiento que existe entre una situación antecedente (actuación, positiva o negativa, de los órganos que despliegan la actividad estatal subsumible en alguno de los factores de atribución de la responsabilidad estatal)⁽³⁸⁾ y su resultado (el daño jurídico cierto que aquella actuación produce sobre terceros).

Es por ello que la causación es algo más que una mera sucesión de eventos separados y aislados.

Es el genético vínculo de conectividad por el que es posible establecer que un determinado cambio en el mundo jurídico, al que denominamos daño, perjuicio menoscabo o lesión, fue producido, efectiva y realmente, por un suceso antecedente (obrar, simple o complejo, de algún órgano del Estado).

(38) Adviértase que aún existiendo relación de causalidad, si no está demostrado que la actuación estatal encuadra en alguno de los factores de atribución que hacen nacer la responsabilidad del Estado, ésta no se podrá configurar.

6 | Las funciones de la relación de causalidad. De la inescindible correlación entre el factor de atribución y el nexo causal

Dentro de la teoría de la responsabilidad del Estado, la relación de causalidad está llamada a cumplir un doble rol.

Así, de un lado, como lo hemos precisado en el punto precedente, la causación determina si el daño alegado y probado es un resultado atribuible a la actuación de un órgano o ente del Estado. Desde este enfoque el vínculo causal tiene como misión explicar *por qué* ocurrió el daño y *a quién* se le atribuye ese resultado.

Por otro lado, el requisito causal brinda los parámetros objetivos indispensables para establecer, cualitativamente, la extensión de las consecuencias que deben reparar. Por tanto: el menoscabo patrimonial, el daño, será reparable siempre que se encuentre comprendido dentro del círculo de consecuencias jurídicamente atribuidas, para ese supuesto, al autor de la actuación u omisión imputada.

Señalamos al comienzo que el nexo de causalidad cumple, además, una función de decisiva: fija y, a la vez, limita el alcance de las consecuencias que, en cada, corresponde imputar al *factum* lesivo a los fines de la reparación.

En efecto. En el sistema jurisprudencial de la responsabilidad del Estado vigente hoy en la Argentina la índole del factor de atribución condiciona el alcance de las consecuencias atribuibles a órgano estatal. Esta recíproca dependencia entre ambos elementos determina, en cada caso, que la cadena de resultancias imputables a la autoridad pública, se extenderá o reducirá su radio de acuerdo a que el factor de atribución repose en la “falta de servicio” o en el “sacrificio especial”.

7 | Teorías jurídicas que explican la relación de causalidad

Desde el vértice jurídico, la relación de causalidad plantea una cuestión capital: sobre qué bases es posible aseverar que un hecho modificadorio de la realidad ha sido producido por otro.

Doctrinalmente se han postulado distintos criterios para resolver estos problemas.

- I. Así, la teoría de la equivalencia de condiciones⁽³⁹⁾ o, de la *conditio sine qua non*, sostiene que toda condición que ha contribuido al resultado es la causa de ese resultado.

De este modo se rechazan las diferencias que pudieran existir entre los distintos antecedentes que preceden al resultado, situando a todos ellos en el mismo plano.

La teoría de la equivalencia de condiciones confiere igual relevancia a cualquiera de las múltiples causas que antecedieron al resultado dañoso. Al ubicar en un mismo plano de importancia a todos los elementos que han concurrido a la producción del daño esta teoría no selecciona ni jerarquiza entre la pluralidad de antecedentes. Considera a todas las condiciones con el mismo valor en la producción del daño.

Bien se ha señalado esta teoría, inicialmente formulada por Von Buri, renuncia a distinguir entre causas o a privilegiar unas sobre otras⁽⁴⁰⁾.

La aplicación de esta teoría al ámbito de la responsabilidad del Estado conduce a que el deber de indemnizar puede imponerse al autor de cualquiera de ella y por lo tanto también a la Administración, que es la que en

(39) Esta teoría se la vincula con la noción de causa formulada por el filósofo John Stuart Mill, quien sostenía: “(...) la causa, pues, filosóficamente hablando es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hace que siga el consiguiente (...)”.

(40) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Derecho Penal*, Parte General, 2da. ed., Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 464.

general por razones de solvencia, habrá de aparecer con mejores posibilidades materiales para responder⁽⁴¹⁾.

Al considerar cada condición como causante del resultado ello conduciría a una responsabilidad sin límites⁽⁴²⁾. De allí entonces que resulta extraño que a la teoría de la equivalencia de condiciones se la hubiese calificado de extrema, pues otorga una nítida prioridad a la reparación del daño sobre cualquier otra consideración.

2. La teoría de la causalidad exclusiva predica, en cambio, que el nacimiento de la responsabilidad depende de que los daños sean producidos por la única intervención del demandado.

La aplicación de esta teoría a la responsabilidad estatal trae como consecuencia que la concurrencia al menos de una causa extraña a la actividad administrativa libera totalmente a la autoridad pública del deber de indemnizar.

3. La teoría de la causa próxima, o del último antecedente, sostiene que sólo el hecho temporalmente más próximo es el más relevante, y descarta a los más remotos.

Se considera causa al antecedente, que en lo cronológico, se encuentra más próximo al momento del daño⁽⁴³⁾. Así, desde esta perspectiva, habrá relación de causa a efecto si el hecho ha precedido inmediatamente a la realización del daño.

4. Dentro del elenco de teorías que podemos denominar mixtas, encontramos a la teoría de la causa eficiente.
-

(41) En el derecho francés, explica Paillet, no puede decirse que el juez administrativo haya hecho realmente suya la teoría de las equivalencias de las condiciones, como lo demuestra, por ejemplo la sentencia Montrer (CE, 21 de marzo de 1969), pues la expedición irregular de una autorización para portar armas no se considera causa de la muerte perpetrada tres años más tarde por su beneficiario, aunque haya podido jugar algún papel en su comisión (PAILLET, MICHEL, *La responsabilidad administrativa*, (Título original: *La responsabilité administrative*), Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 91).

(42) SANTOS BRIZ, op.cit. p. 213.

(43) Paillet explica que si bien la proximidad temporal puede jugar un papel en la admisión del vínculo de causalidad (cita la decisión del CE, del 29-4-87, en Banque Poulaire de la Région Economique de Strasbourg); en Francia el juez no se detiene forzosamente en el último acontecimiento sobrevenido antes del daño, pues él no impide remontarse más allá de la cadena de las responsabilidades (Paillet, op.cit.).

Esta teoría selecciona la condición que implica una posibilidad máxima o, por lo menos, importante y que, con criterio cuantitativo, ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado.

Se busca la eficiencia en la condición que sea más activa. Se dice: si bien todas las condiciones son necesarias, desde el momento en que todas contribuyeron para la producción de daño, media entre ellas una clara diferencia de eficiencia. Con criterio cualitativo se ha denominado causa al antecedente del resultado “que desde el principio está contenido en el efecto”. Así, gráficamente se explica que la semilla es la causa de que la planta nazca; la humedad, el suelo, son condiciones.

Sin embargo, algunas posiciones identifican la causa eficiente con el hecho decisivo en la producción del daño, en claro acercamiento con la teoría de la causalidad adecuada que veremos seguidamente.

5. Una de las teorías más reconocidas en esta materia es la *de la causalidad adecuada*.

En nuestro medio ella fue inicialmente propiciada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil de 1961 y admitida, si bien tímidamente, en el art. 906 del Código Civil reformado en 1968 mediante el decreto-ley 17.711/68⁽⁴⁴⁾.

El Proyecto de Código Civil y Comercial unificado se enrola en esta posición⁽⁴⁵⁾.

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “*idoneidad*” de las condiciones, a

(44) La Cámara Civil de la Capital, sala J, en la causa “Aguilar, Elena B. v. Alvear Palace Hotel y otros”, del 4 de mayo de 2007, dijo: “Nuestro Código Civil adopta el sistema de la causalidad adecuada de conformidad a los arts. 901 a 906, que supone la confrontación entre un hecho y determinadas consecuencias, con el objeto de indagar si aquél ha sido suficiente o idóneo para producirlas, si ocurrido aquél, debe ser previsible, verosímil, normal, que las consecuencias acostumbren a suceder. Por lo tanto, la relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido si es idóneo o no para producir determinadas consecuencias que el actor invoca. La causalidad adecuada no requiere la fatalidad en la imputación de las consecuencias al hecho, pero tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad. Se requiere un juicio de probabilidad que supere el nivel de lo conjetural...”.

(45) Reza el art. 1726 del Proyecto: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediáticas previsibles”.

través del juicio de probabilidad. Ella predica que sólo se debe responder por aquellas consecuencias que resulten previsibles, que siguen el curso natural y ordinario de las cosas, es decir, por aquellas que corrientemente acaecen según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos.

La teoría de la causalidad adecuada se diferencia de la equivalencia de las condiciones en que no todas las condiciones para la realización del resultado son equivalentes en general o en abstracto: solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad —adoptado según la experiencia de la vida—, normalmente produce u ocasiona el resultado —daño— que debe atribuirse al hecho⁽⁴⁶⁾. Alguna jurisprudencia sostiene que sólo debe calificarse como causa a aquella que está dotada de la mayor fuerza productiva. También se alude a ella mediante el sintagma “eficacia causal preponderante”.

Se ha dicho que “adecuación” quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción antecedente

(46) Los inspiradores de esta teoría señalaban que la *relación de causalidad se presenta cuando el daño era previsible por el agente* (*previsibilidad subjetiva*), en consideración a los hechos que conocía o podía conocer en el momento de actuar. Sin embargo, desde esta perspectiva, en el plano de la responsabilidad civil, se confunde la causalidad con la culpabilidad.

Ahora bien, frente a la concepción subjetiva de la relación causal adecuada se han expuestos criterios objetivos para evitar la objeción de los que confunden causalidad con culpabilidad.

Así la causalidad adecuada se reduce a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si por el contrario queda fuera de este posible cálculo de probabilidades.

A su vez, el cálculo de probabilidades se efectúa desde el punto de vista de la madurez o facultad de percepción del agente —pronóstico subjetivo— y, para otros, sobre la base de la diligencia de un hombre normal (pronóstico objetivo).

Para unos, el pronóstico debe hacerse en el momento en que el hecho tuvo lugar —pronóstico precedente— y, para otros, después que el daño se ha producido y una vez que sean conocidas las circunstancias determinantes (pronóstico retrospectivo).

Como se advierte es posible hallar dos pares de conceptos sobre una misma cuestión: pronóstico subjetivo y objetivo, de un lado; pronóstico precedente y retrospectivo, de otro.

tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente⁽⁴⁷⁾.

En definitiva, para esta teoría, causa es aquella que, entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.

Por aplicación de esta teoría el tribunal aísla uno o más hechos determinados dentro del infinito encadenamiento de circunstancias que han posibilitado el daño; verifica su condición de *hecho decisivo*, sin el cual el daño no se hubiera producido, se los declara causa del daño, y descarta los otros hechos que no adquieran categoría de causa.

6. Como complemento de la teoría de la causa idónea o adecuada algunos autores han desarrollado la denominada teoría del seguimiento o de la impronta continua de la manifestación dañosa.

Esta teoría pretende explicar los supuestos que presentan una multiplicidad de hechos antecedentes que no se presentan contemporáneamente sino de modo sucesivo, originándose daños en cascada, como el clásico ejemplo de Pothier: donde la venta de un animal enfermo determina su muerte y el contagio de otros animales que igualmente mueren, lo cual impide al comprador cultivar su campo por lo cual no puede pagar a sus acreedores y finalmente se suicida.

Según postula esta doctrina si los daños se producen en cascada la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado causa idónea del resultado dañoso. Se asciende hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal⁽⁴⁸⁾.

(47) Cámara 1^a Civil y Comercial de La Plata, sala 3^a, "Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 28 de marzo de 2006.

(48) Bustamante Alsina, que ha desarrollado esta teoría en nuestro país, asevera que si los daños se producen en cascada la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado causa idónea del resultado dañoso (v. Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad, LL 1991-E-1278).

Dice este autor que cuando el daño es resultado de la concurrencia de varios hechos antecedentes pero contemporáneos la cuestión es relativamente simple pues se trata de

8 | La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima. Tendencia jurisprudencial predominante

A los fines de caracterizar el perfil jurídico de la relación causal como elemento de la responsabilidad del Estado por su actividad *ilegítima*, y sobre todo en situaciones donde existe pluralidad o multiplicidad, ora coetánea, ora sucesiva, de hechos antecedentes, nuestra Corte federal no ha seguido criterios dogmáticos ni rígidos.

Sólo es posible ver cierto predominio, alguna tendencia, mas no una adscripción definitiva hacia alguna de las teorías jurídicas que gobiernan la relación de causalidad.

- I. Así, en algunos supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima la CSJN —en su actual integración— viene afirmando que debe existir una relación de causalidad “directa” entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue⁽⁴⁹⁾.

..... atribuirle a uno de esos hechos que se adecuado o idóneo para producir por sí mismo el resultado.

Aquí la cuestión se reduce a la prueba de los hechos y a la determinación técnica de su previsibilidad o evitabilidad del resultado. La teoría de la causalidad adecuada es apta para determinar con certeza cuál ha sido el hecho u omisión que produjo el resultado previsible.

La teoría del seguimiento, o de la impronta continua de la manifestación dañosa, sostiene que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal.

El seguimiento del resultado dañoso cuyo resarcimiento se trata debe continuarse a través de los diferentes hechos defectuosos de los cuales se derivan otros, hasta hallar en uno de ellos una culpa o factor objetivo de atribución que al aparecer en el proceso causal lo interrumpe para atribuir responsabilidad a un sujeto indirectamente involucrado con el daño el cual, aunque no sea consecuencia inmediata de su hecho, se halla en una relación adecuada de causalidad.

Afirma que esta teoría no excluye la causalidad adecuada pero permite investigar los hechos hasta el punto en que resulta razonable analizar la previsibilidad abstracta de la consecuencia del hecho en que intervino por acción u omisión.

(49) Fallos 334:376 (“Baeza”, de 2011); 331:1690 (“Reynot” cons. 6º, de 2008); 328:2547 (Ramos).

El vínculo directo⁽⁵⁰⁾ de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño excluye, por cierto, aquellos resultados dañosos que son una derivación "indirecta"⁽⁵¹⁾ ⁽⁵²⁾de la actuación del Estado como los que son completamente "extraños"⁽⁵³⁾ a esa relación.

Así, en "Baeza"⁽⁵⁴⁾, la CSJN consideró que efectivamente existía relación causal directa entre el daño sufrido por una persona que resultó herida de bala en su pierna, en una estación de subterráneo, como consecuencia de

(50) En Francia, explica Paillet (op.cit., pp. 85 y ss), la responsabilidad del Estado nace cuando es posible demostrar que entre el perjuicio invocado y una actividad pública existe un vínculo directo de causalidad.

La jurisprudencia de ese país registra casos diversos. Así se ha sostenido que los robos cometidos en una fábrica ocupada por antiguos trabajadores constituyen, para la sociedad propietaria, un daño resultante directamente del rechazo culposo de otorgar el concurso de la fuerza pública con el propósito de provocar la expulsión de éstos; se consideró que existe vínculo directo de causalidad entre el incendio provocado por un menor confiado a un establecimiento de educación vigilado y el defecto de supervisión. En el caso de la transmisión del virus del SIDA por vía de transfusión sanguínea recuerda Paillet que el Consejo de Estado ha admitido que, desde que se estableció que una persona no era sero positiva antes de someterse a transfusiones de productos sanguíneos no tratados (esterilizados) , su estado debía considerarse como la consecuencia directa de esas transfusiones y el Estado debía responder de los daños causados en esas condiciones

(51) El Consejo de Estado francés, en SA La Main 1992, decidió que la resolución legal de policía, que reglamenta la circulación sobre el montículo de Mont Martre no tiene vínculo directo con la pérdida de clientela de que se queja el restaurante. El Consejo de Estado rechazó la existencia de vínculo directo de causa a efecto entre la evasión culposa de un detenido con ocasión de su traslado y la muerte que comete cuarenta y ocho horas más tarde. Asimismo una corte administrativa de apelaciones decidió que el accidente sufrido por un alumno en el domicilio de un compañero está desprovisto del vínculo directo de causa-efecto con el hecho de que sus padres no hubiesen estado prevenidos de la suspensión de una clase, lo cual permitió a aquél abandonar el establecimiento escolar antes de la hora habitual.

(52) Para los supuestos de responsabilidad civil, el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, de acuerdo con el anteproyecto elaborado por la Comisión creada por el Decreto 191-11, establece que es procedente la indemnización del perjuicio directo como también del indirecto (conf. art. 1739).

(53) El Alto Tribunal, en "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A.", del 7 de noviembre de 2006, reiteró su doctrina según la cual "(..) el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (...)".

(54) Fallos 334:376.

la detonación del arma reglamentaria portada por un agente de policía de la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, en “*Bertinat*”⁽⁵⁵⁾ el Alto Tribunal rechazó la demanda de daños contra la autoridad pública por cuanto el accidente provocado en una ruta por un animal suelto es un hecho extraño a su intervención “directa”.

Ahora bien, ¿a qué se refiere la Corte Suprema cuando alude a relación de causalidad “directa” entre la conducta estatal y el daño?

Según el DRAE “directo” es lo que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios. Aplícase a lo que se encamina derechamente a un objeto.

Vínculo causal directo indica entonces que los daños alegados no son extraños jurídicamente a la intervención de la autoridad estatal, antes bien, están dentro del círculo jurídico de consecuencias previsibles que le son atribuidas al autor del hecho. Relación causal directa *indica que las consecuencias de un determinado hecho u omisión acaecen en sí mismas*, sin otros aditamentos, es decir, sin la intermediación de otro acto o hecho para producir efectos.

Sin embargo, no se nos escapa que en algunas decisiones se emplea el sintagma “relación de causalidad directa” para indicar que intervención estatal dotada de la suficiente idoneidad y preponderancia para producir el daño.

2. En otros precedentes, el Alto Tribunal federal parece adscribir, sin ambages, a la teoría de la causalidad adecuada.

En “*P. de F. v. Laboratorios Huilén y otros*”⁽⁵⁶⁾ —pretensión reparatoria promovida por la esposa de una persona fallecida por la ingesta de un producto denominado propóleo que poseía altas concentraciones de dietilenglicol y que fuera elaborado por un laboratorio privado— el Alto Tribunal, con remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que no se verificaba la adecuada relación causal entre el daño ocasionado y su imputación al Estado por supuesta inobservancia de

(55) Fallos 323:305.

(56) CSJN, sent. del 20-10-2009.

la policía sanitaria puesto que el perjuicio resultaba exclusivamente atribuible a la conducta del laboratorio. En esta causa se rechazó la demanda sustentada en la falta de servicio por omisión. Se sostuvo, en lo que atañe a ese caso, que el poder de policía sanitaria estaba legalmente definido de modo genérico y no se identificaba con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos, derivado de la acción de terceros.

En “Román”⁽⁵⁷⁾ la CSJN alude a la exigencia de demostrar la *idoneidad* de los hechos y actos como factor causal en la producción de los perjuicios.

En “Germade, vda. de Rebollo”⁽⁵⁸⁾ se rechaza la acción de daños porque no se ha acreditado la necesaria relación causal entre el fallecimiento del esposo de la reclamante y los hechos que supuestamente comprometería la responsabilidad del Estado.

En “Deoca”⁽⁵⁹⁾, la CSJN sostuvo que la entrega en propiedad del sable a un militar retirado como parte de su uniforme no hacía imputable al Estado del hecho dañoso por cuanto dicha entrega no es la causa adecuada del delito de homicidio, según el curso natural y ordinario de las cosas, asignándole el carácter de consecuencia remota, por la cual el Estado no debe responder⁽⁶⁰⁾.

En “Kasdorf”⁽⁶¹⁾, se sostuvo que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de la actividad desplegada por una provincia que obró de manera *idónea* para producirlo (art. 901 CC).

(57) Fallos 317:1239, cons. 8°.

(58) Fallos 320: 867.

(59) Fallos 324:1701.

(60) Para fundamentar su decisión, la CSJN entendió que: 1) un militar en situación de retiro no guarda la misma relación que uno en actividad: aquellos no desempeñan función estatal alguna; 2) por eso la falta de relación con el Estado no le es imputable al Estado; 3) la propiedad del sable no es del Estado ni de la Armada; era propiedad del propio militar. El Estado no era ni propietario ni guardián; 4) Aún cuando fuere propiedad de la Armada, la cuestión encuadraba en el tercer párrafo del 1113 porque la comisión de ese hecho dañoso es contra la voluntad expresa o presunta de su dueño; 5) La CSJN sostiene que la entrega del sable por parte del Estado al autor del homicidio no es la causa adecuada del delito, según el curso normal y ordinario, aquella fue una consecuencia remota de dicha entrega.

(61) Fallos 313:284.

También se aplica este criterio en “*Roque Reymundo e Hijos c/ Pcia. de San Luis*”⁽⁶²⁾. El desvío hacia un camino que estaba en deficientes condiciones, en abstracto, era normal y ordinariamente *idóneo* para producir accidentes como la destrucción de una carga de cosas frágiles, como vidrios.

En “*Cohen*”⁽⁶³⁾, la CSJN sostuvo que quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, como también su *idoneidad* para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama⁽⁶⁴⁾.

En “*Friar*”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, el Alto Tribunal asevera que la responsabilidad por falta de servicio exige: i) examinar cada uno de los actos y conductas que se le impugnan al Estado Nacional desde el punto de vista de su legitimidad y ii) examinar la *aptitud* de cada uno de los actos para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama.

En otros supuestos, aun sin mencionar a la teoría de la causalidad adecuada, la CSJN directamente alude a ella al adoptar como estándar “el grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas”⁽⁶⁵⁾ o al nexo de causalidad jurídicamente relevante⁽⁶⁶⁾.

3. Sin embargo, en otras sentencias la posición asumida es cercana a la teoría de la equivalencia de condiciones.
-

(62) Fallos 327:2764.

(63) Fallos 329: 2088.

(64) Previamente el Alto Tribunal había señalado que “la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en co-responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto”.

(65) Fallos 330:563(“*Mosca*”); “P. de F. v. Laboratorios Huilén y otros”, sent. del 20-10-2009.

(66) Fallos 324: 1243 (Banco de la Nación Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de, de 2001).

Así en “*Fournier*”⁽⁶⁷⁾ —daño producido por un arma de fuego de un agente de policía que se encontraba fuera de servicio y que, accidentalmente, hirió y mató a otro policía— la CSJN consideró que había relación causal entre el homicidio cometido por un cabo de la policía y el Estado por cuanto es obvio que el accidente no se habría producido de no habersele suministrado al agente el arma en cuestión. Se entendió que aunque el homicida se encontraba fuera de servicio, el daño guardaba conexidad con la función del agente que lo originó, de modo que la función pública había dado ocasión para cometer el acto dañoso.

4. Es posible concluir entonces que en los supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilegítima la Corte Suprema no adscribe, *in abstracto*, a ninguna de las teorías predominantes en esta materia. Prácticamente, el Alto Tribunal acude a una u otra doctrina, según el caso.

Sin embargo, en este campo, se vislumbra una tendencia a favor de los criterios materiales de la teoría de la causalidad adecuada.

9 | La presunción de causalidad no es admisible en la responsabilidad del Estado

A los fines de configurar la causación como elemento esencial del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad de los poderes públicos, se discute si es dable que esta pieza indispensable de la responsabilidad estatal quede satisfecha con la mera presunción de causalidad entre el obrar —positivo o negativo— del órgano estatal y el perjuicio o si, en todos los casos, ella debe ser efectivamente probada.

- I. De inicio, vale recordar que desde el derecho común se afirma que la relación de causalidad, cuando menos en su fase primaria, puramente material, debe ser probada por el accionante, por aplicación del principio que fluye del art. 377 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. En ese orden ataña a la actora proponer los elementos probatorios para que se tenga por vinculada la conducta y un cierto resultado⁽⁶⁸⁾.
-

(67) Fallos 317:1006.

(68) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, sentencia del 4-5-07, Aguilar c/ Alvear Palace”, con cita de J. Bustamante Alsina, “La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual”, L. L. 1996-D-23.

Si bien algunas posiciones doctrinales enarbolan la idea de que en los supuestos de responsabilidad de impronta objetiva existen presunciones de causalidad que sólo se destruye mediante el caso fortuito, la culpa de la víctima o de un tercero, otro autorizado sector rechaza con vigor esa posibilidad.

2. Sobre esta encrucijada debemos puntualizar que quienes admiten las presunciones de causalidad en el ámbito de la responsabilidad objetiva parecen ignorar que, en ese tipo de supuesto, solamente se prescinde de la culpabilidad del agente, mas ello no le exime al actor de la carga de demostrar la imputación física del daño por tratarse de una circunstancia de hecho que variará en cada caso⁽⁶⁹⁾.
3. El criterio que descarta la presunción de causalidad en la responsabilidad del Estado, aparece en la doctrina del Alto Tribunal federal⁽⁷⁰⁾ y se proyecta en los fallos de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital⁽⁷¹⁾.

Así se desprende de la sentencia registrada en el caso "*Denenberg*"⁽⁷²⁾. En este pronunciamiento se observan dos posiciones.

Luego señaló: "De tal modo, cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al vicio o riesgo de la cosa, a ella incumbe demostrar la existencia de ese riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio; esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando -cuando se trata de cosas inertes- la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el contexto del 2º párrafo, última parte, del art. 1113 del Código Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián" (Fallos: 314:1505, considerando 6º; 19/11/1991, "O'Mill, Alan E. c, Provincia de Neuquén", 1. L. 1992-D, 226, con comentario de Ray, José Domingo "La responsabilidad emergente de los daños causados con las cosas (El artículo 1113 del Código Civil en el derecho laboral)"; causa "Joung c. E.L.M.A.", JA 1995-111-160, con nota aprobatoria de Antonio Vázquez Vialard; causa "Choque Sunahua c. Emege", T.y S.S. 1993-781; causa "Sikora c. DHL", L. L. 1996-D, 736; votos de los Dres. Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez, 30/06/1998., in re "M., C. G. c. Club Atlético Vélez Sarsfield").

(69) Cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella le incumbe demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno y otro y el perjuicio; esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando cuando se trata de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormal de la cosa inerte" (CSJN; "O'Mill c/ Provincia de Neuquén; Fallos 314:1505).

(70) Ese criterio también aparece en el TSJ de la CABA (voto Dr. Casás): la atribución de un factor objetivo de responsabilidad no implica omitir la consideración sobre la existencia del daño y su relación causal con el accidente ("T., S. N. y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. Médica) s/ recurso de apelación ordinario concedido", en Expte. n° 6400/0, del 6-11-07).

(71) CNCAF, Sala V, "Gomis, Eduardo J. v. Banco Central de la República Argentina", cons. 12, del 7-4-2011. En este fallo la Cámara, siguiendo la doctrina del Alto Tribunal, enfatiza que el nexo causal "no puede presumirse, sino que debe estar debidamente acreditado".

(72) Fallos 322:3101. La plataforma fáctica era la siguiente: El actor, médico neonatólogo que prestaba servicios en un hospital provincial, accionó contra la provincia de Buenos

De un lado, el voto de la mayoría consideró que debía rechazarse la demanda pues no era posible establecer con suficiente certeza el nexo de causalidad requerido para atribuir a la demandada la responsabilidad que se pretende, si de las pruebas aportadas sólo surge una posibilidad de contagio pero no hay hechos o circunstancias que permitan establecer aquel nexo. Se afirmó que no existían pruebas del nexo causal requerido pues no existían constancias de que pacientes portadores de la enfermedad hubiesen ingresado al sector donde se desempeñaba el actor. Se concluyó así que el daño no le es imputable a la Administración pues este proviene de una causa extraña.

La minoría, en cambio, tuvo por probada la existencia de relación causal, pues la acreditación, si bien no con la demostración cierta de la concreta inoculación virósica que generó el contagio, al menos con la convicción en un grado suficiente de probabilidad que torna verosímil su atribución a las tareas desempeñadas en el hospital donde estuvo expuesto a agentes biológicos infecto contagiosos.

La posición minoritaria entendió que cabía hacer aplicación del concepto de carga dinámica de la prueba que se emplea cuando los extremos son de muy difícil comprobación y que consiste en hacer recaer dicha carga en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a la solución.

En este pronunciamiento del Tribunal se observan las dos tendencias que gobiernan esta cuestión: de un lado se establece que la relación causal no se presume. Se la debe acreditar “con suficiente certeza”. A su vez, se sostiene que corresponde al postulante de la pretensión reparatoria asumir esa carga procesal, esta posición, hoy predominante⁽⁷³⁾. De otro, se admite, para tener por configurada la relación causal basta que existe “un grado suficiente de probabilidad”. Esta posición jurisprudencialmente minoritaria aplica el criterio de la carga dinámica de la prueba.

Aires por haber contraído hepatitis C, alegando que ello fue producto de su trabajo en el nosocomio.

(73) En lo relativo a la responsabilidad civil, el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado establece como principio que “[...]a carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presume”(conf. art. 1736). En el mismo sentido prescribe que la carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca” (artículo citado, segunda parte).

El criterio que exige individualizar y probar del modo más concreto posible el ejercicio irregular de la función —falta de servicio— y la relación causal aparece también en otros pronunciamientos del Alto Tribunal. Así sucede en “Marieta Marmetal”⁽⁷⁴⁾ y “González”⁽⁷⁵⁾. Sostuvo allí la CSJN que ni en la situación reglada por el art. 1112 ni en la prevista por el art. 1113, primera parte del Código Civil cabe invertir el *onus probandi* en perjuicio de la demandada.

En “Zonas Francas Santa Cruz S.A.”⁽⁷⁶⁾ el Tribunal recordó el principio procesal según el cual quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos (art. 377 CPCCN). Y luego enfatizó: si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su reclamo sea denegado.

En suma: el régimen jurisprudencial de la responsabilidad estatal vigente en nuestro país no admite la presunción de causalidad. La relación de causalidad exige no sólo alegar sino aportar pruebas concluyentes que permitan establecer que entre la conducta estatal y el daño existe, con suficiente certeza, vínculo causal.

IO | El concurso de causas en la responsabilidad del Estado

Un mismo daño puede ser el efecto resultante de varias causas, ora coetáneas, ora sucesivas. De consiguiente, el presunto responsable podrá pretender una exoneración parcial de la responsabilidad si demuestra que una parte del daño no le es imputable por haber tenido éste otras causas fuera de su esfera de actuación.

Si la acción de varias personas es causalmente relevante, es decir, coadyuvan de manera idónea para la producción de un determinado resultado

(74) Fallos 318:74.

(75) 318:77.

(76) Fallos 332: 1367.

lesivo, existe lo que se denomina causalidad conjunta (conf. art. 1081, CC) o concausa⁽⁷⁷⁾.

Esta posibilidad, si bien no parece postulable en el subsistema de responsabilidad por actividad estatal lícita —por cuanto en ese ámbito, como se verá, exige que la actuación estatal opere como causa “exclusiva” del perjuicio—, ha sido admitida en algunos fallos en los que se le imputa a la Administración la producción de un daño patrimonial derivado de la falta de servicio.

La CSJN en “Kasdorf”⁽⁷⁸⁾, reconoció que había una concurrencia de factores causales imputables a la administración y a un tercero. Se sostuvo que la responsabilidad atribuida a la Provincia demandada no excluía la que corresponde al tercero⁽⁷⁹⁾.

(77) Se ha dicho: [p]ara que se configure la llamada concausa es necesario que dos acontecimientos aporten a un resultado de forma tal que, de no existir uno de ellos, el mismo no se produzca. Es decir, si restamos al accidente uno de los acontecimientos, el resultado dañoso no debería suceder o si sucede, deberían percibirse claramente una consecuencia dañosa diferente (un ejemplo de ello es el caso del enfermo cardíaco a quien suministran cloroformo para operarlo y como consecuencia, muere; claramente si suprimimos cualquiera de los dos acontecimientos, la enfermedad o la anestesia, el resultado no se produce). Tal es la forma en que se encuentra establecido el régimen de causalidad en nuestro Código Civil (arts. 901 a 906) del voto de la Dra. Conde en “T., S. N. y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. Médica) s/ recurso de apelación ordinario concedido”, en Expte. n° 6400/0, del 6-11-07.

(78) Fallos 313:284. En esta causa, la actora reclamó daños y perjuicios derivadas de la interrupción y retracción de ventas como consecuencia de la muerte de tres niños que se intoxican en un hospital de Jujuy por haber ingerido leche de esa marca. La realidad es que el producto Bonalac fue transportado juntamente con insecticida; este se derramó y contaminó la leche. No obstante tener un fuerte olor a insecticida el personal de del hospital preparó y suministró esa lecha a los niños.

Dijo la CSJN que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de una actividad de la Pcia. de Jujuy que obró de manera idónea para producirlo (art. 901 CC). Los dependientes de la Provincia incurrieron en una conducta negligente al no advertir la contaminación notoria del producto.

Sin embargo destacó que la responsabilidad de la provincia no excluye a la que corresponde a empresa de transporte. La conducta de sus dependientes que se desentendieron de los riesgos que podía ocasionar la entrega del producto en las condiciones en que se efectuó obliga a resarcir un daño que constituye una consecuencia mediante de ese hecho y que guarda con ésta un adecuado nexo causal (901).

(79) La CNCAF sostuvo que el Estado a los efectos indemnizatorios debe responder cuando coparticipa —por su obrar negligente— en la generación de un hecho dañoso, máxime cuando ello ocurre en el marco de su poder de policía y sin que ello signifique generar una suerte de responsabilidad irrestricta CNCAF, sala II, *in re, Transporte Río de la Plata c/ E.N.*, sent. del 1-6-00).

En “*Serradilla*” el Alto Tribunal federal consideró probada la existencia de concausas derivada de la concurrente falta de servicio por parte del Estado Nacional y de una provincia⁽⁸⁰⁾.

Ciertamente, el concurso causal en la producción del daño conlleva la concurrencia y distribución proporcional en la reparación.

En efecto, cuando el menoscabo proviene de la aludida concurrencia de hechos del demandado y hecho de la víctima, se presentan dos posiciones.

Así, con fundamento en la teoría de la equivalencia de las condiciones, se predica que corresponde disponer un reparto en partes iguales de las consecuencias.

Sin embargo, hoy prevalece la idea de que el demandado y la víctima deben soportar el detrimento en la medida en que causalmente lo hayan producido. Desde este enfoque el juzgante debe realizar lo que se denomina un juicio retrospectivo, *ex post ipso*, en abstracto, procurando determinar cuál ha sido la incidencia que sobre el daño ha tenido la conducta de cada uno de los sujetos en cuestión. Cuando en última instancia exista imposibilidad de determinar cuál de las dos acciones influyó principalmente en el hecho, procederá a distribuir en partes iguales el monto indemnizatorio.

II | Factores que suprimen la relación causal. Eximentes de responsabilidad

Ciertamente, la ausencia de relación de causalidad trae como consecuencia la no configuración del supuesto de hecho que genera de responsabilidad estatal.

(80) CSJN, *Serradilla* , Raúl c/ Pcia de Mendoza y otro, sentencia del 12 de junio de 2007. En dicha causa el Máximo Tribunal responsabilizó al Estado Nacional y a la Provincia de Mendoza por la deficiente prestación del servicio a su cargo: no cumplieron adecuadamente el deber de custodia que la ley y el convenio celebrado entre el Estado y la provincia celebraron con respecto a la documentación de las personas. En la especie, no se custodió el nuevo ejemplar de DNI requerido por el demandante. Tal circunstancia provocó que se abrieran cuentas bancarias a nombre del actor, pero con datos falsificados, que dieron lugar luego al libramiento de cheques sin fondos contra aquellas, lo cual generó que el BCRA inhabilitara al actor para operar en cuenta corriente en todo el país y diera de baja su tarjeta de crédito. Luego de enfatizar que existía una responsabilidad concurrente de los entes públicos, con fundamento en la idea objetiva de falta de servicio, la Corte señaló que las circunstancias del caso revelaban una cadena de conductas causales jurídicamente relevante en el resultado fáctico calificado como dañoso.

En algunos supuestos dicha vinculación causal no se produce por cuanto se verifican situaciones que interrumpen el nexo de causalidad.

A diferencia del concurso causal (concausa propiamente dicha), en la que solamente opera una disminución de los efectos de un hecho antecedente, existen otras situaciones en que la causa ajena suprime la relación causal. Técnicamente se las denomina eximentes o causales de exoneración de la responsabilidad. La existencia de una causa ajena, debidamente demostrada, libera al presunto responsable.

En estos supuestos, la causa material del menoscabo se desplaza hacia otro u otros centros de imputación. Las situaciones susceptibles de interrumpir el nexo causal son: el hecho de la propia víctima, de un tercero extraño o el caso fortuito.

- I. Hecho de la víctima. La propia conducta del damnificado se puede convertir, en causa exclusiva o concausa del daño.

Si la conducta de la víctima tiene solo incidencia parcial en la producción del resultado, en tal caso habrá un supuesto de concurso causal o concausa que determinará la reducción del monto indemnizatorio.

Para que el hecho de la víctima interrumpa totalmente el nexo causal debe haber sido causa adecuada y exclusiva del daño.

Ciertamente, la falta de relación causal destruye el presupuesto de la autoría y provoca la ausencia total o parcial de responsabilidad.

En el ámbito de la responsabilidad estatal la jurisprudencia registra distintos pronunciamientos que merecen ser destacados.

Así, en "Gómez" (30-6-98), la CSJN eximió de responsabilidad a la administración tras advertir que no hubo relación de causalidad directa e inmediata entre el procedimiento legítimo llevado a cabo por el agente oficial y el daño sufrido por el actor. El daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que en lugar de detenerse ante el aviso policial pretendió resistirse provocando el enfrentamiento policial que derivó en un disparo del agente que impactó en la espalda del actor produciéndole una lesión gravísima.

Se observa así un supuesto de eximición total de responsabilidad por acto de la víctima, determinante de una ruptura del nexo causal.

En "Ramos"⁽⁸¹⁾, si bien estaba acreditado el perjuicio —daño síquico de la demandante por la muerte de su hijo— el Alto Tribunal desestimó el reclamo por ese rubro por cuanto el evento no era atribuible a la falta de servicio de la autoridad administrativa. Se sostuvo que el origen de la muerte era imputable a la imprudencia de la propia víctima que se arrojó al río en un balneario de provincia de Córdoba en una época en que no está legalmente previsto la presencia bañeros (el hecho acaeció en noviembre y la norma se obligaba al municipio a proveer bañeros desde diciembre). En este caso estamos frente a la ruptura del nexo causal por el hecho de la víctima.

En igual sentido puede verse "Figueroa"⁽⁸²⁾, (la causa generadora del daño cuya reparación persigue la actora no es atribuible sino a hechos que son imputables por las autoridades estatutarias del Banco Iguazú).

En "Odol"⁽⁸³⁾, el actor inicia una acción tendiente a la reparación de daños y perjuicios sufridos por la demora injustificada de la administración de expedirse sobre un pedido de autorización para trasladar a los precios de venta la incidencia de los impuestos internos. Dijo la CSJN: el hecho que causa daño a la persona que lo sufre sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna. En este pronunciamiento se observa una doble incidencia de la causa extraña. En primer lugar, el actor al no interponer en los términos del art. 10 LNPA, se privó de utilizar los remedios legales que le ley ponía en sus manos. De ese modo consintió la supuesta demora de la administración en pronunciarse. Tal circunstancia tornaba irrazonable el pedido de reparación de daños, por cuanto la demora fue tácitamente aceptada. En segundo lugar, si los costos aumentaron ello no se debió a la incidencia que tuvo el pago de los impuestos internos, sino a los aumentos registrados por los insumos utilizados por el fabricante de los producto. Por ello, el Alto Tribunal sostuvo que no existía vínculo de conexidad entre la causa invocada por la actora como originante del daño y éste.

2. Hecho de un tercero extraño. El responsable presunto —demandado— también se puede liberar demostrando que el daño ha sido causado por un terce-

(81) Fallos 328: 2547.

(82) Fallos 328:2509.

(83) Fallos 304:651.

ro extraño. En tal supuesto la atribución material del menoscabo se desplaza hacia el tercero, que es en definitiva el sujeto en relación con el cual se podrá efectuar la imputación subjetiva u objetiva.

Un supuesto de hecho extraño de un tercero que exime de responsabilidad acaeció en la causa “Cohen”⁽⁸⁴⁾, y también aparece con claridad en “P. de F. v. Laboratorios Huilén y otros”⁽⁸⁵⁾. El Alto Tribunal consideró que el daño resultaba exclusivamente atribuible a la conducta del laboratorio que produjo el propóleo contaminado y no al Estado. Se destacó que el poder de policía sanitaria estaba legalmente definido de modo genérico y no se identificaba con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos, derivado de la acción de terceros.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ), en “T., S. N. y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. Médica) s/ recurso de apelación ordinario concedido”⁽⁸⁶⁾, desestimó la acción resarcitoria contra el GCBA por cuanto el daño fue causado por un tercero por el cual el GCBA no debe responder⁽⁸⁷⁾.

Cabe recordar que el hecho del tercero no se presume siendo una carga del demandado demostrar su incidencia en el nexo causal.

3. Caso fortuito. El caso fortuito y la fuerza mayor constituyen factores extraños con aptitud para provocar la interrupción del nexo de causalidad entre la con-
-

(84) CSJN, sentencia del 30 de mayo de 2006.

(85) CSJN, sent. del 20-10-2009.

(86) Expte. n° 6400/0, del 6-11-07.

(87) El Dr. Casás sostuvo en su voto que: ... [I]los defectos de diseño y señalización de la autovía han sido debidamente comprobados en este proceso, sin embargo, no se ha demostrado que éstos puedan ser considerados causas adecuadas del accidente que desencadenó el lamentable fallecimiento del Sr. O.

Ello es así por diferentes razones, todas ellas sencillas de comprender: a) la ausencia de una buena señalización en la bajada de la autopista resultó irrelevante en el caso, pues el chofer del camión ya había transitado ese trayecto con anterioridad y sabía que se trataba de una bajada “brava” (pendiente pronunciada con semáforo al final), según sus propios dichos (cf. declaración formulada en sede penal); y b) no existe el más mínimo indicio en el expediente que permita siquiera presumir que el desprendimiento de la manguera conductora de aire del sistema de frenos del camión se produjo como consecuencia de los defectos constructivos de la autopista. ... Que quede claro: hay coincidencia en destacar que el camión conducido por el Sr. S. arrolló al automóvil conducido por el Sr. O. porque el primero de los vehículos quedó sin frenos. En otras palabras, es correcto afirmar que si el sistema de frenos del camión hubiera funcionado en condiciones normales, el accidente no habría sucedido.

ducta del demandado y el daño⁽⁸⁸⁾. Son un obstáculo para la indemnización del damnificado⁽⁸⁹⁾. Se configura cuando condiciones inevitables e imprevisibles desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente. El *casus* determina la ausencia de responsabilidad por defecto del nexo causal.

I2 | La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado por actividad legítima

I. Toda la estructura del supuesto de hecho que lleva la indemnizabilidad por la responsabilidad estatal lícita exhibe diferencias con el régimen jurisprudencial de la responsabilidad derivada de la actuación ilegítima de los poderes públicos. Por cierto, esas discrepancias son aún más profundas si se compara la estructura y funcionalidad de aquélla con la responsabilidad civil. Estos aspectos particulares han sido remarcados tanto por la Corte Suprema como por los tribunales inferiores.

Así, en “Cantón”⁽⁹⁰⁾, la CSJN consideró que, ante la falta de normas expresas sobre la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la administración, se debe atender al modo de responder establecido en instituciones análogas (expropiación), “no siendo procedentes las (normas) propias de derecho común relativas a la responsabilidad civil” (v. cons. 8º).

En “Motor Once”⁽⁹¹⁾ el Alto Tribunal sostuvo que la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado porque ante el Estado actuando conforme a derecho, fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos. La solución sólo puede deducirse de los principios del derecho público. En igual senti-

(88) Ver: *Fallos* 306:1413 y CNCAF, sala 5ª, “F., S. O. y otro C/. Estado Nacional”, del 29 de junio de 2005, cons. II.

(89) Ver: *Fallos* 306:1409, “Sanchez Granel”, sentencia del 20 de septiembre de 1984, considerando 6º.

(90) *Fallos* 301:403.

(91) *Fallos* 312:659.

do se expidió el juez Fayt en el considerando 18 de su voto en el caso “Juncalán”⁽⁹²⁾.

En “El Jacarandá”⁽⁹³⁾, en un voto de alta factura técnica, la jueza Highton de Nolasco sostuvo que, frente a la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad por actividad lícita del Estado, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas. Agregó luego que esa analogía debe fundarse en principios de derecho público. Ello así, debido a que la actividad legítima del Estado, aun cuando provoque daños, tiene una finalidad típica de interés público, que se encuentra ausente en las normas regulatorias de derecho común que persiguen la composición equitativa de conflictos en los que se involucran intereses privados⁽⁹⁴⁾.

.....

(92) Fallos 312:2269.

(93) Fallos 328:2654.

(94) Más adelante el voto de la Dra. Highton agregó:

A diferencia del derecho privado donde rigen criterios de justicia conmutativa en el derecho público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva

La diferencia básica entre la regulación privatista y la publicista estriba en la relación jurídica diversa que ambas implican: mientras la primera regula relaciones entre particulares fundamentadas sobre la base de la conmutatividad, la segunda regula las relaciones entre el todo (la comunidad presentada por la autoridad) y la parte (los ciudadanos, ya sea individualmente o agrupados en asociaciones o cuerpos intermedios) según criterios de distribución.

En el Código Civil se ha reconocido esta distinción al expresar que sus normas y principios sólo legislan sobre derecho privado (nota al art. 31). Este criterio igualmente surge del art. 2611 en el que se dispone que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público son regidas por el derecho administrativo.

En la responsabilidad por actividad lícita del Estado la indemnización tiene que ser dominada científicamente en el ámbito del derecho administrativo.

Que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la responsabilidad por actividad lícita del Estado, conduce a encontrar la solución en la ley Nacional de Expropiaciones 21.499, es decir, en la norma legal típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija.

El art. 10 de la ley de Expropiaciones establece: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta las circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará el lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que corresponda por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

El criterio de la exclusión del lucro cesante también ha sido receptado en un vasto conjunto de normas de derecho público. Cabe mencionar, a título de ejemplo, las leyes 12.910 (art. 5), 13.064 (arts. 30, 38 y 54 inc. f), 23.554 (art. 35); el derogado decreto 5720/72 (inc. 88), decretos 436/00 (art. 96), 1023/01 (art. 12, inc. d, y las leyes 25.344 (art. 26) y 25.453 (art. 11).

.....

2. Las particularidades que presenta la responsabilidad por actividad legítima del Estado se proyectan sobre la configuración de la relación de causalidad como requisito ineludible del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad.

Así en “Corporación Inversora Los Pinos S.A.”⁽⁹⁵⁾, la CSJN entendió que la indemnización debida únicamente podía comprender aquellos daños que guardan una *relación directa e inmediata* con la revocatoria dispuesta, toda vez que no se trasfiere ningún bien del damnificado al patrimonio del ente que la dispuso.

En “Galanti”⁽⁹⁶⁾ el Alto Tribunal entendió que a fin de resarcir los daños ocasionados por la actividad lícita se deberá constatar si tales daños fueron “una consecuencia directa e inmediata de la actuación de los órganos del poder”.

En “Tejeduría Magallanes”⁽⁹⁷⁾ se utilizaron cuatro sintagmas para expresar el alcance de la relación de causalidad en el ámbito de la responsabilidad por actividad lícita: i) en el considerando 10 se habla de *causa eficiente*; ii) en el considerando 11 se refiere a la relación de *causalidad directa e inmediata*; c) en el considerando 12 se refiere a la *relación de causalidad jurídicamente relevante* entre el hecho generador y el daño cuya reparación se persigue; d) en el considerando 13 se alude a efectos normalmente “*previsibles*”. En este precedente parecen superponerse diferentes criterios: las teorías de la causa próxima, la de la causa eficiente y la de causalidad adecuada.

En “Ledesma”⁽⁹⁸⁾ el Alto Tribunal sostuvo que es necesario acreditar la existencia de una *relación directa, inmediata y exclusiva* de causa a efecto entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue *sin intervención extraña* que pudiera influir en el nexo causal.

En otros pronunciamientos se exige un *nexo causal directo y relevante*⁽⁹⁹⁾.

(95) Fallos 293:617.

(96) Fallos 310:2824.

(97) Fallos 312:1656.

(98) Fallos 312:2022.

(99) Fallos 315:1892.

En “*Zonas Francas Santa Cruz S.A.*”⁽¹⁰⁰⁾, la CSJN rechazó la pretensión resarcitoria de erogaciones en concepto de asesorías, consultorías y servicios peticionados por la actora bajo la denominación “honorarios” pues no se logró acreditar que ellos guarden un *nexo causal relevante*, a la luz de las reglas generales en la materia (arts. 901 y ss. del Código Civil), con la conducta del Estado Nacional. La sentencia destaca que los servicios englobados bajo este ítem no son un daño patrimonial indemnizable: son gastos extraordinarios que no integran los normales y necesarios para el funcionamiento de la empresa.

En “*El Jacaranda S.A.*” (28 de julio de 2005), el voto de la mayoría sostuvo que en el campo de la actividad lícita, es decir, cuando se trata de resarcir daños causados por actos inspirados en el interés colectivo, en el interés general, los jueces deben actuar con suma prudencia. A tal efecto se deberá verificar: i) que los daños “efectivamente” se han producido; ii) que ellos sean una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina 310:2824); puntualizándose luego que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue.

3. Detengámonos en el alcance de esta última afirmación: los daños, en los supuestos de responsabilidad por actividad legítima, deben tener *relación directa, inmediata y exclusiva* con la actuación estatal generadora.

Relación directa de causa a efecto se refiere a la consecuencias que se producen por sí mismas, sin requerirse la intermediación de otro acto o hecho para producir efectos.

Relación inmediata de causa a efecto concierne a aquellas consecuencias que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Subyace la idea de previsibilidad.

Relación exclusiva de causa a efecto: sólo nace la responsabilidad estatal si el daño es producto únicamente del acto estatal que origina el sacrificio especial. Descarta la imputación estatal por actividad legítima cuando ésta concurra con una multiplicidad de factores causales. Desde esta atalaya, si hay interferencia de la víctima o de un tercero deberá rechazarse

(100) Fallos 332: 1367.

íntegramente la pretensión indemnizatoria, siendo incompatible en este supuesto de responsabilidad toda posible concurrencia causal.

En conclusión, la responsabilidad por actividad lícita, siempre que concurren los demás requisitos indispensables, sólo nacerá si se demuestra que la actuación estatal opera como única y exclusiva causa del daño injusto alegado, descartándose en este ámbito de la responsabilidad del Estado toda posible coparticipación en el hecho generador del perjuicio.

I3 | Conclusiones

El principio de dignidad humana, y la inescindible nota de alteridad jurídica que de él se deriva, justifican ubicar a la responsabilidad estatal dentro del elenco de principios basilares del Estado constitucional social de derecho.

El régimen (jurisprudencial) de la responsabilidad del Estado vigente en nuestro país, se sustenta sobre dos ejes: la autonomía y el carácter esencialmente local.

En su actual composición, la CSJN afirma que la responsabilidad del Estado corresponde al campo del derecho administrativo y encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado.

El art. 1765 del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso asume la doctrina vigente del Alto Tribunal en tanto y en cuanto establece que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

El nexo de causalidad es un requisito indispensable del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad estatal, ya sea por actividad ilegítima como por actividad lícita, en cualquiera de sus variables.

Comparando el complejo de hecho que lleva a la configuración de la responsabilidad civil y a la responsabilidad del Estado es posible advertir que el nexo o relación de causalidad es un elemento “común” a ambos sistemas. Sin embargo, en la responsabilidad del Estado la causación presenta sus propios problemas y a la vez que exhibe puntos de ruptura con respecto a la responsabilidad civil.

El nexo de causalidad conecta y anuda un resultado dañoso a una actuación —positiva o negativa— de un órgano estatal, encuadrable en alguno de los factores objetivos de atribución (v.gr. falta de servicio o sacrificio especial).

La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado tiene doble función: además de vincular y unir el resultado dañoso con el hecho antecedente, fija y, a la vez, limita el alcance de las consecuencias que, en cada, corresponde imputar al *factum* lesivo a los fines de la reparación.

El régimen jurisprudencial de la responsabilidad del Estado, en el orden federal, no adscribe in abstracto a ninguna de las teorías que explican la relación causal. Pragmáticamente aplica una u otra, según el caso. Sin embargo, la tendencia predominante en materia de responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima se inclina hacia la teoría de la causalidad adecuada.

La doctrina jurisprudencial no admite la presunción de causalidad. La relación de causalidad debe ser probada por quien alega su existencia. No basta para tenerla por acreditada con la mera probabilidad que la torne verosímil. La carga de la prueba se rige por los principios procesales básicos que establece su distribución (art. 377 CPCCN).

Quien postula una pretensión reparatoria frente a las autoridades públicas tiene una carga procesal insustituible: deberá demostrar el encadenamiento fáctico que conecta el daño jurídico, cierto y probado, con una actuación específica imputable a un órgano del Estado.

En el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividad *ilegítima*, la jurisprudencia ha admitido que, en supuestos de pluralidad de causas, el Estado responde si coparticipó en el supuesto de hecho que generó el daño.

El régimen jurisprudencial de la responsabilidad del Estado admite que la interferencia de causas extrañas pueden operar como causales totales o parciales de exoneración. Son causas que suprimen, o, en su caso, atenuan la responsabilidad del Estado: el hecho de la víctima, el hecho del tercero y el caso fortuito.

En lo referente a la responsabilidad por actividad ilegítima del Estado, la doctrina jurisprudencial admite el concurso de causas.

Sin embargo, el concurso de causas no es predicable cuando el supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad por actividad estatal reposa en el factor de atribución *sacrificio especial*. En estos supuestos, además de limitar la extensión del resarcimiento⁽¹⁰¹⁾, el Alto Tribunal expresa que la relación causal entre la conducta lícita que el particular debe tolerar y el daño —que no está obligado a soportar—, no sólo debe resultar directa e inmediata, sino también exclusiva.

(101) CSJN, "Motor Once", del 9-5-1989, LL 1989-D-31; Fallos 301:403 (Cantón); Fallos 328:2654 ("El Jacarandá", voto Dra. Highton).

El derecho humano al agua potable y el saneamiento.

Su recepción constitucional en la región y su vinculación con la protección de las inversiones extranjeras

por JAVIER ECHAIDE⁽¹⁾

I | Introducción

A mediados de 2010 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante Naciones Unidas u ONU) sancionó en sesión plenaria la Resolución N° 64/292 que declara el derecho humano al agua potable y el saneamiento. Aunque quizás sorprenda, hasta entonces el acceso al agua potable, algo tan básico para garantizar la vida, no estaba protegido como un derecho humano por el ordenamiento jurídico a nivel internacional.

La sanción de la Resolución N° 64/292 es el resultado de un fuerte debate a nivel internacional que aún no ha cesado; y que involucra la protección

(1) Abogado (UBA). Doctorando en Derecho (UBA). Becario Doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Público (UBA y UNLZ). Investigador Adscripto del Inst. A. Gioja (Fc. Derecho, UBA). Miembro del Instituto de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA).

de ciertos recursos naturales no apropiables como bienes que, por sus características, son comunes a toda la humanidad, frente a posiciones que entienden que se trata de simples *commodities* y que, como tales, son susceptibles de apropiación y de enajenación como cualquier otra mercancía en el mercado.

En este aspecto cabe preguntarse: ¿de quién es el agua? Rara vez nos hacemos esta pregunta ya que entendemos a su posesión como algo naturalmente dado, cuando en realidad esta definición es una construcción político-jurídica, con importantes consecuencias al momento de determinar los derechos existentes y sus alcances.

Desde la antigüedad la ciencia del Derecho ha regulado este tipo de bienes. Sin embargo, los nuevos debates se instalan en un contexto global nunca antes visto: una crisis internacional de proporciones colosales no sólo a nivel económico, sino, además, de carácter civilizatorio que ha puesto a prueba los límites del sistema de producción y de consumo, el calentamiento global y la posibilidad cada vez más cercana de colocar los niveles de contaminación ambiental en un punto de no retorno⁽²⁾.

Este contexto, en estas dimensiones, es algo absolutamente nuevo. La humanidad nunca antes se había enfrentado con la posibilidad de que, para continuar con su estilo de vida, en solamente 26 años no sólo sea necesario acabar con todos los recursos naturales del planeta, sino de otro planeta Tierra más⁽³⁾.

Este contexto enmarca el debate sobre el agua potable, ubicándolo en un punto central dado que no existe otro elemento tan esencial para la vida y que, a la vez, se esté convirtiendo en algo tan escaso.

El presente trabajo analiza el avance del derecho humano al agua potable y el saneamiento, *vis a vis*, su entendimiento en demandas planteadas ante tribunales arbitrales internacionales.

(2) SLIVYAK, VLADIMIR, "Pacto social y servicios públicos esenciales", ponencia presentada en el Foro Derecho Universal a la Energía, un Derecho Social Universal: Historia y Conceptualización, en el marco del Encuentro de la Sociedad Civil ante la Cumbre del G20, México, del 12 al 15 de junio 2012.

(3) BORÓN, ATILIO, "Los recursos naturales en las relaciones hemisférica", *La coyuntura geopolítica en América Latina*, Buenos Aires, PLED, Centro Cultural de la Cooperación, 2011..

Para ello analizaremos las constituciones nacionales de los Estados sudamericanos⁽⁴⁾, como así también la vinculación que ha tenido el desarrollo de controversias planteadas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) en donde se han puesto en juego las distintas visiones jurídicas existentes en el tema.

2 | Agua y propiedad

Los diagnósticos coinciden cuando hablamos del agua: cada vez hay menos. Aunque el 75% del planeta sea agua, no toda es apta para el consumo humano. El 97% del agua sobre el planeta es salada. El 2,5% restante es dulce, pero sólo el 0,4% se encuentra al alcance del ser humano.⁽⁵⁾ Por ende, la mayor parte del agua existente no es apta para que podamos consumirla o se encuentra en lugares inaccesibles.

A pesar de ello y de que ese 0,4% supone una cantidad abundante para cada ser humano⁽⁶⁾, este equilibrio se ha trastocado seriamente debido a un consumo exacerbado y a una demanda en permanente ascenso.

El panorama es, en principio, desalentador y desde casi todos los sectores se coincide con el diagnóstico de que el agua es un bien escaso al que se le debe cuidado. Se trata del bien más indispensable y más compartido por todos los seres vivos del planeta, con la sola excepción de otro igual depreciado: el aire. Para hallar una solución a la "crisis del agua", existe en muchos sectores la profunda convicción de que lo que debe procurarse es la aplicación de un precio sobre el agua potable así como su regulación de acuerdo a la lógica de mercado, lo cual otorgaría al agua potable una reglamentación asimilable al de cualquier otro *commodity*.

La noción del agua potable como un bien económico está fuertemente instalada en una parte del ámbito internacional como un modo viable para

(4) Para ello hemos estudiado las constituciones de los países de raíz latina. Por ende, hemos dejado de lado el estudio de los casos de Guyana, Surinam y la Guayana Francesa.

(5) BLACK, MAGGIE y KING, JANNET, *The Altlas of water. Mapping the world's Most Critical Resource*, 2da edición, Londres, Earthscan, 2009, p. 21; BARLOW, MAUDE y CLARKE, TONY, *Blue gold. The fight to stop the corporate theft of the world's water*, Nueva York, The New Press, 2004, p. 25.

(6) SEGERFELDT, FREDRIK, *Water for Sale. How business and the market can resolve the world's water crisis*, Washington, Cato Institute, 2005, p.13

resolver su crisis⁽⁷⁾. Ello implica entender al agua potable como una mercancía más que puede ser transada en el mercado. Una de las banderas para fundamentar su trato como mercancía, así como para reservar su gestión al sector privado (“privatización”), es la aparente defensa y protección de los sectores sociales más carenciados. Es entonces cuando se hace hincapié en argumentaciones sobre mayor eficiencia, mejor asignación de recursos, mejores condiciones de acceso, teorías y cifras que intentan fundamentar lo que no es otra cosa que la creación de un mercado para los denominados “bienes comunes”, en el sentido subyacente del principio que sostiene que el mercado es siempre una forma superior de gestión de la economía y, consecuentemente, debería ser utilizado para resolver todas las cuestiones sociales⁽⁸⁾.

Pero, de hecho, el mercado como mecanismo regulador nunca ha sido aplicado al manejo del agua a gran escala durante un período de tiempo prolongado⁽⁹⁾ y, cuando se ha hecho, las experiencias no han resultado exitosas en el largo plazo. ¿Por qué entonces tal convicción de que las reglas del mercado son un medio apto para resolver la crisis del agua? Quizás la respuesta podamos hallarla en la importancia que cobran las fuentes materiales del derecho, es decir aquellos contextos extra-jurídicos que justifican el nacimiento o sanción de una norma en un momento y lugar determinados. A raíz de ellos, el desarrollo económico, el contexto político, los marcos teóricos del momento, marcan una tendencia determinada, que debe ser tenida muy en cuenta para analizar determinado fenómeno jurídico.

Quizás sea paradigmática la Declaración de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, más conocida como “Declaración de

(7) CAMDESSUS, MICHEL, et al, *Agua para todos*, México, FCE, 2006, p. 159; SEGERFELDT, FREDRIK, op.cit, p. 13; ROEMER, ANDRÉS, *Derecho y Economía: Políticas públicas del agua*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 21.

(8) Como sostiene el jurista y profesor norteamericano Joseph Dellapenna: “Only in the second-half of the twentieth century did a large number of influential people advocate the marketing of water as the primary water management tool. Such advocates often held the view that markets are always a superior way for managing the economy, and that markets should always be used to allocate resources and to distribute wealth within society, indeed to resolve all or nearly all social questions. This position is called “neo-liberalism” outside the United States” (“The market alternative”, en DELLA PENNA, JOSEPH y GUPTA, JOYEETA, *The evolution of the law and politics of water*, Villanova & Amsterdam, Springer, 2008, p. 375).

(9) Ibidem, pp. 374, 377-378.

Dublín”, que se desarrolló en dicha ciudad del 26 al 31 de enero de 1992. La iniciativa que tomó dicha conferencia fue la de procurar una gestión más equitativa y sustentable de los recursos hídricos, para lo cual se reconoció como imprescindible la realización de inversiones considerables así como de campañas de concientización social; para lo que se debe incentivar el desarrollo tecnológico y generar modificaciones legislativas e institucionales acordes. La conferencia tomó un enfoque económico, de acuerdo a las preocupaciones que contempló: la promoción de un manejo eficiente del recurso y de mayores inversiones para el sector.

De este modo, la declaración final de la conferencia adoptó cuatro principios que debían regir la nueva gestión global del agua:

Principio N° 1: El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

Principio N° 2: El aprovechamiento y la gestión del agua deben inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.

Principio N° 3: La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua.

Principio N° 4: El agua tiene un valor económico en todos los diversos usos competitivos a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

Con la consideración del agua dulce como bien económico se abrió el debate acerca de la aplicarles un precio y de los mecanismos de mercado para su regulación.

Debemos dejar en claro la diferencia que existe entre reconocer el valor de los recursos y aplicarles un *precio*. Todo recurso utilizado dentro de un proceso de producción posee un valor en términos económicos y dicho valor está determinado por el costo del trabajo que fue necesario para producir o conservar dicho recurso o dicho bien. En este sentido:

“Todo hombre es rico o pobre según el grado en que pueda gozar por sí de las cosas necesarias, útiles y deleitables para la vida humana; y una vez introducida en el mundo la división del tra-

jo, es muy pequeña parte la que de ellas puede obtener con sólo el trabajo propio. La mayor porción, incomparablemente, tiene que granjearla y suplirla el trabajo ajeno, por lo cual será pobre o rico a medida de la cantidad de trabajo ajeno que él pueda tener a su disposición o adquirir de otro, y, por lo mismo, el valor de una mercadería con respecto a la persona que la posee, y que no ha de usarla o no puede consumirla, sino cambiarla por otras mercaderías, es igual a la cantidad de trabajo ajeno que con ella quede habilitado a granjear. El trabajo, pues, es la medida o mensura real del valor permutable de toda mercadería”⁽¹⁰⁾.

Resulta complejo, no obstante, aplicar este criterio de determinación del valor a un recurso como el agua, que, a pesar de su distribución naturalmente inequitativa, se encuentra de manera corriente en el medio que nos rodea. En tal caso, el valor económico de un recurso como el agua dulce puede estar dado por los costos de su distribución, de su mantenimiento, de su purificación, tratamiento y potabilización, pero es difícil poder aplicar un precio económico al bien en sí mismo⁽¹¹⁾.

No se trata simplemente de la “privatización del agua”; es decir, la conversión en manos privadas de la gestión del servicio de agua potable y saneamiento. También es la aplicación de toda una lógica y principios que son utilizados en otros ámbitos de la producción. Un ejemplo de esto es la iniciativa del Banco Mundial: la aplicación del principio de completo recobro de costos (*full cost recovery*) de las inversiones adelantadas por intermedio de tarifas cobradas a los usuarios del servicio⁽¹²⁾; principio que incluso ha sido limitado por la Corte Suprema de los EEUU a partir de 1945⁽¹³⁾.

La opción del mercado como mecanismo regulador para evitar el derroche de agua implica colocarle a ésta un precio cantidad consumida, y no ya por la simple distribución del recurso. El razonamiento básico de este

(10) SMITH, ADAM, *La riqueza de las naciones*, Buenos Aires, Hypamérica, 1983, p. 75.

(11) DELLA PENNA, JOSEPH, op. cit., p. 373.

(12) Banco Mundial, 1993. pp.12/15.

(13) *Market Street, Railway c/ Railroad Commission*, 1945. Citado en BOHOSLAVSKY, JUAN P., *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010, p. 27.

argumento es, que al imponerle un precio por consumo, los usuarios tenderían a cuidar más el uso de agua.

La bibliografía sobre el tema hace referencia al concepto de considerar al bien agua en tanto mercancía con distintas denominaciones (“comodificación” de la acepción anglosajona commodification, o “mercantilización”, en lengua castellana, quizás sean las más comunes). Quizás este concepto no haya alcanzado todavía una claridad expositiva o un consenso más o menos definido en cuanto a su significado específico, sin embargo, la referencia —más allá del vocablo empleado— comienza a ser recurrente y es utilizada de en sentido similar en la literatura sobre el tema de la aplicación de la lógica de mercado al agua y en la regulación jurídica que de ello se desprende. Así de complejo resulta el acto de entender al agua como una *commodity*⁽¹⁴⁾ dentro del universo de mercancías.

Pero como dijimos, esta incorporación “no debe confundirse con la aplicación de principios económicos, como la asignación de precios a la gestión del agua, algo que muchas veces no se distingue en estas discusiones. Mercantilización, en este contexto, hace referencia a la circulación del agua como un bien privado cuyo valor de cambio incluye una ganancia que es apropiada por un agente privado quien detenta el derecho de propiedad”⁽¹⁵⁾.

Esta complejidad radica en que hasta el momento lo tradicionalmente entendido como *commodity* se aplicaba al agua embotellada, que es solamente uno de los usos del agua. Hoy esta lógica intenta ampliarse a otros usos como el agua potable y el saneamiento, imponiéndoles las reglas de mercado como mecanismo regulatorio.

3 | *Aqua res communis*

El agua puede ser dividida en razón de los régímenes jurídicos que corresponden a cada tipo de agua (salada, dulce, potable o no, etc.) y a sus usos. En este sentido, compartimos con Julio Trujillo Segura de la Universidad

(14) GARCÍA, ANIZA, *El derecho humano al agua*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 56/64.

(15) CASTRO, JOSÉ E., “Apuntes sobre el proceso de mercantilización del agua: un examen de la privatización en perspectiva histórica”, en Jaume Delclós (comp.), *Agua, un derecho y no una mercancía. Propuestas de la sociedad civil para un modelo público de agua*, Barcelona, Icaria, 2009, p. 35.

Nacional Autónoma de México (UNAM)⁽¹⁶⁾ la noción de que no es lo mismo hablar de las aguas internacionales de los océanos, ejemplo paradigmático de *res communis*, que —en principio— del agua embotellada que se compra y vende en cualquier mercado.

Ha sido la antigua Roma la que desarrolló la concepción jurídica de los bienes comunes o *res communis* y su relación con el régimen de propiedad.

El derecho romano, no sólo se limitaba a los intereses privados respecto de la propiedad, sino también a los intereses públicos. Los juristas romanos partían del concepto material y social de cosa, como un objeto del mundo exterior susceptible de apropiación y goce por el hombre⁽¹⁷⁾. Así, el derecho de propiedad sobre las cosas se identificaba como la cosa misma (*rei vindicatio*). Este dato es relevante ya que hoy en día existe una diferenciación entre la cosa y el derecho a su acceso.

Aquellas cosas que pertenecían a una persona particular formaban parte de su *bona* o su patrimonio. Ello significaba una distinción entre lo que podía ser objeto de una apropiación individual —es decir, aquellas para nuestro patrimonio (*in nostro patrimonio*)— y aquellas que quedaban excluidas de dicha posibilidad de apropiación —las que estaban por fuera de nuestro patrimonio (*extra nostrum patrimonium*)—⁽¹⁸⁾.

De ello deriva también otra de las divisiones hechas en el derecho romano: entre las cosas que se encuentran dentro y fuera del comercio (*res extra commercium* y *res in comercio*). Las cosas fuera del comercio son aquellas que por su naturaleza o su afectación están al margen —y de una forma absoluta— de los actos de la vida jurídica y, en particular, no son susceptibles de ser alienadas. Las cosas o bienes comunes (*res communis*) están, por definición, fuera del comercio.

Así, incluso dentro de la concepción privatista, las *res communis* no pueden ser apropiadas por nadie dado que pertenecen a todos y su uso es

(16) TRUJILLO SEGURA, JULIO, "Hacia una naturaleza jurídica del agua: *res communis*", en EMILIO RABASA y CAROL ARRIAGA GARCÍA (coords.), *Agua: Aspectos Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

(17) Ibidem, p.142; DELLA PENNA, JOSEPH, op. cit, p. 374.

(18) PONTE, VANESSA, *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid, Universidad de Córdoba/ Dykinson, 2007, pp. 53/55.

de todos. Hay cosas que, según el derecho natural, son comunes a todos los hombres; otras pertenecen al cuerpo; algunas no pertenecen a nadie, pero casi todas pertenecen a los particulares y pueden ser adquiridas de diferentes formas. Para los romanos, según el derecho natural, el aire, el agua, el mar y las riberas eran cosas comunes a todos los hombres.

Los romanos consideraban el derecho de goce de las cosas comunes como un atributo de la personalidad. Pero tal goce tenía un límite: no se debía lesionar el goce de los demás.

De este modo, el agua no ha sido tratada tradicionalmente como un bien económico, sino que, al contrario, ha tendido a ser asimilada a un bien compartido entre todos: una *res communis* con las limitaciones correspondientes a su uso.

Las Institutas de Justiniano del año 533 A.D. definían en su Libro Segundo, Título I “De la división de las cosas” al agua corriente como bien común en estos términos:

“(...) ahora trataremos de las cosas, las cuales o se hallan en nuestro patrimonio o fuera de nuestro patrimonio. Mas algunas por derecho natural son comunes a todos, otras son públicas, otras de universidad o corporación cualquiera, otras de nadie, y la mayor parte de particulares, y éstas últimas pueden adquirirse (...). Y según el derecho natural son cosas comunes a todos: el aire, el agua corriente, el mar y sus costas”⁽¹⁹⁾.

Este concepto también se refleja en la Tercera de “Las Siete Partidas” de Alfonso X—compilación legislativa realizada entre 1256 y 1265—que consideraba el agua como *res communis*, no susceptible de apropiación privada.

De este modo, la visión consuetudinaria ha sido la de considerar a los recursos vitales como bienes de todos y, en tanto tales —y en esto la precisión justiniana es elocuente—, no pueden verse forzados de apropiación alguna, ya que son solamente los bienes de particulares (los bienes *privados*) aquellos que pueden adquirirse, privarse de su uso a los otros y ser comprados y vendidos para sumarse a nuestro patrimonio o restarse de él.

(19) JUSTINIANO, *Instituciones de Justiniano*, Buenos Aires, Heliasta, 2005, p. 67.

Sin embargo, en algún momento histórico esa tradición de ver al agua como un bien comunal, como un bien social, fue puesta en tensión, criticada y reñida con la idea de una apropiación del bien para su explotación y provecho como cualquier otro bien privado. Es decir, se empezó a tratar al agua como un bien dentro del universo económico y a entenderla como susceptible de la regulación del mercado para evitar el derroche y, así, colocarle un precio en virtud de la cantidad de agua consumida y no por la distribución del recurso.

Toda esta discusión es muy rica y no ha sido hasta el momento resuelta. El Derecho supone que con la simple sanción normativa se define la situación sobre si el agua es un bien común o no, pero esto es falaz si no se toma en el marco de una profunda investigación que analice las posibles consecuencias y los costos —económicos y sociales— que acarrearía tratar al agua como una mercancía o no.

4 | La legislación constitucional regional y los paradigmas reflejados

Para este trabajo hemos investigado las constituciones políticas de los países sudamericanos a fin de observar cómo han receptado a nivel constitucional la cuestión del agua.

Podemos definir dos grandes paradigmas de pensamiento en torno al agua: el primero, mayoritario, que denominaremos “dominial”⁽²⁰⁾ y un segundo paradigma, que llamaremos “ambiental”, y que es más incipiente y hasta el momento minoritario.

Bajo este esquema se encuentra receptada la visión que se tiene sobre el agua en constituciones políticas como, por ejemplo, la de la Argentina, reformada en 1994. La única mención que la Constitución argentina posee

(20) Autores como Lloret y Garros Martínez entienden que el paradigma dominial se extiende históricamente desde el final del Imperio Romano hasta por lo menos mediados del siglo XX y se caracteriza por entender que el agua es un objeto pasivo de regulación. En ese sentido, la normativa jurídica se refiere a ella como cosa susceptible de apropiación, deslindando la propiedad privada de la pública. En el paradigma dominial tanto los bienes protegidos con la propiedad privada, la industrial y la salud pública, como las normas consisten en el otorgamiento de derechos subjetivos. Dentro de este paradigma, el agua es un objeto apropiable sobre el cual se ejerce un dominio sobre la cosa. Es un paradigma que creció

sobre los recursos naturales en general la da el art. 124, que en su segundo párrafo indica:

"Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

Pese a que nuestra Carta Magna no hace ninguna referencia específica al agua, su tratamiento, la propiedad de la misma, o incluso a una garantía respecto de la provisión del servicio público de distribución de agua potable —que, como ya veremos, sí se halla en otras constituciones políticas regionales—, se incluye al agua dentro de la generalidad de los recursos naturales, estableciendo su dominio en manos de las provincias. Ello recalca la visión objetivista del agua como bien sobre el cual se ejerce "dominio", aplicándosele el régimen de propiedad privada en manos del Estado provincial; es decir, que se designa a los recursos naturales —sin especificación alguna— como bienes públicos.

Empero la posición argentina sostenida en Naciones Unidas —a la que nos referiremos luego— en defensa del derecho humano al agua, no hay una alusión explícita a dicho derecho en nuestra Constitución, siquiera dentro de los pactos incluidos en el art. 75 Inc. 22 que, a pesar de incorporar un cuerpo importante de derechos humanos, no contenían de manera diferenciada el derecho humano al agua potable; derecho éste que recién fuera reconocido en el año 2010.

Constituciones como la peruana son aún menos explícitas en materia de recursos hídricos, estableciendo solamente la prohibición a extranjeros a la adquisición de tierras en un radio de 50km a la frontera, restricción que también cabe al dominio sobre minas, bosques, aguas, combustibles fósiles o fuentes de energía, ya fuere de manera directa o indirecta (art. 71).

Por otro lado, constituciones como las del Paraguay establecen (art. 163):

"Es de competencia del gobierno departamental: 1. coordinar sus actividades con las de las distintas municipalidades del de-

.....
durante la Europa Medieval y ha perdurado hasta nuestros días en el ámbito jurídico occidental (LLORET, JUAN S. y GARROS MARTÍNEZ, M. CRISTINA, *Perspectivas sobre derecho ambiental y de la sustentabilidad*, Salta, Universidad Católica de Salta/ Eucasa, 2007, pp. 26/36).

partamento; organizar los servicios departamentales comunes, tales como obras públicas, provisión de energía, de agua potable y los demás que afecten conjuntamente a más de un Municipio, así como promover las asociaciones de cooperación entre ellos; (...).”

Hasta aquí la norma se refiere específicamente a la responsabilidad que les cabe a los departamentos del Paraguay a la gestión del servicio de agua potable (no habla nada de redes cloacales, aunque generalmente se lo toma conjuntamente con el servicio de la red de aguas). Además de ello, la Constitución paraguaya taxativamente trata el tema de los latifundios en tierras improductivas con miras a su desaparición, tema que es tratado en su art. 114 y ss. Para ello, otorga el dominio de estas tierras al Estado y le reserva a éste el aprovechamiento de los recursos naturales habidos en las mismas, entendiéndolos como una extensión del dominio público sobre dichos recursos.

Mucho más claro es el articulado de la Constitución de Brasil de 1988 que, por su parte, sostiene:

“Art. 20. Son bienes de la Unión:

(...) III. los lagos, los ríos y cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él, así como los terrenos marginales y las playas fluviales;

(...) V. los recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva; (...).”

La Constitución brasileña establece claramente que las aguas corrientes son bienes del Estado federal. Así, entiende que no lo son sólo los ríos (el lecho, el margen y curso del río), sino además las aguas que corren por ellos y que forman su contenido.

Muchas normas legales no determinan diferencias en cuanto a los ríos y sus cursos, sobre los ríos y el agua que por ellos corre. Para estas legislaciones los conceptos de “río” se confunden con el agua corriente que contienen, entendiendo al “río” como una sola unidad.

Nosotros creemos conveniente hacer esta diferenciación que resulta evidente en el caso de los ríos secos: éstos existen pero su caudal se ha agotado. Se trata de ríos sin curso en donde el agua se ha acabado pero no así el río, que puede todavía servir como demarcación limítrofe entre propiedades o jurisdicciones, por ejemplo.

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su art. 127, encarga al Estado Nacional la responsabilidad de la protección del agua, el aire, los suelos, etc. Sin embargo, ello no rompe con el paradigma dominial, puesto que la visión que alberga el texto respecto del agua se halla dentro de los parámetros de apropiación del agua en tanto cosa. Así, en su art. 304 se establece que:

"Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio".

Por un lado, persiste en esta Constitución, sancionada en el año 2000, la visión dominial sobre el recurso, y; por el otro, ésta no fue alcanzada por los debates que sí se vieron reflejados en otras Cartas.

La Constitución de Colombia sea quizás la Constitución con mayores referencias al agua bajo un esquema dominial dentro de nuestra región. Sus arts. 356 y ss. sufrieron modificaciones en 2001 y en 2007, cuando se reflejó la prioridad del Estado para garantizar la cobertura de servicios públicos —incluyendo el agua potable— sobre todo en la población más pobre. El art. 366 establece las finalidades sociales del Estado, en el sentido de brindar a su población soluciones a las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento y agua potable.

Así, todas las referencias que se hacen en la Constitución de Colombia respecto al agua, son en cuanto a su servicio de distribución, no al bien. No hay alusión, por tanto, al agua como bien en sí mismo sino que se lo asocia directamente a la provisión del servicio de agua potable, que el Estado debe garantizar, especialmente a los sectores de menores recursos económicos.

Distinto es el caso de la Constitución chilena por su notable y explícita visión no sólo dominial sino además privatista, que en su art. 19 establece:

"La Constitución asegura a todas las personas:

(...) 24º: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

(...) Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos de conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos; (...)."

Del otro lado del espectro se encuentra la Constitución uruguaya, precursora del derecho humano al agua potable y el saneamiento ya por el año 2004. Su art. 47 reza:

"(...) El agua es un recurso natural esencial para la vida.

El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales."

Dicho artículo no solamente versa en materia de cuidado del ambiente, sino que claramente declara a nivel constitucional que el acceso al agua potable y al saneamiento son derechos humanos básicos. Seguido, el mismo artículo declara que:

"(...) 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.

3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales.

4) La ley, por los tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuando éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad."

En el punto 2 de esta segunda parte del art. 47, la Constitución uruguaya tampoco acaba por romper con la lógica dominial puesto que, como recurso, entiende al agua como un bien de dominio público y, en tanto bien, como propiedad del Estado. Los puntos 3 y 4 del mismo artículo hacen referencia a la exclusiva gestión estatal e incluso prevé el suministro al exterior por motivos solidarios y bajo acuerdo del Poder Legislativo.

La última de las constituciones regionales sancionada ha sido la de la República del Ecuador. Esta Constitución toma a la naturaleza no como objeto sino como ente susceptible de derechos, los cuales pueden ser defendidos por cualquier ciudadano ante los tribunales locales (arts. 71 y ss.). Además de esta notable incorporación, en el Título VII sobre el Régimen del Buen Vivir, dentro de su Capítulo Segundo sobre biodiversidad y recursos naturales, incluye una sección específica —la sexta— sobre el agua.

En el art. 12 establece que:

“El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.”

El texto también hace menciones al agua en lo referido a temas energéticos (art. 15) y a garantizar la salud en vinculación con el ejercicio de otros derechos (art. 32). En este sentido, la Constitución ecuatoriana comparte plenamente lo establecido por la Observación General N° 15 del año 2002 del Comité de Derechos, Sociales y Culturales del ECOSOC (en adelante Observación General) —que mencionaremos luego— en cuanto entiende que la plenitud de otros derechos humanos esenciales supone la garantía de un acceso al agua potable y saneamiento en cantidad y calidad suficientes. También se reservan a los gobiernos municipales la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado (art. 264), prohibiendo su privatización (art. 326, Inc. 15) y garantizando su dotación ininterrumpida a escuelas y hospitales públicos (art. 375, inc.6).

El art. 66 del mismo texto reconoce lo que denomina “Derechos de Libertad”, donde se deja en claro no sólo el derecho al agua, sino que el mismo hace al derecho a una vida digna.

En términos similares a los de la Constitución paraguaya, el art. 282 de la Constitución del Ecuador prohíbe explícitamente el latifundio y la concentración de la tierra, agregando además que queda también prohibido el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes. En el mismo artículo reserva al Estado la regulación del uso y el manejo del agua de riego para la producción de alimentos.

Esta Carta Magna comparte con otras la consideración del agua como un recurso estratégico, entendiéndola como un recurso natural no renovable (art. 313), y responsabilizando además al Estado por la provisión de los servicios públicos de agua potable, riego y saneamiento (art. 314).

Sin embargo, entendemos que esta Constitución tampoco logra romper definitivamente con la lógica dominial ya que entiende al agua como "dominio inalienable e imprescriptible del Estado". Así lo dice el art. 318:

"El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley."

Como vemos, dedica la exclusividad de la gestión al sector público. Del mismo modo, el art. 408 reza sobre los recursos naturales que:

"Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. (...)".

Los arts. 411 y 412 se refieren especialmente al agua. Éstos determinan que:

"Art. 411.- El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua.

La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

Art. 412.- La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico".

En un similar sentido a casi todas sus hermanas regionales, la Constitución de Bolivia, declara en su art. 16 que toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. También en su art. 20 establece que toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable y alcantarillado, entre otros servicios públicos, que debe ser garantizado por el Estado como una necesidad básica.

La Constitución de Bolivia posee un capítulo completo respecto de los recursos naturales. El art. 346 que abre dicho capítulo sostiene que:

"I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético, y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento.

II. Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés nacional para el desarrollo del país.

III. Las aguas fósiles, glaciales, humedales, subterráneas, minerales, medicinales y las demás son prioritarias para el Estado, que deberá garantizar su conservación, protección, preservación, restauración, uso sustentable y gestión integral; son inalienables, inembargables e imprescriptibles."

Sin embargo, a diferencia de los demás textos constitucionales de la región, esta Constitución no impone un régimen de propiedad sobre el agua o los recursos naturales. Aunque sí aclara el interés estratégico de la Nación sobre ellos, no los define como una propiedad ni pública ni privada. Así lo clarifica el art. 347, que dice:

"I. Los recursos naturales son de propiedad y dominio social, directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración.

II. El Estado reconocerá, respetará y otorgará derechos propietarios individuales y colectivos sobre la tierra, así como derechos de uso y aprovechamiento sobre otros recursos naturales."

Resulta manifiesto que el Estado administra los recursos pero no se apropiá de ellos. En tanto resultan de interés nacional —y no estatal— es la Nación la que se arroga en forma directa la propiedad sobre los recursos. Éste es un ejemplo de la ruptura del paradigma dominial, ya que es la comunidad nacional la que, como ente colectivo, se hace de los derechos sobre el agua, delegando en la figura del Estado su administración en tanto recurso.

Este paradigma, que puede —como se señaló *supra*— denominarse "ambiental", entiende al agua —y en algunos casos, a la naturaleza toda— no como un recurso apropiable sino como una entidad sujeta de derechos. Este paradigma no sólo recepta la tradición románica original, sino que se nutre de raíces culturales propias, como las de las culturas originarias,

que entienden al agua como un bien común, no como un bien público o privado. Consecuentemente, el agua es inapropiable ya que “pertenece a todos” pues, como vimos por su definición, los bienes comunes no pueden ser sujetos al régimen de propiedad privada (que excluye o priva de su dominio a aquellos no propietarios). Sobre ello, el art. 371 punto II prohíbe, además, la apropiación privada de los recursos hídricos así como su concesión, sea ésta tanto del bien como de sus servicios.

El caso de Bolivia es interesante ya que fue dicho Estado el que llevó al seno de la Asamblea General de la ONU la propuesta de declarar el derecho al agua y el saneamiento como un derecho humano.

Además, llama la atención la obligación que el texto constitucional boliviano le impone al Estado en su art. 375:

“I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país, y priorizará el interés del Estado.”

Si bien se trata de un mandato amplio, fija cuáles habrán de ser las pautas que el Estado boliviano, en cabeza de sus mandatarios y representantes, deberá seguir al momento de obligarse internacionalmente al Estado boliviano.

5 | El derecho humano al agua

El 28 de julio de 2010 la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución N° 64/292, que en su parte resolutiva:

“1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;

2. Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento; (...)”

El proyecto de la Resolución N° 64/292 fue presentado por Bolivia y apoyado por otros 42 Estados. Asimismo, contó con el voto afirmativo de 122 Estados, entre ellos Argentina.

Aunque parezca extraño, esta resolución significó un enorme avance: por primera vez se estableció explícitamente, sin interpretaciones, el derecho humano al agua potable. Previo a esta resolución, el derecho humano al agua no existía en forma diferenciada de interpretaciones realizadas respecto de otros derechos. En esa dirección ya había sido emitida en el año 2002 la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC, que manifestaba que el acceso al agua potable en cantidad y calidad adecuadas es una condición para garantizar la salud y para la realización de otros derechos humanos. Esta Observación General se dio a la luz de los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), celebrado en 1966 en la ONU.

Dicha Observación definía el acceso al agua como la posibilidad de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, y hacía una interpretación sobre la importancia de acceder a agua potable como una precondición para la garantía de los demás derechos humanos; pero no establecía que dicho acceso era en sí mismo un derecho humano. Fue necesaria la Resolución N° 64/292 para terminar con esos debates.

La incorporación de este derecho humano debería redefinir las normas que involucran o afectan algo tan delicado como es el acceso a uno de los recursos más esenciales para la vida y, hasta cierto punto, puede ser tenida en cuenta en el caso argentino. La reforma constitucional de 1994 elevó a jerarquía constitucional a once tratados de derechos humanos, entre ellos al PIDESC, antes mencionado. Por lo tanto, las obligaciones que le impone el Pacto al Estado argentino al haberse obligado, no significan solamente obligaciones a nivel internacional sino que además significan obligaciones de la más alta jerarquía de su derecho interno.

Existe una debilidad en el art. 2 de este Pacto ya que, por dicho artículo, los Estados simplemente se encuentran obligados a tomar medidas con vistas a alcanzar de manera progresiva la realización total de los derechos

reconocidos en el tratado. Esta formulación ha sido frecuentemente interpretada como referida a obligaciones de medios y no a obligaciones de resultado, por lo cual los Estados debían obligarse a implementar progresivamente los derechos reconocidos en el Pacto. Incluso algunos autores definieron que los derechos de segunda generación —como el acceso al agua potable y el resto de los derechos sociales— no eran derechos individuales con fuerza efectiva.

Afortunadamente estas posiciones han quedado atrás a raíz del reconocimiento doctrinario y estatal de la interdependencia de todos los derechos humanos, interdependencia ésta necesaria para poder hablar de un cumplimiento pleno de tales derechos.

Hoy, el derecho al agua potable forma parte de este conjunto de derechos esenciales, en respuesta al reclamo que durante años realizaron distintas organizaciones de la sociedad civil para que el acceso al agua se transformara en un derecho humano universal.

6 | Problemática del derecho al agua y la seguridad a las inversiones

Tanto para entender los cambios constitucionales en algunos Estados de la región, como para comprender el contexto previo a la sanción de la Resolución N° 64/292 de la ONU, es necesario conectar la situación habida en el sector de provisión de agua potable, los procesos de privatizaciones ocurridos en los años '90 y la situación existente hoy en el derecho internacional de las inversiones. De este modo, tanto las reformas constitucionales (del llamado "neoconstitucionalismo latinoamericano") como la propia Resolución N° 64/292 obedecen a antecedentes extra-jurídicos que es preciso considerar.

Conocida es la historia reciente en Sudamérica en cuanto a la apertura de las economías en tiempos del neoliberalismo a instancias del llamado Consenso de Washington. Ello significó la firma de una cantidad importante de tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y el ingreso de muchos de los Estados de la región al CIADI, organismo perteneciente al Grupo del Banco Mundial.

Para comprender este marco general, el caso argentino es significativo: Argentina firmó 58 TBI entre 1990 y 2001, y 51 de ellos entraron en vigor en la década 1992-2002⁽²¹⁾, convirtiéndose de este modo en uno de los Estados con más TBIs en el mundo.

Con la excepción no menor de Brasil —que nunca ingresó al organismo y no posee TBIs en vigor—, el resto de los países de la región ingresaron al CIADI durante la década de 1990. Así, abandonaron una tradición de 130 años en favor de los emplazamientos de demandas arbitrales ante los tribunales domésticos, conocida como la “Cláusula Calvo”, y aceptaron cláusulas en los TBIs que otorgaban la prórroga de la jurisdicción nacional en favor de tribunales extranjeros. Estas cláusulas también han sido incorporadas en los capítulos de inversiones de Tratados de Libre Comercio (TLC), convirtiéndolos en virtuales TBIs dentro de acuerdos más abarcativos.

Dichos tratados constituyen un entramado jurídico que otorga derechos de protección a las inversiones extranjeras habilitando a las empresas transnacionales inversoras a demandar directamente a los Estados huéspedes de dichas inversiones por fuera de la jurisdicción local. Para ello el ámbito del CIADI del Banco Mundial suele ser el más recurrido por estas empresas.

Estos TBI presentan una serie de características comunes⁽²²⁾:

- Son una limitación a la arbitrariedad doméstica, pero en muchos casos también al normal ejercicio de la soberanía.
- Aplican mecanismos y técnicas de derecho internacional para situaciones que son claramente domésticas (como, por ejemplo, decisiones sobre los contratos

(21) Argentina solamente realizó una enmienda a un TBI, en 2004. Por otro lado, sólo dos TBI entraron en vigor luego de 2002: una fue la modificación ya mencionada del TBI en 2004 con Panamá, la otra fue la entrada en vigor del TBI con Senegal en 2010 y que fuera firmado en 1993. Fuente: *Latin Arbitration Law*. Ver texto en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/argentina/>.

(22) SOLANES, MIGUEL, “Riesgos para el interés público: acuerdos de inversión, agua y sus servicios”, en Griselda Capaldo (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua = Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne, 2011, p. 190; TURYN, ALEJANDRO, “Comentarios sobre las fuentes del Derecho Internacional en la protección de inversiones extranjeras”, en Mónica Pinto (comp.), *Las Fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 150/151.

de concesión), avanzando en campos que tradicionalmente han sido tomados por las cortes locales.

- El diseño de los mecanismos de arbitraje de los TBI se asimila al de los arbitrajes privados. Sin embargo, la mayoría de los casos de arbitraje se ha concentrado en cuestiones de servicios públicos y en otras cuestiones que son de interés público.
- El objetivo del sistema es proteger el interés de los inversores, y ésta es la guía de los árbitros para laudar. Consecuentemente, temas como el interés público de los países, los derechos humanos, o el ambiente no son tenidos en cuenta por los árbitros para sus laudos.
- Las empresas son las únicas que detentan la legitimidad procesal activa en estos procesos arbitrales, relegando al Estado a una mera faz pasiva en el sistema y tornándolo incapaz de poder accionar.
- Los tribunales no han sido proclives a aceptar presentaciones de *amicus curiae*, con lo que los procesos permanecen generalmente cerrados a toda participación.
- Las interpretaciones de los tribunales han tendido a ser expansivas, tanto en los intereses protegidos como en el alcance de los mecanismos de protección, realizando interpretaciones amplias que han resultado polémicas en algunos casos.
- Estas interpretaciones no han podido ser revisadas en mecanismos de apelación, por carecer de este tipo de recursos y de instancias superiores a los tribunales actuantes.
- Los acuerdos remiten a arbitrajes *ad hoc*. Sin embargo, los tribunales han aplicado criterios por analogía, se han servido de casos anteriores como "jurisprudencia", y han aplicado criterios de *stare decisis* que son propios del *common law*.
- No obstante ello, y debido a la falta de un mecanismo de unificación de laudos anteriores, se han producido decisiones diferentes en casos similares, con lo cual tanto la aplicación de "jurisprudencia" y "analogía" para ciertos casos, como la ausencia de criterios comunes para otros, ha resultado arbitraria.
- Excepto en casos especiales, los tribunales no están obligados a considerar principios generales del derecho aplicados por los principales sistemas jurídicos del mundo. Esto resulta contrario a lo estipulado por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que define las fuentes del

derecho internacional público, tomadas pacíficamente por toda la doctrina internacional y por la voluntad de la comunidad internacional.

El proceso de privatizaciones abrió la puerta a la llegada de inversiones extranjeras al sector de agua y saneamiento, al tiempo en que se firmaban estos acuerdos. El argumento utilizado entonces era que, de no firmarse estos tratados, los capitales no vendrían a la Argentina por carencia de “seguridad jurídica” que aportase a dichas inversiones garantías suficientes como para radicarse en nuestro territorio.

El tiempo ha probado que las inversiones vinieron tanto a la Argentina como a otros países, estuvieran estos TBIs vigentes o no (caso Brasil). El motivo real estuvo dado por factores que excedían a la firma de estos acuerdos, como fue la posibilidad para los capitales transnacionales de ingresar en sectores antes vedados a la participación privada (los servicios públicos) que se abrieron en todo el mundo en desarrollo, con la posibilidad de obtener tasas de ganancias extraordinarias comparadas a las que percibían en sus lugares de origen.

Lo que en todo caso estos TBIs sí otorgaron fue una garantía a estas empresas de poder enviar sus remesas a las casas matrices sin ningún tipo de restricciones ni condiciones a cumplir ante los Estados territoriales, y de poder ejercer su negocio sin tener que cumplir con requisitos de desempeño en tanto eran tratados como si fueran miembros del empresariado nacional.

En términos concretos, los TBIs sirvieron como mecanismo de presión al momento de renegociar los contratos de concesión entre la empresa transnacional y el Estado territorial, lo cual ha causado lo que puede considerarse como un “enfriamiento regulatorio”⁽²³⁾ ya que cualquier medida que pudiera mejorar la regulación del servicio público de agua potable y saneamiento y que pudiera hacer sentir a la empresa concesionaria como afectada en cuanto a su inversión y su nivel de retorno, podría dar origen a reclamos ante arbitrajes internacionales como el del CIADI.

Ilustra para ello el caso argentino, en el que los contratos firmados en los '90 que privatizaron estos servicios, debieron ser revisados ante la crisis de

(23) BOHOSLAVSKY, JUAN P., op. cit., p. 37.

los años 2001-2002, puesto que sus tarifas se hallaban dolarizadas. En el contexto de dicha crisis y tras la devaluación del peso, las empresas privatizadas pretendieron mantener el valor de sus tarifas (lo cual implicaba casi cuadruplicar su valor). Ante la primera negativa del Estado a acceder a dichas pretensiones, las empresas utilizaron el mecanismo de demandas arbitrales ante el CIADI, manifestando estar afectadas por “medidas equivalentes a expropiación”.

De este modo, Argentina se convirtió en el país más demandado en el mundo ante el CIADI, acumulando presentaciones en una totalidad de 49 casos. Si resulta llamativo que el sector de servicio de agua potable y saneamiento significó el 19% de dichas demandas, más llamativo es que de las 10 demandas⁽²⁴⁾ presentadas en el mundo ante el CIADI por casos referidos a agua potable y saneamiento, sean 8 las que fueron remitidas por empresas transnacionales contra nuestro país⁽²⁵⁾. Los casos más resonantes contra la Argentina ante el CIADI dentro de este grupo quizás sean los de Aguas Argentinas (por la norteamericana Azurix) y Aguas del Aconquija (por la francesa Suez).

Otro caso emblemático ha sido el de Aguas del Tunari contra Bolivia⁽²⁶⁾, demanda cuya interesada en última instancia era la transnacional norteamericana Bechtel. El caso es más conocido por sus repercusiones sociales: se trató de la llamada “Guerra del Agua” en Cochabamba en el año 2000 que conmocionó al pueblo boliviano, provocó la movilización popular y acabó

(24) Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania (ICSID case No. ARB/05/22) es el único caso en materia de aguas ante el CIADI presentado en contra de un país no latinoamericano. Otro caso es el de Aguas del Tunari c/ Bolivia. El resto de las demandas (ocho) han sido presentadas contra la Argentina y se detallan seguidamente.

(25) 1) Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3). 2) Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12). 3) Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/30). 4) SAUR International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/4). 5) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17). 6) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/19) consolidated with AWG Group plc v. Argentina (UNCITRAL). 7) Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/17). 8) Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/26).

(26) Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia (ICSID case No. ARB/02/3).

por ser uno de los principales antecedentes de fondo para el triunfo de Evo Morales en las siguientes elecciones presidenciales.

En todos estos casos los intereses en pugna resultan similares. Por un lado, las empresas reclaman la protección de sus inversiones, alegando que se han sentido víctimas de medidas equivalentes a una expropiación sobre sus ganancias actuales, futuras o sobre la inversión realizada, todo ello amparándose en los TBIs. Por el otro, los Estados alegan malas condiciones del servicio, tarifas usurarias, pero también el deber que tiene el Estado de garantizar a su población el servicio de provisión de agua potable y saneamiento como una necesidad básica que debe satisfacerse en calidad y cantidad adecuadas.

Los tribunales arbitrales han sido más proclives a laudar a favor de las pretensiones empresariales⁽²⁷⁾, aduciendo que las argumentaciones basadas en los derechos humanos o bien exceden el marco de su competencia como tribunal o no han sido suficientemente fundadas⁽²⁸⁾.

Así lo destaca el consultor de la CEPAL Juan Pablo Bohoslavsky en un trabajo para dicho organismo, donde concluye:

"En el área de servicios públicos, debe señalarse que su privatización no conlleva la liberación de la responsabilidad primaria del Estado de proteger y promover los derechos humanos innatos a tales servicios (...). [S]e señaló que en caso de privatiza-

(27) El 48% de los laudos han dado lugar total o parcialmente a la reclamación por parte de las empresas, el 29% han sido laudos que no han dado lugar a las reclamaciones, el 22% han sido casos en donde se declinó la jurisdicción, y el 1% han sido laudos donde se decidieron que las reclamaciones carecían manifiestamente de mérito jurídico (CIADI, 2012, p.13).

(28) "Diversas organizaciones no gubernamentales (Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Consumidores Libres, Unión de Usuarios y Consumidores, y Center for International Environmental Law (CIEL)) se presentaron en abril de 2007 como *amicus curiae* (se trata de una persona o entidad que no es parte formalmente de un litigio, pero que estima que la decisión de esa causa afectará sus intereses, para lo cual presenta un escrito a la corte en defensa de alguno de los litigantes; también puede ser alguien ajeno a los intereses en disputa pero que cuenta con conocimiento o experiencia que puede ayudar a la corte a decidir el caso) en el caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal contra Argentina (CIADI, 2006). Allí explicaron por qué el derecho humano de acceso al agua debe ser integrado a la definición del derecho aplicable en la disputa arbitral relativa a esa inversión extranjera." (citado en BOHOSLAVSKY, JUAN P., op. cit., p. 35).

ción del servicio el Estado debe asegurar un marco regulatorio efectivo que incluya el control independiente, una genuina participación pública y sanciones por incumplimiento [caso López Ostra contra España, 1994].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos confirmó esa tesis (Ximenes Lopes contra Brasil, 2006): cuando el Estado delega facultades gubernamentales en sujetos privados, de alguna manera esto se traduce en la existencia de dos obligados en vez de uno. (...)

Las diversas responsabilidades que pesan sobre un Estado y un operador privado como consecuencia del reconocimiento del acceso al agua potable como un derecho humano, de alguna forma estuvieron implícitas en el Decreto 303 con el que el gobierno argentino concluyó la concesión privada de los servicios de agua potable y alcantarillado en el Área Metropolitana de Buenos Aires. Esa norma señaló que "mientras que AASA [Aguas Argentinas S.A.] concibe al agua potable exclusivamente desde una perspectiva de economía de mercado, el Estado pretende que, sin perjuicio de constituir un bien económico, sea valorado y gestionado como lo que es: un bien social y cultural, que en clave jurídica se traduce como Derecho Humano". El Estado siempre es el obligado primario, y el operador debe cumplir con las exigencias establecidas por la regulación, que debe procurar, no sólo un funcionamiento eficiente del servicio, enderezado al cumplimiento de estándares mínimos, sino también su sustentabilidad financiera.

Aún así, en los laudos arbitrales del sector de agua potable y saneamiento en la Argentina que han condenado al Estado (Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c/ Argentina y Azurix c/ Argentina) no ha sido relevante la incidencia de la jerarquización del acceso al agua potable como un derecho humano, así como tampoco el rol de los principios regulatorios básicos al momento de evaluar la razonabilidad de las medidas criticadas por los inversores. No se está afirmando aquí que en esos casos concretos las medidas gubernamentales atacadas hayan sido legítimas, pues eso depende de un análisis casuís-

tico, sino que, y este es el punto, los árbitros deben ponderar ciertos principios —que son de hecho habitualmente ignorados—, de lo contrario, se generan serios problemas de riesgo moral de ambos lados (...)"⁽²⁹⁾.

Lo cierto es que, de momento, no ha habido una conexión entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos, incluso cuando estos últimos poseen —como mínimo— la categoría de derechos *erga omnes*, reconocida por la comunidad internacional. Todo el ámbito en razón de la materia para el CIADI y sus tribunales arbitrales se restringe a cada TBI que sea invocado en cada demanda y que justifique la competencia extranjera del tribunal. Los tribunales arbitrales del CIADI, por su lado, han sostenido interpretaciones muy amplias de cómo definir a una inversión y, por ende, de atribuirse competencia para aceptar los casos planteados⁽³⁰⁾.

(29) BOHOSLAVSKY, JUAN P., op. cit., pp. 54/55.

(30) TEMPONE, RUBÉN E., *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003, pp. 102-106, 109, 113, 124.

El caso quizás más llamativo de dicha amplitud sea, nuevamente, "Aguas del Tunari c/ Bolivia" en donde se aceptó la demanda y finalmente se laudó en favor de Aguas del Tunari (AdT), una empresa boliviana, cuando ésta no acudió a los tribunales locales sino directamente a la instancia internacional. Un relato de los hechos –expuesto con claridad en el voto disidente del laudo del Dr. José Luis Alberro-Semerena– expone que Bolivia firmó con los Países Bajos un TBI en 1992 que entró en vigencia en 1994. En abril de 1999 Bolivia abre una licitación del servicio de agua potable y saneamiento de la ciudad de Cochabamba en la que AdT (en ese entonces de capitales provenientes de las Islas Caimán) fue la única empresa que se presentó, sin por ello lograr la concesión por no calificar con los requisitos pedidos por el Estado, quedando la licitación desierta. Tras lo ocurrido, y en solo quince días, se inicia un proceso de negociación directa entre el gobierno boliviano y AdT. Cinco meses después, en septiembre de 1999, con el proceso de privatización en plena negociación, comienza una serie de protestas sociales en oposición a la privatización del servicio. En noviembre de ese año, la privatización se otorga sin licitación. A fines de ese mismo mes, AdT publica una solicitada en los diarios de principal circulación nacional respondiendo a las protestas sociales, que ya eran de público y notorio conocimiento desde hacía dos meses. Mientras ocurría esto, Bechtel (controladora última y mayoritaria de AdT) envía el 24/11/99 una carta anunciándole al gobierno boliviano que mudará su empresa a Holanda, acto que no contó con la autorización del Estado boliviano. No obstante dicha negativa, el 2/12/99 AdT realiza su "reestructuración", efectuando la "migración" –tales son las palabras del propio laudo del capital accionario de las Islas Caimán (con quien Bolivia no tenía un TBI firmado) a Luxemburgo, colocando dos empresas intermediarias de los Países Bajos (país con el que Bolivia sí tenía un TBI en vigor). Los hechos sociales se precipitan, lo que motiva a que en abril de 2000 Bolivia le rescinde el contrato de concesión a AdT. La concesión había durado solamente cinco meses. Inmediatamente AdT inicia los mecanismos previos para accionar y finalmente, el 12/11/01 AdT registra su demanda contra Bolivia ante el CIADI, con el que

Actualmente, la Unión Europea ha abierto un período para que sus Estados miembros revisen y eventualmente renegocien los términos de sus TBIs con países no miembros a fin de ajustarlos a los nuevos parámetros del Tratado de Lisboa de 2009⁽³¹⁾. Ello abre una oportunidad para discutir los términos de los TBIs con los países de Europa. Pero también debe tenerse en consideración que, tanto el ingreso argentino al CIADI como los TBIs firmados, no fueron analizados a la luz de los cambios constitucionales de 1994 y la correspondiente jerarquización de los tratados de derechos humanos incluidos en el art. 75, inc. 22. El análisis sobre la compatibilidad de estos acuerdos con los deberes asumidos por el propio Estado en su Carta Magna es todavía hoy una tarea pendiente.

Por lo tanto existen argumentos jurídicos que fundamentan una necesaria rectificación de estos acuerdos a la luz de una norma de importancia fundamental del derecho interno como es nuestra Constitución Nacional, tal como se halla estipulado en el art. 46, inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), en su capítulo de nulidad de los tratados.

7 | Conclusiones

Queda claro el hecho de que el agua es un recurso esencial para la vida, indispensable, y que resulta ampliamente compartida la preocupación en cuanto a su conservación como elemento finito. Esto se refleja a nivel regional por cuanto la mayoría de las constituciones sudamericanas expresan un tratamiento específico sobre el tema del agua dentro de sus articulados.

Actualmente son pocas las Cartas Magnas que solamente incorporan en forma vaga una consideración sobre el tema. Entre ellas se encuentra la

..... se inicia el proceso arbitral formal. El voto mayoritario del tribunal no ve anomalías en este relato y acepta que una empresa boliviana accione contra su propio Estado Nacional ante tribunales internacionales —y no ante los juzgados domésticos— invocando el TBI Bolivia-Países Bajos.

(31) Ver texto del Tratado de Lisboa en: http://europa.eu/lisbon_treaty/index_es.htm, y ver la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de la UE (COM/2010/0343 final) en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:ES:PDF>.

argentina, lo cual debería preocuparnos, puesto que la ubica al final de la avanzada existente en la materia, en una región rica en recursos naturales y especialmente en recursos hídricos.

La única Constitución que adopta un enfoque privatista es la chilena, mientras que el resto opta por entender al agua como un bien público. En este sentido, la mayoría de las constituciones no rompen con el paradigma dominial ya descripto, siendo quizás la boliviana y la ecuatoriana las que más lejos han llegado en pos de la adopción de un nuevo paradigma pro-ambiental.

El caso argentino es singular en cuanto a que su propia Constitución incorpora tratados de derechos humanos llevándolos a jerarquía constitucional, como es el caso del PIDESC, interpretando el modo en el cual los organismos de ONU han entendido que el acceso al agua y el saneamiento resultan indispensables para la satisfacción de los demás derechos humanos.

No suficiente con ello, la misma ONU declaró como básico el derecho humano al agua potable y el saneamiento en el año 2010.

Sin embargo, existen intereses contrapuestos que han quedado evidenciados en casos sometidos a la competencia arbitral internacional en materia de protección de inversiones privadas dentro del sector de servicios públicos de agua y saneamiento.

Los tribunales arbitrales que han laudado en la materia (tribunales del CIA-DI) no han considerado al derecho humano al agua potable ni como derecho humano individualizado ni como precondición para el cumplimiento de los otros derechos humanos, que poseen el reconocimiento *erga omnes* a nivel internacional.

Esta situación pone de manifiesto la obligación de los Estados al momento de regular en materia de servicios públicos, y sobre todo en un caso tan delicado como el de servicio de agua potable y saneamiento. Pero también la necesidad de revisar el régimen de protección de inversiones que se encuentra en los TBI, a fin de prevenir el choque de intereses contrapuestos y que, en última instancia, se obligue al erario público a tener que responder con el esfuerzo de toda la sociedad.

Bibliografía

- BANCO MUNDIAL, *Water Resources Management*, 1993.
- BARLOW, MAUDE y CLARKE, TONY, *Blue gold. The fight to stop the corporate theft of the world's water*, Nueva York, The New Press, 2004.
- BLACK MAGGIE y KING JANET, *The atlas of water. Mapping the world's most critical resource*, 2da ed., Londres, Earthscan, 2009.
- BOHOSLAVSKY, JUAN P., *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para referencia a los servicios de agua potable y saneamiento*), Santiago de Chile, CEPAL, 2010.
- BORÓN, ATILIO, "Los recursos naturales en las relaciones hemisféricas", en Borón, Atilio, *La coyuntura geopolítica en América Latina*, Buenos Aires, PLED – Centro Cultural de la Cooperación, 2011.
- CAMDESSUS, MICHEL; BADRÉ, BERTRAND; CHÉRET, IVAN y TÉNIERÉ-BUCHOT, PIERRE-FRÉDÉRIC, *Agua para todos*, México, FCE, 2006.
- CASTRO, JOSÉ E., "Apuntes sobre el proceso de mercantilización del agua: un examen de la privatización en perspectiva histórica", en Jaume Delclós (comp.), *Agua, un derecho y no una mercancía. Propuestas de la sociedad civil para un modelo público de agua*, Barcelona, Icaria, 2009.
- CIADI, "CARGA de Casos del CIADI - Estadísticas", ed. 2012-2.
- DELLAPENNA, JOSEPH y GUPTA, JOYEETA, "The evolution of global water law", en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, *The evolution of the law and politics of water*, Villanova & Amsterdam, Springer, 2008.
- DELLAPENNA, JOSEPH, "The market alternative", en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, *The evolution of the law and politics of water*, Villanova & Amsterdam, Springer, 2008.
- ECHAIDE, JAVIER, "¿Un mercado para los bienes comunes? Inclusión y liberalización del agua como mercancía de la OMC", en Griselda Capaldo (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua = Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne, 2011.
- GARCÍA, ANIZA, *El derecho humano al agua*, Madrid, Trotta, 2008.
- JUSTINIANO, INSTITUCIONES de Justiniano, Buenos Aires, Helianto, 2005.
- LLORET, JUAN S. y GARROS MARTÍNEZ, M. CRISTINA, *Perspectivas sobre derecho ambiental y de la sustentabilidad*, Salta, Universidad Católica de Salta/ Eucasa, 2007.
- PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Directiva Marco de Aguas 2000/60/CE, Bruselas, UE, 23 de octubre de 2000. Por la misma se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Ver texto en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:327:0001:0072:ES:PDF>.
- PEREDO, ELIZABETH (comp.), *The Human Right to Water and Sanitation at the UN: Victory and Challenges for the peoples of the world*, La Paz, Fundación Solón, 2010.
- PONTE, VANESA, *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid, Universidad de Córdoba/ Dykinson, 2007.
- ROEMER, ANDRÉS, *Derecho y Economía: Políticas públicas del agua*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.

SAULINO, FLORENCIA, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.

SEGERFELDT, FREDRIK, *Water for Sale. How business and the market can resolve the world's water crisis*, Washington, Cato Institute, 2005.

SMITH, ADAM, *La riqueza de las naciones*, (1ra ed. 1776), Buenos Aires, Hypamérica, 1983.

SNITOW, ALAN; KAUFMAN, DEBORAH; FOX, MICHAEL, *Thirst. Fighting the corporate theft of our water*, San Francisco, Jossey-Bass, 2007.

SOLANES, MIGUEL, "Riesgos para el interés público: acuerdos de inversión, agua y sus servicios", en Griselda Capaldo (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua = Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne, 2011.

TEMPONE, RUBÉN E., *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.

TRUJILLO SEGURA, J., "Hacia una naturaleza jurídica del agua: *res communis*", en Emilio Rabasa y Carol Arriaga García (coords.), *Agua: Aspectos Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. Ver texto en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2598/9.pdf>.

TURYN, ALEJANDRO, "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Internacional en la protección de inversiones extranjeras", en Mónica Pinto (comp.), *Las Fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

UNCTAD, El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo, Nueva York y Ginebra, ONU, Co-

lección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, 2009.

UNESCO, "El agua en un mundo en cambio", Tercer informe de Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo, París y Londres, UNESCO, 2009.

NORMAS CONSULTADAS

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Buenos Aires, AZ Editora, 1994.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Quito, Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente, 2008.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 1992. Ver texto en: [http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/162d151af444ded44125673e00508141/70fa4404138f6d39c12570530030067c/\\$FILE/Constitucion.Paraguay.ESP.pdf](http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/162d151af444ded44125673e00508141/70fa4404138f6d39c12570530030067c/$FILE/Constitucion.Paraguay.ESP.pdf).

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, 2004. Ver texto en: <http://www.aenur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0058>.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2010. Ver texto en: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, 1988. Ver texto en: <http://www.cepal.org/oig/doc/BRA1988Constitucion-Federal.pdf>.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, La Paz, U.P.S., 2007.

"CONVENIO DE WASHINGTON" (1965), en Convenio CIADI, Reglamentos y Reglas, Washington, CIADI 15, abril, 2006. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

ONU, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, 1948. Ver texto en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

ONU, “Resolución N° 1803 (XVII) de Asamblea General: Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, 1962. Ver texto en: <http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/109.pdf> y <http://www2.ohchr.org/spanish/law/recursos.htm>.

ONU, “Objetivos del Milenio”, 2000. Ver texto en: <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals>.

ONU, “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos” (E/CN.4/Sub.2/2002/9), Nueva York, 25 de junio de 2002. Ver texto en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/157ff1684f1e795c1256e05002b76a3/\\$FILE/G0214117.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/157ff1684f1e795c1256e05002b76a3/$FILE/G0214117.pdf).

ONU, “Informe del Alto Comisionado de ONU para los Derechos Humanos: Los derechos humanos, el comercio y las inversiones” (E/CN.4/Sub.2/2003/9), Nueva York, 2 de julio de 2003. Ver texto en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/a3d33f6eff5892dc12567b002eeae3/\\$FILE/G0314846.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/a3d33f6eff5892dc12567b002eeae3/$FILE/G0314846.pdf).

ONU, “Objetivos de Desarrollo del Milenio – Informe 2010”, Nueva York, ONU, 2010^a.

ONU, “Resolución N° 64/292 de Asamblea General: El Derecho Humano al Agua y Saneamiento”, 2010b. Ver texto en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement>.

ONU, “Resolución N° 15/9 del Consejo de Derechos Humanos: Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”, 2010c. Ver texto en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/201/201101/20110124_301resonwater15-9_es.pdf.

ONU, “Resolución N° 16/2 del Consejo de Derechos Humanos}: El derecho humano al agua potable y el saneamiento”, 2011^a. Ver texto en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocepdf.pdf?reldoc=y&docid=4dc1084e2>.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

CIADI, “COMPAÑÍA Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux c/ República Argentina s/ Laudo de fondo” (caso CIADI N°. ARB/97/3), 2000. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC548_Sp&caseId=C159.

CIADI, “COMPAÑÍA Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c/ República Argentina s/ Decisión sobre anulación del laudo” (caso CIA-DI N°. ARB/97/3), 2002. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC552_Sp&caseId=C159.

CIADI, “AZURIX Corp. c/ República Argentina s/ Decisión sobre jurisdicción” (caso CIA-DI N°. ARB/01/12). Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC506_Sp&caseId=C5.

CIADI, “Compañía Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c/ República Argentina s/ Decisión del Comité Ad Hoc relativa a la solicitud de suplementación y rectificación de la decisión sobre la anulación del laudo” (caso CIA-DI N°. ARB/97/3), 2003b. Ver texto en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?req>

uestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC554_Sp&caseId=C159.

CIADI, “AGUAS Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A./c/ República Argentina s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como amicus curiae” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2005a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC516_Sp&caseId=C19.

CIADI, “AGUAS del Tunari S.A. c/ República de Bolivia s/ Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción” (caso CIADI N° ARB/02/3), 2005b. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_Sp&caseId=C210.

CIADI, “Azurix Corp. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo” (caso CIADI N° ARB/01/12), 2006a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caseId=C5.

CIADI, “Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ República Argentina s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como amicus curiae” (caso CIADI N° ARB/03/17), 2006b. . Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseId=C18.

CIADI, “Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ República Argentina s/ Decisión sobre jurisdicción” (caso CIADI N° ARB/03/17), 2006c. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_Sp&caseId=C19.

ype=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC514_Sp&caseId=C18.

CIADI, “Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina s/ Terminación de procedimiento con respecto de Aguas Argentinas S.A.” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2006d. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC514_Sp&caseId=C18.

CIADI, “Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina s/ Decisión sobre jurisdicción” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2006e. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caseId=C19.

CIADI, “Azurix Corp. c/ República Argentina s/ Decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo” (caso CIADI N° ARB/01/12), 2007a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC692_Sp&caseId=C5.

CIADI, “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como amicus curiae” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2007a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_Sp&caseId=C19.

CIADI, “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina s/ Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del Tribunal” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2007b. Ver texto en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontSe>

[rvlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC693_Sp&caseId=C19.](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC693_Sp&caseId=C19)

CIADI, “Azurix Corp. c/ República Argentina s/ Decisión sobre la anulación del laudo” (caso CIADI N° ARB/01/12), 2009. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1171_Sp&caseId=C5.

CIADI, “Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c/ República Argentina s/ Decisión sobre la propuesta de recusación” (caso CIADI N° ARB/07/26), 2010. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1690_Sp&caseId=C255.

CIADI, “Impregilo S.p.A. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo” (caso CIADI N° ARB/07/17), 2011^a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2171_Sp&caseId=C109.

[ype=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2171_Sp&caseId=C109.](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2171_Sp&caseId=C109)

CIADI, “IMPREGILO S.p.A. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo – opinión concurrente y disidente de la Profesora Brigitte Stern” (caso CIADI Nro. ARB/07/17), 2011b. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2172_Sp&caseId=C109.

CIADI, “Impregilo S.p.A. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo – opinión concurrente y disidente del Juez Charles N. Broker” (caso CIADI N° ARB/07/17), 2011c. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2173_Sp&caseId=C109.

SITIOS WEB CONSULTADOS

LATIN ARBITRATION Law. Ver texto en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/argentina/>.

El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina⁽¹⁾

por BÁRBARA HINES⁽²⁾

I | Introducción

La ley 25.871 de política migratoria argentina sancionada en enero de 2004 representa un gran paso adelante en los derechos de los inmigrantes, no sólo para Argentina, sino a nivel mundial. La mencionada ley derogó a la anterior ley 22.439 (Ley general de migraciones) conocida como "Ley Vide-

(1) Este artículo fue publicado por primera vez en Cornell International Law Journal, 43 Cornell International Law Journal, 43 Cornell Int'l 471 L.J. 471 (Otoño 2010) y se reedita con su permiso. El objetivo del artículo fue educar a la comunidad académica y organizaciones de derechos migratorios de los Estados Unidos sobre la amplitud de la ley migratoria argentina y la novedosa inclusión de normativa de derechos humanos en la misma. Desafortunadamente, muchos, si no todos los académicos, abogados y activistas en los Estados Unidos desconocen la ley 25.871 y su enorme contraste con la ley norteamericana y la legislación anti-inmigrante recientemente aprobada por las legislaturas de diversos Estados. El que sigue es una versión abreviada del artículo original y está dedicado a Gabriel Chauvosky, pionero en el campo del derecho migratorio argentino y un mentor para muchos. La traducción fue realizada por Martín Zuleta para esta publicación.

(2) La autora es docente de práctica en derecho y codirectora de la clínica jurídica de inmigración en la Universidad de Texas en Austin School of Law. Pasó seis meses en 1996 en Argentina con una beca Fullbright en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), trabajando en cuestiones inmigratorias. Desde entonces ha mantenido colaboración con el CELS y la Comisión Argentina de Refugiados (CAREF), incluyendo la apertura de la primera clínica jurídica de inmigración de Argentina, auspiciada por el CELS, la CAREF y la Universidad de Buenos Aires.

la”, que fue sancionada en 1981 durante la dictadura argentina y mantuvo su vigencia durante 20 años tras la restauración democrática.

La nueva ley establece que la migración es un derecho humano. Principio que no se encuentra en las leyes migratorias de ningún otro gran país receptor de migraciones⁽³⁾, ni explícitamente mencionado en ninguna convención de derechos humanos⁽⁴⁾. La ley 25.871 extiende la protección de derechos constitucionales y humanos a todos los inmigrantes dentro del país, más allá de su estatus legal, y garantiza a los inmigrantes el derecho de igualdad de trato, no discriminación y acceso a servicios médicos, educativos y sociales⁽⁵⁾.

La ley argentina sirve de modelo por la incorporación de un marco de derechos humanos en la implementación de una reforma inmigratoria. La apertura de la nueva ley contrasta con las leyes migratorias restrictivas de otros países, especialmente las norteamericanas. Un análisis de la ley argentina otorga un marco comparativo para analizar críticamente el derecho y las políticas migratorias norteamericanas y propugnar por un sistema más equitativo en los Estados Unidos.

(3) “Fong Yue Ting v. United States”, 149 U.S. 698, 707 (1893) (“El derecho de un estado a expulsar o deportar extranjeros (...) se sustenta en los mismos principios, es tan absoluto e ilimitado como el derecho a prohibir o evitar su ingreso al territorio”); ver en general *European Comm’n, Towards a Common European Union Immigration Policy* (septiembre 2007), http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/fsj_immigration_intro_en.htm (que describe la política de la UE de la inmigración ilegal, el asilo, los controles migratorios y fronterizos en el programa Tampere); ver también *Migration Act*, 1958, § 4(1)–(2) (Austl.) (que sostiene “El parlamento quiere que esta ley sea la única fuente de derechos para los no ciudadanos de ingresar y permanecer”); *Immigration and Refugee Protection Act*, 2001 S.C., ch. 27 (Can.); *Immigration Act*, 1987, parte 1 (N.Z.) (señalando los requisitos para exenciones, visas y permisos); *Immigration Control and Refugee Recognition Act*, Cabinet Order 319 de 1951, art.1, (Japón) (que manifiesta que el objetivo de la ley es lograr el control sobre la entrada y salida de Japón).

(4) Ver “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, Res. AG. 45/158 ONU, sesión 45, Supl. N° 49 A, Doc. ONU A/45/49 (1990), “Convención Europea de Derechos Humanos” y “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, art. 12, 16/12/1966 S. Exec. Doc E, 95-2 (1978), 999 U.N.T.S. 171; “Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, Protocolo 4, art. 2, 4/11/1950, T.S. Europ. N° 5. La “Convención Americana sobre Derechos Humanos” reconoce no solo estos derechos sino también el de buscar asilo en un tercer país. Organización de Estados Americanos, “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, pt. 1, cap. 2, art. 22, 22/11/1969.

(5) Ley 25.871, art. 6.

En el presente artículo comenzaré por discutir las tendencias históricas en la inmigración argentina, el marco constitucional y la legislación previa. En segundo lugar, subrayaré los apoyos que influyeron en el proceso de sanción de la ley 25.871. En tercer lugar analizaré las principales características del nuevo sistema, así como su aplicación a casos concretos. Finalmente, a lo largo de todo el artículo, destacaré las características del derecho inmigratorio norteamericano que contrastan más notablemente con la generosidad de las reglas del derecho argentino. Dicha comparación servirá para criticar la normativa excesivamente restrictiva de los Estados Unidos y para demostrar los beneficios del modelo de derechos humanos que adopta Argentina.

2 | Antecedentes históricos y marco constitucional de la ley inmigratoria argentina

2.I | Antecedentes históricos

Desde su independencia, Argentina ha sido un país receptor de inmigrantes. En 1852 Juan Bautista Alberdi acuñó la conocida frase “gobernar es poblar”, que dio forma a las políticas inmigratorias argentinas⁽⁶⁾. Sucesivos gobiernos en el siglo XIX y principios del XX estimularon la inmigración como medio de desarrollo de vastas zonas despobladas del país y de fortalecimiento de la producción agropecuaria. En consecuencia, la inmigración constituye una parte fundamental del tejido de la sociedad argentina.

Los datos sobre inmigración irregular en Argentina son escasos, ya que el gobierno no mantiene estadísticas precisas y pocos investigadores analizan este tema específico. Sin embargo, expertos y funcionarios gubernamentales concuerdan en que la derogada “Ley Videla” generó un aumento en la población indocumentada. La ley otorgaba muy pocos

(6) ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*; ver también Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 23/06/09, “Ni, I-Hsing s/ Carta de ciudadanía (recurso extraordinario)”.

caminos para la inmigración legal, especialmente aquella proveniente de países limítrofes, y delegaba en funcionarios del área potestades discrecionales casi ilimitadas para denegar, demorar o impedir solicitudes de legalización. El gobierno democrático ha declarado, por lo expuesto, que la “Ley Videla” había creado una “fábrica de inmigrantes irregulares” que eran marginados precisamente por la imposibilidad para legalizar su situación, para obtener empleo legal y para acceder a beneficios sociales⁽⁷⁾.

2.2 | Marco constitucional

Ya que las políticas de inmigración y población fueron fundamentales en la formación y desarrollo de la Nación Argentina, la Constitución prevé garantías generosas para los nacidos en el extranjero. El art. 25, incluido en la Constitución de 1853 y re-adoptado en la de 1994, dice que “El Gobierno federal fomentará la inmigración europea”. Algunos académicos interpretan dicha norma como expresión de una mera preferencia, más que un requerimiento. Dicha interpretación encuentra fundamento en la segunda cláusula del mencionado art. 25, que afirma ampliamente que el gobierno no podrá restringir la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que ingresen con el fin de emprender actividades beneficiosas que la Constitución enumera. Ciertamente, muchos inmigrantes en la Argentina actual no son europeos⁽⁸⁾.

El preámbulo de la Constitución de 1853 y 1994 extiende los derechos de libertad, bienestar general y justicia para “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”⁽⁹⁾. Normas constitucionales específicas otorgan igualdad de derechos a todos los extranjeros. Los “habitantes”, término que los tribunales han entendido como abarcativo de todos los extranjeros, incluidos los irregulares, gozan de amplios derechos civiles, tales como el derecho a ejercer su profesión, a comerciar, a la libertad de expresión y religión, y el de entrar y salir libremente del territorio argentino⁽¹⁰⁾. El

(7) GABRIEL CHAUSOVSKY, *Análisis de la Jurisprudencia a Partir de la Nueva Ley de Migraciones*, Seminario Permanente de Migraciones, Instituto Gino Germani, Buenos Aires (julio 2008).

(8) STAHRINGER DE CRAMUTI, OFELIA I., *La Política Migratoria Argentina*, Depalma, 1975

(9) Constitución de la Nación Argentina, Preámbulo (1994).

(10) Constitución de la Nación Argentina, art. 14 (1994). La Constitución de 1853 contenía la misma disposición. Corte Suprema de Justicia (CSJN), 1928, “Maciá y Gassol”, Fallos 1928-

art. 20 CN reitera que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ciudadanos; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse; y naturalizarse tras dos años de residencia en el país.

Basándose en dichos principios, los tribunales históricamente han declarado la inconstitucionalidad de leyes que discriminaban a los residentes extranjeros. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o la Corte Suprema) ha invocado los arts. 14 y 20 CN para evitar la deportación de extranjeros⁽¹¹⁾ y ha invalidado leyes que requerían ciudadanía argentina para acceder a empleos públicos y privados⁽¹²⁾. La CSJN ha adoptado recientemente un “*test de escrutinio estricto*” para evaluar las leyes que discriminan a los no ciudadanos, caracterizando como discriminatorias categorías como “origen nacional” y aplicando en tales casos la presunción de inconstitucionalidad. De acuerdo con este criterio, la Corte Suprema ha resuelto en contra de leyes que requieren períodos de residencia extensos para acceder a subsidios estatales por discapacidad; y ciudadanía argentina para acceder a cargos judiciales⁽¹³⁾.

La amplitud de estas garantías constitucionales se torna aun más evidente cuando se las compara con las limitadas garantías otorgadas a los no ciudadanos bajo la normativa constitucional norteamericana. Si bien tanto Argentina como Estados Unidos son países cuya historia está imbricada con la inmigración a gran escala, las constituciones de ambos países se aproximan de modo marcadamente diverso a los derechos de los inmigrantes. A la inversa que Argentina, los Estados Unidos jamás han adoptado

151-211; CSJN, 23/3/1956, “Sosa, Lino”, Fallos 1956-234-203; CSJN, “Ni, I-Hsing s/ Carta de ciudadanía (recurso extraordinario)”, vid. supra.

(11) Ver vgr. CSJN, 1928 “Maciá y Gassol” Fallos (1928-151-211); CSJN 23/3/1956 “Sosa, Lino” Fallos (1956-234-203); CSJN, 28/9/1979, “Carrizo Coito, Sergio” Fallos (1980-302-604).

(12) CSJN, 8/11/1988, “Repetto c/ Provincia de Buenos Aires” Fallos (1988-311-2272) (docente de escuela privada); CSJN, 24/2/1998, “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba Provincia s/ amparo” Fallos (1998-321-194) (empleada de hospital público).

(13) CSJN, 16/11/2004, “Hooft, Pedro C.F. vs. Provincia de Buenos Aires/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Jurisprudencia Argentina (JA) (2005-IV-516); CSJN, 8/8/2006, “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, JA (2006-IV-596); CSJN, 4/9/2007, “Reyes Aguilera, Daniela v. Estado Nacional” S.J.A. 7/11/2007.

políticas que favorezcan la inmigración extendida y, por ello, la Constitución Norteamericana no promueve la inmigración ni otorga igualdad de derechos a los nacidos en el extranjero. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido en repetidas ocasiones que el gobierno ejerce competencia plena en materia de derecho migratorio. Ha declarado que “sobre ningún tema concebible es más completo el poder legislativo del Congreso”, y que la capacidad del gobierno federal para deportar a un extranjero es “absoluta y sin restricciones”⁽¹⁴⁾. Ya que “el Congreso habitualmente sanciona normas que serían inaceptables si se aplicaran a ciudadanos”, la jurisprudencia norteamericana permite la restricción de derechos básicos de los inmigrantes⁽¹⁵⁾.

Consecuentemente, la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos no constituye “discriminación injusta” en el marco legal norteamericano. Lejos de considerar a los inmigrantes como una categoría sospechosa, las leyes que discriminan a los no ciudadanos son válidas a menos que sean completamente irrazonables. Más aun, la protección contra discriminación por origen nacional no se extiende necesariamente a la discriminación por extranjería⁽¹⁶⁾. De acuerdo con este principio, los tribunales han fallado que muchas leyes restrictivas de derechos que afectan a no ciudadanos son constitucionales. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha convalidado leyes que impiden a los residentes permanentes legales el acceso al empleo público como agentes de policía o maestros, o a los beneficios sociales⁽¹⁷⁾. Leyes inmigratorias que tratan a hombres y mujeres de modo diferente también han pasado el tamiz constitucional⁽¹⁸⁾. Finalmente, la Corte Suprema ha dado su visto bueno a leyes que permiten a las autoridades detener y expulsar inmigrantes, incluso residentes de larga permanencia, con mínimas garantías de debido proceso⁽¹⁹⁾.

(14) “Fong Yue Ting v. U.S.”, 149 U.S. 698, 707 (1893); “Mathews v. Diaz”, 426 U.S. 67, 79–80 (1976).

(15) “Reno v. Flores”, 507 U.S. 292, 305–306 (1993); “Demore v. Kim”, 538 U.S. 510, 521–523 (2003).

(16) “Espinoza v. Farah Mfg. Co.”, 414 U.S. 86, 95 (1973)

(17) “Diaz”, 426 U.S. at 79–80; “Ambach v. Norwick”, 441 U.S. 68, 74, 80–81 (1979); “Foley v. Connelie”, 435 U.S. 291, 299–300 (1978)

(18) “Tuan Anh Nguyen v. I.N.S.”, 533 U.S. 53, 70 (2001); “Fiallo v. Bell”, 430 U.S. 787, 798–99 (1977)

(19) “Demore v. Kim”, 538 U.S. 510, 531 (2003). Ver, en general, Stephen Legomsky, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, 64 WASH. &

Las marcadas diferencias entre ambos sistemas constitucionales explican, en parte, por qué Argentina ha alcanzado una reforma migratoria amplia. Como un tribunal argentino la describió: “la nueva legislación referida al orden migratorio ha tomado un giro tendiente a lograr una mayor protección de los derechos de las personas migrantes, propendiendo a su integración a la sociedad (...) reglamentando de modo concreto los principios, declaraciones y derechos constitucionales que a su respecto rigen en nuestro país (...)”⁽²⁰⁾. De modo opuesto, en Estados Unidos, aquellos que instan una reforma migratoria e igualdad de trato para los inmigrantes no pueden apoyarse en normas constitucionales y, entonces, deben recurrir al Congreso y a la opinión pública para proteger y ampliar los derechos de los inmigrantes, lo que agiganta la tarea.

2.3 | Legislación migratoria previa⁽²¹⁾

2.3.1. La “Ley Avellaneda” y la “Ley de Residencia”

En 1876 el gobierno argentino promulgó su primera ley inmigratoria, la ley 817 de inmigración y colonización, popularmente conocida como “Ley Avellaneda”, que incorporaba las garantías constitucionales para extranjeros. Sin embargo, y como reacción al incremento en los movimientos anarquistas y sindicales en Argentina, en 1902 el gobierno promulgó la ley 4144, conocida como “Ley de Residencia”, que limitaba la inmigración y discriminaba a los nacidos en el extranjero de acuerdo a su actividad política. La “Ley de Residencia” autorizaba al Poder Ejecutivo a expulsar o prohibir la entrada de extranjeros cuya conducta comprometiera la seguridad nacional o el orden público⁽²²⁾. En el fallo fundacional “Transporte Chaco”, que trataba la deportación de anarquistas y sindicalistas, la Corte Suprema convalidó la “Ley de Residencia”. La CSJN consideró

.....
LEE L. REV 469 (2007)

(20) Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de Córdoba, 04/04/2007, “Jalil, Gabriel E. y Otros”, La Ley (LL) (2007-D-84)

(21) Ver BARBARA HINES, *An Overview of Argentine Immigration Law*, 9 IND. INTL. & COMP. L. REV. 395, 397 (1999)

(22) Ley 4144, 23/11/1902. En el mismo período, EEUU promulgó leyes similares. Ver *Immigration Act* de 1918, completado por *Immigration Act* de 1920, disponiendo la exclusión de cualquiera que promocionara la destitución del gobierno por la fuerza, que se opusiera al gobierno organizado, o que fuera miembro de cualquier organización que lo postulara.

que el Poder Ejecutivo podía expulsar extranjeros a pesar de los art. 14 y 25 de la Constitución Nacional porque la protección de dichas normas no se extendía a actividades que amenazaran el orden público⁽²³⁾.

2.3.2. La “Ley Videla”

En 1981 la dictadura adoptó un régimen significativamente más restrictivo, la ley 22.439⁽²⁴⁾, conocida como “Ley Videla”, que reemplazó la “Ley Avellaneda” y sus decretos reglamentarios⁽²⁵⁾. Los gobiernos democráticos subsiguientes mantuvieron la aplicación de la “Ley Videla” hasta la sanción de la ley 25.871, en 2004. Si bien los muchos defectos de la ley previa no son el eje de este artículo, una breve discusión de la ley 22.439 sirve para resaltar la importancia del reemplazo en la nueva ley de principios inmigratorios xenófobos y restrictivos por otros humanitarios e igualitarios.

La “Ley Videla” redujo la apertura de las políticas y leyes inmigratorias del pasado. Su propósito declarado era el de promover la inmigración de aquellas personas “cuyas características culturales permitan su adecuada integración en la sociedad argentina”⁽²⁶⁾. A pesar de la decisión en el fallo “Transporte Chaco”, que establecía el derecho al debido proceso en los procedimientos de expulsión, bajo la “Ley Videla” los inmigrantes podían ser deportados por ingreso ilegal, violación de los términos de estadía, conducta criminal y amenaza a la seguridad nacional o al orden público, sin siquiera un mínimo debido proceso⁽²⁷⁾. Un inmigrante no tenía derecho a recibir notificación ni revisión judicial de la decisión de la Dirección de Migraciones de negarle beneficios o de detenerlo o expulsarlo⁽²⁸⁾.

(23) Ver CSJN, 6/5/1932, “Simón Scheimberg y Enrique Corona Martínez s/hábeas corpus en representación de treinta y tres extranjeros detenidos en el ‘Transporte Chaco’ de la Armada Nacional” Fallos (1932-164-344)

(24) Ley 22.439, 23/03/1981 (derogada).

(25) Ver decreto 4805 de 1963, [1963] A.L.J.A. 66, ratificado por Ley 16.478, [1964] A.L.J.A. 52; ver también decreto 17294 de 1967, [1967-B] A.L.J.A. 1516.

(26) “Ley 22.439”, art. 2.

(27) “Ley 22.439”, art. 3.

(28) CHAUSOVSKY, GABRIEL, “El Estado y la Expulsión de Extranjeros”, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 1997.

Por otra parte, la referida ley de facto preveía restricciones severas a los derechos de los inmigrantes indocumentados e impedía su integración en la sociedad argentina. Sólo residentes permanentes o temporarios podían acceder a la escuela secundaria⁽²⁹⁾. Los inmigrantes indocumentados no podían comprar o alquilar inmuebles, y un vendedor o locador que violara dicha prohibición podía ser multado. Ordenaba a los ciudadanos y funcionarios gubernamentales denunciar a los inmigrantes indocumentados que realizaran transacciones comerciales, intentaran casarse, o buscaran atención médica⁽³⁰⁾. También permitía a la Dirección de Migraciones realizar investigaciones por supuestas infracciones migratorias sin sospecha razonable, causa probable u orden judicial⁽³¹⁾. Igualdad de derechos, no discriminación o el derecho a migrar estaban llamativamente ausentes en la vieja legislación. La legislación de facto declaraba que la Constitución sólo era operativa en tanto no entrara en conflicto con los objetivos de la Junta Militar, tornando imposible el reclamo por inconstitucionalidad de la ley⁽³²⁾.

3 | La Nueva Ley Inmigratoria

3.1 | Circunstancias y apoyos que influyeron en la sanción de la nueva ley

Una multiplicidad de factores influyeron en la sanción de la nueva ley inmigratoria: la incorporación de normativa de derechos humanos en la Constitución de 1994; un enfoque de derechos humanos en el contexto discursivo de los derechos de los migrantes; una población inmigrante creciente sin forma de regularizar su situación; el desarrollo de una inquieta comunidad de defensa y apoyo a los derechos de los inmigrantes, y litigios denunciando la “Ley Videla” ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

(29) “Ley 22.439”, art. 102

(30) “Ley 22.439” arts. 32, 35, 48, 103, 104, 105, 106.

(31) “Ley 22.439”, art. 107.

(32) Ley 21.258, 24/03/1976, William C. Banks & Alejandro D. Carrión, *Presidential Systems in Stress: Emergency Powers in Argentina and the United States*, 15 Mich. J. Int'l L. 1, 30–31 (1993)

Las experiencias de un período de graves violaciones a los derechos humanos llevaron a la incorporación de tratados y estándares de derechos humanos en la Constitución de 1994. Específicamente, la Constitución le otorga jerarquía constitucional a tratados internacionales que Argentina había ratificado al momento de la reforma. Además, los tratados internacionales ratificados con posterioridad son jerárquicamente superiores a la ley local, e inferiores a la Constitución, y una votación de dos tercios del Congreso puede otorgarles jerarquía constitucional⁽³³⁾. Consecuentemente, Argentina ha redactado y sancionado su nueva ley inmigratoria desde un paradigma de derechos humanos.

A partir de los años 90, la creciente población inmigrante no europea tenía pocas perspectivas para legalizar su situación en Argentina. Ciertos sectores de la sociedad argentina, tal como sus contrapartes norteamericanas, reaccionaron al aumento de la población inmigrante con xenofobia. Funcionarios públicos, medios de comunicación y algunos sindicatos culpaban a los inmigrantes por el aumento en la delincuencia y el desempleo⁽³⁴⁾. Como reacción a ese sentimiento anti-inmigrante y a la marginación, inmigrantes de países limítrofes formaron organizaciones civiles para exigir la reforma de la legislación inmigratoria argentina y luego aunaron esfuerzos con la comunidad de derechos humanos para impulsar una nueva ley⁽³⁵⁾.

Por su parte, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) comenzó a incluir en su trabajo en derechos humanos la temática migratoria. En su reporte anual de 1995, el CELS destacó la discriminación a los inmigrantes y la ilegalidad de la ley inmigratoria de la dictadura a la luz de la Constitución y el derecho internacional⁽³⁶⁾. En el mismo período, el CELS y la Comisión Argentina de Refugiados (CAREF) comenzaron a recibir cada vez más quejas de inmigrantes y organizaciones comunitarias en cuanto a la imposibilidad para los inmigrantes de obtener documentación y estatus

(33) CONST. ARG. art. 75, inc. 22.

(34) Ver CORREA, VIOLETA A., "La Nueva Ley de Migraciones y la Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil", *Migración: un Derecho Humano*, Prometeo, 2004.

(35) Ver PICHE, VICTOR y MORALES, DIEGO, *Immigration Policy in Argentina: Between Theory and Practice*, McGill: Hans & Tamar Oppenheimer Chair in Public International Law, Mar 8, 2010.

(36) Ver, en general, OTEIZA, ENRIQUE , NOVICK, SUSANA y ARUJ, ROBERTO S., "Política Migratoria, Inmigración Real y Derechos Humanos en la Argentina", *Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Argentina* (Centro de Estudios Legales y Sociales 1996).

legal; la falta de acceso al empleo, la educación y la atención de la salud; la obligación de los ciudadanos y las instituciones de denunciar a los indocumentados ante las autoridades; y la ausencia del debido proceso en los procedimientos migratorios⁽³⁷⁾. Así, en diciembre de 1996, el CELS y la Asociación por los Derechos Civiles presentaron un *habeas corpus* por la detención y deportación de Juan Carlos de la Torre, un uruguayo que había vivido por muchos años en Argentina con su esposa argentina y sus hijos nacidos en Argentina, por considerar la medida violatoria de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos⁽³⁸⁾. Cuando la Corte Suprema rechazó la petición por abstracta, ya que de la Torre ya había sido deportado⁽³⁹⁾, el CELS se presentó ante la CIDH denunciando la ley migratoria y la deportación sumaria de la Torre como violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos y otras normas de derechos humanos. El caso seguía pendiente de resolución en la Comisión al momento de la sanción de la ley 25.871. En 2003, como parte de las negociaciones con el CELS para la resolución del caso, el gobierno argentino declaró su voluntad de reformar la “Ley Videla” para ajustarla a los estándares de derechos humanos⁽⁴⁰⁾.

El hecho de que gobiernos elegidos democráticamente sostuvieran la vigencia de la llamada ley 22.439 (“Ley Videla”) sirvió como eje de amplias críticas y propuestas por parte de la comunidad de derechos humanos. A fin de canalizar estas preocupaciones, a fines de 1996 una red de organizaciones de derechos humanos y derechos de los inmigrantes formó la Mesa de Organizaciones en Defensa de los Derechos de los Inmigrantes con el objetivo de derogar la “Ley Videla”⁽⁴¹⁾. Los miembros originarios de la Mesa fueron la CAREF, el CELS, la Asamblea Permanente por los Derechos

(37) Ver CORREA, *supra*.

(38) CSJN, 22/12/1998, “Recurso de hecho deducido por la defensa de De la Torre, Juan Carlos en la causa De la Torre, Juan Carlos s/ *habeas corpus*” Fallos (1998-321-3646).

(39) *Id.*, “De La Torre v. Argentina”, caso 12.306, CIDH, La clínica jurídica sobre inmigración de la University of Texas School of Law presentó un *amicus curiae* ante la CIDH en el caso “De la Torre”.

(40) Ver MORALES, DIEGO y ASUREY, VERÓNICA, *La Nueva Ley de Migraciones y Las Cuestiones de Derecho Penal y Procesal. Una Bienvenida Sin Sombrero*, 2004/A Nueva Doctrina Penal, 259, 263 (2004); Carta al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (27/09/2004).

(41) Ver Novick, SUSANA, *Las Migraciones en América Latina*, Buenos Aires, Catálogos, 2008.

Humanos (APDH), el Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos, el Servicio de Paz y Justicia, la Fundación de la Comisión Católica de Migraciones, el Centro de Estudios Migratorios de América Latina, y el Departamento de Migraciones de la Confederación de Trabajadores Argentinos. Los esfuerzos de la Mesa jugaron un rol importante en el proceso que culminó en la sanción de la nueva ley. El grupo analizó los defectos de la ley previa a la luz de los estándares de derechos humanos, presentó un proyecto de ley nacional ante los diputados nacionales que integraban la Comisión de Población y Recursos Humanos de la Cámara de Diputados, testificaron en audiencias públicas y continuaron abogando por la nueva ley hasta obtener su sanción⁽⁴²⁾.

3.2 | La sanción de la nueva ley

Los grupos de defensa de los derechos humanos, las comunidades inmigrantes y los especialistas en derecho constitucional recibieron con entusiasmo la nueva ley cuyos principios fundamentales sostienen el derecho a migrar como un derecho humano y garantiza otros derechos humanos e igualdad básica. El senador Rubén Giustiniani, autor de la ley, declaró que la misma “va en la dirección del progreso social, basado en la integración y no en la exclusión, el multilateralismo en la región y no el unilateralismo, la tolerancia y no la xenofobia. La actual ley inmigratoria está basada en un nuevo enfoque que enriquece la democracia”⁽⁴³⁾. Eugenio Zaffaroni declaró que la sanción de la nueva ley “significa el restablecimiento de la compatibilidad de la ley con las directivas constitucionales”⁽⁴⁴⁾. El embajador argentino Leonardo Franco declaró ante las Naciones Unidas que “esta nueva ley refleja el compromiso de nuestro país de garantizar el respeto irrestricto a los derechos humanos de los migrantes y sus familias y, al mismo tiempo, establece mecanismos de fácil acceso para regular la migración, contribuyendo de ese modo a la eliminación de cualquier forma de discriminación, xenofobia o racismo”⁽⁴⁵⁾.

(42) Correa, supra.

(43) GIUSTINIANI, RUBÉN, “Fundamentos de la Ley”, en *Migración: un Derecho Humano*, Prometeo, 2004, pp. 14/15.

(44) ZAFFARONI, EUGENIO R., “Migración y Discriminación: La Nueva Ley en Perspectiva Histórica”, *Migración: un Derecho Humano*, Prometeo, 2004, p. 45.

(45) Statement to the U.N. General Assembly on Argentina, High-Level Dialogue on International Migration and Development (15/09/2006).

Semejante legislación es excepcional en un clima global en el que la preocupación por la seguridad nacional y las políticas excluyentes y restrictivas dominan el debate sobre la inmigración. Así como las organizaciones argentinas presionaron para obtener un régimen migratorio más abierto, los intentos para liberalizar la actual legislación inmigratoria en los Estados Unidos han fallado repetidamente. Una posible explicación es que las normas inmigratorias no forman parte de la Constitución norteamericana y, por ello, la misma no sirve de sustento a proyectos legislativos o reclamos judiciales. Adicionalmente, la política inmigratoria norteamericana es un tema altamente politizado y divisivo, lo que dificulta la posibilidad de alcanzar un consenso. No obstante la superioridad numérica, organizativa y financiera de los grupos de presión norteamericanos y los grupos anti-inmigrantes dificultan una reforma migratoria. En contraste, Argentina no tiene movimientos anti-inmigrantes organizados ni la política inmigratoria es un tema importante para el electorado, factores que facilitaron la sanción de la ley liberal.

Por ello, en lugar de liberalizar su normativa inmigratoria, los Estados Unidos han sancionado una serie de leyes cada vez más restrictivas. Tanto la “Reforma sobre Inmigración Ilegal” (*Illegal Immigration Reform*) y la “Ley de Responsabilidad del Inmigrante” (*Immigrant Responsibility Act*) de 1996, como la “Ley Patriótica” (*USA PATRIOT Act*) de 2001 limitan seriamente los derechos de los inmigrantes y determinan la deportación y la no admisión en base a definiciones demasiado amplias de conducta criminal y de terrorismo⁽⁴⁶⁾. Adicionalmente, la “Ley del Cercado Seguro” (*Secure Fence Act*) de 2006 autorizó la construcción de una pared a lo largo de la frontera sur de Estados Unidos con un costo estimado de entre dos y cuatro millones de dólares por milla⁽⁴⁷⁾.

Si bien una reforma inmigratoria que se enfoca en un programa de legalización para los aproximadamente once millones de inmigrantes indocumentados en Estados Unidos ha sido presentada al Congreso todos los

(46) *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996*, Pub. L. No. 104–208 (1996); *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001*, Pub. L. No. 107–56 (2001).

(47) *Secure Fence Act* de 2006, Pub.L. 109–367, § 2, (2006); Blas Nuñez-Neto y Yule Kim, *Congressional Research Service Report for Congress* No. RL33659, *Border Security: Barriers Along the U.S. International Border* 27–28 (13/05/2008).

años desde 2005, nunca ha sido sancionada. Además, todos los proyectos de ley incluyen mayor estrictez y seguridad fronterizas como una contraparte de la reforma⁽⁴⁸⁾. En diciembre de 2005 la Cámara de Representantes otorgó media sanción al proyecto H.B. 4437 que por primera vez criminalizaba la situación de los inmigrantes indocumentados en Estados Unidos y ampliaba la definición de tráfico de inmigrantes para incluir cualquier ayuda otorgada a un inmigrante indocumentado. Al mismo tiempo, la ley no otorgaba ningún camino para la regularización de la población indocumentada⁽⁴⁹⁾. En reacción al proyecto H.B. 4437, en la primavera de 2006 cientos de miles de inmigrantes y activistas en Estados Unidos tomaron las calles para protestar contra el proyecto y para exigir una reforma inmigratoria⁽⁵⁰⁾. Si bien el proyecto de ley no fue aprobado en el Senado, desde entonces todo intento de reforma integral ha fallado. Aunque el Presidente Barack Obama apoyó una reforma inmigratoria durante su campaña presidencial, incluso proyectos de ley acotados, como el que otorgaba estatus legal permanente a los estudiantes universitarios que hubieran ingresado a los Estados Unidos a una edad temprana (*Dream Act*) han sido bloqueados en el Congreso.

Con las ampliadas causas de deportación y el aumento en los esfuerzos de aplicación gubernamentales, en 2011 fueron deportados 396.906 inmigrantes en los Estados Unidos⁽⁵¹⁾. Diversos Estados han sancionado leyes anti-inmigrantes excepcionalmente punitivas que sólo han sido limitadas parcialmente por un fallo reciente de la Corte Suprema sobre la ley inmigratoria estadal de Arizona⁽⁵²⁾. El Partido Republicano continúa sosteniendo una plataforma violentamente anti-inmigrante. Por todo ello, y en contraste con las políticas norteamericanas, la ley inmigratoria argentina

(48) Ver, vgr. *Secure America and Orderly Immigration Act* de 2005, S. 1033, 109th Cong. (2005) y H.R. 2330, 109th Cong. (2005); *Comprehensive Immigration Reform Act* de 2006, S. 2611, 109th Cong. (2006); *Secure Borders, Economic Opportunity and Immigration Reform Act* de 2007, S. 1348, 110th Cong. (2007).

(49) *Border Protection, Antiterrorism and Illegal Immigration Control Act* de 2005, H.R. 4437, 109th Cong. (2005).

(50) *Online Newshour, Demonstrators March Nation Wide Protesting HR-4437*, PBS, 10/04/2006, *Immigration Issue Draws Thousands Into Streets*, MSNBC, 25/03/2006.

(51) <http://www.ice.gov/removal-statistics>.

(52) "Arizona v. United States", S.Ct.(2012), 2012 WL 2368661.

es un cambio bienvenido, que si bien refleja una realidad diferente, muestra un acercamiento marcadamente distinto a la cuestión migratoria.

3.3 | Disposiciones de la nueva ley

3.3.1. Principios Generales

La disposición más novedosa e innovadora de la ley es el reconocimiento del derecho fundamental a migrar. El lenguaje concreto es poderoso: "El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad"⁽⁵³⁾. El principio general de igualdad atraviesa las disposiciones sobre admisión, residencia y deportación. En realidad, si bien la ley no prevé fronteras abiertas, no deja de reflejar una orientación filosófica y de derechos humanos.

De hecho, la ley 25.871 cubre un espectro más amplio que la Convención Internacional (sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares)⁽⁵⁴⁾. Si bien la Convención reconoce el fenómeno internacional de la migración, no encuadra el derecho a migrar como un derecho humano. El preámbulo de la Convención destaca "la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados de la comunidad internacional" pero deja claro que la Convención no limita la competencia de un Estado para establecer los estándares de admisión de inmigrantes. Aunque la Convención ordena que los derechos humanos básicos garantizados por otros tratados deben hacerse extensivos a todos los migrantes, hace diferencias entre las garantías específicas otorgadas a los inmigrantes legales y a los irregulares que residan en un país signatario⁽⁵⁵⁾. El hecho de que sólo cuarenta y un países, y ningún gran

(53) Ley 25.871, art. 4; ver CERIANI CERNADAS, PABLO, "Nueva Ley: un Paso Hacia una Concepción Distinta de la Migración", *Migración: un Derecho Humano* at 113 (2004).

(54) Argentina ratificó la Convención el 23 de febrero de 2007; U.N. Doc. A/RES/45/158 (18/09/1990).

(55) Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Res. A. Gral. 45/158, U.N. Doc. A/RES/45/158 (18/09/1990).

país receptor de inmigrantes hayan suscrito la Convención subraya la naturaleza progresista de la ley argentina.

Los principios generales del art. 3 de la ley demuestran su fundamental enfoque pro-inmigración. Los objetivos de la ley son: desarrollar políticas de inmigración y estrategias para cumplir las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos y la integración y movilidad de los inmigrantes; contribuir al logro de las políticas demográficas que establezca el gobierno con respecto a la magnitud, tasa de crecimiento y distribución geográfica de la población del país; contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país; garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar; promover la integración en la sociedad argentina de los residentes permanentes; asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes; promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias; promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social del país, y facilitar la entrada de visitantes a la República Argentina⁽⁵⁶⁾.

Sólo dos de los principios generales se refieren a la seguridad y criminalidad: promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación; y promover el intercambio de información en el ámbito internacional, y la asistencia técnica y capacitación de los recursos humanos, para prevenir y combatir eficazmente a la delincuencia organizada trasnacional⁽⁵⁷⁾. Notablemente, la nueva ley inmigratoria se diferencia del modelo preexistente de promoción

(56) Ley 25.871, art. 3 incs. a-i.

(57) Íd. art. 3 incs. j-k.

de la inmigración europea y, en cambio, hace énfasis en la integración e inmigración regional⁽⁵⁸⁾.

3.3.2. Igualdad de trato y no discriminación

Más allá de su enfoque de derechos humanos, incluyendo el derecho a migrar, la nueva ley amplía los estándares de no discriminación e igualdad de trato a todos los inmigrantes. El término “inmigrante” está definido ampliamente como todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país⁽⁵⁹⁾. Encomiablemente, la ley utiliza el término “irregular” para describir la situación de los no ciudadanos, en lugar de los más enardecedores y peyorativos “ilegal” e “illegalidad” utilizados por la “Ley Videla” o “extranjero ilegal” y “delincuente” utilizados por los grupos anti-inmigrantes en los Estados Unidos para marginar y criminalizar a los inmigrantes⁽⁶⁰⁾.

Por otra parte, la ley asegura a los inmigrantes y sus familias el acceso en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. A más, la ley aclara que la condición de inmigrante irregular no puede constituir razón para denegar el acceso al sistema de salud, o a la educación pública o privada de cualquier nivel. Las dos disposiciones mencionadas imponen una obligación a las autoridades educativas y del sistema de salud de orientar y asistir a los no ciudadanos en la subsanación de su situación irregular⁽⁶¹⁾.

La ley define discriminación como actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo me-

(58) Ver GIUSTINIANI, *supra* pp. 19/24 y 36/42.

(59) Ley 25.871, art. 2.

(60) CHAUSOVSKY, GABRIEL, *Análisis de la Jurisprudencia a Partir de la Nueva Ley de Migraciones*, Seminario Permanente de Migraciones, Instituto Gino Germani, Buenos Aires (Julio 2008) y Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (CFed), 10/12/2004, “Ali Yun, Lingyan Zheng y Yu Junyun / habeas corpus” L.S. Crim. 2004-II-396 con ley 22.439, arts. 33-37 (derogada).

(61) Ley 25.871, arts. 6 a 8.

noscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes⁽⁶²⁾. Esta disposición asegura que la condición de inmigrante no puede ser utilizada como pretexto para discriminación alguna. Finalmente, el gobierno debe cumplir con todos los tratados internacionales ratificados que garanticen derechos migratorios⁽⁶³⁾.

Si bien en lo referido a no discriminación e igualdad de trato la ley pretende ser universalmente aplicable, el art. 5º contradictoriamente ordena: “El Estado asegurará (...) una efectiva igualdad de trato (...) siempre que satisfagan (los extranjeros) las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia (en el país), de acuerdo a las leyes vigentes”⁽⁶⁴⁾. Una interpretación literal del texto de este artículo podría llevar a la conclusión de que algún tipo de trato dispar podría seguir siendo permisible en perjuicio de personas en condición irregular. Tal interpretación contravendría las disposiciones más liberales de la ley, incluyendo la definición amplia de “inmigrante” como cualquier persona que desee ingresar o residir en Argentina incluida en el art. 2º, el derecho inalienable a inmigrar del art. 4º, el derecho a igualdad en el acceso a todos los derechos y privilegios correspondientes a los ciudadanos argentinos del art. 6º, y las numerosas referencias en el texto de la ley a los estándares constitucionales, humanitarios y de derechos humanos⁽⁶⁵⁾. Algunos comentaristas sugieren que este posible conflicto dentro del texto sea resuelto a través de reglamentaciones a favor de la igualdad de trato para todos los inmigrantes, sin importar su situación migratoria⁽⁶⁶⁾.

La ley 25.871 promueve la integración cultural y la educación en la comunidad inmigrante. Los gobiernos federal, provinciales y municipales deben proporcionar a los no ciudadanos y sus familias información acerca de sus derechos y obligaciones bajo el nuevo régimen y otros temas relacionados

(62) Íd. art. 13.

(63) Íd. arts. 12 y 13.

(64) Íd. art. 5.

(65) Ver, vgr. Íd. art. 12.

(66) Ver Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Subsecretaría de Derechos Humanos, *Commentarios a propósito de la reglamentación de la Ley 25.871* (sin fecha).

que, de ser posible, esté en un idioma que el inmigrante pueda comprender. Más aun, el gobierno debe adoptar medidas apropiadas para asegurar la propagación de dicha información a través de empleadores, sindicatos y otras instituciones. A fin de fomentar la integración cultural y el multiculturalismo, el gobierno debe proporcionar clases de idioma castellano, promover el conocimiento y valoración de las expresiones culturales, sociales, económicas y religiosas de los inmigrantes y establecer cursos de capacitación para empleados públicos y entidades privadas. Finalmente, el gobierno debe facilitar la consulta y participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residan⁽⁶⁷⁾.

Estas últimas disposiciones referidas al rol cooperativo de las autoridades federales, provinciales y municipales argentinas en la integración de los inmigrantes resultan fuertemente contrastantes con las tendencias en los Estados Unidos. Muchos gobiernos estaduales y distritales han firmado acuerdos con el Departamento de Seguridad Interior a fin de implementar leyes inmigratorias, un área tradicionalmente correspondiente al gobierno federal⁽⁶⁸⁾. A mayor cantidad de policías estaduales y locales, mayor cantidad de detenciones de inmigrantes por tráfico menor o delitos diversos para luego entregarlos a las autoridades federales migratorias para su deportación⁽⁶⁹⁾. Inmigrantes de origen latinoamericano son las víctimas más frecuentes de estas prácticas y hay estudios que demuestran un impacto dispar en contra de esta comunidad, incluyendo evidencias de utilización de perfiles raciales⁽⁷⁰⁾. Recientemente, la legislatura de Arizona sancionó una ley inmigratoria sobreabarcativa que obliga a la policía local a comprobar la situación migratoria de todos los sospechosos de estar en los Estados Unidos sin la documentación correspondiente y criminaliza la si-

(67) Ley 25.871, arts. 9, 11 y 14.

(68) *Immigration and Nationality Act § 287(g)*, 8 U.S.C. 1357 (1990).

(69) MAI THI NGUYEN y HANNAH GILL, *The Latino Migration Project, The 278(g) Program: The Costs and Consequences of Local Immigration Enforcement in North Carolina Communities* pgs. 1–2 (2010).

(70) TREVOR GARDNER II y AARTI KOHLI, *The CAP Effect: Racial Profiling in the ICE Criminal Alien Program, Policy Brief*, The Chief Justice Earl Warren Institute of Race, Ethnicity & Diversity (Sept. 2009).

tución inmigratoria irregular⁽⁷¹⁾. Otros Estados han seguido el ejemplo de Arizona⁽⁷²⁾. Si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tachado de inconstitucionales algunas partes de la ley mencionada, algunos aspectos preocupantes de la ley continúan vigentes⁽⁷³⁾.

Además de las iniciativas locales, algunos Estados y municipalidades han sancionado leyes que restringen el acceso al empleo, a la vivienda y al derecho a contratar de los inmigrantes indocumentados, bajo la forma de regulaciones comerciales, sanitarias o de seguridad. Algunos tribunales han invalidado esas leyes por violatorias del debido proceso o, más frecuentemente, como un intento inadecuado de regular el derecho migratorio, que corresponde al gobierno federal. Otros tribunales, sin embargo, las han considerado constitucionales, antes del fallo "Arizona c. Estados Unidos"⁽⁷⁴⁾. Así, mientras Argentina ha promovido la integración de su comunidad inmigrante y la legalización de su comunidad indocumentada, algunos funcionarios estatales y locales norteamericanos desalientan la presencia de inmigrantes en sus comunidades.

3.3.3. Estándares de admisibilidad

3.3.3.1. Principios generales

La ley, basándose en el derecho inalienable a migrar, dispone que toda persona que solicite ser admitida de modo permanente o temporario tendrá derecho a criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes⁽⁷⁵⁾. Más aun, el gobierno debe implementar medidas tendientes a promover la regularización de la situación migratoria de los extranjeros y asegurar que las posibles demoras en los procedimientos no los afecten

(71) S.B. 1070, 49th Leg., 2d Reg. Sess. (Ariz. 2010).

(72) Ver, vgr., S.B. 1070 (Arizona); H.B. 56 (Alabama); H.B 87 (Georgia).

(73) "Arizona v. United States", supra.

(74) "City of Hazleton, Pa. v. Lozano", 131 S.Ct. 2958 (2011); "Villas at Parkside Partners v. City of Farmers Branch", 675 F.3d 802 (5th Cir. 2012); "Gray v. City of Valley Park", Mo. 567 F.3d 976 (8th Cir. 2009).

(75) Ley 25.871, arts. 3 inc. f.

negativamente⁽⁷⁶⁾. La reunificación familiar es sustento fundamental del proceso de admisión, como evidencian los principios generales de la ley 25.831 y el art. 10 en particular, que reza: “El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”⁽⁷⁷⁾.

Al revertir la denegatoria de una visa solicitada por la esposa china de un residente argentino, la Corte Suprema señaló que “cabe señalar que la nueva ley de Política Migratoria Argentina, 25.871, (...) estableció (...) una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros”⁽⁷⁸⁾. En consecuencia, la Corte rechazó la decisión gubernamental de denegar la visa en base a la supuesta “proclividad al delito” y sostuvo que el principio de reunificación familiar debe regir todas las decisiones de admisibilidad⁽⁷⁹⁾.

En contraste, en los Estados Unidos, la conducta criminal desplaza al objetivo de la reunificación familiar en las decisiones sobre admisibilidad y deportación. Los funcionarios migratorios deportan incluso residentes permanentes de largo tiempo con lazos significativos con los Estados Unidos y deniegan la admisión a familiares de ciudadanos y residentes si dichos familiares han cometido delitos⁽⁸⁰⁾.

3.3.3.2. Categorías de admisibilidad

La ley 25.871 establece cuatro situaciones legales diferentes: residente permanente, residente temporario, residente transitorio y residente precario. La residencia permanente está ampliamente disponible para todos aquellos que deseen establecerse definitivamente en el país, así como a los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, entendiéndose como tales a cónyuge, hijos y padres⁽⁸¹⁾. Desgraciadamente, la norma no incluye

(76) Id. arts. 17 y 26.

(77) Id. art. 10.

(78) CSJN, 23/10/2007, “Zhang, Hang v. Estado Nacional-Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/recurso de hecho” Fallos 2007-330-4554.

(79) Idem.

(80) MORAWETZ, NANCY, *Understanding the 1996 Deportation Laws and the Limited Scope of Proposed Reforms*, 113 HARV. L. R. 1936, 1938-39 (2000).

(81) Ley 25.871, art. 22.

mayores detalles sobre otras categorías de personas que pueden obtener la residencia permanente, lo que resalta la necesidad de reglamentaciones que completen esta disposición.

La residencia temporaria por un período inicial de tres años prorrogables por períodos equivalentes está destinada a trabajadores migrantes; personas con ingresos económicos propios de fuentes externas; pensionados que perciban ingresos de gobiernos extranjeros, organismos internacionales o empresas privadas; inversionistas; científicos y trabajadores especializados empleados por entidades públicas o privadas; deportistas y artistas, y religiosos de cultos reconocidos. Además, personas que necesiten tratamiento médico en Argentina y sus familiares directos, representantes legales o curadores pueden ingresar por un año prorrogable. Los académicos pueden ingresar por igual período con un régimen similar. Estudiantes que ingresen al país para cursar estudios secundarios, terciarios o universitarios; asilados y refugiados; y ciudadanos del Mercosur y Estados Asociados pueden obtener la residencia temporaria por dos años prorrogables. Los ministerios de Interior y de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto pueden, discrecionalmente, admitir residentes temporarios por razones humanitarias o de interés para el país que no estén contempladas en la ley⁽⁸²⁾.

La residencia transitoria incluye a los turistas, pasajeros en tránsito, tránsito vecinal fronterizo, tripulantes de transporte internacional, trabajadores migrantes estacionales, académicos, personas que requieran tratamiento médico, y personas que la Dirección Nacional de Migraciones considere que merecen tratamiento especial⁽⁸³⁾.

La ley prevé la residencia precaria para cualquier residente permanente, temporario o transitorio con trámites migratorios pendientes de resolución. La validez de la misma es por 180 días prorrogables hasta la finalización de los trámites correspondientes. Un extranjero en esa situación puede permanecer, salir y reingresar al territorio nacional y trabajar y estudiar⁽⁸⁴⁾. Esta disposición es definitivamente una mejora con respecto a la

(82) Íd. art. 23.

(83) Íd. art. 24 incs. a-g.

(84) Íd. art. 20.

derogada ley de facto 22.439, que autorizaba a la Dirección de Migraciones a otorgar o cancelar la residencia precaria a través de un entramado de resoluciones que autorizaban la residencia precaria para ciudadanos de diferentes nacionalidades por diversos períodos de tiempo y sin salvaguardas administrativas o judiciales.

3.3.4. Trabajo, derecho de propiedad y penas

Los residentes permanentes tienen el derecho irrestricto a trabajar y a realizar cualquier tipo de actividad remunerada. Los residentes temporarios sólo pueden hacerlo durante su estadía autorizada en el país⁽⁸⁵⁾. Además, la ley prohíbe a los residentes transitorios trabajar o realizar tareas remuneradas a menos que sean trabajadores migrantes estacionales o reciban permiso expreso de las autoridades migratorias⁽⁸⁶⁾. Si bien la ley argentina entraña principios de no discriminación, la ley, contradictoriamente, limita el derecho de aquellos en situación irregular. Tales inmigrantes no pueden realizar tareas remuneradas⁽⁸⁷⁾ y los empleadores que los contraten son susceptibles de ser sancionados pecuniariamente⁽⁸⁸⁾. No obstante, los trabajadores inmigrantes irregulares tienen todos los derechos laborales frente a sus empleadores en el empleo que pudieran obtener⁽⁸⁹⁾.

La ley 25.871 también prohíbe el alquiler de alojamiento a personas en situación irregular e impone multas administrativas para quienes violen la prohibición. Además dispone que quien contrate con residentes irregulares la adquisición, venta o constitución de gravamen sobre bienes inmuebles, derechos o muebles registrables, o la constitución o integración de sociedades civiles o comerciales, deberá informarlo a la autoridad migratoria⁽⁹⁰⁾. Sin embargo, al igual que con la prohibición de obtener empleo, dichas transacciones mantienen su validez⁽⁹¹⁾.

(85) Íd. art. 51.

(86) Íd. art. 52.

(87) Íd. art. 53.

(88) Íd. arts. 55, 59-60.

(89) Íd. art. 16, ver también, CIDH, *Condición Judicial y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17/09/2003.

(90) Ley 25.871, arts. 55 y 59.

(91) Íd. art. 58.

Estas restricciones contradicen directamente los principios de igualdad, no discriminación y protección de los derechos humanos que la ley expresa en su parte general. En primer lugar, la prohibición de alquilar alojamiento limita las opciones habitacionales de los inmigrantes y se puede sostener que obliga a los inmigrantes irregulares a alojarse en lugares inadecuados e ilegales. En segundo lugar, la obligación de denunciar a los inmigrantes irregulares que deseen contratar interfiere con la capacidad de los inmigrantes para comprar propiedades, realizar negocios, adquirir y registrar un vehículo o formar una sociedad. En tercer lugar, la denuncia de inmigrantes ilegales contradice las disposiciones de la ley que manda a los Estados federal, provinciales y municipales fomentar la integración. La obligación de denunciar nos recuerda la “Ley Videla”, que obligaba a denunciar no sólo a los inmigrantes que intentaran celebrar este tipo de contratos, sino también a aquellos que quisieran obtener servicios sociales o atención médica. Si bien aún está por verse cuán estrictamente se aplicarán estas disposiciones, la reglamentación debería redactarse de modo de limitarlas, a fin de mantener la armonía con los principios de derechos humanos que sustentan la ley.

Además de multas administrativas, la ley 25.871 establece diversas sanciones penales, que incluyen prisión de uno a seis años por delitos tales como tráfico de personas, promover la estadía irregular de no ciudadanos para obtener beneficios económicos directos o indirectos, y utilizar documentación falsa para obtener beneficios migratorios para un tercero. La ley prevé sanciones penales más extensas si las conductas incluyen factores agravantes como violencia, abuso, reincidencia, drogas o terrorismo, o si la víctima es menor de edad⁽⁹²⁾.

3.3.5. Procedimientos de denegación de admisión, cancelación de la permanencia y expulsión

Los apartados de la ley que versan sobre criterios de admisión y expulsión son en general consistentes con la estructura liberal de la nueva ley. También equilibran razonablemente el derecho a inmigrar con el poder soberano del Estado para determinar a quién admitir y a quién deportar.

(92) Ley 25.871, arts. 116/121; Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro.1 de Córdoba 4/4/2007, “Jalil, Gabriel y otros” LL 2007-D-84.

Antes de denegar la admisión, cancelar la permanencia o deportar a una persona, la Dirección de Migraciones debe tener en cuenta factores humanitarios tales como lazos familiares, duración de la residencia en el país, ocupación y condiciones sociales y personales⁽⁹³⁾, y otorgar la oportunidad de regularizar la situación⁽⁹⁴⁾.

3.3.5.1. Denegación de admisión

La presentación de documentación falsa o alterada se sanciona con la prohibición de reingreso al país por cinco años⁽⁹⁵⁾. Eludir el control migratorio e incumplir los requisitos legales también son motivo de impedimento de ingreso y deportación. Personas que hayan cometido genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo, crímenes contra la humanidad u otros actos punibles por el Tribunal Penal Internacional; que pertenezcan a organizaciones criminales nacionales o internacionales; que hayan sido condenados por facilitar con ánimos de lucro el ingreso ilegal de extranjeros; o que hayan estado involucrados en o condenados por promover la prostitución, el tráfico de personas o la explotación sexual, también son pasibles de prohibición de ingreso y permanencia en el territorio nacional. Un ciudadano que haya sido condenado o que tenga antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delitos punibles en la legislación argentina con penas privativas de la libertad de más de tres años también puede ser no admitido. Un no ciudadano que haya sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso no podrá ingresar hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se haya cumplido el plazo impuesto al efecto⁽⁹⁶⁾.

Si una cuestión de admisibilidad se planteara en la frontera o en un punto de ingreso, el inmigrante será rechazado hasta tanto la misma sea resuelta. Una decisión denegatoria de admisión deberá serapelada ante la Dirección de Migraciones desde fuera del país dentro de los quince días. En caso de peligro para la salud o integridad física, las autoridades migra-

(93) Ley 25.871, arts. 29 y 61.

(94) Id. art. 61.

(95) Ley 25.871, arts. 29 y 35.

(96) Id. arts. 29 y 37.

torias podrán admitir al solicitante provisionalmente⁽⁹⁷⁾. La Dirección de Migraciones, con la aprobación del Ministerio del Interior, podrá desestimar estos impedimentos por razones humanitarias o de unidad familiar⁽⁹⁸⁾.

Los tribunales han interpretado los motivos de inadmisibilidad restrictivamente. Por ejemplo, al interpretar las causas impeditivas de ingreso del art. 29, la Corte Suprema en el fallo "Zhang Hang" ha aclarado que se requiere una condena penal, y no sólo actividad criminal sospechada, para denegar la admisión. Teniendo en cuenta los principios de reunificación familiar y fines humanitarios de la ley, la CSJN ha hecho énfasis en que las autoridades migratorias tienen amplias potestades para desestimar los motivos de inadmisibilidad⁽⁹⁹⁾.

3.3.5.2. Deportación y cancelación de la permanencia

El gobierno puede cancelar un permiso de residencia e iniciar el procedimiento de expulsión contra personas que: (1) hayan obtenido documentación de modo fraudulento; (2) hayan sido condenadas a prisión por más de 5 años por delitos dolosos o que sean reincidentes; (3) hayan residido fuera de Argentina por más de dos años, sujeto a ciertas excepciones; (4) se hayan desnaturalizado las razones que motivaron la concesión de residencia permanente, temporaria o transitoria, o cuando la instalación en el país hubiera sido subvencionada total o parcialmente, directa o indirectamente por el Estado argentino y no se cumplieran o se violaren las condiciones expresamente establecidas para la subvención, o (5) hayan participado en genocidio, crímenes de guerra, terrorismo, crímenes contra la humanidad o actos similares, o que pertenezcan a organizaciones que puedan ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por tribunales locales⁽¹⁰⁰⁾. Las personas en situación irregular también pueden ser deportadas⁽¹⁰¹⁾. Una persona deportada no podrá reingresar al país durante 5

(97) Íd. art. 35.

(98) Íd. arts. 29 y 34.

(99) Ver CSJN, 23/10/2007, "Zhang, Hang v. Estado Nacional-Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto / recurso de hecho" Fallos 2007-330-4554.

(100) Ley 25.871, art. 62 incs. a-e.

(101) Íd. art. 61.

años o más, dependiendo de la seriedad de la causa de deportación, si bien la autoridad migratoria puede desestimar esta prohibición⁽¹⁰²⁾.

Tal como en las disposiciones acerca de la admisión, antes de iniciar el procedimiento de deportación el gobierno debe considerar la profesión, lazos familiares con ciudadanos argentinos, período de residencia autorizada, y otras condiciones sociales y personales del inmigrante. En caso de las personas en situación irregular, el gobierno debe, primero, darle oportunidad de regularizar su situación. Si el no ciudadano no toma las medidas tendientes a legalizar su situación, el gobierno decretará la expulsión pero suspenderá la ejecución de la medida e iniciará los procedimientos correspondientes ante el tribunal competente en la materia⁽¹⁰³⁾.

Estas disposiciones difieren sustancialmente del derecho inmigratorio norteamericano, en el cual los procedimientos de expulsión pueden ser iniciados contra "no ciudadanos" en condiciones de ser deportados sin importar su tiempo de residencia o situación legal en los Estados Unidos, su empleo, ni su situación social, personal ni familiar⁽¹⁰⁴⁾. Desde la sanción de las leyes inmigratorias de 1996, miles de "no ciudadanos", muchos de ellos residentes permanentes legales, han sido deportados sin apelación posible, lo que causó incalculables situaciones de desarraigo, sufrimiento y separación familiar. El Departamento de Seguridad Interior deja de lado el proceso de deportación sólo en los casos más excepcionales, recientemente en casos de estudiantes secundarios y universitarios que ingresaron a los Estados Unidos siendo niños, pero no en el caso de sus padres⁽¹⁰⁵⁾. Claramente, el enfoque más matizado de la legislación argentina en cuanto a la deportación constituye un modelo mejor y más humanitario.

3.3.5.3. Revisión administrativa y judicial

La nueva ley prevé la revisión administrativa, la reconsideración y el subsiguiente control judicial en casos de denegatoria de admisión, cancelación

(102) *Íd.* art. 63.

(103) *Íd.* art. 61 y 63.

(104) Ver *Human Rights Watch, Forced Apart (By the Numbers): Non-Citizens Deported Mostly for Nonviolent Offenses 3* (2009).

(105) www.dhs.gov/ynews/releases/20120612-napolitano-announces-deferred-action-process-for-young-people.shtm.

de la permanencia y expulsión⁽¹⁰⁶⁾. Cuando se intenta la revisión o reconsideración administrativa, las autoridades deben decidir dentro de los 30 días⁽¹⁰⁷⁾. Tras agotar la vía administrativa, la parte interesada puede apelar a los tribunales federales⁽¹⁰⁸⁾. En casos de deportación, incluso si la parte interesada no impugna la decisión administrativa, la Dirección de Migraciones debe presentar el caso ante el juez competente⁽¹⁰⁹⁾. Los tribunales federales con jurisdicción administrativa o cualquier tribunal federal en las provincias argentinas tienen competencia para entender en casos de esta naturaleza⁽¹¹⁰⁾. La obligación para el gobierno de presentar el caso ante el tribunal competente constituye un avance destacable con respecto a la ley anterior, que autorizaba la deportación sumaria sin acceso a revisión judicial⁽¹¹¹⁾.

Además de los procedimientos de deportación, la ley prevé el remedio del “pronto despacho”, similar a una orden de autoridad superior, en caso de que la Dirección de Migraciones no resuelva una solicitud en el plazo establecido en la ley, o, si no hay un plazo específico, dentro de un plazo razonable⁽¹¹²⁾. Este recurso obedece a los reclamos de abogados especializados por demoras irrazonables en las decisiones de la Dirección de Migraciones.

3.3.5.4. Mecanismos Adicionales de Deportación por Razones Penales

La ley prevé mecanismos adicionales específicos para delincuentes. Según el art. 64, cuando un “no ciudadano” ha cumplido la mitad de la sentencia que se le haya impuesto, la Dirección de Migraciones puede emitir una orden de deportación que al mismo tiempo extingue la parte restante de la pena. Del mismo modo, la Dirección puede emitir una orden de deportación contra un “no ciudadano” en situación irregular que haya cumplido

(106) Ley 25.871, arts. 74 a 90.

(107) Íd. art. 76.

(108) Íd. art. 84.

(109) Íd. arts. 61 y 74.

(110) Ley 25.871, art. 98.

(111) Comparar “Ley 22.439”, arts. 37–38 (derogada), con Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 10/12/2004, “Ali Yun, Lingyan Zheng y Yu Junyun s/ habeas corpus” L.S. Crim. 2004-II-396.

(112) Ley 25.871, art. 85.

su probation o que sea acusado de un delito menor para el cual la probation u otra medida de rehabilitación sea una opción. En este último caso, el proceso se da por terminado⁽¹¹³⁾.

Algunos juristas han argüido que el art. 64 viola los principios subyacentes de no discriminación, igualdad y reunificación familiar. Algunos postulan que los "no ciudadanos", a diferencia de los ciudadanos, son injustamente pasibles no sólo de sanciones penales, sino también de expulsión, un argumento que los abogados de inmigrantes en Estados Unidos han utilizado sin éxito⁽¹¹⁴⁾. Por otra parte, otros especialistas, incluyendo fiscales, sostienen que la ley es inconstitucional porque deniega a los argentinos igualdad de trato. Señalan que la ley permite sólo a los no ciudadanos la reducción de sentencia o su extinción⁽¹¹⁵⁾.

Por ejemplo, en el caso de "Nicholas P. Chukura O'Kasili", el "no ciudadano" invocó las disposiciones del art. 64, inc. a) a fin de extinguir su sentencia por vía de expulsión. El fiscal federal arguyó que la ley discriminaba inaceptablemente a los argentinos condenados por delitos, a los que se obliga a cumplir la sentencia completa, y que la ley migratoria también violaba la separación de poderes. La defensa contestó que el fiscal no podía invocar el derecho a la igualdad en abstracto, en representación de los argentinos y en perjuicio de los no argentinos, ya que ellos no eran partes en el caso. El tribunal falló que el art. 64 no viola los derechos de los argentinos a la igualdad de trato garantizada por los arts. 14, 16 y 20 de la Constitución. Además, el fallo sostuvo que la reducción de sentencia de un "no ciudadano" por vía de deportación no infringe la separación de poderes porque el poder ejecutivo está simplemente aplicando la ley sancionada por el parlamento, y no modificando el código penal⁽¹¹⁶⁾.

En el caso de "Chambi Loaiza, Adolfo" el acusado "no ciudadano" solicitó la deportación y arguyó que, basado en el principio constitucional de

(113) Id. art. 64.

(114) Ver, vgr., CERIANI, CERNADAS, supra, pág. 117; MORALES y ASUREY, supra, pág. 269.

(115) Ver, DIBUR, José N., "El Artículo 64 de la Ley de Política Migratoria Argentina: Una Norma Inconstitucional?", LL 2005-C-224.

(116) Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), Sala I, 28/2/2005, "Chukura O'Kasili, Nicholas s/recurso de inconstitucionalidad"; CNCP, Sala III, 29/6/2005, "Flores Martínez Mauricio Osmar s/recurso de inconstitucionalidad" (rechazando argumentos similares del fiscal).

igualdad, el art. 64 inc. c) debería ser extensivo a todos los delitos, en vez de estar limitado a aquellos para los cuales está disponible la *probation* u otras penas de rehabilitación. El tribunal rechazó el argumento y sostuvo que la letra de la ley se refiere claramente a los delitos menores y que, de otro modo, los “no ciudadanos” estarían siendo alentados a cometer delitos a sabiendas de que serán deportados en vez de enfrentar un proceso penal y privación de la libertad⁽¹¹⁷⁾.

En otro caso similar ante el mismo tribunal, un “no ciudadano” argumentó que las disposiciones del art. 64, inc. c) deberían ser aplicadas a su delito de tráfico de drogas, para el cual no están previstas medidas de rehabilitación. Si bien el tribunal rechazó la petición, basándose en la letra de la ley, la disidencia sostuvo que el art. 64, inc. c) debería ser aplicado de modo amplio, más allá de la naturaleza del delito. Teniendo en cuenta que uno de los propósitos del art. 3, inc. j) de la ley 25.871 es la remoción de los “no ciudadanos” que hayan cometido delitos, el juez disidente concluyó que es de interés nacional extender la aplicación del art. 64, inc. c) a “no ciudadanos” condenados, más allá de la naturaleza de su delito, a fin de librarr a la argentina de inmigrantes delincuentes⁽¹¹⁸⁾.

3.3.6. Derecho a asistencia letrada

Los “no ciudadanos” que no tengan recursos financieros suficientes, podrán obtener asistencia legal gratuita y la asistencia de intérpretes. El art. 86 de la ley 25.871 declara específicamente que las reglamentaciones a la ley deberán resguardar el ejercicio de los derechos constitucionales de defensa⁽¹¹⁹⁾. La Defensoría General de la Nación provee asistencia letrada a los inmigrantes a fin de patrocinarlos en los procedimientos administrativos y judiciales de expulsión. En Buenos Aires, dos abogados se ocupan de los procedimientos administrativos inmigratorios y la Dirección Nacional de Migraciones se hace cargo del financiamiento de dichos letrados. Otros abogados dentro de la Defensoría llevan los casos cuando alcanzan la instancia judicial. En provincias fuera de Buenos Aires, la planta general

(117) CNCP, Sala III, 6/11/2006, “Chambi Loaiza Adolfo s/recurso de casación”.

(118) CNCP, Sala III, 12/6/2007, “Cercedo Masgo Pedro Miguel s/recurso de casación”.

(119) Ley 25.871, art. 86.

de abogados de la Defensoría lleva los casos tanto en sede administrativa como judicial⁽¹²⁰⁾.

Las leyes norteamericanas sobre el derecho a asistencia letrada de no ciudadanos indigentes difiere significativamente de su contraparte argentina. En Estados Unidos no existe el derecho a patrocinio letrado gratuito para “no ciudadanos” indigentes en procedimientos de deportación, a pesar de que la Corte Suprema ha descrito las consecuencias severas de tal medida como “destierro” y la pérdida de “todo lo que hace que la vida valga la pena”⁽¹²¹⁾. La necesidad de representación legal, sin embargo, resulta evidente, ya que los “no ciudadanos” que tienen abogados tienen una probabilidad mucho mayor de tener éxito en sus procedimientos judiciales que aquellos que no los tienen⁽¹²²⁾. La garantía de asistencia jurídica en la ley argentina es un gran avance en la protección de los derechos de los inmigrantes y debería ser adoptada en los Estados Unidos.

3.3.7. Retención

El uso limitado de la retención en la ley argentina demuestra su finalidad de protección de derechos. La retención es en general permisible sólo tras una orden de deportación firme. Si la deportación no puede ser hecha efectiva dentro de un tiempo “prudencial” o si existen otras causas que lo justifiquen, el inmigrante puede ser liberado provisionalmente a la espera de la deportación. En circunstancias excepcionales, la retención puede autorizarse antes de que la orden de expulsión se encuentre firme. Aun en tales casos las autoridades deben obtener una orden de detención del juez competente al solo efecto de ejecutar la expulsión. La Dirección de Migraciones debe suspender la retención en caso de que el detenido sea padre, hijo o cónyuge de un ciudadano argentino⁽¹²³⁾.

(120) d. art. 98; ver también entrevista con Pablo Asa, Director de la clínica jurídica CAREF/CELS/UBA, Abogado de la comisión de inmigración de la Defensoría General de la Nación, (4/07/2008); Convenio con el Ministerio Público de la Defensa, <http://www.migraciones.gov.ar/novedades/includes/datosNovedad.php?historico=si&id=65&lang>.

(121) U.S.C. § 1229a(b)(4)(A) (2006); “*Fong Haw Tan v. Phelan*”, 333 U.S. 6, 10 (1948); “*Ng Fung Ho v. White*”, 259 U.S. 276, 284 (1922).

(122) DONALD KERWIN, *Revisiting the Need for Appointed Counsel*, *Migration Policy Institute: Insight*, Apr. 2005, at 1; Beth J. Werlin, Note, *Renewing the Call: Immigrants’ Right to Appointed Counsel in Deportation Proceedings*, 20 B.C. Third World L.J. 393, 404 (2000).

(123) Ley 25.871, arts. 69/71.

En el caso “Zeng Xiankai”, el tribunal de apelación interpretó estrictamente las disposiciones del art. 70⁽¹²⁴⁾. El tribunal ordenó la libertad de un ciudadano chino cuya deportación había sido ordenada pero aún no ejecutada, por posesión de documentos falsos. El tribunal consideró que la detención previa a la orden firme sólo se justifica en circunstancias excepcionales, como dice claramente la ley, y no solamente por una situación inmigratoria irregular⁽¹²⁵⁾. El tribunal enfatizó especialmente que las autoridades no siguieron el procedimiento del art. 61, que requiere que la Dirección de Migraciones otorgue al “no ciudadano” un plazo perentorio en el que regularizar su situación antes de emitir la orden de expulsión⁽¹²⁶⁾. Como miembro del mismo tribunal en un caso similar, el juez Chausovsky enfatizó que según el art. 72, las autoridades sólo podrán detener inmigrantes por períodos de tiempo limitados y en las dependencias de la policía migratoria auxiliar o donde lo disponga la Dirección de Migraciones, y nunca en una institución penal que aloje a personas acusadas de delitos⁽¹²⁷⁾.

En contraste, la ley norteamericana prevé amplias competencias para la detención de inmigrantes a la espera de la resolución de su audiencia de expulsión. Si bien algunos inmigrantes pueden ser liberados bajo caución, muchos son pasibles de detención obligatoria, una práctica que la Corte Suprema Norteamericana ha considerado constitucional⁽¹²⁸⁾. Estas disposiciones, en combinación con el aumento de intensidad en las políticas de ejecución en los Estados Unidos han llevado a una creciente detención de inmigrantes. Por ejemplo, en 2010, el gobierno detuvo a aproximadamente 363.000 inmigrantes⁽¹²⁹⁾. Los detenidos son alojados en facilidades de estilo penitenciario⁽¹³⁰⁾. Ciento siete personas

(124) Juzgado Federal, 22/6/2004, “Zeng Xiankai s/ habeas corpus” La Ley 2004-E-4.

(125) Id., ley 25.871, art. 70.

(126) Ley 25.871, art. 61.

(127) Juzgado Federal, 10/12/04, “Ali Yun, Lingyan Zheng, Yu Junyun s/ habeas corpus”, L.S.CRIM. 2004-II-396.

(128) U.S.C. § 1226(c); “Demore v. Kim”, 538 U.S. 510, 521–523 (2003).

(129) <http://www.aclu.org/immigrants-rights/detention>.

(130) *Detention Watch, About the U.S. Detention and Deportation System*, <http://www.detentionwatchnetwork.org/aboutdetention>.

han muerto en detención inmigratoria desde octubre de 2003 y se ha documentado ampliamente la falta de asistencia médica y de salud mental⁽¹³¹⁾. A pesar de las declaraciones del gobierno de Obama en cuanto a su voluntad de reformar las condiciones de detención y explorar alternativas a la detención para algunos inmigrantes, la población privada de la libertad no ha disminuido⁽¹³²⁾. Por ello, el sistema argentino de retención de inmigrantes, que la limita a aquellos con órdenes de expulsión firmes y, aun en esos casos, sólo mediante orden judicial, resulta ciertamente más humano.

3.4 | Reglamentación

El 6 de mayo de 2010 el gobierno argentino dictó el decreto reglamentario de la ley 25.781⁽¹³³⁾. La parte introductoria del decreto reitera y enfatiza los amplios principios fundamentales de la nueva ley. Por ejemplo, el decreto destaca que Argentina ha reformulado su política inmigratoria a fin de promover el respeto por los derechos humanos, la movilidad de los migrantes, la reunificación familiar y la integración regional latinoamericana. El gobierno, sin embargo, no reglamentó todos los artículos de la ley y, como resultado, algunos problemas regulatorios mencionados en este artículo siguen sin respuesta.

La reglamentación toma importantes medidas para asegurar el acceso igualitario y no discriminatorio a la educación, la salud, el empleo, y otros servicios públicos. La Dirección de Migraciones debe colaborar con los gobiernos provinciales y municipales para lograr la integración de los inmigrantes en la sociedad. La Dirección también tiene la obligación de garantizar el acceso de los inmigrantes a los servicios públicos y el empleo. Los ministerios de Educación, Salud y Trabajo deben adoptar políticas destinadas a dichos fines⁽¹³⁴⁾. Además, la Dirección de Migraciones debe

(131) NINA BERNSTEIN, *Officials Obscured Truth of Migrant Deaths in Jail*, N.Y. Times, 10/01/2010.

(132) DORA SCHIRO, *Dep't of Homeland Security: Immigration and Customs Enforcement, Immigration Detention Overview and Recommendations* 2 (6/10/2009); TRACImmigration, *Huge Increase in Transfers of ICE Detainees*, <http://trac.syr.edu/immigration>.

(133) Boletín Oficial N° 31.898, Migraciones, Decreto 616/2010, Reglamentación de la ley de Migraciones No. 25.871 y sus modificatorias, Bs. As 3/5/2010.

(134) *Id.* arts. 6, 7, 8, 19.

proveer entrenamiento para la policía migratoria y otros funcionarios y empleados públicos para asegurar el cumplimiento de la ley⁽¹³⁵⁾. Es de esperar que el mejor entrenamiento sirva para aplacar la preocupación de la comunidad de derechos humanos en cuanto a que los funcionarios públicos y en particular las autoridades fronterizas comprendan acabadamente la naturaleza protectora de la nueva ley. El decreto también ordena a la Dirección de Migraciones la implementación de programas que faciliten el proceso de regularización para los inmigrantes, incluyendo la provisión de información en la lengua de origen de los inmigrantes y el acceso a intérpretes⁽¹³⁶⁾.

El decreto amplía la categoría de residentes permanentes, como los interesados habían solicitado. Los cónyuges, los hijos menores solteros, y los padres de los residentes permanentes y ciudadanos naturalizados pueden solicitar la residencia permanente. Los residentes temporarios originarios del Mercosur pueden acceder a la residencia permanente luego de dos años de residencia en el país, mientras que los residentes temporarios provenientes de otros países pueden hacerlo tras tres años⁽¹³⁷⁾. La reglamentación también da más detalles sobre los requisitos de la residencia temporal basada en razones humanitarias, aclarando que esta disposición es aplicable a quienes serían víctimas de violaciones a sus derechos humanos en su país de origen, personas con enfermedades que pongan en peligro su vida que no puedan obtener tratamiento médico en su país, y víctimas de tráfico de personas⁽¹³⁸⁾.

La reglamentación deja claro que la retención de un inmigrante para asegurar su deportación requiere una orden judicial y que normalmente esa retención no puede exceder los quince días. La retención previa a una orden de deportación firme es admisible sólo en circunstancias determinadas y, del mismo modo, sólo mediando orden judicial. En el último caso, el decreto ordena que o bien la Dirección de Migraciones o bien el Ministerio del Interior informen al tribunal cada diez días sobre el progreso del

(135) Íd. art. 9 incs. a y b.

(136) Ley 25.871, reglamentación, art 9 inc., c), art. 17.

(137) Reglamentación, art. 22.

(138) Íd. art. 23 inc. m).

caso, asegurando al detenido el debido proceso⁽¹³⁹⁾. El decreto incorpora estándares de detención, incluyendo la segregación de los inmigrantes de los detenidos por delitos, el acceso a la asistencia médica, y la posibilidad de detención en instituciones privadas⁽¹⁴⁰⁾. Además, en casos de expulsión o de denegatoria de ingreso al país, la Dirección de Migraciones debe notificar al Ministerio Público de los casos pendientes de resolución y suspender los procedimientos administrativos hasta tanto el inmigrante haya recibido asistencia jurídica a fin de proteger sus intereses⁽¹⁴¹⁾. Cuando se deniega el ingreso a un “no ciudadano” en la frontera, las autoridades deben cumplir con las previsiones de la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado⁽¹⁴²⁾.

A pesar de las precisiones incorporadas, la reglamentación sigue sin abordar ciertos temas importantes. Por ejemplo, el gobierno omitió dictar reglamentos que concilien el art. 5 de la ley 25.871, que limita la igualdad de trato a aquellos en situación regular, con el principio de no discriminación que informa la ley en su conjunto, y que protege a todos los inmigrantes, más allá de su situación legal. En el mismo sentido, la reglamentación omite abordar la prohibición de comerciar o de alquilar alojamiento a inmigrantes irregulares, y la obligación de denuncia en tales transacciones. De tal modo, si bien la ley y su reglamentación son un gran paso hacia adelante, sigue siendo responsabilidad del gobierno y de los especialistas en la defensa de los derechos de los migrantes asegurar que los objetivos liberales y de derechos humanos de la nueva ley sean alcanzados en su totalidad.

4 | Conclusión

La innovadora premisa de la ley 25.871 (aquella que dice que el derecho a migrar es un derecho humano) es un avance significativo en la promoción de los derechos humanos de los inmigrantes. Los principios legales de igualdad, no discriminación y debido proceso ponen a la legislación

(139) Íd. art. 70.

(140) Íd. art. 72.

(141) Íd. art. 86.

(142) Íd. art. 35, inc. a).

argentina en línea tanto con los estándares internacionales de derechos humanos como con la Constitución Nacional. No obstante, a fin de efectivizar de modo completo los principios igualitarios y de derechos humanos de la ley 25.871, el gobierno debe impulsar decisiones administrativas y ajustar prácticas burocráticas que aseguren la efectiva implementación de los objetivos de la ley.

Finalmente, la adopción por parte de Argentina de una legislación pro inmigrante genera un marcado contraste con las decisiones políticas y legislativas de los Estados Unidos. Si bien puede parecer poco realista esperar que Estados Unidos, con su realidad política, sancione una ley como la argentina, la experiencia argentina no deja de servir como aprendizaje para una reforma inmigratoria en Estados Unidos.

Derechos humanos de los migrantes en Argentina

Apuntes sobre nuevas perspectivas jurisprudenciales

por **DIEGO R. MORALES⁽¹⁾**

I | Introducción

Argentina, durante fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, recibió inmigrantes de origen europeo, junto a un porcentaje, menor en esa época, de flujos migratorios que llegaron desde países vecinos (como Bolivia, Chile o Paraguay). Esas migraciones de la región se sostuvieron hasta la fecha y, a partir de la reducción en los 60 de los flujos migratorios europeos, se constituyeron en el grupo más importante de personas extranjeras que habitan en el país. En décadas más recientes, a su vez, se han incorporado grupos migratorios oriundos de otros países latinoamericanos, así como de países de Europa del este, Asia y África. De acuerdo a los datos del Censo Nacional (del año 2010), de los 40 millones de personas que habitaban en Argentina, un 4,5% son extranjeros, de los cuales, el 3,1 % proviene de países limítrofes y el 1,4% del resto del mundo.

Esta transformación de los flujos migratorios coincidió con modificaciones normativas que se implementaron —sobre todo desde 1963— en la

.....
(1) Abogado, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Argentina, restringiendo los derechos de los migrantes⁽²⁾, a través de la intensificación de las medidas de control, en la entrada y salida de extranjeros pobres y de países de la región. Hasta entonces, había habido un amplio margen de tolerancia por parte del Estado, independientemente de que la situación de ingreso o permanencia de los migrantes fuese regular o no⁽³⁾.

Esta transformación de los flujos migratorios coincidió también con modificaciones normativas que, sobre todo desde 1963, se implementaron en Argentina y profundizaron las medidas restrictivas sobre los derechos de los migrantes. Hasta esa fecha hubo gran tolerancia hacia los inmigrantes con independencia de si su ingreso y permanencia era regular o no. Sin embargo, a partir de allí se intensificaron las medidas tendientes al control de la entrada de extranjeros y la expulsión de los irregulares, en general, pobres y de países de la región.

En el año 1981, en el marco de la última dictadura militar, esta práctica normativa se consolidó y se dictó el decreto ley 22.439⁽⁴⁾, denominado "Ley Videla". Aquellas normas, dispersas en decretos leyes específicos y resoluciones de la Dirección Nacional de Migraciones, se trasladaron a un texto integral, con jerarquía de decreto ley de un gobierno de facto. El decreto

(2) Ver decreto ley 4805 de 1963. Este decreto profundizó las medidas ya restrictivas introducidas por la ley 4144/1902 y 7012/1910. Ver también, para un desarrollo de la normativa migratoria en Argentina, COURTIS C. y PACHECA M. I.: "Migración y derechos humanos", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 2007, p. 183; OTEIZA, E.; NOVICK, S. y ARUJ, R.: "Política Inmigratoria. Inmigración real y Derechos Humanos en la Argentina", en Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina, CELS, 1995, Buenos Aires, p. 182 y ss.

(3) Ver también Comisión Chilena de Derechos Humanos, Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario de Bolivia (CEDLA), Centro de Asesoría Laboral de Perú (CEDAL) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), "Derechos Humanos de los Migrantes. Situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes peruanos y bolivianos en Argentina y Chile", Ed. Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, La Paz, 1999, p. 122). Conviene, no obstante, señalar que la primera ley relativa a la política migratoria es la ley "Avellaneda" (nº 817) de 1876. Luego se sancionó la ley de residencia (nº 4114) de 1902 y la "Ley de Defensa Social" (nº 7209), estas últimas normas, en conjunto, son consideradas como las primeras regulaciones que legitiman el accionar discrecional del Poder Ejecutivo en materia migratoria. Para un mayor análisis de los antecedentes normativos en materia migratoria, ver entre otros, ROMAGNOLI, G.: *Aspectos Jurídicos e Institucionales de las Migraciones en la República Argentina*, Ed. Organización Mundial para las Migraciones (OIM), Ginebra, 1991; y DEVOTO, FERNANDO: *Historia de la Inmigración en la Argentina*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 2003.

(4) El texto del decreto puede encontrarse en <http://www.infojus.gov.ar>.

ley facultó a la Dirección Nacional de Migraciones a detener personas y expulsarlas sin ningún tipo de control legal o judicial sobre la decisión administrativa, e instauró la obligación de todo funcionario público —y de las personas en general— de denunciar la presencia de inmigrantes irregulares, así como restricciones a los derechos a la salud y a la educación; entre otras.

Ya recuperada la democracia, y durante 20 años —de 1983 a 2003—, el Poder Legislativo soslayó la urgente necesidad de adecuar aquella legislación a los principios en materia de reconocimiento de derechos de los migrantes contenidos en la Constitución Nacional, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional.

La mayoría de los decretos que reglamentaron la “Ley Videla”, dictados en procesos constitucionales, paradójicamente tendieron a establecer más restricciones a través de nuevas limitaciones a los criterios de admisión, el incremento de controles de población y la ampliación de atribuciones de la Dirección Nacional de Migraciones. El Poder Ejecutivo, amplió la discrecionalidad de la ley a través de la autonomía de la autoridad migratoria para establecer otros criterios de admisión y expulsión, fijar tasas migratorias para la realización de cualquier trámite por parte de extranjeros y definir los requisitos de regularización que se convertían en obstáculos burocráticos para alcanzar ese fin, sin ningún tipo de control legal sobre esa actividad⁽⁵⁾.

En los años ‘90, los convenios y protocolos internacionales firmados con países de la región (Bolivia, Paraguay y Perú), que pretendían buscar alternativas para la regularización de esos inmigrantes, fueron ineficientes para alcanzar este objetivo. Los convenios suscriptos con los países latinoamericanos implicaban el reconocimiento, por parte del Estado argentino, de los serios problemas que presentaban las comunidades boliviana, peruana y paraguaya en Argentina para cumplimentar los requisitos exigidos legalmente y adecuarse a los criterios migratorios vigentes. Así, en el año 1998 se suscribió un acuerdo con Bolivia (aprobado por ley 25.098 y lue-

(5) Un caso concreto es el decreto 1117 de 1998. Con relación a las prácticas burocráticas y los costos para la radicación, ver Tiscornia, S. y otros: “Políticas de regularización migratoria y prácticas de las agencias estatales”, en *Cuadernos de Trabajo del Instituto de Estudios e Investigaciones*, Buenos Aires, Ed. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (UBA), 2003.

go ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional) y con Perú (aprobado por ley 25.099 y luego ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional). En noviembre de 2000 se firmó el “Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la República Argentina y la República de Bolivia”, con el objetivo primordial de regularizar la situación de los inmigrantes en ambos países. Sin embargo, las disposiciones dictadas por la Dirección de Migraciones ignoraron las negociaciones y compromisos asumidos a nivel internacional, es decir, que el propio Estado argentino adoptó una postura contraria al compromiso asumido a nivel internacional, generando un supuesto de responsabilidad internacional. La autoridad migratoria incluso decidió la expulsión de personas de esos países, aun en contra de los tratados o sus protocolos, que se encontraban vigentes.

De esta manera, la vigencia de esta “política migratoria” provocó que un número relevante de personas extranjeras, en general de países de la región y pobres, permanecieran en situación “irregular” o “fuera de la ley migratoria”. Esta política los ubicó en una situación de especial vulnerabilidad. Compartían la amenaza de ser expulsados y detenidos, la imposibilidad de ingresar al ámbito de la ley a través de procesos de regularización migratoria, y estaban condenados a mantener puestos de trabajos precarios y ocultos, sin tener acceso a derechos sociales básicos.

Recién a principios de 2004, a partir de diversas estrategias, asociaciones de migrantes, organizaciones de derechos humanos y distintos referentes de la sociedad civil, lograron que los poderes Ejecutivo y Legislativo coincidieran en la necesidad de una reforma integral de la política migratoria y el Congreso Nacional derogó la “Ley Videla” y aprobó una nueva Ley de Migraciones (Nº 25.871)⁽⁶⁾. En 2010, también luego de un proceso de consulta y discusión con actores de la sociedad civil, el Poder Ejecutivo reglamentó la Ley de Migraciones (decreto 616/2010)⁽⁷⁾.

(6) La ley 25.871 fue sancionada por el Congreso Nacional el 17 de diciembre de 2003 y publicada en el Boletín Oficial el 21 de enero de 2004. El texto de la ley puede encontrarse en <http://www.infojus.gov.ar>. Para conocer más detalles sobre el trabajo de la sociedad civil en pos de una nueva ley migratoria, ver CORREA, VIOLETA: “La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil”, en Giustiniani, Rubén, *Migración: un derecho humano. Ley de Migraciones Nº 25.871*, Ed. Prometeo, 2004, pp. 173/177.

(7) El texto del decreto puede encontrarse en <http://www.infojus.gov.ar>.

No es este el espacio para ahondar sobre las reformas que introdujo la mencionada ley⁽⁸⁾, su efectiva aplicación, o las decisiones que se adoptaron en el marco de la nueva legislación, para resolver la situación de aquellas personas que se encontraban en situación “irregular”⁽⁹⁾. Interesa tan sólo analizar una de las posibles razones que habilitaron que un grupo numeroso de migrantes se ubicara en una situación de especial vulnerabilidad frente al Estado: la falta de intervención del Poder Judicial durante la vigencia de la “Ley Videla” para la protección de este grupo. Durante ese mismo período, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte Suprema o la CSJN) construyó una jurisprudencia para la protección de otro tipo de extranjeros (regulares, con recursos económicos) que puede extenderse, en el contexto normativo actual, a la protección de todos los migrantes. A través de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y de algunas Cámaras Federales es posible advertir que el Poder Judicial, de manera incipiente y detrás de ciertos temas, se ha sumado a la discusión para efectivizar las reglas y principios que introdujo la nueva Ley de Migraciones.

2 | Jurisprudencia de la CSJN anterior a la “Ley Videla”

La jurisprudencia de la CSJN hasta los años ‘50 había establecido que el Estado podía definir reglas para controlar el ingreso y la permanencia de extranjeros en el territorio y, ante el incumplimiento de éstas, habilitar la expulsión administrativa o rechazar solicitudes de nacionalidad ante jueces federales. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, la Corte

(8) Destaco aquí que la ley incorporó el derecho humano a migrar (art. 4), el derecho a la reagrupación familiar (art. 10), la obligación del Estado de adoptar medidas para la facilitación migratoria (art. 17), la facultad de expulsar y detener a un migrante sólo podrá ser resuelta por un juez (art. 61 y 70), la igualdad en el acceso a derechos sociales entre nacionales y extranjeros (art. 5 a 8), entre otros.

(9) Para un detalle de la situación actual de los derechos humanos de los migrantes en Argentina, ver COMITÉ DE DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS, “Examen de los informes presentados por Argentina de conformidad con el art. 74 de la Convención para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus familias”, CMW/C/ARG/CO/1, 15 período de sesiones, 12 a 23 de septiembre de 2011. Ver también, “Política Migratoria y derechos humanos: Consolidación de una agenda para proteger los derechos de los migrantes”, en CELS. Derechos Humanos en Argentina, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2012, p. 325 y ss.

Suprema consideró que la violación de reglas para el acceso y la permanencia en Argentina podían ser purgadas, si el extranjero acreditaba en los procedimientos desarrollados, un “correcto comportamiento, no registrando antecedentes judiciales ni policiales y mereciendo un buen concepto de la información sumaria rendida al efecto”⁽¹⁰⁾. O, en otros casos, “esa condición irregular puede ser purgada no sólo por la demostración de que nada hay de objetable en los antecedentes cuya comprobación se eludió, sino también mediante la justificación del recto comportamiento en el país durante un tiempo razonablemente suficiente para ponerlo a prueba y acreditar que responde a una leal voluntad de arraigo y subordinación a los principios rectores de la vida nacional, que habilite para invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio”⁽¹¹⁾.

En los años '60, en forma coincidente con las modificaciones normativas dirigidas al control de inmigración irregular, para la CSJN, la posibilidad de obtener una cobertura frente a la amenaza de una expulsión estaba centrada en la presentación de un “certificado” de buen habitante. El contenido de ese certificado incluía: la inexistencia de antecedentes policiales y penales, informes de sociedades de fomento, declaraciones de vecinos, certificados de conducta laboral, dictámenes médicos, o ser un “vecino pacífico, correcto, hombre de familia y de trabajo, que nunca intervino en ningún tipo de política partidista y que su conducta, así como la de su familia, es moral y de sano e irreprochable comportamiento social”⁽¹²⁾. En el precedente *“Hernán Argüello Argüello”*⁽¹³⁾, un amparo presentado por un ciudadano nicaragüense al que se había rechazado la solicitud de radicación definitiva en razón de que los informes de la Policía Federal Argentina y de la Secretaría de Inteligencia del Estado lo vinculaban a grupos de izquierda revolucionaria, la Corte Suprema señaló que el extranjero acreditó “ser de religión católica y con los certificados que obran en el expediente administrativo, ha probado su matrimonio religioso y el bautismo de sus dos hijos”⁽¹⁴⁾ y por ello se le otorgó la nacionalidad argentina.

(10) Fallos 220:518, de 1951.

(11) Fallos 200:99, de 1944; reiterado en Fallos 234:203, de 1956.

(12) Fallos 278:247, de 1970.

(13) Fallos 268: 393, de 1967.

(14) La Corte Suprema consideró, además, que las pruebas presentadas por la autoridad migratoria no eran sólidas, frente a los antecedentes que manifestó el actor. Sofía Tiscornia y

La CSJN, en dos precedentes de los años '70, advirtió otras situaciones excepcionales que requerían protección judicial para garantizar el derecho a residir y permanecer en el país. En el primero⁽¹⁵⁾, la Corte consideró que el sólo hecho de que una persona haya sido condenada por la comisión de un delito contra la propiedad no puede ser un impedimento para obtener la ciudadanía argentina. En otro⁽¹⁶⁾, la Corte Suprema de la dictadura militar consideró ilegítima la decisión de la autoridad migratoria que había rechazado la radicación de un extranjero testigo de Jehová. Como observamos, las vías de protección judicial que habilitó la Corte ante la definición de políticas migratorias restrictivas eran escasas. Pero esto no es todo.

3 | Jurisprudencia de la CSJN durante la vigencia de la “Ley Videla”: una cara de la moneda

Durante la vigencia la “Ley Videla” (1981-2004) las herramientas legales fueron aún más reducidas para la defensa de los migrantes de bajos recursos de la región. Los dos registros de la CSJN que existen de aquel período, evitaron analizar la política migratoria diseñada por la dictadura.

En el caso “Cardozo”⁽¹⁷⁾, de 1990, la Corte Suprema rechazó una acción de amparo presentada para obtener una residencia precaria para permanecer y trabajar en Argentina. Se alegó que la falta de documentación constituyía una expulsión encubierta en tanto Cardozo no podía obtener trabajo ni alojamiento. La CSJN consideró que el análisis de la política migratoria requería un mayor debate y prueba y que la acción de amparo no puede reemplazar las vías ordinarias existentes para plantear esa discusión. En el caso “De la Torre”⁽¹⁸⁾, de 1998, en el trámite de un *habeas corpus*, ante la

Alicia Oliveira me dieron las pistas para entender este caso.

(15) Fallos 293:155, de 1975.

(16) Fallos 302:604, de 1980.

(17) Fallos 313:101.

(18) Fallos 321:3646.

detención y expulsión de un extranjero, con hijos argentinos y 24 años de residencia, la Corte Suprema consideró que el caso era abstracto en tanto la medida ya se había concretado, por lo que no era necesario analizar las razones y argumentos planteados. La disidencia consideró ilegítima la expulsión por violación del debido proceso, inexistencia del necesario control judicial sobre las actividades de la administración, y la afectación de la vida familiar de De la Torre⁽¹⁹⁾.

Tal vez el escaso acceso a la justicia por parte de los migrantes pobres de la región limitó las posibilidades de generar precedentes favorables; tal vez la exigencia de pago de tasas excesivas para presentar recursos legales ante la autoridad migratoria impidió la clausura de etapas administrativas para su revisión judicial⁽²⁰⁾, o tal vez la equivocada pretensión de asegurar la política migratoria evitando perforaciones judiciales que habilitaran un efecto “llamada” o “contagio”⁽²¹⁾, redujo la capacidad del ámbito judicial para la protección de derechos. Como sea, en el contexto de una legislación migratoria restrictiva, las vías de protección judicial para aquel grupo de migrantes “irregulares” fueron escasas y eso contribuyó —es posible suponer— a la perpetuación de su situación de vulnerabilidad.

4 | Jurisprudencia de la CSJN durante la vigencia de la “Ley Videla”: otra cara de la moneda

En contraste, mientras estos precedentes limitaron durante la vigencia de la “Ley Videla”, la capacidad de migrantes de acceder a la justicia u obtener

(19) Ver la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert. El caso fue planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Centro de Estudios Legales y Sociales (caso 12.306, “*De la Torre c/Estado Argentino*”). En el marco de este caso, el Estado argentino se comprometió, en octubre de 2003, a reformar la ley de migraciones, lo que finalmente ocurrió en enero de 2004.

(20) Ver en este sentido, decreto 322/95, módulo 5, párrafo 3.

(21) Tomo esta idea de la propia CSJN que, en *Fallos* 200:99, señaló que “logrado el ingreso sin el contralor legal ese extranjero vendría a quedar —por el hecho de la violación precisamente— eximido de cumplir las obligaciones impuestas por la ley a todos los de su misma condición que intentan por el recto camino lo que él ha hecho subrepticiamente”. Por ello, la Justicia intentó evitar que esto constituyera una situación idónea para residir en el país y pueda ser copiada por otros.

allí una protección ante las decisiones de la autoridad migratoria que los afectaban, la Corte Suprema desarrolló bastante jurisprudencia en relación a la protección de cierto tipo de extranjeros en el acceso a sus derechos.

Los fallos “*Repetto*”⁽²²⁾ (1988), “*Calvo*”⁽²³⁾ (1998), “*Hooft*”⁽²⁴⁾ (2004) y “*Gottschau*”⁽²⁵⁾ (2006) son precedentes de la CSJN citados por la bibliografía jurídica como ejemplos sobre cómo los órganos judiciales aplican criterios de interpretación estrictos ante distinciones normativas fundadas en categorías sospechosas de discriminación. De estos fallos es posible extraer una regla: la distinción entre extranjeros y nacionales constituye en sí una discriminación. En “*Repetto*” la Corte Suprema evaluó y reconoció el derecho de una maestra norteamericana a ejercer la docencia en la provincia de Buenos Aires sin nacionalidad argentina. En “*Calvo*”, la Corte analizó el derecho de una psicóloga española a ejercer su profesión en el hospital público que le negaba el ingreso por carecer de nacionalidad. En “*Hooft*”, la CSJN habilitó la posibilidad de que un juez de nacionalidad holandesa, que obtuvo la nacionalidad argentina, pudiera presentarse en los concursos para juez de Cámara en la Provincia de Buenos Aires. En “*Gottschau*”, por su parte, reconoció el derecho de una abogada alemana para acceder al concurso para el cargo de secretaria de un juzgado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todos habían ingresado al país hacía tiempo, con una profesión y con ingresos económicos suficientes.

El valor de estos precedentes para la protección de migrantes con relación al acceso a derechos es indudable. De hecho, en el caso “*Reyes Aguilera*”⁽²⁶⁾, la Corte Suprema, en 2007, declaró la inconstitucionalidad del art. 1º, inc. e) del decreto 432/97⁽²⁷⁾ que exigía a los extranjeros una residencia superior a 20 años en Argentina para acceder a una pensión por invalidez (creada en por art. 9 de la ley 13.478). Los jueces Petracchi y Argibay trasladaron el análisis desarrollado en los precedentes “*Repetto*”,

(22) Fallos 312:1902.

(23) Fallos 321:194.

(24) Fallos 327:5118.

(25) Fallos 329:2986.

(26) Fallos 330:3853, de 2007.

(27) El texto del decreto puede leerse en <http://www.infojus.gov.ar>.

“Calvo”, “Hooft” y “Gottschau”. Los demás votos de la mayoría sustentaron la inconstitucionalidad de la norma en otros criterios y métodos de interpretación. Así, los jueces Zaffaroni y Fayt consideraron que la norma afectaba el contenido mínimo del derecho a la seguridad social, al que definieron, y que estaba en juego el derecho a la vida y a la salud de Reyes Aguilera. El juez Maqueda, por su parte, realizó un análisis de razonabilidad y consideró que la exigencia de 20 años de residencia para acceder a la pensión no tenía justificación y que, por lo tanto, era inconstitucional.

Más allá de las diferentes posturas de los jueces, pareciera entonces posible extender este tipo de razonamiento judicial cuando el Estado establece distinciones injustificadas entre nacionales e inmigrantes con relación al acceso a derechos sociales.

5 | Jurisprudencia desde la entrada en vigencia de la actual Ley de Migraciones

Luego de la reforma legislativa de 2004, y de algunas dudas sobre la vigencia de la nueva ley, expresadas en el fallo “Cai”⁽²⁸⁾, la CSJN analizó, en el caso “Zhang”⁽²⁹⁾ (2007), la nueva política migratoria definida en la ley 25.871 y consideró ilegítima la decisión administrativa de rechazar un pedido de ingreso al país de la esposa de un inmigrante. La decisión que rechazó el ingreso al país de Xiaojin, esposa de Zhang, se fundó en el reglamento de la antigua “Ley Videla”, que limitaba el ingreso de aque-

(28) Fallos 327:93, de 2004. La Corte Suprema no utilizó la nueva legislación, que hubiese modificado su decisión final, en tanto se discutía la detención de extranjeros sin control judicial. Revocó la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que había hecho lugar al *habeas corpus* interpuesto en favor de nueve ciudadanos chinos detenidos a efectos de su expulsión y había ordenado su libertad. La CSJN aplicó la vieja ley de migraciones, cuando ya estaba vigente la ley 25.871 (enero 2004). En la sentencia, en rigor, la Corte adhirió al dictamen de la Procuración General —previo a la ley citada—, en el que se criticó al juez de primera instancia en tanto había invadido órbitas que no le son propias al considerar que el tiempo que ciudadanos chinos habían estado detenidos excedió el límite de razonabilidad. Esta facultad, sostuvo el Procurador, pertenece a la Dirección Nacional de Migraciones. Los jueces Petracchi y Zaffaroni rechazaron, en disidencia, el recurso extraordinario presentado por la Dirección Nacional de Migraciones.

(29) Fallos 330:4454.

llas personas que pudieren observar “una conducta proclive al delito”, en tanto según las autoridades administrativas, en el trámite de pedido de ingreso al país constaba un supuesto intento de soborno a un funcionario del Consulado en Pekín, China. La Corte Suprema señaló que esa norma —el decreto reglamentario de la “Ley Videla”— fue derogada por la nueva Ley de Migraciones. Esta afirmación fue relevante dado que, hasta el año 2010, no se había reglamentado la Ley de Migraciones (decreto 616/2010).⁽³⁰⁾ Además, agregó, “la nueva norma plantea una variación sustancial de los objetivos a tener en cuenta para la admisión de extranjeros”. Citando el derecho a la reunificación familiar (art. 10 de la ley 25.871) y el derecho a solicitar ser admitida en Argentina a través de “criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales y las leyes” (art. 3, inc. f de la ley 25.871).

En el caso “Ni”⁽³¹⁾ (2009), la Corte Suprema también recordó la existencia de la ley de migraciones que modificó la “Ley Videla”, y separó el trámite migratorio de los trámites judiciales necesarios para la obtención de la nacionalidad. Las constancias del primero —trámite migratorio— deben ser consideradas en el segundo, como un indicio más para acreditar dos años de residencia en Argentina en el trámite judicial de nacionalidad.

También cabe resaltar la jurisprudencia reciente de las cámaras federales de Paraná y La Plata. La Cámara Federal de Paraná, provincia de Entre Ríos,

(30) En el caso “Maseda Lopez” (2006), publicado en Fallos 329:4058, la Corte Suprema analizó la decisión de la Sala II de la Cámara Federal de La Plata que, en el marco de un hábeas corpus, ordenó la libertad de Dong Cun Feng, de nacionalidad china, detenido por decisión de la Dirección Nacional de Migraciones, porque había ingresado al país sin visa consular, luego que autoridades de Chile no autorizaron su ingreso a ese país. La Cámara ordenó además que se le extendieran en Argentina las constancias de documentación necesarias hasta que el trámite administrativo concluyera. El Procurador General de la Nación consideró que aquellas situaciones que se encontraban alcanzadas por la anterior ley de migraciones 22.439, continuaban rigiéndose por ésta, en tanto, hasta ese momento, la nueva Ley de Migraciones no había sido reglamentada. Sin embargo, consideró que la Corte Suprema debía confirmar la sentencia en tanto la autoridad administrativa no había brindado oportunidad alguna para que Dong Cun Feng ejerciera su derecho a la defensa ante la instancia legal prevista en la anterior ley de migraciones. La CSJN no tuvo que analizar en esa oportunidad la vigencia de la nueva Ley de Migraciones, en tanto consideró que la Dirección Nacional de Migraciones no había agotado las instancias intermedias ante de presentar un recurso extraordinario federal. Confirmó entonces la decisión de la Cámara Federal de La Plata.

(31) Fallos 332:1466.

en el caso “*Dai Jianqing*”⁽³²⁾ (2011), en el marco de una acción de *habeas corpus*, aplicó el concepto “ningún ser humano es ilegal”⁽³³⁾. En el caso, la fuerza de seguridad de frontera —Gendarmería Nacional— detuvo a ciudadanos chinos que viajaban en un autobús hacia la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto éstos no tenían la documentación requerida para permanecer en la Argentina. La Cámara expresó que la Ley de Migraciones de Argentina distingue dos momentos relativos al control migratorio, según la persona haya o no traspasado la frontera. Las facultades de control, que podrían habilitar una retención por parte de autoridades administrativas, se limitan exclusivamente al control de la frontera, pero no una vez que la persona extranjera se encuentra dentro del territorio argentino. Agregó, además, que la naturaleza de las normas en juego es administrativa y no penal, y que la legalidad o ilegalidad se refiere a actos y nunca a personas. En consecuencia, el tribunal ordenó la libertad de las personas detenidas.

En rigor, la Cámara en cuestión reiteró jurisprudencia que ya había sido desarrollada por ella misma en el año 2004. En efecto, el juez Gabriel Chausovsky señaló:

“las facultades de control de la autoridad migratoria (y aquellas fuerzas que actúan como delegadas de la misma), reconocen dos momentos de ejercicio, con diferentes atribuciones en cada caso. La primera, indicada en el art. 35, está vinculada al control en frontera, estableciendo diversos casos y la consecuente actuación de la autoridad de aplicación para cada uno de ellos. Traspasada la frontera e ingresada la persona al país, estas reglas se tornan absolutamente inaplicables. No interesa la mayor o menor eficacia del control efectuado o su elusión, una vez en el país ya no puede procederse en base a la norma citada. La segunda, regulada a partir del art. 61, establece los deberes relativos a la constatación, ya dentro del país, de una situación de supuesta irregularidad migratoria. Desde ya corresponde señalar que el supuesto en tratamiento encuadra en esta última situación, toda vez que las personas han sido controladas dentro

(32) Cámara Federal de Paraná, expte. N° 5-17.559-20.768-2.011: “Incidente de *Habeas Corpus* deducido por *Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Chenguang y Zhuang Bisheng* – Relacionado con los autos n°32/11 caratulados: ‘Dirección Nacional de Migraciones s/retención de personas de nacionalidad china’, 11 de junio de 2011. Disponible en www.cj.gov.ar.

(33) “La voz”, Ciudadanos, 15 de junio de 2011 <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/fallo-camara-asegura-que-ningun-ser-humano-es-ilegal%E2%80%9D>, entre otras publicaciones.

del territorio nacional. Siendo así, si la autoridad de aplicación interpreta que se encuentra frente a un caso de irregularidad, la norma es clara y precisa: debe, en primer término, cominar a regularizar la situación, otorgando un plazo para ello, apercibiendo a la persona respecto a que si no lo hace, se decretará su expulsión, todo ello mediante la formación del correspondiente expediente administrativo (...). Por lo demás, la expulsión no es ejecutable directamente por la autoridad administrativa (como era en la anterior ley), sino que tiene efecto suspensivo, dado que debe mediar intervención judicial de revisión de la decisión administrativa. En la ley 25.871 los actos administrativos migratorios que involucran a personas, no son ejecutables sin control judicial. Éste comprende, no sólo el acto expulsorio, sino las decisiones administrativas que declaran la irregularidad de la permanencia y demás circunstancias del caso, dado que la expulsión es la consecuencia y efecto de una previa declaración, sea de irregularidad de la permanencia, o bien de cancelación de la residencia otorgada”⁽³⁴⁾.

En febrero de 2012, la Sala II de la Cámara Federal de La Plata dispuso la libertad de un extranjero que había sido detenido por la Dirección Nacional de Migraciones. La autoridad migratoria rechazó el ingreso en frontera a un migrante en tanto existían algunas dudas sobre la real intención del ingreso al país (art. 29, inc. k, de la ley 25.871) y la disposición 1089 de 1985, anterior a la ley, que limita el ingreso de supuestos “falsos turistas”. En lugar de presentar un reclamo ante la autoridad consular, desde el exterior, el migrante presentó una acción judicial de *habeas corpus*. Su detención se concretó en una sala del aeropuerto de Ezeiza. La Dirección Nacional de Migraciones señaló que la persona nunca había ingresado al país y, por lo tanto, no tenía habilitada la posibilidad de presentar una acción judicial en territorio argentino. De hecho, agrega la autoridad administrativa, estuvo alojado en una especie de “frontera virtual”, e incluso sus familiares tenían que realizar un control de ingreso y egreso de la estación de aeropuerto, para tener contacto con la persona alojada allí.

La Cámara, en cambio, consideró que, como estaba comprometida la libertad ambulatoria, no quedaban dudas de que la persona que requiere el

(34) Cámara Federal de Paraná, sentencia del día 11 de junio de 2011: “Concepción del Uruguay Juzgado Federal N°1 Expte. N° 5-17.559-20.768-2.011, “Incidente de *habeas corpus* deducido por Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Chenguang y Zhuang Bisheng – relacionado con los autos N°32/11 caratulados: ‘Dirección Nacional de Migraciones s/retención de personas de nacionalidad china’”.

habeas corpus puede utilizar ese remedio de forma directa, sin necesidad de recurrir a la vía administrativa (que debiera ejercerse en el exterior). Además, con respecto a la falta de ingreso real al territorio que la autoridad administrativa argumentó, la Cámara señaló que ese tipo de argumentación refleja ideas antiguas y autoritarias. Cuando se alega que el actor “se encuentra en una “frontera virtual”, o sea una suerte de tierra de nadie imaginaria, un limbo más allá de la geografía, se crea una ficción que pone a esta categoría de pasajeros en una posición en la cual no tendrían los derechos que la Constitución asegura a los habitantes del país”. Por lo tanto, la Cámara habilitó la acción de *habeas corpus* y consideró que es una herramienta hábil para revisar el acto administrativo de rechazo en frontera.

La Corte Suprema y las cámaras federales citadas, con estos precedentes, acompañan la reforma legislativa y colaboran en el proceso de transición, de la restrictiva “Ley Videla” a la nueva ley de la democracia. Ajustan, de alguna manera, el comportamiento de las burocracias administrativas o judiciales que aplican conceptos de la antigua ley derogada. Es posible advertir, entonces, que en contextos normativos que reconocen los derechos humanos de los migrantes, el Poder Judicial resulta ser un aliado relevante para la implementación de las reformas legislativas.

6 | Conclusión

La definición de una política migratoria en derechos humanos exige, sin dudas, desarmar aquellas normas y prácticas que promueven la existencia de migrantes en situación de especial vulnerabilidad, al ubicarlos “por fuera de la ley”. La experiencia argentina indica que esas normas y prácticas se desarrollaron sin ningún control por parte del Poder Judicial. En cambio, es también el Poder Judicial el que desarrolló argumentos jurídicos relevantes para la protección de extranjeros con relación al acceso a sus derechos que pueden ser usados para la defensa de todos los migrantes. También la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y de las cámaras federales de Paraná y La Plata, que analizan la nueva legislación migratoria, da cuenta de la importancia de intervenir en la gestión migratoria a la hora de garantizar derechos humanos. Con todo, este cuadro de intervención judicial exige pensar nuevas estrategias de defensa para que aquellos que están “por fuera” de la Ley de Migraciones sean incluidos y evitar que el Estado los ubique en una situación de especial vulnerabilidad.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

BANCO MUNDIAL, *Water Resources Management*, 1993.

BARLOW, MAUDE Y CLARKE, TONY, *Blue gold. The fight to stop the corporate theft of the world's water*, Nueva York, The New Press, 2004.

BLACK MAGGIE Y KING JANET, *The atlas of water. Mapping the world's most critical resource*, 2da ed., Londres, Earthscan, 2009.

BOHOSLAVSKY, JUAN P., *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para referencia a los servicios de agua potable y saneamiento*), Santiago de Chile, CEPAL, 2010.

BORÓN, ATILIO, “Los recursos naturales en las relaciones hemisféricas”, en Borón, Atilio, *La coyuntura geopolítica en América Latina*, Buenos Aires, PLED – Centro Cultural de la Cooperación, 2011.

CAMDESSUS, MICHEL; BADRÉ, BERTRAND; CHÉRET, IVAN Y TÉNIÉRE-BUCHOT, PIERRE-FRÉDÉRIC, *Agua para todos*, México, FCE, 2006.

CASTRO, JOSÉ E., “Apuntes sobre el proceso de mercantilización del agua: un examen de la privatización en perspectiva histórica”, en Jaume Delclós (comp.), *Agua, un derecho y no una mercancía. Propuestas de la sociedad civil para un modelo público de agua*, Barcelona, Icaria, 2009.

CIADI, “CARGA de Casos del CIADI - Estadísticas”, ed. 2012-2.

DELLAPENNA, JOSEPH y GUPTA, JOYEETA, “The evolution of global water law”, en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, *The evolution of the law and politics of water*, Villanova & Amsterdam, Springer, 2008.

DELLAPENNA, JOSEPH, “The market alternative”, en Dellapenna, Joseph y Gupta, Joyeeta, *The evolution of the law and politics of water*, Villanova & Amsterdam, Springer, 2008.

ECHAIDE, JAVIER, “¿Un mercado para los bienes comunes? Inclusión y liberalización del agua como mercancía de la OMC”, en Griselda Capaldo (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua = Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne, 2011.

GARCÍA, ANIZA, *El derecho humano al agua*, Madrid, Trotta, 2008.

JUSTINIANO, INSTITUCIONES de Justiniano, Buenos Aires, Helianto, 2005.

LLORET, JUAN S. y GARROS MARTÍNEZ, M. CRISTINA, *Perspectivas sobre derecho ambiental y de la sustentabilidad*, Salta, Universidad Católica de Salta/Eucasa, 2007.

PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Directiva Marco de Aguas 2000/60/CE, Bruselas, UE, 23 de octubre de 2000. Por la misma se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Ver texto en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:327:0001:0072:ES:PDF>.

PEREDO, ELIZABETH (comp.), *The Human Right to Water and Sanitation at the UN: Victory and Challenges for the peoples of the world*, La Paz, Fundación Solón, 2010.

PONTE, VANESA, *Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano*, Madrid, Universidad de Córdoba/Dykinson, 2007.

FUENTES CITADAS

- ROEMER, ANDRÉS, *Derecho y Economía: Políticas públicas del agua*, México, Miguel Ángel Porruá, 2007.
- SAULINO, FLORENCIA, *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.
- SEGERFELDT, FREDRIK, *Water for Sale. How business and the market can resolve the world's water crisis*, Washington, Cato Institute, 2005.
- SMITH, ADAM, *La riqueza de las naciones*, (1ra ed. 1776), Buenos Aires, Hypamérica, 1983.
- SNITOW, ALAN; KAUFMAN, DEBORAH; FOX, MICHAEL, *Thirst. Fighting the corporate theft of our water*, San Francisco, Jossey-Bass, 2007.
- SOLANES, MIGUEL, “Riesgos para el interés público: acuerdos de inversión, agua y sus servicios”, en Griselda Capaldo (ed.), *Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua = Governance and Sustainable Management of Water*, Buenos Aires, Mnemosyne, 2011.
- TEMPONE, RUBÉN E., *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.
- TRUJILLO SEGURA, J., “Hacia una naturaleza jurídica del agua: *res communis*”, en Emilio Rabasa y Carol Arriaga García (coords.), *Agua: Aspectos Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008. Ver texto en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2598/9.pdf>.
- TURYN, ALEJANDRO, “Comentarios sobre las fuentes del Derecho Internacional en la protección de inversiones extranjeras”, en Mónica Pinto (comp.), *Las Fuentes del Derecho Internacional en la era de la Globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- UNCTAD, El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo, Nueva York y Ginebra, ONU, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre las políticas internacionales de inversión para el desarrollo, 2009.
- UNESCO, “El agua en un mundo en cambio”, Tercer informe de Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo, París y Londres, UNESCO, 2009.
- NORMAS CONSULTADAS
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Buenos Aires, AZ Editora, 1994.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Quito, Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente, 2008.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 1992. Ver texto en: [http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/162d151af444ded44125673e00508141/70fa4404138f6d39e12570530030067c/\\$FILE/Constitucion.Paraguay.ESP.pdf](http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/162d151af444ded44125673e00508141/70fa4404138f6d39e12570530030067c/$FILE/Constitucion.Paraguay.ESP.pdf).
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, 2004. Ver texto en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0058>.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2010. Ver texto en: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, 1988. Ver texto en: <http://www.cepal.org/oig/doc/BRA1988Constitucion-Federal.pdf>.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, La Paz, U.P.S., 2007.
- “CONVENIO DE WASHINGTON” (1965), en Convenio CIADI, Reglamentos y Reglas, Wash-

FUENTES CITADAS

ington, CIADI 15, abril, 2006. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

ONU, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, 1948. Ver texto en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

ONU, “Resolución N° 1803 (XVII) de Asamblea General: Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, 1962. Ver texto en: <http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/109.pdf> y <http://www2.ohchr.org/spanish/law/recursos.htm>.

ONU, “Objetivos del Milenio”, 2000. Ver texto en: <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals>.

ONU, “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: La liberalización del comercio de servicios y los derechos humanos” (E/CN.4/Sub.2/2002/9), Nueva York, 25 de junio de 2002. Ver texto en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/157f4f1684f1e795c1256c05002b76a3/\\$FILE/G0214117.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/157f4f1684f1e795c1256c05002b76a3/$FILE/G0214117.pdf).

ONU, “Informe del Alto Comisionado de ONU para los Derechos Humanos: Los derechos humanos, el comercio y las inversiones” (E/CN.4/Sub.2/2003/9), Nueva York, 2 de julio de 2003. Ver texto en: [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/a3d33f6eff5892dc1256d7b002eeae3/\\$FILE/G0314846.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/a3d33f6eff5892dc1256d7b002eeae3/$FILE/G0314846.pdf).

ONU, “Objetivos de Desarrollo del Milenio – Informe 2010”, Nueva York, ONU, 2010^a.

ONU, “Resolución N° 64/292 de Asamblea General: El Derecho Humano al Agua y Saneamiento”, 2010b. Ver texto en: <http://daaccessdds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/38/PDF/N0947938.pdf?OpenElement>.

ONU, “Resolución N° 15/9 del Consejo de Derechos Humanos: Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”, 2010c. Ver texto en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/droi/dv/201101/20110124_301resonwater15-9_es.pdf.

ONU, “Resolución N° 16/2 del Consejo de Derechos Humanos}: El derecho humano al agua potable y el saneamiento”, 2011^a. Ver texto en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocepdf.pdf?reldoc=y&docid=4dc1034e2>.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

CIADI, “COMPAÑÍA Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux c/ Repùblica Argentina s/ Laudo de fondo” (caso CIADI N°. ARB/97/3), 2000. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC548_Sp&caseId=C159.

CIADI, “COMPAÑÍA Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c/ República Argentina s/ Decisión sobre anulación del laudo” (caso CIADI N°. ARB/97/3), 2002. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC552_Sp&caseId=C159.

CIADI, “AZURIX Corp. c/ República Argentina s/ Decisión sobre jurisdicción” (caso CIA-DI N°. ARB/01/12). Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC506_Sp&caseId=C5.

CIADI, “Compañía Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c/ República Argentina s/ Decisión del Comité Ad Hoc relativa a la solicitud de suplementación y rectificación de la deci-

FUENTES CITADAS

- sión sobre la anulación del laudo” (caso CIADI N°. ARB/97/3), 2003b. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC554_Sp&caseId=C159.
- CIADI, “AGUAS Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A./c/ República Argentina s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como amicus curiae” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2005a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC516_Sp&caseId=C19.
- CIADI, “AGUAS del Tunari S.A. c/ República de Bolivia s/ Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción” (caso CIADI N° ARB/02/3), 2005b. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_Sp&caseId=C210.
- CIADI, “Azurix Corp. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo” (caso CIADI N° ARB/01/12), 2006a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC507_Sp&caseId=C5.
- CIADI, “Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ República Argentina s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como amicus curiae” (caso CIADI N° ARB/03/17), 2006b.. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseId=C18.
- CIADI, “Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ República Argentina s/ De-
- cisión sobre jurisdicción” (caso CIADI N° ARB/03/17), 2006c. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC514_Sp&caseId=C18.
- CIADI, “Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina s/ Terminación de procedimiento con respecto de Aguas Argentinas S.A.” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2006d. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC514_Sp&caseId=C18.
- CIADI, “Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina s/ Decisión sobre jurisdicción” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2006e. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caseId=C19.
- CIADI, “Azurix Corp. c/ República Argentina s/ Decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo” (caso CIADI N° ARB/01/12), 2007a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CaseRH&actionVal=showDoc&docId=DC692_Sp&caseId=C5.
- CIADI, “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina s/ Resolución en respuesta a la petición de participación como amicus curiae” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2007a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_Sp&caseId=C19.
- CIADI, “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c/ República Argentina s/ Decisión sobre la propues-

FUENTES CITADAS

ta de recusación de un miembro del Tribunal” (caso CIADI N° ARB/03/19), 2007b. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2171_Sp&caseId=C109.

CIADI, “Azurix Corp. c/ República Argentina s/ Decisión sobre la anulación del laudo” (caso CIADI N° ARB/01/12), 2009. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1171_Sp&caseId=C5.

CIADI, “Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c/ República Argentina s/ Decisión sobre la propuesta de recusación” (caso CIADI N° ARB/07/26), 2010. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1690_Sp&caseId=C255.

CIADI, “Impregilo S.p.A. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo” (caso CIADI N° ARB/07/17), 2011^a. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2172_Sp&caseId=C109.

worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2171_Sp&caseId=C109.

CIADI, “IMPREGILO S.p.A. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo – opinión concurrente y disidente de la Profesora Brigitte Stern” (caso CIADI Nro. ARB/07/17), 2011b. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2172_Sp&caseId=C109.

CIADI, “Impregilo S.p.A. c/ República Argentina s/ Laudo de fondo – opinión concurrente y disidente del Juez Charles N. Broker” (caso CIADI N° ARB/07/17), 2011c. Ver texto en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2173_Sp&caseId=C109.

SITIOS WEB CONSULTADOS

LATIN ARBITRATION Law. Ver texto en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/argentina/>

Índice Temático

A

- ACCESO A LA JUSTICIA P. 189, 208, 350
 ACTO ‘IURE IMPERII’ P. 93, 94, 95
 AGUA POTABLE P. 78, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 295, 296, 297, 298, 300, 301, 359, 361
acceso al agua potable P. 271, 284, 290, 291, 297, 298, 361
 derecho al agua P. 286, 287, 289, 291
 privatización del agua P. 276, 286
 protección del agua P. 275, 283
 provisión de agua potable P. 291, 296
 regulación del agua P. 273
- ARBITRAJE P. 61, 62, 64, 65, 77, 93, 99, 101, 103, 104, 293
 arbitraje internacional P. 61, 65, 93
 árbitros P. 63, 65, 79, 91, 92, 97, 293, 298
 proceso arbitral P. 97
 tribunal arbitral P. 69, 70, 79, 97, 101
- AUTODETERMINACIÓN P. 61, 103, 172
 capacidad de autodeterminación P. 61
 derecho de autodeterminación P. 103
- AUTORIDAD MIGRATORIA P. 330, 333, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 354, 355

C

- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES P. 59, 64, 77, 273
 Convenio CIADI P. 61, 64, 77, 78, 79, 82
- DERECHO A LA CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS P. 207, 218, 219, 221
- CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN P. 67, 94
- CONFLICTO. *Véase* SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- CONSENSO DE WASHINGTON P. 66, 68, 291

- CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 11, 24, 29, 34, 35, 37, 38, 41, 47, 48, 49, 50, 52, 56, 57, 68, 76, 85, 87, 92, 94, 95, 96, 121, 127, 133, 141, 147, 162, 178, 230, 232, 235, 299, 314, 322, 324, 327, 342, 345, 353

constitucionalismo P. 125, 126, 127, 133, 135

- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS P. 87, 96, 129, 131, 214, 299

- CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS P. 65, 83

- CRÉDITO PÚBLICO P. 61, 75, 76, 87, 88, 93, 103

D

- DECLARACIÓN DE DUBLÍN P. 274
- DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 89, 105, 106, 110, 112, 115, 119, 120, 121, 122, 128, 130, 145, 147, 148, 149, 158, 159, 162, 164

crímenes de guerra P. 135, 137, 138, 142, 143, 331, 333

genocidio P. 116, 129, 139, 140, 142, 143, 164, 331, 333

- DEMOCRACIA P. 126, 131, 152, 164, 168, 169, 172, 181, 186, 319, 345, 356

- DEPORTACIÓN P. 138, 139, 140, 145, 311, 314, 317, 320, 321, 325, 327, 331, 333, 334, 335, 337, 338, 341

orden de deportación P. 335, 338, 341

proceso de deportación P. 334

- DERECHO A ASISTENCIA LETRADA P. 337

- DERECHO A LA JURISDICCIÓN. *Véase* ACCESO A LA JUSTICIA

- DERECHO A LA VERDAD, A LA JUSTICIA Y A LA REPARACIÓN P. 164

ÍNDICE TEMÁTICO

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN P. 207

- DERECHOS HUMANOS P. 47, 84, 85, 87, 88, 89, 103, 104, 105, 108, 115, 117, 119, 125, 126, 127, 129, 131, 132, 133, 134, 142, 143, 151, 152, 153, 177, 178, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 196, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 212, 218, 219, 223, 229, 281, 284, 285, 289, 290, 291, 293, 296, 298, 299, 300, 301, 307, 308, 309, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 325, 330, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 356, 361
derecho internacional de los derechos humanos P. 47, 127, 133, 142, 190, 193, 202, 298
políticas públicas en derechos humanos P. 185, 187, 199
protección de derechos humanos P. 196, 201
sistema de derechos humanos P. 126, 129, 229
violaciones a los derechos humanos P. 115, 189, 190, 191, 193, 316

DESREGULACIÓN DE LA ECONOMÍA P. 33

DEUDA EXTERNA P. 8, 75, 94
DEVALUACIÓN P. 81, 295
DOCTRINA CALVO P. 65, 69, 90, 94, 95
DOCTRINA DE LA “DELEGACIÓN IMPROPIA” P. 41
DOCTRINA MATIENZO P. 91

E

EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD P. 259

EXPROPIACIÓN P. 44, 59, 67, 70, 81, 102, 230, 263, 264, 295, 296

G

GOLPE DE ESTADO P. 155, 165, 168, 169, 171, 179, 180, 181 doctrina de la seguridad nacional P. 166 golpismo P. 167, 168, 169

H

HIDROCARBUROS P. 31, 36, 37, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 181, 287, 288 actividad hidrocarburífera P. 40 regimen jurídico de los hidrocarburos P. 36 Registro Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas P. 54

I

IGUALDAD P. 35, 62, 65, 69, 74, 75, 76, 90, 94, 102, 188, 189, 197, 208, 210, 230, 233, 308, 310, 312, 313, 318, 321, 323, 324, 325, 330, 335, 336, 342, 347 IMPUESTO A LAS GANANCIAS P. 4, 5, 9, 10, 12, 13, 16, 18, 19, 21 conjunto económico P. 4, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 20 precios de transferencia P. 9, 10, 13, 14 transferencia de tecnología P. 9, 12, 13, 14, 70, 290 INMIGRACIÓN. *Veáse* MIGRACIÓN INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS P. 185, 197, 199 IPPDH P. 185, 186, 187, 189, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 204, 205 INTEGRACIÓN REGIONAL P. 169, 178, 185, 207, 208, 209, 210, 216, 340 derecho de la integración P. 222 tratados de integración P. 87, 88

INVERSIONES P. 23, 53, 54, 59, 62, 64, 65, 68, 73, 77, 83, 99, 273 definición de inversión P. 72 inversiones de nacionales P. 69 inversiones externas P. 67 inversiones extranjeras P. 9, 12, 13, 68, 69, 271, 292, 294, 360 protección de inversiones P. 60, 69, 300, 301, 360 tratado con garantías de inversiones P. 95 tratados de promoción y protección de inversiones P. 60

J

JUICIO POLÍTICO P. 167, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 181

L

LAUDO P. 66, 67, 78, 79, 98, 99, 101, 361, 362, 363
laudos arbitrales extranjeros P. 85
revisión de los laudos P. 80, 83

M

MERCOSUR P. 169, 175, 178, 179, 181, 182, 183, 185, 197, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 328, 341
Tratado de Asunción P. 209, 210, 211, 224

MIGRACIÓN P. 200, 201, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 317, 319, 321, 322, 323, 337, 348
control migratorio P. 331, 354
derecho a migrar P. 307, 315, 318, 322, 323, 342
detención de inmigrantes P. 339
discriminación a los inmigrantes P. 317
inmigración P. 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 317, 319, 322, 323, 337, 348
leyes migratorias P. 308
migración internacional P. 200
migración irregular P. 201
políticas migratorias P. 198, 200, 201, 221, 349
regularización migratoria P. 220, 345, 346
tráfico de inmigrantes P. 320

MINAS P. 24, 26, 28, 48, 49, 281
concepción "regalista" tradicional P. 24
minas de hierro P. 26
propiedad de las minas P. 28
régimen legal de las minas P. 48

N

NACIONALIDAD P. 68, 86, 137, 186, 197, 200, 220, 323, 347, 348, 351, 353, 354, 355

NIÑO P. 198, 200, 201, 202, 203
interés superior del niño P. 202

O

"OBEDIENCIA DEBIDA" P. 85, 148, 149, 152, 160, 162

ORDEN PÚBLICO P. 11, 12, 60, 76, 88, 92, 93, 95, 101, 104, 126, 156, 158, 194, 313, 314

P

PARAÍSOS FISCALES P. 4, 7, 8, 9
PESIFICACIÓN P. 78, 95
PETRÓLEO P. 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 40, 42, 46, 48, 72, 172
nacionalización del petróleo P. 26
PLANTEOS DILATORIOS P. 112
POLÍTICAS CARCELARIAS P. 188, 189
PRINCIPIO DE INOCENCIA P. 105, 114
PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 130, 133, 134, 135, 141, 162, 163
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD P. 114
PRISIÓN PREVENTIVA P. 105, 106, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122
PROCESO DE REORGANIZACIÓN NACIONAL P. 107
PRÓRROGA DE LA JURISDICCIÓN P. 94, 292
cláusulas de prórroga de jurisdicción P. 60, 61, 75, 76, 82, 102, 103, 104
prórroga de jurisdicción a favor de tribunales internacionales P. 76
prórroga de la jurisdicción nacional P. 292
PROTOCOLO DE OURO PRETO P. 210, 211
PROTOCOLO DE USHUAIA SOBRE COMPROMISO DEMOCRÁTICO DEL MERCOSUR P. 211

R

RECURSOS HÍDRICOS P. 275, 281, 286, 287, 289, 300, 360

ÍNDICE TEMÁTICO

RECURSOS NATURALES	P. 31, 32, 47, 49, 50, 56, 57, 71, 72, 89, 91, 102, 272, 281, 282, 285, 287, 288, 300, 359	REUNIÓN DE ALTAS AUTORIDADES DE DERECHOS HUMANOS Y CANCILLERÍAS	P. 186
RÉGIMEN DE CONVERTIBILIDAD	P. 77, 81		
RELACIÓN DE CAUSALIDAD	P. 227, 228, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 247, 248, 249, 251, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 263, 265, 267, 268	SECTOR ENERGÉTICO	P. 44
teoría de la causa eficiente	P. 245	SEGURIDAD CIUDADANA	P. 189, 193, 194, 195, 196
teoría de la causalidad adecuada	P. 246, 247, 249, 251, 253, 254, 268	concepto de seguridad ciudadana	P. 194
teoría de la causalidad exclusiva	P. 245	SOBERANÍA NACIONAL	P. 20, 59, 60, 75, 85, 88, 91, 92, 93, 95, 103, 104
teoría de la causa próxima	P. 245	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	P. 64, 65, 82, 99, 103, 210, 211, 215
RESIDENCIA	P. 171, 202, 220, 221, 311, 321, 327, 329, 331, 332, 333, 341, 344, 349, 350, 351, 352, 353, 355	controversia	P. 64, 66, 89, 90
residencia legal	P. 220		
residencia permanente	P. 328, 333, 341	TEORÍA DE LA PENETRACIÓN	P. 11, 12, 17, 18, 20
residencia precaria	P. 328, 349	TRATADOS DE ASISTENCIA JURÍDICA	P. 213
residencia temporaria	P. 328, 341		
residencia transitoria	P. 328		
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	P. 69, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 242, 243, 244, 249, 250, 252, 253, 255, 263, 267, 268		
responsabilidad del Estado por falta de servicio	P. 253		
responsabilidad extracontractual del Estado	P. 234, 237, 254, 263		
responsabilidad patrimonial del Estado	P. 227, 229, 236		
responsabilidad por actividad estatal lícita	P. 258	UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS	P. 80
responsabilidad por actividad ilegítima del Estado	P. 231, 268	UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS	P. 178, 179, 180

S

SECTOR ENERGÉTICO	P. 44
SEGURIDAD CIUDADANA	P. 189, 193, 194, 195, 196
concepto de seguridad ciudadana	P. 194
SOBERANÍA NACIONAL	P. 20, 59, 60, 75, 85, 88, 91, 92, 93, 95, 103, 104
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	P. 64, 65, 82, 99, 103, 210, 211, 215
controversia	P. 64, 66, 89, 90

T

TEORÍA DE LA PENETRACIÓN	P. 11, 12, 17, 18, 20
TRATADOS DE ASISTENCIA JURÍDICA	P. 213

U

UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS	P. 80
UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS	P. 178, 179, 180

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en septiembre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Teletax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar